



Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité)

du 2 mars 2018

Condensé

Le code de procédure civile est en vigueur depuis sept ans. De façon générale, du point de vue de tous les cercles professionnels concernés et de toutes les parties prenantes, il a démontré son adéquation à la pratique. La présente révision vise à accroître encore son efficacité par des modifications ciblées. Il s'agit notamment d'une adaptation des dispositions régissant les frais, qui facilitera l'accès à la justice. L'avant-projet vise en outre à simplifier la coordination des procédures, à étendre le champ d'application de la procédure de conciliation et à clarifier ou préciser d'autres points de la loi. D'autre part, une nouvelle réglementation en matière d'action des organisations et la création d'une procédure de transaction de groupe faciliteront la mise en œuvre collective de droits découlant de dommages collectifs ou de dommages dispersés et combleront ainsi une lacune dans la protection juridique. Le présent projet de révision, qui réalise plusieurs mandats parlementaires, renforcera les moyens de mise en œuvre du droit privé.

Contexte

L'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2011, du code de procédure civile (CPC) a permis d'unifier et de codifier la procédure civile au niveau national. Après sept ans, le CPC fait maintenant partie du quotidien des tribunaux, des avocats et des justiciables. Par la motion 14.4008, le Parlement a chargé le Conseil fédéral d'examiner son adéquation à la pratique et de présenter un projet de loi sur ce point. D'autres interventions parlementaires ont également demandé des modifications du CPC. À la suite du rapport du Conseil fédéral de juillet 2013 sur l'exercice collectif des droits, la motion 13.3931 a demandé l'élaboration d'un projet qui vise à développer les instruments existants et à créer de nouveaux instruments d'exercice collectif des droits, permettant de faire valoir conjointement des dommages dispersés et collectifs.

Contenu du projet

L'ensemble des cercles professionnels et des parties prenantes consultés ont estimé que, de façon générale, le CPC avait fait ses preuves dans la pratique. Les faiblesses ponctuelles constatées doivent toutefois être éliminées par des adaptations ciblées, afin d'améliorer encore son applicabilité. Dans ce cadre, ses principes établis doivent être préservés, tout comme l'autonomie cantonale en matière d'organisation de la justice.

Suppression des obstacles financiers

L'avant-projet prévoit une division par deux des avances de frais et une adaptation des règles concernant la répartition des frais, pour répondre à l'une des critiques principales à ce jour tout en préservant la souveraineté cantonale en matière de tarif des frais.

Renforcement de la mise en œuvre collective des droits

En exécution d'une intervention parlementaire et de propositions antérieures du Conseil fédéral, l'avant-projet élargit les possibilités d'exercice collectif des droits, afin de combler une lacune en matière de protection juridique. Dans ce but, il instaure une procédure générale de transaction de groupe permettant une résolution collective et consensuelle des litiges. Il adapte par ailleurs l'action des organisations que l'on connaît aujourd'hui, l'étendant aux prétentions en réparation des dommages collectifs et, dans une certaine mesure, des dommages dispersés. Les actions des organisations des lois spéciales seront harmonisées. Parallèlement, l'exercice collectif des droits par l'intermédiaire d'actions individuelles sera facilité et donc encouragé.

Simplification de la coordination des procédures

L'avant-projet facilite la coordination des prétentions et des décisions, via l'adaptation des dispositions relatives à la consorité, à l'appel en cause, au cumul d'actions et à la demande reconventionnelle. Il ne sera plus obligatoire que les prétentions soient soumises au même type de procédure, ce qui facilitera l'exercice coordonné des droits dans de nombreux cas.

Renforcement de la procédure de conciliation

La procédure de conciliation, qui a démontré son efficacité, sera renforcée sur certains points. Elle s'appliquera à davantage de litiges et l'autorité de conciliation pourra soumettre une proposition de jugement dans de plus nombreux cas.

Autres adaptations ponctuelles

D'autres adaptations ponctuelles permettront d'améliorer la sécurité et la clarté du droit et d'accroître l'applicabilité du CPC. Il s'agira notamment de codifier les apports jurisprudentiels importants du Tribunal fédéral. Certaines autres modifications visent à combler des lacunes ou à remédier à des défauts constatés. Le traitement des actes adressés à un tribunal ou à une autorité incompétente sera plus favorable au justiciable.

L'avant-projet institue par ailleurs un droit pour les juristes d'entreprise de refuser de collaborer, suite à une intervention parlementaire en ce sens. Enfin, la Confédération et les cantons devront établir une statistique nationale dans le domaine de la justice civile.

Table des matières

Condensé	2
1 Présentation du projet	6
1.1 Contexte	6
1.1.1 Succès de l'unification de la procédure civile	6
1.1.2 Premières interventions parlementaires dès l'entrée en vigueur du CPC	6
1.1.3 Motion CAJ-E 14.4008 « Adaptation du Code de procédure civile » et postulat Vogler 14.3804 « Code de procédure civile. Premiers enseignements et améliorations »	7
1.1.4 Motion Birrer-Heimo 13.3931 « Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments »	8
1.2 Adéquation du CPC à la pratique	9
1.2.1 Travaux préparatoires	9
1.2.2 Résultats	10
1.3 Dispositif proposé	14
1.3.1 Introduction	14
1.3.2 Division par deux des avances de frais et adaptation des règles de répartition	15
1.3.3 Exercice collectif des droits: élargissement de l'action des organisations et création d'une procédure de transaction de groupe (mise en œuvre de la motion Birrer-Heimo 13.3931)	16
1.3.4 Reprise sélective de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans la loi	18
1.3.5 Coordination des procédures: élargissement de l'admissibilité de la consorité, du cumul d'actions et de la demande reconventionnelle et précision de l'appel en cause	18
1.3.6 Développement de la procédure de conciliation	19
1.3.7 Autres mesures ciblées en vue d'améliorer l'applicabilité du CPC	19
1.3.8 Création d'un droit de refuser de collaborer pour les juristes d'entreprise (mise en œuvre de l'initiative parlementaire Markwalder 15.409 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise »)	20
1.3.9 Création d'une base légale fédérale pour une statistique nationale des procédures	20
1.4 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	21
1.4.1 Procédure civile	21
1.4.2 Exercice collectif des droits	22

1.5	Mise en œuvre	24
2	Commentaire des dispositions	24
2.1	Code de procédure civile	24
2.2	Modification d'autres lois fédérales	93
2.2.1	Loi du 24 mars 1995 sur l'égalité	93
2.2.2	Loi du 13 décembre 2002 sur l'égalité pour les handicapés	93
2.2.3	Code des obligations	94
2.2.4	Loi du 28 août 1992 sur la protection des marques	95
2.2.5	Loi du 21 juin 2013 sur la protection des armoiries	96
2.2.6	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale	96
2.2.7	Loi du 6 octobre 1995 sur les cartels	96
2.2.8	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé	97
2.2.9	Loi du 17 décembre 1993 sur la participation	98
2.2.10	Loi du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés	99
3	Conséquences	99
3.1	Conséquences pour la Confédération	99
3.2	Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les villes, les agglomérations et les régions de montagne	99
3.3	Conséquences économiques	100
3.4	Conséquences pour la société	101
4	Liens avec le programme de la législature et les stratégies du Conseil fédéral.	101
5	Aspects juridiques	101
5.1	Constitutionnalité	101
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	101
5.3	Forme de l'acte à adopter	102
5.4	Délégation de compétences législatives	102
5.5	Protection des données	102

Rapport explicatif

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Succès de l'unification de la procédure civile

Le code de procédure civile (CPC)¹ a été adopté par le Parlement le 19 décembre 2008 et est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2011. Il a permis de mettre en œuvre l'unification sur le plan national du droit de procédure (civile) décidée dans le cadre de la réforme de la justice de 1999/2000. Les 26 procédures civiles cantonales ont pour leur part été abrogées et une solution a pu être apportée à l'état de fragmentation entre les cantons du droit prévalant antérieurement². L'organisation des tribunaux et donc les règles de compétence à raison de la matière et de la fonction, ainsi que les règles sur les tarifs des frais – sous réserve des exceptions prévues par le CPC (cf. art. 3, 4, al. 1, et 96 CPC, ainsi qu'art. 122, al. 2, de la Constitution [Cst.]³) – demeurent toutefois en principe de la compétence des cantons.

Un peu plus de sept ans après l'entrée en vigueur du CPC, on peut aujourd'hui constater que l'unification des procédures civiles à l'échelle de la Suisse est un succès: le CPC en tant que codification et consolidation du droit de procédure sous forme de loi fédérale est aujourd'hui éprouvé dans le quotidien des tribunaux, des avocats et des justiciables et généralement reconnu comme adapté à la pratique. Le même constat est ressorti des études et des échanges d'expérience avec les parties prenantes intervenus dans le cadre des travaux préparatoires du présent projet (voir également ch. 1.2.1 ci-après).

1.1.2 Premières interventions parlementaires dès l'entrée en vigueur du CPC

Très peu de temps déjà après son entrée en vigueur, des interventions parlementaires ont visé certaines questions et certains problèmes spécifiques liés au CPC. Elles portaient essentiellement sur la médiation⁴, la procédure de conciliation⁵, la com-

¹ RS 272

² Pour plus de détails, voir le message relatif au CPC, FF 2006 6841, 6853 ss, ainsi que le rapport relatif à l'avant-projet de CPC, p. 5.

³ RS 101

⁴ Initiative parlementaire Hiltbold 11.437 « Révision du code civil et du code de procédure civile. Médiation dans les affaires familiales avec enfants » (retirée le 31.7.2012); Motion Bernasconi 11.3094 « Favoriser la coresponsabilité parentale par la médiation » (rejetée par le Conseil national le 13.12.2012); Interpellation von Graffenried 12.3558 « Comment la médiation est-elle utilisée dans les cantons? » (liquidée).

pétence à raison de la matière⁶, la conduite de la procédure⁷ et l'exercice collectif des droits⁸. Dans l'intervalle, la plupart de ces interventions ont été liquidées. Les questions soulevées se sont souvent avérées prématurées, trop isolées, pas suffisamment importantes ou ne justifiant pas une intervention immédiate du législateur.

1.1.3 Motion CAJ-E 14.4008 « Adaptation du Code de procédure civile » et postulat Vogler 14.3804 « Code de procédure civile. Premiers enseignements et améliorations »

Dans le but d'éviter des interventions parlementaires fréquentes sur des points individuels, ainsi qu'afin de favoriser plutôt un réexamen global du CPC, dans le sens de la demande formulée par le Conseil fédéral dans sa prise de position du 21 janvier 2015 d'adopter la motion 14.4008 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (Adaptation du code de procédure civile), les Chambres fédérales ont décidé les 19 mars (Conseil des États)⁹ et 8 septembre 2015 (Conseil national)¹⁰ de ne pas procéder individuellement aux éventuelles modifications du CPC, mais de les examiner et de les traiter dans le cadre d'un état des lieux général. Le Conseil fédéral a ainsi été chargé d'examiner la question de l'adéquation à la pratique du CPC et de soumettre au Parlement avant la fin 2018 un projet prévoyant les modifications législatives nécessaires.

Parallèlement, le conseiller national Karl Vogler soumettait pour sa part le postulat 14.3804 « Code de procédure civile. Premiers enseignements et améliorations », chargeant le Conseil fédéral d'établir un rapport et d'y exposer, avec le concours des cantons, des tribunaux, des avocats et d'autres parties prenantes, un bilan intermédiaire de l'application du CPC. Sur la base de ce bilan, le Conseil fédéral a été chargé de montrer de quelle façon les lacunes observées pouvaient être supprimées et comment les règles de procédure pouvaient être mieux harmonisées et améliorées.

⁵ Initiative parlementaire (Poggia) Golay 12.424 « Protéger les justiciables contre une rigueur excessive et injustifiée de la procédure civile » (le Parlement n'a pas donné suite; liquidée); motion Romano 13.3845 « Interruption de la prescription dans les procédures pour lesquelles la tentative de conciliation est exclue » (classée; liquidée).

⁶ Initiative parlementaire (Poggia) Golay 13.441 « Procédure civile. Mettre sur un pied d'égalité les actions relevant des assurances complémentaires à la LAA et à la LAMal » (le Parlement a donné suite; cf. ch. 1.3.7 ci-après).

⁷ Motion (Ribaux) Feller 13.3447 « Pas de SMS ni de tweets depuis les salles d'audience des tribunaux » (rejetée par le Conseil national le 5.5.2015); motion Caroni 13.3684 « Secondes instances judiciaires. Supprimer l'obligation de motiver sauf demande expresse des parties » (rejetée par le Conseil national le 13.12.2013).

⁸ Motion Birrer-Heimo 11.3977 « Plaintes collectives. Simplification des procédures judiciaires » (classée; liquidée); motion Schwaab 13.3052 « Droit d'action collective en cas de viol de la protection des données, en particulier sur Internet » (classée; liquidée); motion Birrer-Heimo 13.3931 « Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments » (adoptée; cf. ch. 1.1.4 et 1.3.3 ci-après).

⁹ BO CE 2015 293

¹⁰ BO CN 2015 1374

Ce postulat a été accepté sans discussions par le Conseil national le 12 décembre 2014¹¹, après une demande en ce sens du Conseil fédéral du 5 novembre 2014.

1.1.4 Motion Birrer-Heimo 13.3931 « Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments »

Lors de l'élaboration du CPC, le législateur a intentionnellement renoncé à introduire de nouveaux instruments d'exercice collectif des droits – cette décision ayant fait l'objet de certaines critiques¹². Selon la volonté du législateur de l'époque, c'était avant tout les instruments connus du cumul d'actions et de l'action des organisations qui devaient servir à l'exercice collectif des droits¹³. Depuis, dans son rapport du 3 juillet 2013 intitulé « Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives », le Conseil fédéral a procédé à un large examen des moyens d'exercice collectif des droits, en particulier dans les cas de dommages collectifs et dispersés – dans lesquels un grand nombre de personnes atteintes de la même façon ou de façon semblable font valoir des dommages-intérêts en justice – et a conclu qu'en pratique, les instruments du droit en vigueur ne permettaient pas de garantir une mise en œuvre efficace des droits en cas de dommages de ce type et qu'ils étaient parfois inadaptés. Le rapport a montré que le système actuel présente une lacune dans la mesure où l'accès à la justice n'est pas toujours garanti.

Se référant au rapport du Conseil fédéral, la motion 13.3931 de la conseillère nationale Prisca Birrer-Heimo charge le Conseil fédéral de « modifier la loi afin qu'un grand nombre de personnes lésées de manière identique ou similaire puissent faire valoir collectivement leurs prétentions devant le juge [et lui demande de] développer les instruments disponibles et [d']en créer d'autres, [l]es mesures proposées dev[ant] respecter les particularités suisses, permettre d'éviter les abus et s'inspirer de l'expérience d'autres pays européens. ». Cette motion a été adoptée par les deux Chambres sans avoir fait l'objet d'une quelconque opposition (CN 13.12.2013¹⁴ et CE 12.6.2014¹⁵), après une recommandation en ce sens du Conseil fédéral du 29 novembre 2013.

Le Conseil fédéral s'étant prononcé contre une approche par secteur et en faveur d'une mise en œuvre horizontale touchant les différents domaines du droit concernés¹⁶, suite au rejet de ses propositions de créer une procédure de transaction de groupe et une action étendue des organisations dans la nouvelle loi sur les services

¹¹ BO CN 2014 2355

¹² Voir le rapport du Conseil fédéral de juillet 2013 « Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives », p. 14 et les références citées (<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-f.pdf>).

¹³ Voir le message relatif au CPC, FF 2006 6841, 6844 et 6902.

¹⁴ BO CN 2013 2204

¹⁵ BO CE 2014 539

¹⁶ Voir le message relatif à la LSFIn, FF 2015 8101, 8114 et la réponse du Conseil fédéral du 17 février 2016 à l'interpellation Birrer-Heimo 15.4171 du 17 décembre 2015 « Exercice collectif des droits. Mise en œuvre des mesures promises ».

financiers (LSFin), c'est avant tout par des modifications du CPC qu'il y a lieu de donner suite à la motion Birrer-Heimo 13.3931. C'est pourquoi le Conseil fédéral entend la mettre en œuvre dans le cadre de la présente modification du CPC, d'autant plus que les objectifs centraux des deux interventions vont dans la même direction (cf. ch. 1.3.3 ci-après).

1.2 Adéquation du CPC à la pratique

1.2.1 Travaux préparatoires

De nombreux échanges avec les représentants des différentes parties prenantes ont eu lieu afin d'examiner l'adéquation du CPC à la pratique:

- Le groupe de travail CPC dirigé par l'Office fédéral de la justice, formé de représentants des tribunaux civils cantonaux de première et seconde instance – existant depuis 2011 et formé à partir du « groupe de travail sur les actes judiciaires » constitué en 2010 – a évoqué les modifications du CPC envisageables lors de ses séances des 7 mai 2015, 20 mars et 19 juin 2017.
- Le 15 juin 2017, l'Office fédéral de la justice a organisé à Berne une table ronde d'experts réunissant les membres de la Conférence suisse des hautes écoles des professeurs de procédure civile.
- Une discussion sur le CPC du point de vue du Tribunal fédéral a eu lieu le 20 juin 2017 avec une délégation de ses deux Chambres civiles.
- Le 21 juin 2017, une délégation de la Fédération suisse des avocats a également été reçue par des représentants de l'OFJ afin d'évoquer le CPC.

Entre fin 2016 et début 2017, l'Office fédéral de la justice a procédé à une évaluation de la pratique du CPC, au moyen d'un formulaire envoyé aux tribunaux cantonaux, évaluation sur la base de laquelle les nombres de cas ont été déterminés et des statistiques élaborées. Les éléments et les conclusions de cette évaluation sont présentés ci-après (voir ch. 1.2.2 ci-après).

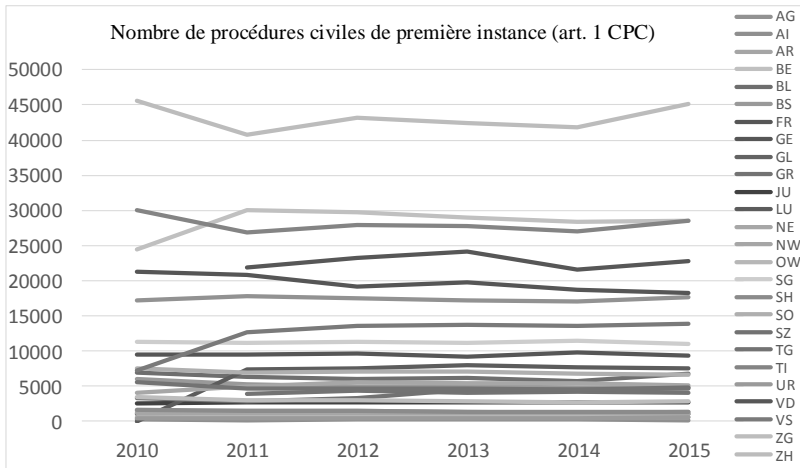
Dans le cadre des travaux de mise en œuvre de la motion Birrer-Heimo 13.3931, l'Office fédéral de la justice a reçu l'aide et les conseils d'un groupe d'experts issus des milieux universitaires, de la justice et des barreaux¹⁷.

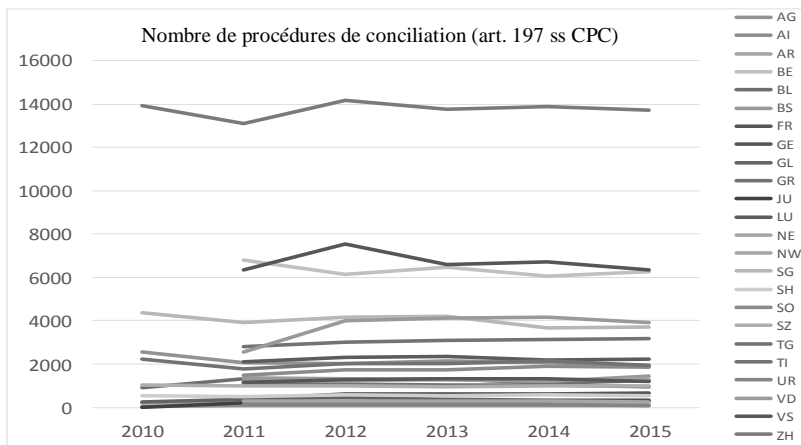
¹⁷ Ce groupe était composé de Samuel Baumgartner, professeur ordinaire de procédure civile, de procédure civile comparée, de poursuite pour dettes et faillite, de droit privé et de médiation à l'Université de Zurich, de Martin Bernet, avocat à Zurich, d'Alexander Brunner, professeur émérite à l'Université de Saint-Gall et juge au tribunal de commerce de Zurich, d'Isabelle Chabloy, professeure associée de la Formation universitaire à distance Suisse (UniDistance), chargée de cours aux universités de Berne et Fribourg, de Tanja Domej, professeur ordinaire de procédure civile, de droit privé, de droit international privé et de droit comparé à l'Université de Zurich, de Nicolas Jeandin, professeur ordinaire à l'Université de Genève et avocat à Genève, de Karin Müller, professeur ordinaire de droit privé, de droit commercial et de procédure civile à l'Université de Lucerne et de Meinrad Vetter, juge cantonal et vice-président du tribunal de commerce d'Argovie.

1.2.2 Résultats

Les résultats de l'examen de l'adéquation du CPC à la pratique sont exposés en détail au ch. 1.3 ci-après ainsi que dans les commentaires des différents articles (cf. ch. 1.3 ci-après). Pour l'essentiel toutefois, cet examen a produit les résultats suivants:

- L'efficacité du CPC dans la pratique est incontestée et largement admise. Depuis son entrée en vigueur il y a sept ans, ce code a prouvé son adéquation dans le quotidien des praticiens et des justiciables. Ce fait n'a jamais été globalement mis en cause. Il n'y a donc pas lieu de procéder aujourd'hui à des changements profonds ou de principe et encore moins à une révision totale de cette loi. Ce sont plutôt des modifications ponctuelles visant à poursuivre l'amélioration du CPC qui doivent être apportées.
- De façon générale, sur l'ensemble de la Suisse ou dans la majorité des cantons, le nombre de procédures civiles au sens de l'art. 1 est resté stable ou a légèrement reculé depuis l'entrée en vigueur du CPC en 2011, tant pour la première que pour la seconde instance, même si la tendance est à la hausse dans quelques cantons. Il en va de même pour les demandes de conciliation au sens des art. 197 ss.





- La conciliation au sens des art. 197 ss s'est avérée être une procédure très efficace de résolution extrajudiciaire des litiges, voire un modèle de succès¹⁸. Les études statistiques ainsi que l'évaluation de la pratique ont mis en évidence des taux de succès de 50 à 80 %. Ces derniers dépendent souvent du modèle d'organisation choisi par l'autorité de conciliation¹⁹. Les cas dans lesquels le CPC prévoit que la procédure de conciliation n'a pas lieu et notamment les art. 5 et 6 (instance cantonale unique) ont été critiqués, en particulier en lien avec la question de l'interruption de la prescription²⁰.
- L'opinion selon laquelle la question des frais sous l'empire du CPC pose problème à plusieurs égards est répandue. Plusieurs parties prenantes sont d'avis que les frais de justice sont parfois tellement élevés qu'ils empêchent l'accès aux tribunaux et donc à la justice pour certains, bien qu'il existe des différences considérables entre cantons. D'autre part, l'obligation de fait pour le demandeur de fournir une avance de frais à hauteur de la totalité des

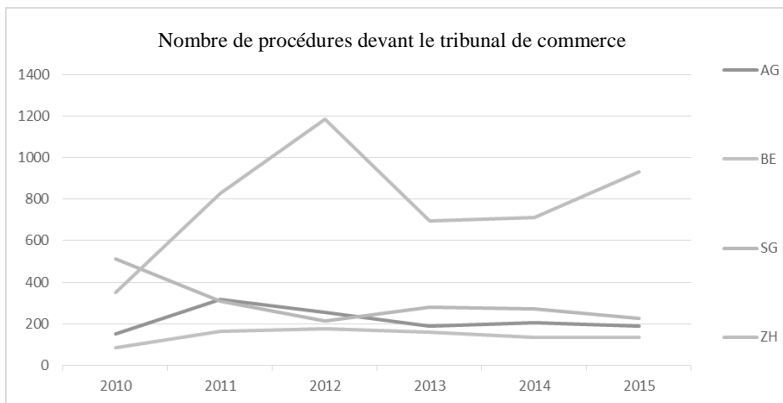
¹⁸ Voir l'initiative du canton de Berne 16.302 « Pour le développement du modèle des audiences de conciliation » du 13 janvier 2016 ainsi que DANIEL KETTIGER, *Die Schlichtungsbehörde im Kanton Bern als Erfolgsmodell? Anmerkungen zu einer Untersuchung der Universität Zürich, Richterzeitung/ «Justice - Justiz - Giustizia»* 2014/3, ISAAK MEIER/SARAH SCHEIWILLER, *Erfolg des Schlichtungs- und Urteilsvorschlagsverfahrens nach neuer ZPO*, RDS 2014 I, p. 155 ss et SIBYLLE FRECH, *Die Schlichtungsbehörde – Eine Erfolgsgeschichte?*, Revue de l'avocat 2015, p. 23 ss.

¹⁹ Sur ce sujet, voir ISAAK MEIER/SARAH SCHEIWILLER, *Erfolg des Schlichtungs- und Urteilsvorschlagsverfahrens nach neuer ZPO*, RDS 2014 I, p. 155 ss, ainsi que DANIEL KETTIGER, *Die Schlichtungsbehörde im Kanton Bern als Erfolgsmodell? Anmerkungen zu einer Untersuchung der Universität Zürich, Richterzeitung/ «Justice - Justiz - Giustizia»* 2014/3, nbp 3.

²⁰ Sur ce sujet, voir MEINRAD VETTER, *Unterbricht das Schlichtungsgesuch bei Ansprüchen mit handelsgerichtlicher Zuständigkeit die Verjährung?*, Jusletter du 2 juin 2014 ; JAMES T. PETER, *Verjährungsunterbruch von Ansprüchen mit handelsgerichtlicher Zuständigkeit*, Revue de l'avocat 8/2012, p. 364 ss.

frais de justice, ainsi que la règle selon laquelle le risque d'encaissement de ces derniers est entièrement reporté sur le demandeur obtenant gain de cause, sont considérées comme particulièrement problématiques. Cet état du droit jugé peu satisfaisant est vu comme une raison importante de la stagnation ou du recul du nombre de procédures.

- Depuis son entrée en vigueur, le CPC a donné lieu à une importante jurisprudence du Tribunal fédéral. De nombreux arrêts ont clarifié, concrétisé et précisé des points importants concernant l'interprétation de ses dispositions. Il ne fait aucun doute que cette jurisprudence a contribué à faciliter l'application du CPC. Dans le cadre des présents travaux d'adaptation, la question de la prise en compte de cette jurisprudence se pose. Selon la conception dominante, l'on ne saurait procéder à une codification systématique de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il s'agirait non seulement d'une démarche tout à fait atypique en droit suisse, mais il serait également impossible dans de nombreux cas de tenir compte de la spécificité de la jurisprudence, ce qui menacerait la continuité du développement du droit. En revanche, dans l'intérêt d'une bonne adéquation à la pratique, il paraît utile de reprendre à travers des adaptations ciblées du CPC l'état du droit tel que défini par la jurisprudence du Tribunal fédéral.
- L'intérêt et l'efficacité des tribunaux de commerce sont largement admis, ce dont atteste le nombre des cas qui leur sont soumis. Le Tribunal fédéral est revenu sur sa critique initiale²¹ portant sur le fait que sous l'empire du CPC, les tribunaux de commerce sont des instances cantonales uniques le précédant immédiatement. L'abondante jurisprudence du Tribunal fédéral dans ce domaine a permis de clarifier de nombreuses incertitudes, la question de sa reprise dans la loi se posant désormais.



²¹ Voir le rapport de gestion 2011 du Tribunal fédéral de février 2012, p. 20 (https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/fr/2011_f.pdf).

-
- Selon l’opinion générale, le droit en vigueur pose problème en pratique en matière d’exercice collectif des droits. Sous sa forme actuelle, l’action des organisations au sens de l’art. 89 CPC s’est notamment avérée presque entièrement impraticable. Il ressort des données disponibles qu’aucune action de ce type n’a en effet encore été introduite à ce jour. Ce constat rejoint des observations antérieures du Conseil fédéral²².
 - Bien qu’il n’existe pas de données statistiques fiables (voir également sur ce point les remarques ci-après) pour de nombreux instruments de coordination des procédures prévus par le CPC, l’opinion générale est qu’ils doivent être précisés et renforcés. Ce sont notamment la consorité, le cumul d’actions et les possibilités de coordination de plusieurs procédures lorsque certaines sont soumises à la procédure ordinaire et d’autres à la procédure simplifiée qui sont visés.
 - L’efficacité de l’appel en cause, introduit sur le plan national par le CPC et très peu utilisé à ce jour²³, a été remise en question à plusieurs reprises, notamment au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral dont il a fait l’objet.
 - Afin de tenir compte de leurs spécificités, le CPC prévoit des règles spéciales pour les procédures de droit de la famille (avant tout pour les mesures protectrices de l’union conjugale, les procédures de divorce, le sort des enfants, les demandes d’aliments et les actions en paternité). Ces règles ont généralement démontré leurs qualités. Certains demandent des améliorations du CPC – et, à plus long terme, d’autres textes –, notamment concernant les maximes de procédure applicables et la question spécifique des délais de recours lorsque la procédure sommaire est applicable²⁴. Certains souhaitent également l’institutionnalisation sur le plan national de tribunaux de la famille, compétents tant pour les affaires de droit de la famille au sens du CPC que pour les affaires familiales au sens large (comme notamment la protection de l’enfant et de l’adulte).
 - Lors de l’examen de l’adéquation du CPC à la pratique et notamment de l’examen des statistiques et des nombres de cas, il s’est avéré que de nombreux chiffres et statistiques importants pour l’évaluation des qualités pratiques du CPC – et significatifs à d’autres titres – n’étaient pas disponibles à ce jour sur le plan national. Il y a également lieu d’y remédier.

²² Voir le rapport du Conseil fédéral de juillet 2013 « Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives », p. 2, 27 s. et 55 s.

²³ Sur la base des données limitées disponibles sur ce point, il apparaît que depuis l’entrée en vigueur du CPC, l’appel en cause n’a été utilisé à ce jour que dans les cantons de Bâle-Ville, de Genève, du Jura, de Lucerne, de Neuchâtel, de Nidwald, d’Obwald et d’Uri, la plupart des cas étant concentrés dans les cantons de Lucerne, de Genève et de Neuchâtel.

²⁴ Cf. notamment DANIEL STECK, *Braucht die Schweiz ein einheitliches Familienverfahrensrecht?*, in Fankhauser/Widmer Lüchinger/Klingler/Seiler (éd.), *Festschrift Sutter-Somm*, Zurich 2016, p. 111 ss.

1.3 Dispositif proposé

1.3.1 Introduction

Durant les sept ans ayant suivi son entrée en vigueur, le CPC a démontré son efficacité. Le Conseil fédéral est donc d'avis qu'il n'est pas nécessaire d'effectuer des modifications importantes et encore moins de procéder à une révision totale. Les principes ayant servi de base lors de l'élaboration du CPC en tant que codification de la procédure civile suisse doivent être maintenus – y compris en matière de répartition des compétences. Les cantons doivent ainsi demeurer compétents en matière d'organisation des tribunaux, bien que ce principe aille dans le sens contraire de la notion d'unification.

Le présent projet doit donc se limiter à proposer les adaptations et les améliorations ciblées qui semblent aujourd'hui nécessaires ou utiles, dans le cadre des principes posés par le texte en vigueur. Cette idée est également à la base du mandat parlementaire confié par la motion CAJ-E 14.4008. Le Conseil fédéral est par ailleurs d'avis qu'il est trop tôt pour procéder à des modifications plus importantes touchant des points centraux du CPC tels que les types de procédures et leurs caractéristiques principales. Il y a d'une part lieu de s'attendre dans de nombreux domaines à une concrétisation et à une évolution de la jurisprudence que le législateur ne devrait pas toujours anticiper. D'autre part, après sept ans seulement d'expérience pratique ainsi qu'à défaut d'une évaluation globale de l'application du CPC sur une plus longue durée, une révision de cette ampleur paraît prématurée et préjudiciable à la sécurité et à la clarté du droit.

Pour les mêmes raisons, en matière de frais, le CPC doit également être amélioré par des adaptations du droit en vigueur, opérées dans les limites de ses grands principes (cf. ch. 1.3.2 ci-après). Il y a donc lieu d'adapter les dispositions régissant les frais prévues par le droit fédéral afin d'éliminer les obstacles identifiés barrant l'accès à la justice et de renforcer ainsi le niveau de protection juridique. Pour l'essentiel, les propositions du Conseil fédéral correspondent à celles qui avaient déjà été soumises lors de l'élaboration du CPC et qui avaient été rejetées dans le cadre des débats politiques. Rien n'empêche toutefois aujourd'hui le législateur de revenir sur ses décisions de l'époque au vu des enseignements tirés au cours des sept ans d'application du CPC et d'approuver des solutions plus efficaces.

Il y a toutefois lieu de s'écarter du principe des modifications ciblées pour ce qui concerne l'exercice collectif des droits. Dans ce domaine, au vu des lacunes de la protection juridique identifiées et admises, en particulier en matière d'exercice (collectif) des prétentions en réparation des dommages collectifs, le Conseil fédéral recommande de revenir sur les choix du législateur de l'époque et de suivre la motion Birrer-Heimo 13.3931. Les conditions et le champ d'application de l'action des organisations doivent être adaptés en conséquence. L'action des organisations est un instrument connu et éprouvé du droit suisse. Par ailleurs, une procédure de transaction de groupe doit être prévue, dans laquelle la résolution collective des litiges se fonde sur une solution transactionnelle concertée et approuvée par le tribunal. Une telle mesure permet de compléter le CPC en y ajoutant des outils permettant une véritable mise en œuvre collective des droits (voir le ch. 1.3.3 ci-après pour des commentaires plus détaillés sur ce point) et tenant compte des spécificités et de la

tradition juridique suisses. Le Conseil fédéral maintient en revanche qu'il n'envisage pas la création d'une véritable action collective, telle qu'elle a parfois été demandée²⁵, ou encore d'une *class action* telle qu'elle existe aux États-Unis, basée sur un système d'*opt out* (inclusion dans le groupe sauf déclaration contraire).

Le Conseil fédéral voit positivement le développement et le positionnement de la Suisse comme lieu attractif à l'international de règlement des litiges, dans le sens des demandes plus nombreuses exprimées récemment dans ce sens²⁶. La Suisse fait déjà partie des places d'arbitrage les plus demandées pour ce qui est de l'arbitrage international et le Conseil fédéral souhaite augmenter son attractivité avec la révision en cours du droit de l'arbitrage international²⁷. En parallèle, le système judiciaire étatique occupe également une place importante au niveau international, comme le montrent les développements correspondants à l'étranger (p. ex. Singapour et les Pays-Bas). Des tribunaux ou des cours spécialisés disposant de règles de procédure spéciales destinées au traitement de litiges internationaux devant les juridictions étatiques y ont en effet été mis en place ces dernières années. Cette évolution est aujourd'hui d'actualité particulière. En effet, compte tenu des incertitudes liées au retrait du Royaume-Uni de l'espace judiciaire européen, des parties qui ont stipulé – ou auraient stipulé – un for contractuel à Londres, sont susceptibles de rechercher des fors alternatifs dans un Etat partie à la Convention de Lugano. Le Conseil fédéral suit ces évolutions avec attention. Si les cantons devaient souhaiter positionner plus activement certains de leurs tribunaux civils et commerciaux pour la résolution de litiges à caractère international, le Conseil fédéral serait disposé à examiner, indépendamment de la présente révision, si des adaptations législatives au niveau fédéral sont requises.

1.3.2 Division par deux des avances de frais et adaptation des règles de répartition

Le Conseil fédéral estime que les nombreuses critiques visant les dispositions actuelles en matière de frais sont justifiées. Afin d'y remédier et de garantir un meilleur accès à la justice aux personnes n'étant ni particulièrement fortunées, ni éligibles pour bénéficier de l'assistance judiciaire au sens des art. 117 ss, le Conseil fédéral propose les mesures suivantes:

- Les avances au sens de l'art. 98 doivent être limitées à la moitié des frais judiciaires présumés, comme le prévoyaient à l'époque certains droits cantonaux.

²⁵ Voir la recommandation de la Commission fédérale de la consommation (CFC) du 17 février 2015 concernant les actions collectives (<https://www.konsum.admin.ch/bfk/fr/home/themen/sekretariat-ekk/empfehlungen.html>).

²⁶ Voir p. ex. ZOÉ BACHES, Schweizer Recht als Exportprodukt – Was ein neues staatliches Gericht für international agierende Unternehmen dem Standort bringen könnte, NZZ 8. Juli 2017, S. 29.

²⁷ Voir à ce propos l'avant-projet et le rapport explicatif du 11 janvier 2017 concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international) (disponible sous https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2017/ref_2017-01-11.html).

naux et le projet de CPC mis en consultation. Une telle mesure permet de réduire considérablement les difficultés d'accès à la justice sans toutefois remettre en question la fonction de filtre et d'avertissement de l'avance de frais.

- Les normes concernant le règlement des frais (art. 111) doivent être adaptées afin de permettre une compensation des frais judiciaires avec les avances fournies par la partie devant s'acquitter des frais. L'éventuel montant manquant doit être exigé ensuite ou l'éventuel surplus restitué. Le risque de recouvrement ne doit désormais plus être supporté par les parties mais par l'État. Dans de nombreux cantons, cela revient à un retour au système – éprouvé – qui était applicable avant l'entrée en vigueur du CPC.
- Le devoir d'information du tribunal sur les frais de justice doit être étendu aux possibilités de financement du procès. Le financement par des tiers peut en effet permettre de lever les barrières financières à l'exercice des droits en justice, du moins lorsque la valeur litigieuse est élevée.

En revanche, le Conseil fédéral renonce à fixer un tarif unifié des frais à l'échelle nationale ou à proposer un cadre tarifaire et à limiter la souveraineté cantonale en matière de tarifs ou à y mettre fin par une modification de l'art. 96. Il est d'avis qu'il y a lieu aujourd'hui d'adapter et d'améliorer les dispositions du CPC sur les frais relevant du droit fédéral, sans nouvelle intervention dans l'autonomie d'organisation des cantons.

1.3.3 Exercice collectif des droits: élargissement de l'action des organisations et création d'une procédure de transaction de groupe (mise en œuvre de la motion Birrer-Heimo 13.3931)

Afin de combler les lacunes identifiées dans la protection juridique ainsi que pour faciliter la mise en œuvre collective des droits, en application de la motion Birrer-Heimo 13.3931 (voir commentaires au ch. 1.1.4), le Conseil fédéral propose les trois mesures suivantes afin de faciliter la mise en œuvre collective des prétentions découlant de dommages collectifs et, dans une certaine mesure, de dommages dispersés²⁸:

- L'action des organisations au sens de l'art. 89 n'est plus limitée aux atteintes à la personnalité. Les conditions de la qualité pour agir des organisations sont étendues. En même temps, une nouvelle action en réparation des organisations leur permet de faire valoir des prétentions au versement de dom-

²⁸ Lors de *dommages collectifs*, un grand nombre de personnes est touché de la même façon ou de façon similaire, chaque individu subissant un dommage considérable. Les *dommages dispersés* sont en revanche ceux qui touchent un grand nombre de personnes, mais pour un montant individuel de faible valeur. Pour plus de détails, voir le rapport du Conseil fédéral de juillet 2013 « Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives », p. 10 ss.

mages-intérêts ou en remise du gain (art. 89a AP-CPC). Dans ce cadre, une organisation demanderesse – en particulier une association – doit pouvoir faire valoir en son propre nom les prétentions financières de personnes appartenant à un groupe déterminé. Cela doit notamment permettre l'exercice des prétentions découlant de dommages collectifs, dès lors que de nombreuses personnes peuvent invoquer des prétentions financières dans le cadre de cette action, en donnant leur consentement exprès en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte (*opt in*). La condition en est que l'organisation demanderesse soit apte à faire valoir les prétentions en réparation. Les actions des organisations prévues par des lois spéciales sont unifiées et bénéficient d'une exemption de l'avance de frais et des sûretés sont prévues lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 500 000 francs.

Exemple: si des clients ont acheté un appareil électroménager ou un véhicule présentant un défaut et ont subi un dommage de 2000 francs chacun, soit parce que l'objet est inutilisable et vaut cette somme, soit parce que tel est le prix de la réparation,, une association représentant les intérêts de ces personnes pourrait introduire une action des organisations pour demander réparation au fabricant.

- En application de décisions antérieures du Conseil fédéral, une procédure de transaction de groupe est créée, devant avant tout permettre la mise en œuvre de prétentions découlant de dommages collectifs (voir art. 352a ss AP-CPC). Cette transaction de groupe est conclue entre le ou les auteurs d'une violation du droit alléguée et une ou plusieurs organisations qui agissent dans l'intérêt commun de toutes les personnes (potentiellement) lésées par cette violation, qui les représente. Elle est examinée par le tribunal, qui l'approuve lorsque certaines conditions prévues par la loi sont remplies. Elle lie alors toutes les personnes concernées, sauf celles déclarent dans un certain délai quitter le groupe (voir art. 352g AP-CPC).

Exemple: dans un cas des préjudices financiers, si un grand nombre de clients d'un établissement financier subit des pertes, de manière identique ou similaire, en raison d'informations erronées ou d'un conseil en placement systématiquement déficient, l'établissement concerné et une organisation représentant les intérêts des clients lésés pourraient conclure une transaction de groupe qui, si elle est approuvée par le tribunal, permettra de régler le dommage collectif de manière globale et déploiera ses effets pour tous ces clients.

- D'autres mesures améliorent et facilitent l'exercice collectif des droits par l'intermédiaire d'actions individuelles. Les modifications proposées concernent avant tout la facilitation de la consorité et du cumul d'actions, la division des causes et le renvoi d'actions.

Le Conseil fédéral estime que ces instruments permettent ou du moins facilitent aussi l'exercice collectif des droits découlant de dommages dispersés d'un montant modeste, qu'il est aujourd'hui peu sensé d'invoquer par le biais d'actions individuelles, ne serait-ce que pour des motifs d'économie de procédure. Pour des raisons

de principe, il se distancie cependant des propositions plus ambitieuses avancées notamment par des experts et visant, afin de surmonter l'apathie rationnelle des lésés, la création d'un modèle d'action des organisations avec consentement tacite des personnes concernées (*opt out*).

1.3.4 Reprise sélective de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans la loi

L'importante jurisprudence du Tribunal fédéral concernant le CPC est reprise dans la loi de façon sélective et ciblée, lorsqu'elle constitue une précision ou une clarification généralisable du CPC, sur une question de procédure civile centrale et directement pertinente pour le justiciable concernant la compétence, les autres conditions de recevabilité ou les voies de recours. Elle donne par ailleurs lieu à des adaptations lorsque le législateur estime qu'elle ne constitue pas une pratique souhaitable. Il s'agit notamment de l'admissibilité de certaines voies de droit (par ex. admissibilité de la révision en cas de découverte d'un motif de récusation après la clôture de la procédure [voir art. 51, al. 3, et 328, al. 1, let. d, AP-CPC] ou du recours contre une décision de radiation du rôle au sens de l'art. 241, al. 4 AP-CPC), de la compétence (à raison de la matière; par ex. du tribunal de commerce, voir art. 6, al. 2, let. c, AP-CPC), de l'admissibilité de l'assistance judiciaire pour les procédures de preuve à futur (voir art. 118, al. 2, AP-CPC) ou de l'admission des expertises privées en tant que titres (voir art. 177, al. 2, 2^e phrase, AP-CPC).

1.3.5 Coordination des procédures: élargissement de l'admissibilité de la consorité, du cumul d'actions et de la demande reconventionnelle et précision de l'appel en cause

Il est ressorti de l'examen de l'adéquation du CPC à la pratique que les moyens de coordination des procédures devaient être améliorés, afin de faciliter le traitement et le jugement communs et coordonnés de plusieurs causes – demandes et requêtes – dans un but d'efficacité et d'économie de procédure.

Le Conseil fédéral propose donc que la consorité simple, le cumul d'actions et les demandes reconventionnelles soient également admis lorsque les prétentions formulées ne sont pas toutes soumises à la même procédure. La consorité simple sera donc admissible même lorsque différents types de procédures s'appliquent, pour autant que cette différence ne soit due qu'à la valeur litigieuse (voir art. 71, al. 2, let. a, AP-CPC). Le cumul d'actions et la demande reconventionnelle seront pour leur part possibles malgré le fait que la procédure simplifiée soit applicable à certaines prétentions et la procédure ordinaire à d'autres, tant qu'il existe un lien de connexité matérielle entre elles (art. 90 et 224, al. 1 et 2^{bis}, AP-CPC). Si certaines prétentions relèvent de par leur nature de la procédure simplifiée, l'art. 247 s'appliquera par analogie dans la procédure ordinaire.

Le Conseil fédéral propose également de reformuler et de clarifier à l'art. 81 AP-CPC les règles visant l'appel en cause, afin de rendre plus attractif cet outil introduit sur le plan national lors de l'entrée en vigueur du CPC. L'avant-projet prévoit par ailleurs que l'appel en cause ne sera pas chiffré s'il tend à la prestation que le dénonçant serait lui-même condamné à fournir dans la procédure principale (art. 82, al. 1, 3^e phrase, AP-CPC).

1.3.6 Développement de la procédure de conciliation

Depuis l'entrée en vigueur du CPC, il ne fait aucun doute que la procédure de conciliation a fait ses preuves. Il se justifie donc de la développer sur les points suivants:

- La compétence de l'autorité de conciliation pour soumettre aux parties une proposition de jugement sera étendue raisonnablement dans les autres litiges patrimoniaux au sens de l'art. 210, al. 1, let. c AP-CPC; la valeur litigieuse maximale sera portée de 5 000 francs à 10 000 francs. Le seuil de valeur litigieuse de 2 000 francs jusqu'auquel l'autorité de conciliation peut statuer au fond dans les litiges patrimoniaux restera inchangé.
- Il sera possible de mener une procédure de conciliation dans les litiges visés aux art. 5 et 6, lorsque le demandeur dépose une requête en ce sens auprès de l'autorité de conciliation (art. 198, al. 2, AP-CPC). Il semble en effet opportun d'ouvrir pour ces cas l'accès à cette voie extrajudiciaire de règlement des litiges, afin notamment qu'elle puisse servir de moyen efficace d'interruption de la prescription.
- Enfin, l'art. 206, al. 4, AP-CPC prévoit expressément que l'autorité de conciliation peut punir d'une amende d'ordre la partie qui ne comparait pas en personne et qui ne se fait pas représenter (dans les cas où la représentation est admise).

1.3.7 Autres mesures ciblées en vue d'améliorer l'applicabilité du CPC

Sur la base de la jurisprudence générée et des connaissances acquises, le Conseil fédéral souhaite renforcer l'applicabilité du CPC par d'autres mesures ciblées.

Il y a lieu de prévoir avant tout des règles plus favorables au justiciable, d'une part pour le traitement des demandes ou des requêtes adressées à un tribunal incompétent et d'autre part pour celui des actes remis par erreur à un tribunal manifestement incompétent. L'avant-projet institue une obligation pour les tribunaux de transmettre les actes au tribunal compétent, sur le modèle de ce que prévoient – ou prévoyaient – les autres lois de procédure (voir art. 60a et 143, al. 1^{bis}, AP-CPC).

Par ailleurs, d'autres améliorations ciblées seront apportées, afin de mieux garantir les droits des parties à la préservation provisoire de leur situation juridique durant les procédures, y compris les procédures de recours (voir par ex. art. 236, al. 3, 2^e phrase, art. 239, al. 2, al 2^{bis}, et 265, al. 4, AP-CO).

Pour finir, certaines adaptations et précisions linguistiques et rédactionnelles sont proposées pour les trois langues (voir par ex. art. 96, 2^e phrase, 249 et 250, ou la version française de l'art. 70, al. 2, AP-CPC).

La soumission à l'art. 7 des assurances complémentaires à la LAA (et la modification correspondante de l'art. 243, al. 2) demandée par l'initiative parlementaire (Poggia) Golay 13.441 « Procédure civile. Mettre sur un pied d'égalité les actions relevant des assurances complémentaires à la LAA et à la LAMal » a été discutée dans le cadre des travaux préparatoires. Le Parlement y a donné suite et la commission compétente a provisoirement suspendu son traitement afin de tenir compte de la présente révision. Après un examen approfondi, le Conseil fédéral estime toutefois que la modification demandée ne se justifie pas, raison pour laquelle il renonce à la proposer. La distinction entre l'assurance complémentaire à l'assurance-accidents obligatoire d'une part et l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale d'autre part repose sur des motifs objectifs. L'art. 7 actuel reprend en effet le droit antérieur relatif aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, qui se démarque clairement du droit applicable aux assurances complémentaires à l'assurance-accidents obligatoire. La règle en vigueur ne constitue pas non plus une erreur du législateur. Le traitement identique de ces deux types de cas demandé par l'initiative (Poggia) Golay 13.441 ne serait pas justifié, d'autant plus que les exceptions au principe de la double instance doivent rester peu nombreuses et que l'argument avancé selon lequel la mesure proposée permet de gagner en efficacité ne convainc pas.

1.3.8 Création d'un droit de refuser de collaborer pour les juristes d'entreprise (mise en œuvre de l'initiative parlementaire Markwalder 15.409 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise »)

L'initiative parlementaire Markwalder 15.409 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise », à laquelle les deux Chambres et leurs commissions compétentes ont donné suite, demande la création d'un droit spécial de refuser de collaborer pour les juristes d'entreprise. L'initiative propose déjà un nouvel art. 160a AP-CPC, qui avait été élaboré par un groupe de travail de l'administration sur ce thème. Dans le cadre de la présente révision, le Conseil fédéral soumet donc ce texte à la discussion et à la consultation (voir commentaire de l'art. 160a AP-CPC ci-après).

1.3.9 Création d'une base légale fédérale pour une statistique nationale des procédures

L'examen de l'adéquation du CPC à la pratique et son évaluation ont mis en évidence le fait que pour plusieurs des instruments et des stades principaux de la procédure civile, il n'existait pas de décompte exploitable du nombre de cas ni de statistiques uniformes. Le Conseil fédéral est d'avis que les données relatives à l'application du droit doivent être suffisamment connues, notamment dans la perspective de futures révisions de la loi. Il propose en conséquence la création d'une

base légale prévoyant l'établissement à l'échelon national de statistiques et de décomptes des nombres de cas sur les indices relatifs à l'application du CPC. Concrètement, il y aurait lieu de relever les données relatives au nombre, à la nature, à la durée et aux coûts des procédures devant les différentes instances judiciaires et les autorités de conciliation (voir art. 401a AP-CPC). Pour cela, la Confédération doit poursuivre et intensifier sa collaboration avec les cantons et les tribunaux.

1.4 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

1.4.1 Procédure civile

Le 4 juillet 2017, le Parlement européen a adopté une résolution contenant des recommandations à la Commission européenne relatives à des normes minimales communes pour les procédures civiles dans l'Union européenne²⁹. À moyen terme, des normes minimales communes prévues dans une directive européenne pour des procédures civiles équitables et efficaces et pour la préservation de l'accès aux tribunaux et au droit doivent remplacer le dédale réglementaire actuel composé d'une importante jurisprudence de la CEDH, de dispositions sectorielles de procédure et de règles de coopération en matière de justice civile.

La procédure civile n'a pas fait l'objet d'adaptations régulières récentes qu'en Suisse. On relève notamment les innovations suivantes en Europe:

- En France, le code de procédure civile a été modifié entre 2016 et 2017 par une loi de modernisation de la justice³⁰ et ses textes d'application³¹. Ces derniers prévoient des instruments permettant de simplifier les procédures, de désencombrer les tribunaux et de faciliter l'accès à la justice.
- En Allemagne, la procédure civile a été modifiée récemment par une loi sur l'encouragement de la correspondance électronique avec les tribunaux³², par une loi sur l'introduction des actes électroniques en justice et sur les autres mesures d'encouragement de la correspondance juridique électronique³³ et par une loi modifiant certaines dispositions dans les domaines du droit international privé et de la procédure civile³⁴ (certaines de ces nouvelles dispositions légales n'étant pas encore entrées en vigueur).

²⁹ Parlement européen, Normes minimales communes des procédures civiles, Résolution du Parlement européen du 4 juillet 2017 contenant des recommandations à la Commission relatives à des normes minimales communes pour les procédures civiles dans l'Union européenne (2015/2084(INL), P8_TA(2017)0282).

³⁰ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

³¹ Notamment le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile.

³² *Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten* du 10 octobre 2013.

³³ *Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs* du 5 juillet 2017.

³⁴ *Gesetz zur Änderung von Vorschriften im Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts* du 11 juin 2017.

-
- La procédure civile autrichienne a été adaptée au cours des années écoulées par une loi fédérale du 3 août 2015 modifiant la procédure civile, le statut disciplinaire des avocats et des avocats-stagiaires et la loi d'organisation judiciaire, ainsi que par la 2^e loi sur la protection de l'adulte du 25 avril 2017³⁵.

1.4.2 Exercice collectif des droits

Suite à sa recommandation du 11 juin 2013³⁶ aux États membres de l'UE d'introduire des procédures d'exercice collectif des droits pour les actions générales en cessation et en réparation, la Commission européenne a procédé à une évaluation de sa mise en œuvre pratique. Dans ce cadre, une consultation publique a eu lieu durant l'été 2017. La Commission a présenté son rapport le 25 janvier 2018³⁷. Elle souhaite ainsi poursuivre la promotion de ses recommandations, analyser plus en détail certains aspects et les concrétiser matériellement de manière ciblée dans le cadre d'initiatives futures.

Depuis le 1^{er} novembre 2005, il existe en Allemagne une loi sur les procédures standard destinées aux investisseurs, prévoyant des « procédures modèles » (*Musterverfahren*) d'exercice collectif des droits pour les litiges causés par des informations publiques relatives aux marchés des capitaux. Révisé en 2012, ce texte doit rester en vigueur jusqu'en 2020³⁸. Il prévoit que dix demandeurs au moins peuvent initier une procédure modèle devant un *Oberlandesgericht* portant sur la constatation des conditions fondant ou invalidant leurs prétentions ou sur la clarification de questions juridiques, un éventuel « jugement modèle » (*Musterentscheid*) déployant ensuite des effets pour tous les participants à la procédure. Depuis 2012, en cas de transaction dans le cadre d'une telle procédure modèle, les autres participants peuvent

³⁵ *Bundesgesetz, mit dem das Erwachsenenvertretungsrecht und das Kuratorenrecht im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch geregelt werden und das Ehegesetz, das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, das Namensänderungsgesetz, das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, das Außerstreitgesetz, die Zivilprozessordnung, die Jurisdiktionsnorm, das Rechtspflegengesetz, das Vereinsanwalt-, Patientenanzwalts- und Bewohnervertretergesetz, das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz, die Notariatsordnung, die Rechtsanwaltsordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Gerichtliche Einbringungsgesetz geändert werden (2. Erwachsenenschutz-Gesetz – 2. ErwSchG)* du 25 avril 2017.

³⁶ Commission européenne, recommandation du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, document C(2013) 3539/3 et communication « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs » du 11 juin 2013, document COM(2013) 401.

³⁷ Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, on the implementation of the Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union law (2013/396/EU), COM(2018) 40 final (disponible sous: http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=49502).

³⁸ *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* du 19 octobre 2012 (BGBl. I p. 2182), modifiée dernièrement par l'art. 24, al. 1 de la loi du 23 juin 2017 (BGBl. I S. 1693).

choisir de ne pas s'y soumettre dans un délai d'un mois à compter de la notification de la transaction. Fin juillet 2017, le ministère allemand de la justice a soumis à la discussion une proposition de créer une action modèle en constatation³⁹. Le projet prévoit qu'elle prendrait la forme d'une action des organisations pour le compte des consommateurs, que ces derniers pourraient rejoindre afin de pouvoir bénéficier des effets du jugement sur leurs prétentions individuelles.

Le droit de la protection des consommateurs prévoit en France depuis 2014 une véritable action de groupe en deux phases permettant à certaines associations de consommateurs de faire valoir des dommages-intérêts. Pour participer à la seconde phase de la procédure de dédommagement, les consommateurs concernés doivent fournir une déclaration d'adhésion (*opt in*)⁴⁰. La loi de modernisation de la justice de 2016 a étendu cette action de groupe et unifié ses règles pour toutes les questions de discrimination, d'environnement, de santé et de protection des données.

En Autriche, depuis le début des années 2000, la pratique et la jurisprudence ont développé l'action collective dite de type autrichien. Il s'agit de l'exercice de multiples prétentions par une (association) demanderesse par la voie d'un cumul d'actions, s'apparentant à une prestation de recouvrement⁴¹. Par ailleurs, les efforts en cours depuis quelques années en faveur de l'introduction d'une véritable action de groupe ou collective y ont récemment trouvé un nouvel élan.

L'Italie a introduit une action de groupe en 2010 dans sa législation de protection des consommateurs, ayant déjà fait l'objet de plusieurs adaptations. Dans le cadre de cette action, une organisation ou tout individu touché peut introduire une demande collective, à laquelle d'autres consommateurs peuvent se joindre (*opt in*) et qui est ensuite traitée en deux phases (admission de l'action de groupe et décision au fond)⁴².

Aux Pays-Bas, la loi sur le traitement groupé des dommages collectifs prévoit depuis juillet 2005 une réglementation spéciale pour les transactions de groupe visant une mise en œuvre collective des droits. Elle a fait l'objet d'une révision entre 2012 et 2013. Ces procédures spéciales de transaction de groupe entre un ou plusieurs auteurs (présumés) responsables d'un dommage et une association ou une fondation agissant dans l'intérêt commun de tous les lésés doivent permettre d'aboutir à une transaction approuvée par le tribunal et liant tous les lésés n'ayant pas déclaré ne pas vouloir participer à la procédure (*opt out*) dans un délai déterminé. À ce jour, sept

³⁹ Proposition soumise à discussion par le ministère allemand de la justice et de la protection des consommateurs : *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Musterfeststellungsklage* du 31 juillet 2017 ; sur ce sujet, voir AXEL HALFMEIER, *Musterfeststellungsklage: Nicht gut, aber besser als nichts*, ZRP 7/2017, p. 201 ss.

⁴⁰ Sur ce sujet, voir STEPHANIE ROHLFING-DIJOUX, *Reform des Verbraucherschutzes in Frankreich durch die Einführung einer Gruppenklage in das französische Recht*, EuZW 2014, p. 771 ss et les références citées.

⁴¹ Sur ce sujet, voir également le rapport du Conseil fédéral de juillet 2013 « Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives », p. 17 ss, ainsi que ALEXANDER KLAUSER/PETER HADLER, *Kollektiver Rechtsschutz in der österreichischen Praxis*, ZZPInt 18 (2013), p. 103 ss et les références citées.

⁴² Voir ALESSIO VICINZINO, *L'action de groupe en Italie: état de la situation*, Revue Européenne de Droit de la Consommation 2014, p. 549 ss.

cas de dommages collectifs ont déjà été traités dans le cadre de telles procédures de transaction de groupe⁴³. Depuis 2014, de nouveaux travaux de révision sont en cours, prévoyant essentiellement une extension de l'action des organisations aux prétentions en réparation. Une proposition de loi en ce sens a été présentée le 16 novembre 2016, prévoyant la création d'une action des organisations pour l'exercice collectif des droits découlant de dommages collectifs, avec la possibilité pour les lésés de déclarer ne pas vouloir y adhérer.

1.5 Mise en œuvre

En principe, les modifications proposées de lois en vigueur ne requièrent pas de mesures supplémentaires de mise en œuvre par voie d'ordonnance, à l'exception toutefois de l'art. 401a AP-CPC proposé, relatif aux statistiques et au nombre de cas. Pour cette disposition, le Conseil fédéral devra fixer les principes et les modalités de l'établissement des statistiques et du décompte du nombre de cas par voie d'ordonnance (art. 401a, al. 2, AP-CPC).

Les adaptations de la procédure civile proposées impliquent toutefois des modifications du droit cantonal, notamment des lois cantonales de procédure et d'organisation judiciaire (sur ce point, voir également le ch. 3.2 ci-après).

2 Commentaire des dispositions

2.1 Code de procédure civile

Remplacement d'une expression

Le code de procédure civile emploie systématiquement le terme « décision », indépendamment des multiples désignations cantonales⁴⁴. Dans ce contexte, l'expression « proposition de jugement » dans le domaine de la procédure de conciliation est peu cohérente⁴⁵. Elle sera donc remplacée par le terme « proposition de décision », qui apparaît plus logique. Cette modification entraîne une reformulation des art. 202, al. 4, 203, al. 2, 205, al. 2, du titre précédant l'art. 210, du titre et du texte de l'art. 210 (al. 1 et 2) ainsi que de l'art. 211, al. 1, 3 et 4. Ces modifications sont de nature purement terminologique.

⁴³ Sur ce sujet, voir également MATTHIS PETER, *Zivilprozessuale Gruppenvergleichsverfahren – Einvernehmliche Streitbeilegung im kollektiven Rechtsschutz*, thèse de doctorat, Zurich 2017, p. 65 ss ainsi que THIJS BOSTERS, *Collective Redress and Private International Law in the EU*, La Haye 2017, p. 47 ss.

⁴⁴ Cf. également le message sur le CPC, FF 2006 6841, 6951.

⁴⁵ À ce propos, cf. également BRUNO LÖTSCHER-STEIGER, *Prüfungs- und Entscheidungsbefugnisse der Schlichtungsbehörde*, in: Fankhauser / Widmer Lüchinger / Klinsler / Seiler (éd.), *Festschrift Sutter-Somm*, Zurich 2016, p. 409 ss., 414, qui préférerait cependant le terme « *Erledigungsvorschlag* » (proposition de règlement), ce qui mettrait en évidence la distinction entre ce type de prononcé et la décision.

Art. 5, let. j et k

Les procédures collectives, c'est-à-dire l'action des organisations (art. 89 s. AP-CPC) et la transaction de groupe (art. 352a ss AP-CPC), nécessitent, comme d'autres matières (p. ex. les actions du droit de la propriété intellectuelle ou de la concurrence, les litiges en matière de responsabilité nucléaire ou relevant de la loi sur les placements collectifs de capitaux), que les compétences juridiques et techniques en lien avec ce type d'action soient concentrées en une instance cantonale unique. Cette concentration est judicieuse et efficace, car elle garantira que le tribunal compétent sera saisi d'un nombre suffisant de procédures pour qu'un savoir-faire spécifique dans le traitement et la conduite de ces procédures collectives puisse se former sur le long terme. En revanche, le contexte suisse ne permettrait pas que ces procédures collectives soient encore plus concentrées au niveau national, auprès d'un seul ou de quelques tribunaux, comme c'est parfois le cas à l'étranger (p. ex. aux Pays-Bas où la Cour d'appel [*Gerechtshof*] d'Amsterdam est exclusivement compétente au niveau national pour connaître des procédures de transaction collective en première instance).

Dès lors, il faudra ajouter à la liste des matières spéciales pour lesquelles les cantons doivent instituer une autorité cantonale unique les let. j et k, selon lesquelles le droit cantonal institue une juridiction compétente pour statuer en instance cantonale unique sur les actions des art. 89 et 89a AP-CPC d'une part (let. j) et sur les transactions de groupe au sens des art. 352a à 352k AP-CPC d'autre part (let. k).

Il résulte de l'art. 75, al. 2, let. a, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)⁴⁶ que cette autorité cantonale unique doit être un tribunal supérieur. La renonciation à une instance de recours cantonale contre les décisions rendues en matière d'actions des organisations et de transactions de groupe, en dérogation au principe de la *double instance*, est justifiée dans les deux cas: en plus de la compétence technique du tribunal et de la célérité souhaitée dans le traitement de ces procédures, cette restriction est justifiée par le fait qu'il s'agit là de recours juridiques collectifs, qui n'empêchent en principe pas les individus d'invoquer leurs droits à titre individuel.

Dans les cantons dont les lois d'organisation judiciaire ou les constitutions attribuent la compétence pour tous les litiges issus de l'art. 5 CPC à la Cour suprême ou au Tribunal cantonal (p. ex. les cantons de Fribourg, de Thurgovie ou de Zoug), la modification proposée ne nécessitera aucune modification de la législation cantonale. Dans les cantons ayant institué un tribunal de commerce (Zurich, Berne, Argovie et Saint-Gall), il existe de nombreux arguments pour que les transactions de groupe leur soient attribuées (cf. art. 6, al. 4, let. a, CPC).

Art. 6, al. 2, let. c, 3, 6 et 7

Sous le titre « Tribunal de commerce », l'art. 6 CPC règle en fait deux choses. Premièrement, cette disposition indique clairement, en concrétisation de l'art. 3 CPC (organisation des tribunaux et des autorités de conciliation), que les cantons peuvent

⁴⁶ RS 173.110

instituer un tribunal de commerce, c'est-à-dire un tribunal spécial qui statue en tant qu'instance cantonale unique sur les litiges commerciaux (al. 1). Deuxièmement, pour les cantons ayant fait usage de cette faculté, elle règle exhaustivement la compétence à raison de la matière en définissant les litiges commerciaux (al. 2), de sorte que les cantons ne peuvent pas étendre cette compétence⁴⁷.

Dès après l'entrée en vigueur du CPC, cette disposition et son interprétation ont suscité des incertitudes et des controverses, qui ont entre-temps été en grande partie levées par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Aujourd'hui, cette disposition, de même que la juridiction commerciale et les tribunaux de commerce ont donc incontestablement fait leurs preuves, comme le démontrent le nombre de cas stable, voire en légère augmentation, ainsi que la reconnaissance claire que les milieux scientifiques et doctrinaux témoignent à la juridiction commerciale⁴⁸. Ce constat n'est en rien relativisé par le fait que le Tribunal fédéral ait, dans son rapport de gestion 2011, plaidé en faveur d'une instance de recours cantonale contre les décisions et ordonnances des tribunaux de commerce⁴⁹. De l'avis du Conseil fédéral, cette proposition du Tribunal fédéral n'est plus d'actualité; il faut dès lors admettre que la dérogation au principe de la double instance cantonale pour les litiges de droit civil n'est plus contestée et qu'elle est adéquate⁵⁰.

Au-delà de ces réflexions, le Conseil fédéral propose d'améliorer l'art. 6 CPC sur trois points:

- La condition de l'inscription au registre du commerce prévue à l'al. 2, let. c, doit être précisée en ce sens que les parties doivent être inscrites comme entités juridiques (cf. art. 2, let. a, de l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce⁵¹)⁵².
- Le droit d'option du demandeur (= compétence matérielle facultative des tribunaux de commerce) prévu à l'al. 3 sera précisé en ce sens que ce droit ne s'applique pas aux litiges en matière de droit du travail et de droit du bail, pour lesquels il existe souvent des autorités spéciales et auxquels il faut appliquer des règles de procédure particulières. Ce seront toujours les tribunaux ordinaires ou, le cas échéant, les tribunaux de prud'hommes ou du bail institués par l'organisation judiciaire cantonale qui seront compétents pour ces litiges spéciaux.

⁴⁷ ATF 140 III 155 consid. 4.3

⁴⁸ Cf. p. ex. ALEXANDER BRUNNER, Art. 6 N 7 ss, in: DIKE ZPO, 2^e éd., Zurich 2016 ainsi qu'ISAAK MEIER, *Das Zürcher Handelsgericht im Kontext des Justizsystems*, in: Brunner/Nobel (éd.), Handelsgericht Zürich, 1866-2016, Zurich 2016, p. 57 ss.

⁴⁹ Rapport de gestion du Tribunal fédéral 2011, p. 20

⁵⁰ Cf. également les critiques à l'encontre de la proposition du Tribunal fédéral émises à l'époque par ISAAK MEIER, *Das Zürcher Handelsgericht im Kontext des Justizsystems*, in: Brunner/Nobel (éd.), Handelsgericht Zürich, 1866-2016, Zurich 2016, p. 74; HEINRICH ANDREAS MÜLLER, *Schaffung eines innerkantonalen Rechtsmittels gegen Urteile der kantonalen Handelsgerichte?*, RSJ 2012, p. 325 ss.

⁵¹ RS 221.411

⁵² ATF 140 III 409 consid. 2 et 142 III 96 consid. 3.3

-
- La loi statuera, conformément à la jurisprudence, qu'en cas de consorité simple, la compétence du tribunal de commerce est exclue lorsque ce dernier est compétent uniquement pour statuer sur quelques-unes de ces actions ou prétentions; le cas échéant, seuls les tribunaux ordinaires seront compétents (al. 6).
 - La loi arrêtera aussi explicitement que la compétence des tribunaux de commerce est exclue lorsqu'un litige est soumis à la procédure simplifiée en vertu de l'art. 247 CPC (al. 7).

Exigence d'inscription au registre du commerce comme entité juridique (al. 2, let. c)

Selon le texte en vigueur de l'al. 2, let. c, la troisième condition d'un litige commercial est que « les parties sont inscrites au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent ». Dans le message sur le CPC, le Conseil fédéral précisait – dans la version allemande – que les deux parties devaient être inscrites au registre du commerce suisse ou étranger sous une *raison de commerce*, bien que la disposition ne le dise pas clairement⁵³. Ceci correspond à la doctrine majoritaire⁵⁴ et à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵⁵. À l'avenir, cette situation juridique doit résulter directement du texte; celui-ci sera donc modifié en conséquence. Il faudra aussi faire correspondre la formulation utilisée dans la première partie de phrase de l'al. 3.

Droit d'option du demandeur: exclu dans les litiges de droit du travail et du bail (al. 3)

Lorsque seul le défendeur est inscrit comme entité juridique au registre du commerce (al. 2, let. c) et que les autres conditions d'un litige commercial prévues à l'al. 2 sont réalisées (à savoir un litige touchant l'activité commerciale d'au moins une des parties et le recours ouvert au Tribunal fédéral), la partie demanderesse a le choix entre le tribunal de commerce et le tribunal ordinaire. Ceci permet à un demandeur qui n'est pas inscrit comme entité juridique au registre du commerce de bénéficier, s'il le souhaite, des avantages de la juridiction commerciale, à savoir la compétence technique des juges et l'instance cantonale unique qui tend à accélérer la résolution des litiges⁵⁶.

Après avoir été source d'incertitudes et l'objet de jurisprudences variables peu après l'entrée en vigueur du code de procédure civile, l'interprétation et l'application de cette règle ont été concrétisées par le Tribunal fédéral. Dans l'ATF 138 III 694, le Tribunal fédéral a considéré, en se basant notamment sur la situation juridique qui

⁵³ Version allemande du message sur le CPC, BBl 2006 6041, 7261

⁵⁴ Cf., parmi d'autres, MEINRAD VETTER, art. 6 n° 24, in: ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016; GEORGE DAETWYLER/CHRISTIAN STALDER, *Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts*, in: Brunner/Nobel (éd.), *Handelsgericht Zürich, 1866-2016*, Zurich 2016, p. 192 s.

⁵⁵ ATF 140 III 409 consid. 2 et 142 III 96 consid. 3.3

⁵⁶ ATF 138 III 694 consid. 2; JULIEN SCHWALLER/GEORG NAEGELI, *Die Zuständigkeit der Handelsgerichte gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO*, Jusletter du 14 novembre 2011.

prévalait auparavant dans les cantons ayant institué une juridiction commerciale et sur les travaux préparatoires relatifs à cette norme, que le droit d'option prévu à l'art. 6, al. 3, CPC était indépendant d'autres restrictions et était donc généralement soumis aux conditions de l'art. 6 al. 2 let. a (activité commerciale d'au moins une partie) et b (recours ouvert au Tribunal fédéral), de sorte qu'une cliente pouvait se prévaloir du droit d'option pour son action contre un gérant de fortune inscrit au registre du commerce en tant qu'entreprise individuelle⁵⁷.

Nonobstant ces éclaircissements du Tribunal fédéral, importants pour la pratique, la disposition est précisée sur deux points:

1. Le droit actuel ne détermine pas clairement si les litiges de droit du travail relèvent de l'activité commerciale d'au moins une partie (cf. art. 6, al. 2, let. a, CPC) et donc de la compétence des tribunaux de commerce⁵⁸. Pour autant que l'on puisse en juger, il n'existe pas de jurisprudence définitive du Tribunal fédéral à ce sujet. Selon la jurisprudence du tribunal de commerce de Zurich, les litiges de droit du travail ne devraient pas relever de l'activité commerciale⁵⁹, de sorte que le droit d'option prévu à l'art. 6, al. 3, CPC n'entre pas en ligne de compte.

Le Conseil fédéral estime que cette incertitude relative à la compétence n'est pas opportune, parce qu'elle remet en cause la simplicité d'application d'un élément central du CPC. Pour cette raison, cette question (controversée) sera clarifiée au niveau législatif comme suit: dans les litiges relevant du droit du travail, la partie demanderesse qui n'est pas inscrite comme entité juridique au registre du commerce n'aura pas de droit d'option en faveur du tribunal de commerce et seuls les tribunaux ordinaires seront compétents (*art. 6, al. 3, AP-CPC*). Indépendamment de la question de savoir s'ils relèvent ou non de l'activité commerciale, les litiges de droit du travail entre un travailleur en tant que partie demanderesse et un employeur ne sont pas des litiges typiquement commerciaux pour lesquels le tribunal de commerce disposerait de magistrats particulièrement compétents; au contraire, de nombreux cantons ont institué des tribunaux de prud'hommes pour trancher ce type de litiges. Il apparaît donc judicieux de préciser le droit en vigueur en ce sens.

2. En matière de litiges relevant du droit du bail à loyer ou à ferme de locaux d'habitation ou commerciaux, il reste, malgré une riche jurisprudence du Tribunal fédéral, des incertitudes et des incohérences. En effet, selon la ju-

⁵⁷ Cf. à ce propos CHRISTOPH HURNI, *Sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts: Klägerwahlrecht auch für Konsumenten (Art. 6 Abs. 3 ZPO)*, RJB 2012, p. 989 ss.; MICHEL HEINZMANN, note relative à l'ATF 138 III 694, RSPC 2013, p. 195 s.

⁵⁸ Pour une compétence des tribunaux de commerce, notamment BERNHARD BERGER, art. 6 N 11, 24, in: BK ZPO, Berne 2012; *contra*, en revanche, p. ex. ALEXANDER BRUNNER, art. 6 N 34, 41 s. in: DIKE ZPO, 2^e éd., Zurich 2016; GEORGE DAETWYLER/ CHRISTIAN STALDER, *Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts*, in: Brunner/Nobel (éd.), *Handelsgericht Zürich, 1866-2016*, Zurich 2016, p. 178; MEINRAD VETTER, art. 6 n° 21a, in: ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016; ULRICH HAAS/MICHAEL SCHLUMPF, art. 6 N 6 s., in: KUKO ZPO, 2^e éd., Bâle 2014; JACQUES HALDY, art. 6 n° 5, in: CPC commenté, Bâle 2011.

⁵⁹ Cf., parmi d'autres, Tribunal de commerce de ZH, 16.07.2012, ZR 2012 no 58.

risprudence du Tribunal fédéral, les tribunaux de commerce sont compétents pour les litiges relevant du droit du bail à loyer et à ferme⁶⁰, pour autant qu'ils ne relèvent pas de la procédure simplifiée, car celle-ci exclut la compétence du tribunal de commerce (cf. également à ce propos le commentaire relatif au ch. 7 ci-après)⁶¹. Les cantons ne peuvent pas adopter de règles divergentes⁶².

Cette situation engendre des insécurités quant à la délimitation des compétences⁶³. Il faut donc modifier le droit applicable et prévoir, comme pour les litiges de droit du travail, que le droit d'option prévu à l'art. 6, al. 3, CPC est exclu lorsque le litige relève du droit du bail à loyer ou à ferme portant sur des habitations et des locaux commerciaux (*art. 6, al. 3, AP-CPC*).

Attraction de compétence en faveur des tribunaux ordinaires en cas de consorité (al. 6)

D'après le droit en vigueur, le droit fédéral ne règle pas de manière uniforme qui, du tribunal de commerce ou du tribunal ordinaire, est compétent lorsque le tribunal de commerce n'a de compétence matérielle que pour certains consorts; alors que seul le tribunal ordinaire est compétent dans les cantons de Zurich (mais seulement sur la base d'une règle cantonale tacite)⁶⁴ et de Berne⁶⁵, la compétence en cas de consorité était, dans certains cas, partagée dans le canton d'Argovie⁶⁶. Cette situation juridique complique le travail des autorités chargées de l'application du droit, d'où la proposition d'harmoniser, au niveau du droit fédéral, les règles de compétence en matière de consorité passive simple et de prévoir, dans un nouvel *al. 6*, une attraction de compétence en faveur du tribunal ordinaire lorsque le tribunal de commerce est compétent uniquement pour statuer à l'égard de quelques-uns des consorts. Une telle réglementation n'est en revanche pas nécessaire pour la consorité active simple, car dans ce cas, le droit d'option prévu à l'art. 6, al. 3, CPC permet en principe de procéder en commun devant le tribunal de commerce.

60 ATF 139 III 457 consid. 3; cette règle s'applique indépendamment du fait qu'il s'agit d'un acte juridique de base, auxiliaire ou accessoire, cf. GEORGE DAETWYLER/CHRISTIAN STALDER, *Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts*, in: Brunner/Nobel (éd.), *Handelsgericht Zürich, 1866-2016*, Zurich 2016, p. 175.

61 ATF 139 III 457 consid. 3

62 ATF 140 III 155 consid. 4

63 GEORGE DAETWYLER/CHRISTIAN STALDER, *Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts*, in: Brunner/Nobel (éd.), *Handelsgericht Zürich, 1866-2016*, Zurich 2016, p. 175 s.; URBAN HULLIGER/ANDREAS MAAG, *Zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte in mietrechtlichen Streitigkeiten – ein Zwischenbericht*, MRA 4/2013, p. 3 ss.

64 ATF 138 III 471 consid. 5c

65 TCom BE, 9.12.2012, CAN 2013 n° 58

66 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_239/2013 du 9 septembre 2013, consid. 3; depuis le 1^{er} juillet 2015, le canton d'Argovie prévoit également une attraction de compétence en faveur des tribunaux ordinaires au § 9, al. 2, EG ZPO.

Exclusion de la compétence des tribunaux de commerce en procédure simplifiée (al. 7)

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le régime de la procédure applicable a la priorité sur la compétence matérielle du tribunal de commerce: cela signifie que les causes mentionnées à l'art. 243, al. 1 et 2, CPC relèvent toujours de la procédure simplifiée, même lorsque les conditions de la compétence du tribunal de commerce prévues à l'art. 6 CPC sont, en soi, réalisées. Si un litige est soumis à la procédure simplifiée en vertu de l'art. 243, al. 1 ou 2, CPC, le tribunal de commerce n'est pas compétent. En fin de compte, cela signifie que les tribunaux ordinaires sont toujours compétents pour connaître des litiges soumis à la procédure simplifiée⁶⁷.

Cette clarification de la situation juridique devrait à l'avenir ressortir directement du texte de la loi. L'art. 6 CPC sera donc complété par un nouvel *al. 7*, qui prévoit que la compétence du tribunal de commerce est exclue pour les litiges soumis à la procédure simplifiée en vertu de l'art. 243, al. 1 et 2, CPC. Il en ressort également que le droit cantonal (d'organisation judiciaire) ne peut attribuer aux tribunaux de commerce les litiges prévus à l'art. 6, al. 4, CPC que s'ils ne relèvent pas de la procédure simplifiée.

Art. 16a Action des organisations et transaction de groupe

Afin de déterminer plus facilement la compétence à raison du lieu (*for*) dans les procédures collectives (action des organisations et transaction de groupe), celle-ci devra être réglée de manière uniforme et sans égard aux règles générales sur la compétence, qui se réfèrent généralement à la nature juridique des prétentions invoquées (droit des personnes, droit de la famille, droit des successions, droits réels, droit des contrats, actes illicites, droit commercial, etc.). Non seulement la détermination de la compétence à raison du lieu en est facilitée, mais cela permet aussi d'éviter certaines difficultés et questions de délimitation et de prévenir de possibles abus, ce qui améliore la sécurité juridique, en particulier en faveur des défendeurs potentiels. Le même principe vaut en matière internationale⁶⁸.

Pour les actions des organisations, l'*al. 1* dispose que le *for* est celui du domicile ou du siège du défendeur. Cette disposition fonde, dans l'intérêt des défendeurs potentiels, le *for* général du défendeur pour les actions des organisations; ils ne devront pas s'attendre à ce que des actions collectives soient introduites en un autre lieu que leur domicile ou leur siège. Pour ces actions collectives, ce *for* est également sensé du point de vue matériel (proximité de la cause et des preuves), dans la mesure où le siège ou le domicile du défendeur sera souvent le point commun géographique de ces litiges collectifs lorsque, par exemple, les dommages subis par les personnes concernées sont survenus à divers endroits. Il se justifie aussi que les organisations demanderesse ne puissent introduire leurs actions que devant le *for* du défendeur; elles n'ont pas à profiter de *fors* spéciaux institués dans l'intérêt de demandeurs individuels réputés plus faibles. Conformément aux principes généraux, il sera

⁶⁷ ATF 143 III 137 consid. 2; 139 III 457 consid. 4

⁶⁸ Cf. à ce propos les explications au ch. 2.2.8 concernant l'art. 12 AP-LDIP.

possible de déroger à ce for par le biais d'une élection de for (art. 17 CPC) ou d'une acceptation tacite du for (art. 18 CPC).

L'al. 2 règle la compétence à raison du lieu pour les transactions de groupe au sens des art. 352a ss AP-CPC. Ici aussi, la compétence à raison du lieu doit faire l'objet d'une règle spéciale en raison du caractère collectif de la procédure et doit découler d'un critère indépendant de la nature juridique de l'atteinte invoquée. La consultation relative à l'avant-projet de LSFIn a révélé que la détermination du for nécessitait des clarifications⁶⁹. Au vu de la nature particulière de la transaction de groupe, qui est un mode amiable de règlement des litiges, la compétence sera attribuée au tribunal du domicile ou du siège de l'une des parties qui demande l'approbation de la transaction de groupe. Comme pour l'action des organisations (al. 1), ce for ne sera pas impératif, de sorte que les parties pourront aussi saisir un autre tribunal sur la base d'une convention (art. 17).

Art. 51, al. 3

Selon le texte en vigueur de cette disposition, un motif de récusation découvert après la clôture de la procédure doit donner lieu à une procédure de révision. Cette règle suit le principe selon lequel un tribunal perd la compétence de trancher une cause déterminée une fois qu'il a rendu son jugement dans cette affaire (*lata sententia iudex desinit esse iudex*)⁷⁰. Cependant, ni le texte du CPC, ni les travaux préparatoires ne précisent à partir de quel moment une procédure doit être qualifiée de clôturée, en fonction de la nature des voies de recours ouvertes contre une décision finale⁷¹.

Entre-temps, le Tribunal fédéral a tranché cette question comme suit: l'invocation d'un motif de récusation par le biais de la révision n'entre pas en ligne de compte lorsque le motif de récusation est découvert après la fin de la procédure devant l'autorité concernée (soit après le prononcé d'une décision finale formelle), mais avant l'échéance du délai de recours. Cette règle s'applique également, indépendamment de la question de la force de chose jugée, lorsque la décision ne peut être attaquée que par un recours, car la révision est subsidiaire à celui-ci⁷².

Afin d'améliorer la sécurité juridique, ces clarifications jurisprudentielles seront incluses dans le texte de l'art. 51, al. 3, CPC. Il sera possible de faire valoir un motif de récusation par la voie de la révision lorsque plus aucune voie de recours ne sera disponible.

⁶⁹ Voir rapport sur les résultats de la consultation LSFIn/LEFin, p. 42 (<https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2384/LEFin-LSFin-Rapport-resultats-fr.pdf>).

⁷⁰ ATF 139 III 120 consid. 2

⁷¹ Cf. à ce propos DENIS TAPPY, art. 51 N 14 ss, in: CPC commenté, Bâle 2011.

⁷² ATF 139 III 466 consid. 3.4; 139 III 120 consid. 2; 138 III 702 consid. 3.4

Art. 60a *Renvoi en cas d'incompétence*

Selon l'art. 59, al. 1, CPC, le tribunal n'entre en matière que si les conditions de recevabilité sont réalisées. L'une de ces conditions est la compétence du tribunal à raison de la matière et du lieu (art. 59, al. 2, let. b, CPC). Selon l'art. 60 CPC, le tribunal examine d'office si cette condition de recevabilité, et toutes les autres, sont réalisées. Si le tribunal parvient à la conclusion qu'il n'est pas compétent, il n'entre pas en matière sur la demande ou la requête et rend une décision d'irrecevabilité. Ce prononcé met fin à la procédure devant ce tribunal.

Le droit en vigueur ne prévoit pas que, le cas échéant, le tribunal transfère ou transmet la cause au tribunal compétent⁷³. La seule conséquence pour le demandeur est le tempérament procédural prévu à l'art. 63 CPC: si le demandeur réintroduit sa demande ou sa requête dans le mois qui suit la déclaration d'irrecevabilité devant le tribunal compétent, la litispendance est préservée, car l'instance est réputée introduite au moment du premier dépôt de l'acte (art. 63, al. 1, CPC). Malgré des demandes en ce sens exprimées lors de la procédure de consultation, le renvoi des causes a été écarté au moment de l'élaboration du CPC en raison de la charge supplémentaire que cela engendrerait pour les tribunaux⁷⁴; le message a renvoyé à cet égard à des arguments déjà soulevés contre une proposition similaire dans le cadre de l'ancienne loi du 24 mars 2000 sur les fors (LFors)^{75,76}. L'avant-projet de LFors prévoyait un art. 43, al. 3, AP-LFors, prévoyant que la demande « est, sur requête du demandeur, transmise au tribunal qu'il [le tribunal saisi] indique tenir pour compétent, à moins que l'incompétence de celui-ci ne soit manifeste. La transmission [...] ne supprime pas les effets de l'ouverture d'action ni la litispendance déjà créée ».

L'impossibilité de renvoyer les causes entre en contradiction avec de nombreuses règles prévues dans les anciennes procédures civiles cantonales⁷⁷ ainsi qu'avec des règles de droit cantonal en vigueur⁷⁸ et plus généralement avec les tendances modernes du droit de procédure civile⁷⁹. De l'avis du Conseil fédéral, la praticabilité du CPC s'en trouve limitée, car le demandeur est justement privé de la solution simple du renvoi de la cause en cas d'incompétence. Le Conseil fédéral souhaite modifier cette situation en introduisant un nouvel art. 60a AP-CPC. Comme cette possibilité existait déjà dans de nombreux cantons autrefois et qu'elle est parfois encore prévue à l'intérieur des cantons, on peut difficilement affirmer que cela causerait une charge

⁷³ Cf. également arrêt du Tribunal fédéral 4A_604/2014 du 30 mars 2015 consid. 2.3.2; tribunal cantonal ZH, arrêt LB130064 du 20 mai 2014, ZR 2014, p. 248 ss.

⁷⁴ Cf. à ce propos le classement des réponses à la procédure de consultation sur l'avant-projet relatif à une loi fédérale sur la procédure civile suisse (PCS), Berne 2004, p. 132, 185, 191 et 545.

⁷⁵ aRS 272

⁷⁶ Dans ce sens, message sur le CPC, FF 2006 6841, 6892.

⁷⁷ P. ex. aCPC ZH § 112; aCPC AG § 176; aCPC SG art. 77; aCPC LU § 103; aCPC GL art. 3; aCPC SZ § 101; cf. également art. 135, al. 2, aCPC VS, qui prévoyait qu'un échange de vues et une transmission de la cause intervenaient d'office.

⁷⁸ Voir p. ex. le § 46 al. 4 du *Gerichtsorganisationsgesetz* de Bâle-Campagne.

⁷⁹ Voir FRIDOLIN WALTHER, note relative à l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_449/2007 du 25 octobre 2007, RSPC 2008 p. 5 s. et, déjà, le rapport final de la Commission FSA «*Ver-einheitlichung der Gerichtsstände in Zivilsachen sowie Anerkennung und Vollstreckung ausserkantonaler Zivilurteile an den Vorstand des SAV*», p. 15.

supplémentaire excessive pour les tribunaux; il faut d'autant moins s'y attendre que le renvoi de la cause n'intervient pas d'office, mais sur requête du demandeur ou requérant. Cette requête peut déjà être formulée dans le cadre de l'acte introductif d'instance, mais elle doit pouvoir être faite jusqu'à l'entrée en force de la décision d'irrecevabilité.

Le demandeur ou requérant devra désigner le tribunal qu'il considère comme compétent; le tribunal saisi sans être compétent ne devra pas identifier lui-même le tribunal compétent (voir cependant l'art. 143, al. 1^{bis}, AP-CPC et les explications y relatives ci-dessous). Il vérifiera seulement le tribunal ainsi désigné n'est pas manifestement incompétent, ce qui permettra d'éviter les renvois d'emblée dénués de chances de succès, aussi bien dans l'intérêt de l'autre partie que d'une justice efficace. Avant une telle décision, le tribunal saisi sans être compétent pourra procéder à un échange de vues, mais il n'y sera pas tenu de par la loi⁸⁰. Si le tribunal désigné n'est pas manifestement incompétent, le tribunal saisi sans être compétent renverra la demande ou la requête au tribunal désigné. La litispendance ne sera pas interrompue par le renvoi. Ceci permettra de parvenir au même résultat qu'avec un nouveau dépôt de l'acte introductif d'instance dans le délai d'un mois après son retrait ou le prononcé d'une décision d'irrecevabilité faute de compétence, conformément à l'art. 63, al. 1, CPC.

Art. 70, al. 2 (ne concerne que le texte français)

Dans la version française, la seconde partie de la phrase est adaptée aux versions allemande et italienne et utilisera les termes « déclarations de recours et d'appel » plutôt que « déclarations de recours ».

Art. 71 Consortité simple

Cette disposition traite de la consorité simple, dans le cadre de laquelle plusieurs personnes agissent ensemble contre une partie ou sont actionnées ensemble par une seule partie pour des motifs d'économie de procédure et de cohérence des décisions, sans qu'une action commune soit obligatoire ou nécessaire⁸¹. La consorité simple se distingue de la consorité nécessaire, dans laquelle plusieurs personnes doivent forcément agir ou être actionnées ensemble, car la cause n'est susceptible que d'une décision unique (art. 70 CPC).

Les al. 1 et 2 règlent les conditions de la consorité simple. À côté de l'exigence de la connexité (« état de fait ou motifs juridiques similaires »), qui restera applicable, ces conditions doivent être modifiées sur deux aspects afin d'améliorer le CPC et inscrites dans un *al. 1* reformulé:

⁸⁰ Cf. p. ex. l'ancienne réglementation dans le canton d'Argovie: le § 176, al. 2, aCPC AG prévoyait qu'un échange de vues avait lieu, en règle générale, entre le juge saisi et le juge désigné par le demandeur.

⁸¹ Cf. à ce sujet ERNST STAEHELIN/SILVIA SCHWEIZER, art. 71 n° 1, in: ZK ZPO, 3° éd., Zürich 2016; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2° éd., Berne 2016, n° 3.28; TANJA DOMEJ, art. 71, n° 1, in: KUKO ZPO, 2° éd., Bâle 2014.

- Premièrement, il faut codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la condition de la compétence du tribunal à raison de la matière pour les différentes causes. Il s'agit là d'une condition de recevabilité centrale, qui devrait clairement ressortir de la loi. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la compétence matérielle du tribunal saisi pour toutes les créances invoquées est une « condition implicite » de la consorité (passive) simple selon le droit en vigueur⁸². Cette condition générale de la consorité simple sera consacrée à la *let. b* de l'art. 71, al. 1, AP-CPC.
- Deuxièmement, la condition de la même procédure, prévue à l'art. 71, al. 2, CPC, sera précisée dans l'un de ses aspects principaux dans une nouvelle *let. a*, qui vise à élargir, à l'avenir, les cas de figure où la consorité active simple est admissible. Selon le droit en vigueur, la consorité simple est exclue lorsque les différentes causes ne sont pas soumises à la même procédure (ordinaire, simplifiée ou sommaire). Dans l'absolu, cela signifie que des demandes relevant de la procédure ordinaire et d'autres soumises à la procédure simplifiée ne peuvent pas être introduites ensemble, même lorsque l'application d'une procédure différente résulte uniquement de la valeur litigieuse (cf. art. 243, al. 1, CPC: procédure simplifiée pour les litiges patrimoniaux d'une valeur litigieuse inférieure ou égale à 30 000 francs). Toutefois, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en cas de cumul objectif (art. 90 CPC), il convient d'additionner les valeurs litigieuses en application de l'art. 93, al. 1, CPC avant d'appliquer l'art. 90 CPC, de sorte qu'il faut examiner les conditions de la compétence à raison de la matière et de l'identité de procédure sur la base des valeurs litigieuses déjà additionnées⁸³. Selon lui, la même règle devrait s'appliquer au moins à la consorité active simple, dans laquelle plusieurs personnes agissent (contre un défendeur) sur la base de faits ou d'un fondement juridique similaire⁸⁴. Si certaines actions relèvent de la procédure simplifiée uniquement en raison de leur valeur litigieuse et que d'autres relèvent de la procédure ordinaire, il devrait être possible de les faire valoir ensemble en formant une consorité simple; conformément à la jurisprudence susmentionnée, il s'agira d'additionner, dans un premier temps, les valeurs litigieuses en application de l'art. 93, al. 1, CPC et de déterminer la procédure applicable dans un second temps; dans ces cas, il s'agira toujours de la procédure ordinaire.

Suite à ce remaniement, l'actuel al. 3 restera inchangé mais deviendra l'*al. 2*.

Art. 81 al. 1 et 3

Le CPC a introduit l'appel en cause pour la première fois au niveau suisse, alors que celui-ci n'était connu que dans les cantons de Genève, Vaud et Valais ainsi qu'en partie dans le canton du Tessin. L'appel en cause va plus loin que la dénonciation

⁸² ATF 138 III 471 consid. 5

⁸³ ATF 142 III 788 consid. 4

⁸⁴ Cf. également ALEXANDER WINTSCH/RICHARD MEYER, *Streitwertaddition bei Klagenhäufung und einfacher Streitgenossenschaft*, PCEF 2016, p. 275 ss.

d'instance (art. 78 ss CPC) et permet d'obtenir directement, dans le cadre de la procédure principale, une décision sur les prétentions que l'appelant en cause fait valoir contre l'appelé⁸⁵.

L'expérience a révélé que cet instrument procédural reste encore peu ou pas utilisé. Le Conseil fédéral estime dès lors qu'il est important d'améliorer l'efficacité de l'appel en cause (cf. également les explications relatives à l'art. 82, al. 1, 3^e phrase, AP-CPC ci-dessous).

Le Conseil fédéral propose que les dispositions relatives aux conditions et à l'admissibilité de l'appel en cause soient clarifiées à l'art. 81, al. 1, CPC. Il s'agit de résumer le contenu des actuels al. 1 et 3 dans un nouvel *al. 1* et de compléter la disposition par les conditions dégagées par la doctrine et la jurisprudence, qui seront présentées de manière structurée dans une énumération:

- La *phrase introductive* précisera que l'appel en cause est ouvert pour faire valoir des prétentions que l'appelant en cause estime avoir, pour le cas où il succomberait dans la procédure principale; dès lors, la possibilité d'introduire un appel en cause portant sur une action en constat négatif ressortira clairement de la loi⁸⁶.
- Une nouvelle *let. a* règlera la condition de la connexité, qui prévaut déjà sous le droit en vigueur⁸⁷, comme le prévoyait déjà l'avant-projet relatif au CPC. Elle met aussi en évidence qu'outre l'hypothèse d'une prétention récursoire, d'autres cas de garantie et d'indemnisation sont envisageables.
- La *let. b* énoncera que le tribunal doit être compétent à raison de la matière aussi bien pour l'action principale que pour celle faisant l'objet de l'appel en cause. Cette condition, qui résulte déjà du droit en vigueur⁸⁸ ressortira directement de la loi; cette modification n'engendre aucun changement matériel.
- Une nouvelle *let. c* règlera l'admissibilité du point de vue de la procédure, qui est actuellement réglée à l'al. 3. À la différence du droit en vigueur, la loi exprimera clairement que l'appel en cause est (exclusivement) admissible en procédure ordinaire; l'appel en cause sera donc exclu, comme sous le droit en vigueur, en procédure simplifiée et en procédure sommaire, parce qu'il ne faut pas compliquer et prolonger ces procédures⁸⁹.

Alors que le droit en vigueur exige au moins implicitement que la prétention faisant l'objet de l'appel en cause relève de la procédure ordinaire⁹⁰, celui-ci sera désormais admis aussi lorsque cette cause relèverait de la procédure simplifiée uniquement en raison de sa valeur litigieuse (jusqu'à

⁸⁵ Cf. message sur le CPC, FF **2006** 6841, 6896 ss.

⁸⁶ Cf. déjà à ce propos NINA J. FREI, *Die Interventions- und Gewährleistungsklagen im Schweizer Zivilprozess*, thèse de doctorat Zurich 2004, p. 114 s.

⁸⁷ Cf. message sur le CPC, FF **2006** 6841, 7284 s., ATF **139** III 67 consid. 2.4.3 et TARKAN GÖKSU, art. 81 n° 9, in: DIKE ZPO, 2^e éd., Zurich 2016.

⁸⁸ ATF **139** III 67 consid. 2.4.3

⁸⁹ Cf. parmi d'autres, à ce propos, le message sur le CPC, FF **2006** 6841, 6898.

⁹⁰ ATF **139** III 67 consid. 2.4.2; cf. également DANIEL SCHWANDER, art. 81 N 26 ss, in: ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016.

30 000 francs, cf. art. 243, al. 1, CPC). Le champ d'application de l'appel en cause sera légèrement élargi; cela dit, il n'existe pas d'intérêt juridique digne de protection de l'appelé qui s'opposerait à l'invocation, dans le cadre de la procédure principale, de prétentions récursoires, ou de prétentions en garantie ou en indemnisation par le biais de l'appel en cause.

L'actuel *al. 2* est repris sans modification; les appels en cause en chaîne sont exclus afin d'éviter une complexification des procédures et des retards excessifs. Le contenu de l'actuel *al. 3* est repris dans l'al. 1; cette disposition peut donc être abrogée.

Art. 82, al. 1, 3^e phrase

Cette disposition règle la procédure d'appel en cause. Celle-ci sera complétée par rapport au droit actuel sur un point essentiel: selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les conclusions d'un appel en cause doivent en principe être chiffrées d'emblée et elles ne doivent pas être subordonnées à l'issue de la procédure principale. Exceptionnellement, elles n'ont pas à être chiffrées lorsque les conditions d'une action non chiffrées posées à l'art. 85 CPC sont remplies⁹¹.

En raison de cette situation juridique, il se peut que l'appelant en cause chiffre ses conclusions en donnant un montant trop élevé ou trop bas, ce qui nuit à l'attrait de cet instrument par rapport à la dénonciation d'instance prévue à l'art. 78 CPC, car l'appelant en cause prend le risque d'être condamné aux frais de l'appel en cause. Pour cette raison, une nouvelle *3^e phrase* à l'al. 1 modifiera le droit en vigueur en précisant que les conclusions de l'appel en cause ne doivent pas être chiffrées si elles tendent à la prestation que le dénonçant serait lui-même condamné à fournir dans la procédure principale. En plus des cas de figure prévus à l'art. 85 CPC, il faut autoriser l'appelant en cause à ne pas chiffrer ses conclusions lorsque l'appel en cause concerne une prétention récursoire et que l'appelant en cause ne peut pas encore savoir à quel montant il risque d'être condamné dans le procès principal.

Art. 89, al. 1, 2, let. c et d, et 3

Dans le cadre d'une action des organisations, un demandeur constitué en « organisation » agit dans l'intérêt collectif d'un groupe de personnes déterminé et fait valoir en son nom une prétention déterminée contre un défendeur⁹². D'après le droit en vigueur, les associations et autres organisations peuvent, à certaines conditions très précises, faire valoir une atteinte aux droits de personnalité des membres d'un groupe de personnes défini et exiger d'interdire cette atteinte, de la faire cesser ou d'en constater le caractère illicite⁹³. L'art. 89 CPC codifie l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral, après qu'une règle généralisée et uniforme pour tout le droit privé (= renonciation à la limitation aux atteintes à la personnalité, voir art. 79 AP-

⁹¹ ATF 142 III 102 consid. 3 à 6; cf. à ce propos MELANIE LEHMANN, *Die Bezifferung der Streitverkündungsklage*, Jusletter du 30 mai 2016.

⁹² Cf. rapport du Conseil fédéral de juillet 2013 « Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives », p. 22 s.

⁹³ Cf. pour plus de détails ALEXANDER BRUNNER, art. 89 N 7 ss, in: DIKE ZPO, 2^e éd., Zurich 2016; ALEXANDER J. MARKUS, art. 89 N 6 ss, in: BK ZPO, Berne 2012.

CPC) a été rejetée dans le cadre de la procédure de consultation⁹⁴. Il existe toujours des règles spéciales prévoyant une action des organisations dans différents domaines (p. ex. art. 7 de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité [LEg]⁹⁵, art. 10, al. 2, en relation avec l'art. 9 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale [LCD]⁹⁶, art. 9, al. 3, let. a, de la loi du 13 décembre 2002 sur l'égalité pour les handicapés [LHand]⁹⁷ etc.), qui sont réservées en vertu de l'art. 89, al. 3, CPC.

Depuis l'entrée en vigueur du CPC le 1^{er} janvier 2011, aucune action des organisations au sens de l'art. 89 CPC n'a été introduite (voir en détail ch. 1.2.2 ci-dessus). Jusqu'à présent, l'art. 89 CPC est resté lettre morte et cet instrument juridique ne fonctionne pas à l'heure actuelle. Comme le Conseil fédéral l'expliquait déjà en 2013⁹⁸, cela découle des motifs suivants:

- Le cadre de l'action des organisations est limité à l'invocation d'atteintes à la personnalité (à l'exception des actions prévues par des lois spéciales), ce qui exclut son application à des domaines importants de l'activité économique quotidienne, comme les prétentions de droit du travail ou du bail ou le droit des marchés financiers et des capitaux.
- Il est impossible de faire valoir des prétentions pécuniaires (dommages et intérêts, tort moral, remise du gain), et l'invocation de dommages collectifs et de dommages dispersés est donc exclue de fait.
- La démarche consistant à introduire parallèlement une action des organisations et des actions individuelles est peu attrayante, car l'action des organisations produit des effets insuffisants par rapport aux procédures individuelles (p. ex. en ce qui concerne la prescription) et elle s'accompagne de risques liés aux frais de procédure et de difficultés de financement (p. ex. aussi le financement de procès par des tiers);
- Le droit d'action des organisations est réglé de manière trop restrictive et la relation avec les actions des organisations prévues par des lois spéciales est parfois peu claire.

En particulier, l'action des organisations ne permet pas, sous le droit actuel, de faire valoir des dommages dispersés, alors qu'elle semble justement être l'instrument adéquat, au sein de l'ordre juridique suisse, pour invoquer collectivement ce type de dommages (cf. à ce propos 1.3.3 ci-dessus).

Pour ces raisons, l'actuel art. 89 CPC est révisé comme suit et complété par un nouvel art. 89a.

- Les conditions auxquelles une association ou une autre organisation est qualifiée pour agir sont revues et la limitation à l'invocation des atteintes à la

⁹⁴ Message sur le CPC, FF 2006 6841, 6902.

⁹⁵ RS 151.1

⁹⁶ RS 241

⁹⁷ RS 151.3

⁹⁸ Cf. rapport du Conseil fédéral de juillet 2013 « Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives », p. 25 ss.

personnalité est supprimée, ce qui ouvre l'action des organisations à tout le droit privé (art. 89, al. 1, AP-CPC).

- Les associations et autres organisations seront autorisées à faire valoir, en leur nom, les prétentions pécuniaires des membres du groupe de personnes concerné, si elles y sont aptes (*Prozessstandschaft*; art. 89, al. 2, let. d, et 89a AP-CPC).
- La prescription touchant les prétentions individuelles est interrompue par l'introduction d'une action des organisations (art. 135, ch. 3, AP-CO; cf. également ch. 2.2.3 ci-dessous);
- La réserve, peu claire, de l'art. 89, al. 3, CPC en faveur des actions d'organisations prévues par des lois spéciales est supprimée au profit de l'unification de toutes les actions d'organisations du droit privé, et les dispositions en vigueur dans les autres lois sont modifiées en conséquence (cf. également ch. 2.2 ci-dessous sur les modifications dans les autres lois fédérales).

Conditions de l'action des organisations (al. 1)

Selon le droit en vigueur, les associations et autres organisations d'importance nationale ou régionale dont les statuts les habilite à défendre les intérêts d'un groupe déterminé de personnes peuvent agir en leur propre nom pour faire valoir une atteinte à la personnalité des membres de ce groupe de personnes (art. 89, al. 1, CPC). L'organisation agit en son propre nom pour faire valoir ses propres droits⁹⁹. D'après la proposition du Conseil fédéral, l'action des organisations sera admissible pour toutes les violations actuelles ou imminentes subies par un groupe de personnes déterminé (*al. 1, phrase introductive*) et ouverte aux organisations en général, donc en particulier aux associations, réalisant les trois conditions suivantes: elles ont un but non lucratif (*let. a*), leurs statuts les habilite à défendre les intérêts de ce groupe de personnes (*let. b*) et elles sont aptes à défendre ces intérêts (*let. c*). En ce qui concerne les actions d'organisations qui resteront réglées dans des lois spéciales (p. ex. art. 9 LEg¹⁰⁰ et art. 56 de la loi du 28 août 1992 sur la protection des marques [LPM]¹⁰¹), ces conditions devront être interprétées à la lumière du droit en vigueur et de la pratique actuelle: les organisations et associations qui ont déjà la qualité pour agir sous le droit actuel en disposeront également sous le nouveau droit.

Atteinte actuelle ou imminente aux droits des membres d'un groupe de personnes (phrase introductive de l'al. 1)

Le fait que l'action des organisations ne permette de faire valoir que des atteintes à la personnalité l'a privée de toute portée, car même s'il est admis que la notion d'atteinte à la personnalité doit être interprétée largement¹⁰², elle est exclue dans de

⁹⁹ ALEXANDER BRUNNER, art. 89 n° 8, in: DIKE ZPO, 2^e éd., Zurich 2016

¹⁰⁰ RS 151.3

¹⁰¹ RS 232.11

¹⁰² Cf. PHILIPP WEBER, art. 89 n° 7a, in: KUKO ZPO, 2^e éd., Bâle 2014.

nombreux domaines où l'exercice collectif des droits est important. Cette limitation sera par conséquent supprimée.

À l'avenir, toutes les atteintes actuelles ou imminentes aux droits des membres d'un groupe de personnes déterminé pourront faire l'objet d'une action des organisations; ceci permettra d'ouvrir la voie de l'action des organisations pour des atteintes à d'autres droits que ceux de la personnalité, en particulier dans le contexte d'actes juridiques passés en matière de commerce et de services. Cette possibilité concerne avant tout les cas typiques de dommages collectifs, qui peuvent être causés à tout un groupe de personnes par un acte illicite au sens de l'art. 41 CO, mais aussi par la violation d'un contrat. On peut citer par exemple le cas où des séries entières de produits défectueux ont été vendues à un groupe de personnes déterminé, de même que les pratiques cartellaires ou déloyales d'entreprises face à des consommateurs.

Organisations sans but lucratif (let. a)

La loi parlera d'« organisations » et citera la forme juridique la plus importante, l'association, à titre exemplatif. Le Conseil fédéral propose par ailleurs de supprimer la condition de l'« importance nationale ou régionale » pour l'action des organisations en général (voir toutefois art. 89a, al. 1, let. d, ch. 1, AP-CPC pour l'action en réparation des organisations). Cette exigence est peu claire pour la pratique, par exemple en ce qui concerne les organisations internationales ou au contraire locales¹⁰³. Pour prévenir les abus et le détournement de l'action des organisations à d'autres fins, il faudra, pour reconnaître aux organisations la qualité pour agir, qu'elles poursuivent un but non lucratif, c'est-à-dire que leur activité statutaire ne vise pas la réalisation d'un bénéfice. Dès lors, les sociétés et les entreprises commerciales resteront exclues de l'action des organisations; les organisations ayant pour but de protéger de telles entreprises ou personnes ou de représenter leurs intérêts pourront en revanche avoir la qualité pour agir. Les organisations commerciales à proprement parler ne devraient pas pouvoir se servir de l'action des organisations, car cela entrerait en contradiction avec la forme suisse de cette action représentative et soulèverait aussi des problèmes principal-agent. Ce sont donc principalement les associations au sens des art. 60 ss du code civil [CC]¹⁰⁴ ainsi que les fondations au sens des art. 80 ss CC qui entrent en considération.

But statutaire de défense des intérêts du groupe de personnes visé (let. b)

Comme sous le droit en vigueur, une organisation n'a la qualité pour agir que si ses statuts l'habilitent à défendre les intérêts d'un groupe de personnes défini, dont les droits menacés ou violés forment justement l'objet de l'action. Par rapport au droit en vigueur, le texte allemand se réfère également au terme *Satzung* (acte constitutif), car les fondations entrent également en ligne de compte comme organisations demanderesses. En raison de cette condition, les groupements purement informels ou les communautés d'intérêts sous la forme de sociétés simples continueront à être

¹⁰³ Voir ALEXANDER R. MARKUS, art. 89 n° 8, in: BK ZPO, Berne 2012; ALEXANDER BRUNNER, art. 89 n° 10, in: DIKE-ZPO, 2^e éd., Zurich 2016.

¹⁰⁴ RS 210

exclus. À l'inverse, il ne faut pas empêcher d'office la fondation ou la constitution, en conformité avec la loi, d'associations ou de fondations dont le but est de faire valoir, par le biais de l'action des organisations, les droits menacés ou atteints d'un groupe de personnes déterminé¹⁰⁵; elles devront cependant être aptes à défendre les intérêts du groupe de personnes (voir let. c et art. 89a, al. 1, let. d, AP-CPC).

Aptitude à défendre les intérêts du groupe de personnes (let. c)

Le Conseil fédéral propose d'inscrire explicitement une condition supplémentaire à la qualité pour agir, sous la forme de l'aptitude de l'organisation demanderesse à défendre les intérêts du groupe de personnes. La demanderesse devra donc disposer des connaissances techniques, mais aussi des moyens organisationnels et financiers objectivement nécessaires pour défendre, de manière équitable et adaptée, les intérêts du groupe de personnes concernées. Cette condition est comparable avec des conditions semblables auxquelles certains ordres juridiques étrangers ont soumis leurs actions représentatives¹⁰⁶, et avec les dispositions de droit administratif régissant le droit de recours des organisations (voir par ex. l'art. 12 de la loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage¹⁰⁷ ou l'art. 55 de la loi du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement¹⁰⁸). Ceci permettra de garantir explicitement qu'une action des organisations ne sera pas intentée par une association disposant de moyens insuffisants, incompétente ou dépassée par l'enjeu de la défense des intérêts collectifs, ce qui aurait un impact négatif prévisible pour les membres du groupe de personnes, voire pour le défendeur. Le juge devra examiner l'aptitude de l'organisation demanderesse dans le cas d'espèce, en tenant compte de toutes les circonstances et de l'objet de l'action que cette dernière entend introduire. De plus, l'action en réparation des organisations sera soumise à des conditions spécifiques en matière d'aptitude à faire valoir les prétentions concernées (voir le commentaire de l'art. 89a, al. 1, let. d, AP-CPC).

Action en interdiction, en cessation, en constatation ou en réparation (al. 2, let. c et d)

Sous le droit en vigueur, les associations ou autres organisations demandresses peuvent tout d'abord prendre des conclusions visant l'atteinte aux droits en elle-même. Ce point demeurera inchangé. Il est également toujours possible de faire constater par voie d'action le caractère illicite d'une atteinte; la *let. c* précisera à cet égard qu'il doit y avoir un intérêt digne de protection, comme l'exigent aussi la

¹⁰⁵ Le message sur le CPC, FF **2006** 6841, 6901, soutenait que l'action des organisations devait être exclue pour les groupements constitués spécialement pour l'occasion. Aujourd'hui, les critiques émises dans le cadre des travaux préparatoires du CPC à l'égard des groupements constitués spécifiquement en vue d'une action des organisations n'apparaissent plus déterminantes.

¹⁰⁶ Cf. p. ex. le § 3 de la *Unterlassungsklagengesetz* en Allemagne ou encore l'art. XVII.36 ch. 2 du code de droit économique belge pour l'action en réparation collective de droit belge.

¹⁰⁷ RS **451**

¹⁰⁸ RS **814.01**

doctrine majoritaire et la jurisprudence pour l'action en constatation générale au sens de l'art. 88 CPC¹⁰⁹. Cette formulation est plus précise que le texte en vigueur, car un intérêt à la constatation peut exister même si l'entrave causée par l'atteinte a disparu.

Une nouvelle *let. d* prévoira la possibilité de demander, par le biais de l'action des organisations, en plus des types d'actions susmentionnés, la réparation d'une atteinte, donc d'agir en dommages et intérêts ou en remise du gain ou éventuellement aussi en remise de l'enrichissement illégitime. La réglementation correspondante est introduite dans un nouvel art. 89a AP-CPC, auquel la *let. d* renvoie.

Art. 89a Action en réparation des organisations

D'après le droit en vigueur, toute demande condamnatoire ayant pour objet une réparation appréciable en argent est exclue dans le contexte de l'action des organisations; celle-ci ne permet de faire valoir ni des dommages-intérêts, ni un tort moral; les actions en remise du gain sont également exclues¹¹⁰. L'action des organisations ne permet donc pas de faire valoir collectivement des dommages collectifs, alors même que l'invocation de prétentions en réparation n'est pas inconciliable avec les principes traditionnels de la procédure civile¹¹¹. Par le passé, le Conseil fédéral a déjà jugé les actions condamnatoires des associations comme un moyen digne d'être étudié pour l'invocation collective de droits¹¹².

L'action des organisations permettra d'introduire une « action en réparation des organisations » en plus des types d'action existants. À la différence de l'art. 89 CPC (où l'organisation fait valoir un droit propre, cf. les explications ci-dessus) l'organisation – en particulier l'association – demanderesse au sens de l'art. 89, al. 1, AP-CPC disposera de la qualité pour invoquer en son nom les droits des personnes dont les intérêts sont défendus par l'organisation (*Prozessstandschaft*): c'est elle qui sera partie au procès et qui mènera celui-ci; elle fera valoir en son propre nom les prétentions pécuniaires qui appartiennent matériellement aux membres individuels du groupe de personnes dont elle défend les intérêts. Pour cette raison, cette action pour les droits d'autrui nécessitera l'autorisation de chaque membre concerné du groupe de personnes. Etant donné l'importance de ce type d'action en réparation, l'organisation demanderesse devra en outre satisfaire à un critère spécifique d'aptitude à faire valoir ces droits (voir art. 89a, al. 1, *let. d*, AP-CPC).

¹⁰⁹ Cf. parmi d'autres ATF **141** III 68 consid. 2 et les références. citées ainsi que PAUL OBERHAMMER, art. 88 N 9 ss, in: KUKO ZPO, 2^e éd., Bâle 2014.

¹¹⁰ Cf. PHILIPP WEBER, art. 89 n° 20, in: KUKO ZPO, 2^e éd., Bâle 2014.

¹¹¹ Rapport du Conseil fédéral de juillet 2013 « Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives », p. 27 s.

¹¹² Cf. réponse du Conseil fédéral du 17 février 2016 à l'interpellation Birrer-Heimo 15.4171, « Exercice collectif des droits. Mise en œuvre des mesures promises »; Rapport du Conseil fédéral de juillet 2013 « Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives », p. 28, 56.

Conditions de recevabilité de l'action en réparation des organisations (al. 1)

L'action en réparation des organisations ne sera recevable qu'aux conditions restrictives suivantes, qui devront être en principe examinées d'office par le tribunal compétent en tant que conditions de recevabilité spéciales au sens de l'art. 59 CPC, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce.

- Selon l'*al. 1, phrase introductive*, l'action en réparation des organisations permettra de faire valoir des prétentions au versement de dommages-intérêts ou à la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires. Cette disposition s'inspire de l'art. 28a, al. 3, CC pour les prétentions en réparation extracontractuelles; il sera toutefois aussi possible d'invoquer des prétentions en réparation contractuelles ou fondées sur un enrichissement illégitime.

L'invocation de prétentions en réparation du tort moral fondées sur les art. 47 et 49 CO¹¹³ restera exclue à l'avenir, bien que celles-ci soient également des prétentions réparatrices et pécuniaires. En tant qu'indemnité appréciable en argent pour un tort moral, ces indemnités doivent parvenir aussi directement et exclusivement que possible à l'ayant droit; pour cette raison, leur invocation par un tiers, par le biais de l'action des organisations, doit être exclue, même si les prétentions en réparation du tort moral sont cessibles et peuvent être héritées.

- Selon la *let. a*, les actions en réparation des organisations ne seront recevables que si les membres d'un groupe de personnes déterminé, dont les intérêts sont représentés par l'organisation demanderesse conformément à l'art. 89, al. 1, AP-CPC, ont droit à une réparation. Le fondement de droit matériel de ces prétentions pécuniaires relève du droit (privé) applicable et non de l'art. 89 AP-CPC. Cette disposition ne fonde dès lors pas de nouveaux droits ou créances de droit matériel. Une organisation ne pourra faire valoir des droits par le biais de l'action en réparation des organisations que si les membres du groupe sont titulaires de tels droits. Le calcul de l'indemnité obéira aux règles générales, en particulier à l'art. 42, al. 2, CO, selon lequel le juge détermine équitablement le montant du dommage en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée lorsque le montant exact du dommage ne peut pas être établi.
- La qualité de l'organisation demanderesse pour faire valoir les prétentions pécuniaires des personnes concernées (*Prozessstandschaft*) ne se justifie que dans la mesure où elles profitent d'un éventuel gain résultant de la déduction en justice de leurs droits. Pour cette raison, la *let. b* prévoit que l'essentiel du gain éventuel résultant de l'invocation par une organisation de ces prétentions doit revenir au groupe de personnes en faveur duquel l'organisation demanderesse s'engage ou être utilisé exclusivement par l'organisation dans l'intérêt de ce groupe de personnes.

¹¹³ RS 220

La part du gain du procès que l'organisation demanderesse doit reverser aux membres concernés en tant qu'ayants droit n'est pas fixée dans la loi, car il faut tenir compte des circonstances de chaque cas particulier, en particulier en ce qui concerne la nature de l'atteinte, le montant des prétentions et le gain réalisé, mais aussi l'organisation et la structure de l'organisation demanderesse ainsi que les coûts de la conduite du procès. Selon la loi, il devra s'agir d'une part prépondérante du gain brut du procès.

La participation des membres concernés du groupe de personnes au produit de l'action pourra aussi résulter du fait que l'éventuel gain du procès est utilisé par l'organisation exclusivement dans l'intérêt de ce groupe de personnes. On peut imaginer par exemple qu'une organisation de patients agissant dans l'intérêt de ses membres utilise le gain du procès pour financer d'autres activités spécifiques, notamment pour financer des actions d'organisations identiques ou similaires.

- Pour des motifs de principe liés à l'autonomie privée et à la liberté de disposition, la *let. c* fixe comme condition à l'action en réparation des organisations que celles-ci aient été habilitées, par les membres concernés du groupe de personnes, à faire valoir en leur nom leurs prétentions en réparation.

L'action en réparation des organisations ne sera donc recevable que si le membre concerné consent à l'action en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte – en principe avant l'introduction de l'action. Sur la base d'un tel consentement explicite d'un membre à l'invocation de ses droits par l'organisation demanderesse, celle-ci sera habilitée à faire valoir des prétentions en réparation; ce faisant, l'organisation demanderesse devra démontrer qu'elle a obtenu le consentement des membres individuels concernés du groupe de personnes. La déclaration de consentement devra aussi donner des indications sur l'utilisation d'un éventuel gain du procès par l'association ou l'organisation demanderesse.

Il en résultera une action représentative basée sur une déclaration d'adhésion (*opt in*) des membres du groupe de personnes. Par rapport au droit en vigueur et à la possibilité de céder les prétentions en réparation des lésés à une association ou à une autre organisation en vue de leur invocation en justice par le biais d'un cumul objectif (art. 90 CPC), l'invocation collective des prétentions par le biais de l'action des organisations est plus simple: aucune cession de créance selon les art. 164 ss CO ne sera nécessaire; il suffira d'apporter la preuve que les membres concernés, qui restent titulaires des créances, ont consenti à l'action. L'invocation collective de dommages collectifs, dans lesquels les personnes concernées subissent individuellement des atteintes importantes¹¹⁴, s'en trouvera facilitée, voire rendue enfin praticable.

¹¹⁴ Cf., sur la notion de dommage collectif, ch. 1.3.3 ci-dessus ainsi que pour plus de détails le rapport du Conseil fédéral « Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives » de juillet 2013, p. 10.

Vu ces facilitations, le Conseil fédéral estime que grâce à ce mécanisme, il sera possible (ou plus facile) d'agir collectivement dans des cas de dommages dispersés d'un montant limité qu'il n'est guère sensé aujourd'hui d'invoquer par le biais d'actions individuelles, ne serait-ce que pour des motifs d'économie de procédure. Pour des raisons de principe, le Conseil fédéral se distancie donc des propositions plus ambitieuses avancées notamment par des experts et préconisant, afin de surmonter l'apathie rationnelle des lésés, une présomption de consentement des personnes concernées dont la prétention ne dépasse pas quelques centaines de francs, sauf déclaration contraire de leur part.

- Selon la *let. d*, l'action en réparation des organisations proposée par le Conseil fédéral ne sera recevable qu'à condition que l'organisation demanderesse soit apte à faire valoir les prétentions en réparation, étant donné l'importance que cette action revêt non seulement pour les personnes concernées mais aussi pour le défendeur. Comme en matière de droit de recours des organisations, la légitimation active pour faire valoir des prétentions à réparation aura pour condition un certain degré de représentativité et d'expertise, dans le domaine concerné, de l'organisation. Cela permettra de faire valoir collectivement des droits en une seule procédure, de manière uniforme et aussi complète que possible. Il n'est pas souhaitable que des organisations locales ou constituées spécifiquement en vue de l'action sans qu'elles disposent de l'expertise nécessaire traitent des cas de dommage collectif d'envergure nationale voire internationale. Le tribunal devra donc examiner l'aptitude de l'organisation demanderesse au vu de l'ensemble des circonstances, et en particulier de l'atteinte incriminée, de ses conséquences et des réparations demandées.

La loi concrétise cette exigence de représentativité et d'expertise en nommant deux éléments exemplatifs. Selon le *ch. 1*, les organisations qui sont actives au niveau national ou d'importance nationale devront être considérées comme aptes. Cette condition se rapproche de celles qui régissent le droit de recours des organisations et de la teneur actuelle de l'art. 89, al. 1, CPC ; à la différence de ce qui se passe pour l'art. 89, al. 1, AP-CPC, (voir le commentaire de cette disposition *supra*), ce critère continuera de s'appliquer pour ce qui est des actions en réparation. Ce sont essentiellement des organisations d'envergure nationale ou du moins suprarégionale qui seront aptes à défendre les intérêts des personnes concernées dans le cadre d'une action en réparation des organisations. Selon le *ch. 2*, une organisation sera aussi apte à défendre leurs intérêts si elle a plusieurs années d'expérience dans le domaine du droit concerné ; ce critère s'inspire lui aussi d'une condition connue en droit administratif (« droit de recourir uniquement dans les domaines du droit visés depuis dix ans au moins par ses statuts »). On pourra cependant aussi présumer que l'organisation demanderesse a l'expertise nécessaire si la majorité des personnes qui, à sa connaissance, sont concernées l'a habilitée à agir au sens de la *let. c*. Qu'une majorité des personnes concernées confie le soin d'agir dans leur intérêt à une organisation non seulement atteste la qualification de cette dernière mais garantit l'effet collectif désiré de l'action en réparation des organisations.

Obligations d'information et de publication (al. 2)

En raison de son caractère collectif, l'action en réparation des organisations produira des effets juridiques directement dans la sphère des membres du groupe de personnes dont les intérêts sont déduits en justice par l'organisation. Ce fait justifie que les membres individuels du groupe de personnes soient informés de l'existence d'une action en réparation des organisations. Par ailleurs, pour que le consentement au sens de l'al. 2, let. a, puisse être exprimé, il faudra nécessairement que les personnes concernées soient informées de l'action en réparation des organisations.

Selon l'al. 2, l'organisation agissant selon l'art. 89a AP-CPC devra assurer l'information et la publicité après l'introduction de son action comme suit:

- Tous les membres du groupe de personnes qui, à la connaissance de l'organisation, sont concernés devront être directement informés; il faudra également informer le public de la demande en réparation. Selon le texte de la disposition, cette information devra être fournie de manière appropriée. Outre les moyens traditionnels, soit un courrier adressé aux personnes concernées ainsi que des communiqués de presse ou des annonces, cette diffusion pourra aussi passer par les technologies de communication modernes.
- L'information devra contenir les éléments permettant à une personne d'apprécier si elle est concernée par la demande et si, le cas échéant, elle veut habiliter l'organisation demanderesse à agir pour elle.
- Dans les cas relevant de l'art. 89a, al. 2, let. b, AP-CPC, l'information sur l'action en réparation des organisations devra mentionner la possibilité de quitter le groupe de personnes concernées conformément à l'al. 4 et indiquer les modalités d'une sortie.
- Une exception à ce devoir d'information sera prévue dans les cas où tous les membres du groupe ont autorisé l'organisation demanderesse à agir. Dans ces cas plutôt atypiques, l'information et la publication ne seront pas nécessaires.

Relation avec des actions pendantes des membres du groupe de personnes (al. 3)

Il pourra arriver que des membres du groupe de personnes aient déjà fait valoir leur prétention en réparation par le biais d'une demande individuelle. Certes, les procédures individuelles pourront en principe être menées, continuées et conclues indépendamment de l'action en réparation des organisations. On peut aussi imaginer que la cause soit suspendue en vertu de l'art. 125 CPC ou éventuellement transmise au tribunal chargé de l'action des organisations en vertu de l'art. 127 CPC. Une meilleure coordination sera toutefois nécessaire dans de nombreux cas.

Selon cette disposition, les personnes concernées qui ont déjà agi à titre individuel pourront déclarer qu'ils retirent leur demande pour se joindre à l'action en réparation des organisations, tout en habilitant l'organisation à les représenter; cette déclaration serait similaire au désistement sous réserve d'un nouveau dépôt («*Rückzug angebrachter Massen*»). Sans une telle disposition, ils ne pourraient plus se rallier à une action en réparation des organisations ultérieure, car un désistement d'action s'accompagne en principe de l'autorité de la chose jugée, ce qui exclut un nouveau

procès sur le même objet¹¹⁵. Dans cette situation, les personnes concernées devraient en principe tout de même supporter les frais suite au désistement, conformément à l'art. 106, al. 1, CPC, mais le tribunal devra répartir les frais en équité au vu de l'introduction de la demande en réparation des organisations (voir art. 107, al. 1, let. g, CPC).

Art. 90

Le régime du cumul (objectif) d'actions comme possibilité de faire valoir plusieurs prétentions contre la même partie dans un même procès a une grande importance pratique, parce qu'il permet justement de mettre en œuvre les droits de manière efficace dans l'intérêt de toutes les parties. Le cumul d'actions est aussi important pour l'invocation collective de dommages dispersés ou collectifs sans passer par les instruments collectifs proprement dits; le rassemblement et l'invocation conjointe d'un grand nombre de prétentions par un demandeur contre un défendeur forment l'un des moyens d'exercice collectif des droits disponibles dans le droit en vigueur, avec l'action en consorité¹¹⁶.

En raison de cette grande importance pratique, les règles relatives au cumul d'actions dans le CPC et leur bon fonctionnement sont essentiels. L'évaluation de cette institution a révélé des défauts pratiques. Selon le texte en vigueur, le cumul d'actions est admissible pour autant que le même tribunal soit compétent à raison de la matière (let. a) et que les prétentions soient soumises à la même procédure (let. b). En revanche, selon la loi et la jurisprudence, il n'est pas nécessaire que les prétentions soient connexes¹¹⁷. Diverses critiques ont été émises à l'encontre notamment de la condition de l'identité de procédure, ce qui a mené à des propositions tendant à un assouplissement de cette condition, mais aussi de celle de la connexité matérielle. Ainsi, selon la doctrine majoritaire, le cumul de deux prétentions patrimoniales, dont l'une devrait être soumise à la procédure simplifiée ou traitée par une autorité particulière uniquement en raison de sa valeur litigieuse et l'autre devait être soumise à la procédure ordinaire et traitée par le tribunal ordinaire, est admissible: aucun intérêt digne de protection du défendeur ne s'y oppose; au demeurant, cette solution découle logiquement de l'art. 93, al. 1, CPC, selon lequel, en cas de cumul d'action, les prétentions sont additionnées, à moins qu'elles ne s'excluent. Le Tribunal fédéral s'est désormais également rallié à cette position¹¹⁸. L'expérience a toutefois aussi démontré que le droit en vigueur n'est pas satisfaisant, car il interdit l'invocation collective de prétentions en raison de leur soumission à des procédures différentes lorsque l'application de la procédure simplifiée ne résulte pas de la valeur litigieuse, mais de la nature de certaines prétentions, par exemple lorsqu'une prétention portant sur la protection contre les congés en matière de bail (voir art. 243, al. 2, let. c, CPC)

¹¹⁵ Cf. parmi d'autres PAUL OBERHAMMER, art. 241 n° 35, in: KUKO ZPO, 2^e éd., Bâle 2014.

¹¹⁶ Cf. également ch. 1.2.2 et 1.3.3 ci-dessus ainsi que, pour plus de détail, le rapport du Conseil fédéral de juillet 2013 « Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives », p. 15 s.

¹¹⁷ ATF 142 III 788 consid. 4.2.4; 142 III 587 consid. 2.4.

¹¹⁸ ATF 142 III 788 consid. 4

est invoquée en même temps que des prétentions patrimoniales de plus de 30 000 francs ou que la demande cumule des prétentions fondées sur la LEg (voir art. 243, al. 1, let. a, CPC) et des prétentions générales fondées sur le droit du travail dépassant 30 000 francs. Dans ces cas aussi, il existe un intérêt manifeste à invoquer ces prétentions ensemble, dès lors qu'elles présentent un lien de connexité, ce qui permet de réaliser des économies de procédure et d'éviter les jugements contradictoires. Si ces prétentions sont invoquées ensemble, il faut toutefois s'assurer que les prérogatives renforcées du tribunal sur la conduite de la procédure restent préservées en ce qui concerne les prétentions soumises à la procédure simplifiée (art. 247 CPC) uniquement en raison de leur nature, même si elles sont traitées ensemble avec d'autres prétentions dans le cadre d'une procédure ordinaire.

Pour cette raison, le Conseil fédéral propose une reformulation ciblée de l'art. 90 CPC, dans le but d'améliorer l'application et la praticabilité de cette disposition:

- La phrase introductive et l'*al. 1, let. a*, sont repris en substance.
- Comme on l'a exposé plus haut, le texte en vigueur de l'*al. 1, let. b*, impose que les prétentions faisant l'objet du cumul soient soumises à la même procédure. Cette condition a été relativisée par la jurisprudence en ce sens que le cumul d'actions est également admissible lorsqu'une des prétentions n'est soumise à la procédure simplifiée qu'en raison de sa valeur litigieuse; à l'inverse, le cumul d'actions ne présuppose pas que les prétentions invoquées présentent un lien de connexité. La condition de l'identité de procédure sera supprimée; le cumul objectif d'actions soumises à des procédures différentes restera néanmoins exclu lorsqu'au moins une prétention est soumise à la procédure sommaire (cf. le nouvel al. 2 et les explications ci-dessous). Par contre, l'existence d'un lien de connexité deviendra une condition non plus seulement du for spécial du cumul d'actions prévu à l'art. 15, al. 2, CPC, mais aussi de l'admissibilité du cumul d'actions selon l'art. 90 CPC. Ceci permettra de garantir que, nonobstant l'assouplissement des conditions du cumul d'actions – en particulier lorsqu'elles sont soumises à des procédures différentes –, il existe suffisamment de points communs entre les prétentions, en plus de l'identité de parties et de la compétence à raison de la matière et du lieu, pour que leur traitement dans une procédure apparaisse sensé et judicieux du point de vue de l'économie de procédure.
- Selon un nouvel *al. 2*, le cumul d'actions soumises à des procédures différentes sera exclu, comme sous le droit en vigueur, lorsque certaines prétentions sont soumises à la procédure sommaire (voir art. 248 ss CPC) ou à une procédure spéciale du droit de la famille (art. 271 ss, 295 ss et 305 ss CPC).
- Le nouvel *al. 3* prévoit qu'en cas de cumul d'actions soumises à des procédures différentes, l'art. 247 s'applique par analogie aux prétentions soumises de par leur nature à la procédure simplifiée – c'est-à-dire celles prévues à l'art. 243, al. 2, CPC –, même si plusieurs prétentions sont jugées ensemble dans la procédure ordinaire. Ceci permet de garantir que les assouplissements particuliers prévus à l'art. 247 CPC restent applicables même en cas de cumul de prétentions et d'application de la procédure ordinaire: le devoir

accru d'interpellation du tribunal (*erweiterte Fragepflicht des Gerichts*) prévu à l'art. 247, al. 1, CPC s'appliquera exceptionnellement en procédure ordinaire concernant ces prétentions et le tribunal établira les faits d'office lorsqu'il s'agit d'une prétention au sens de l'art. 247, al. 2, CPC, même si celle-ci doit être traitée en procédure ordinaire dans le cadre d'un cumul d'actions.

Art. 96, 2^e phrase

Le Conseil fédéral n'entend pas remettre en question la souveraineté des cantons en matière de tarifs. Le fait qu'ils soient compétents pour fixer le tarif des frais ne sera pas modifié, même si le Conseil fédéral est d'avis qu'il existerait des arguments en faveur d'un tarif-cadre harmonisé au niveau suisse et permettant de réduire les frais de procédure et de faciliter la mise en œuvre des droits (cf. à ce propos ch. 1.3.2 ci-dessus). Dans cette mesure, il s'agit aussi d'une question liée au bon fonctionnement du droit de procédure civile fédéral. Le Conseil fédéral estime que les cantons sont tenus de veiller, à côté des aspects de politique budgétaire, à l'accessibilité financière des tribunaux civils, dans le cadre de l'exercice de leur autonomie en matière de tarif.

La situation est différente, depuis toujours, dans le domaine du droit des poursuites pour dettes et de la faillite. Déjà avant l'entrée en vigueur du CPC, l'art. 16 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)¹¹⁹ a instauré un tarif des émoluments unique pour la Suisse, qui a indéniablement fait ses preuves. Ce régime n'a pas été modifié par l'entrée en vigueur du CPC et les dispositions de l'ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP)¹²⁰ relatives aux frais de procédure en matière de LP restent applicables¹²¹. Ce point a aussi été explicitement confirmé par le Tribunal fédéral¹²² après que des tribunaux cantonaux en ont décidé dans un autre sens¹²³.

Le CPC réservera explicitement les dispositions relatives aux émoluments adoptées en vertu de l'art. 16, al. 1, LP et, partant, de l'OELP (art. 96, 2^e phrase, AP-CPC). Ceci contribuera à une législation claire et transparente, sans modifier la situation juridique.

Art. 97 Information sur les frais

Le financement de procès par des tiers peut permettre à des personnes et des parties qui, d'une part, ne disposent pas des ressources financières nécessaires au financement d'une procédure civile, ne serait-ce que pour régler une éventuelle avance de frais et qui, d'autre part, ne peuvent pas prétendre à l'assistance judiciaire au sens

¹¹⁹ RS 281.1

¹²⁰ RS 281.35

¹²¹ Cf. déjà à ce propos le message sur le CPC, FF 2006 6841, 6905 et 7016.

¹²² ATF 139 III 195

¹²³ Cf. p. ex. tribunal cantonal de Zurich, II^e Cour civile, 23 février 2011, BLSchK 2011, p. 68 ss (avec note de DAVID RÜETSCHI).

des art. 117 ss CPC, de surmonter les obstacles financiers à la mise en œuvre procédurale de leurs droits. Un tiers – généralement une entreprise spécialisée – finance tous les coûts du demandeur liés à l’invocation de sa prétention; si ce dernier a gain de cause, il devra rembourser les montants avancés à l’aide du produit obtenu; le bailleur de fonds peut également prétendre à une part du produit net à titre de participation au bénéfice. Si le demandeur succombe, les coûts seront entièrement supportés par le tiers qui finance le procès¹²⁴. À la différence des pays voisins, le financement de procès est encore peu répandu en Suisse, ce qui est au moins en partie dû au fait que cette possibilité est relativement peu connue (voir à ce propos ch. 1.3.2 ci-dessus).

Il convient donc d’étendre le devoir d’information des tribunaux sur les frais et d’y inclure explicitement les possibilités du financement de procès. Ce devoir d’information pourra être accompli soit par analogie à l’assistance judiciaire, à l’aide de mentions correspondantes dans les citations et les documents, soit par des aide-mémoire adressés aux parties, soit par oral, dans le cadre des premiers débats (d’instruction) ou des auditions. Pour les parties représentées par un avocat, cette information sera également fournie en parallèle par l’avocat; ce devoir d’information résulte déjà des devoirs de diligence de l’avocat¹²⁵. De l’avis du Conseil fédéral, il s’agit là d’une manière relativement simple et peu bureaucratique de s’assurer que les parties sont informées de l’assistance judiciaire, mais aussi de la possibilité de faire financer la procédure. Ce devoir d’information s’appliquera à toutes les parties, indépendamment du fait qu’elles sont représentées ou non par un avocat. Ceci permettra à toutes les parties d’être informées au moins de manière sommaire sur les coûts de leurs démarches judiciaires.

Art. 98 *Avance de frais*

Selon le texte en vigueur de cette disposition, le tribunal peut exiger du demandeur une avance à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés et le prévenir qu’à défaut de versement, il n’entrera pas en matière sur la demande ou la requête (art. 101, al. 3, CPC).

Cette réglementation, qui est nettement plus stricte et désavantageuse pour le demandeur que l’ancien droit dans certains cantons, a été largement critiquée, au moins depuis l’entrée en vigueur du CPC (cf. également ch. 1.2.2 et 1.3.2 ci-dessus); la problématique du « *paywall* »¹²⁶ barrant l’accès à la justice se manifeste ici de manière exemplaire. En relation avec les tarifs de frais, qui ont sensiblement augmenté dans certains cantons, et les règles sur la liquidation des frais (art. 111 CPC), des auteurs postulent que l’obligation d’avancer les frais limite exagérément l’accès

¹²⁴ Cf. pour plus de détails à ce sujet BENJAMIN SCHUMACHER, *Prozessfinanzierung*, thèse de doctorat Zurich 2015, p. 5 ss et MARCEL WEGMÜLLER, *Prozessfinanzierung in der Schweiz: Bestandesaufnahme und Ausblick*, REAS 2013, p. 235 ss, tous deux avec références.

¹²⁵ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_814/2014 du 22 janvier 2015, consid. 4.3.1; BENJAMIN SCHUMACHER/HANS NATER, *Prozessfinanzierung und anwaltliche Aufklärungspflichten*, RSJ 2016, p. 43 ss.

¹²⁶ Cf. MARIO STÄUBLE, *Die Justiz hinter der Paywall*, *Tages-Anzeiger* du 3 août 2016.

aux tribunaux, car cette disposition est actuellement interprétée comme un véritable devoir du demandeur alors que le législateur a clairement conçu cette disposition comme une norme facultative. Par conséquent, on a proposé de limiter l'avance de frais à 20 % ou 50 % du montant probable des frais ou de ne percevoir qu'un « émolument dissuasif »¹²⁷. Ces revendications ont eu un écho au niveau politique à travers la motion Janiak 17.3868 « Faciliter l'accès aux tribunaux civils », dont le Conseil fédéral a recommandé l'acceptation. Le 13 décembre 2017, le Conseil des États a adopté cette motion à l'unanimité¹²⁸.

À l'avenir, selon la proposition du Conseil fédéral, le montant de l'avance de frais ne pourra plus correspondre qu'à la moitié du montant probable des frais au maximum (*al. 1*) Cette réglementation se justifie, ne serait-ce que par le fait que le risque lié aux frais est, dans l'abstrait, réparti par moitié entre le demandeur et le défendeur, de sorte que le demandeur devrait logiquement avancer seulement la moitié du montant prévisible des frais. Le tribunal pourra toujours exiger le versement d'une avance de frais par le demandeur; du point de vue du Conseil fédéral, cette possibilité est sensée à différents égards: cela correspond au principe de causalité, selon lequel il est permis d'exiger des émoluments et des taxes pour les prestations de l'État, ces frais devant en principe être supportés par la personne qui a sollicité et donc causé les prestations des autorités. La perception d'une avance de frais se justifie aussi par des considérations de politique budgétaire et comptable, car la facturation et le décompte sont grandement facilités après la fin de la procédure et le risque d'encaissement de l'État s'en trouve limité¹²⁹. Enfin, la possibilité d'exiger des avances de frais représente aussi un moyen efficace d'empêcher les procès abusifs, chicaniers ou émanant de justiciables querulents. Cependant, le Conseil fédéral estime que l'instauration d'une « taxe d'avertissement » au lieu des avances de frais irait trop loin. Il est d'avis qu'il ne serait pas non plus adéquat d'exempter les demandeurs de l'obligation d'avancer les frais pour certains litiges, en vertu du droit fédéral.

Cette proposition correspond à l'avant-projet soumis à la consultation en 2003. À l'époque, la commission d'experts a souligné qu'il s'agissait là d'une « ligne médiane entre les réglementations cantonales » et que l'avance de frais n'était pas si élevée qu'elle entraverait démesurément l'accès aux tribunaux¹³⁰. Comme cette solution était critiquée, principalement par les cantons, qui craignaient les conséquences financières que cela aurait pour eux, la limite maximale inscrite dans la loi a finalement été fixée au montant probable des frais judiciaires. Les réflexions relatives à la conformité de cette réglementation aux principes de l'État de droit sont passées à l'arrière-plan. Afin d'abaisser cette barrière à l'accès aux tribunaux, le Conseil fédéral estime qu'il faut corriger cette disposition.

¹²⁷ Cf., parmi d'autres ISAAK MEIER, *Hohe Prozesskosten: Den Zugang zu den Gerichten öffnen*, NZZ du 20 juin 2017, p. 10; ARNOLD MARTI, *Die Kosten im heutigen Zivilprozess*, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2017/3, n° 35; **de l'avis contraire**, BEDA STÄHELIN, *Gerichtskostenvorschusspflicht und Zugang zum Recht*, Justice-Justiz-Giustizia 2017/3.

¹²⁸ BO CE 2017 983.

¹²⁹ Voir DHEDEN C. ZOTSANG, *Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, thèse de doctorat Zurich 2015, p. 82.

¹³⁰ Rapport accompagnant l'avant-projet, p. 52.

Cette modification n'impliquera a priori pas de coûts supplémentaires substantiels pour les cantons dans l'immédiat. De plus, les considérations de politique budgétaire ne peuvent pas être déterminantes lorsqu'il s'agit de fixer les modalités et le montant du versement de l'avance de frais par les parties dans un procès civil. La disposition restera facultative, de sorte que les tribunaux devront décider, en tenant compte des circonstances concrètes, si le demandeur doit avancer les frais et, le cas échéant, dans quelle proportion.

Parallèlement, il faut régler dans un nouvel *al. 2* selon quelles règles une avance de frais devra être versée dans une transaction de groupe au sens des art. 352a ss AP-CPC. Bien entendu, le tribunal devra pouvoir exiger le versement d'une avance de frais dans ce cas. Comme il s'agit d'une procédure requise en commun par les parties à la transaction, il se justifie de donner au tribunal la faculté d'obliger conjointement les parties à verser une avance à concurrence du montant des frais judiciaires présumés, ce qui correspond en un sens à une perception anticipée des frais judiciaires. Les parties devront en principe supporter cette avance de frais à parts égales, à moins qu'elles n'en conviennent autrement dans la transaction.

Art. 101, al. 2, 2^e phrase

Cette disposition détermine notamment la procédure applicable en matière de sûretés en garantie des dépens. L'art. 99 CPC prévoit que, sur requête du défendeur ou de l'intimé¹³¹, le tribunal ou la juridiction d'appel ou de recours peut ordonner à certaines conditions au demandeur de fournir des sûretés en garantie des dépens.

Or, le cas dans lequel le défendeur – notamment au stade de l'appel ou du recours – soumet une demande de sûretés en garantie des dépens directement après la notification de l'appel ou du recours – pendant le délai de réponse lui ayant été imparti conformément à l'art. 312 – n'est pas réglé de façon claire par le droit en vigueur. Une suspension de ce délai (légal) est exclue¹³². En procédure de première instance, il découlerait du droit en vigueur qu'hormis pour ce qui concerne d'éventuelles mesures provisionnelles, la procédure doit être suspendue jusqu'à la fourniture des sûretés¹³³. Le Conseil fédéral estime que dans les deux cas, la création d'une base légale claire par l'ajout d'une seconde phrase à l'art. 101, al. 2, se justifie. Cette dernière doit prévoir que le tribunal diffère la notification de la demande ou du mémoire de recours à la partie adverse lorsque cette dernière a déjà déposé une demande de sûretés. Cela permettra d'une part de lever les incertitudes entourant le droit en vigueur et de clarifier la loi dans le sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral. D'autre part, cette nouvelle disposition permettra de préciser qu'une demande de sûretés ne peut pas être déposée durant le délai de réponse dans le but de le suspendre et d'obtenir ainsi, dans les faits, une prolongation de délai contraire au principe d'égalité des armes.

¹³¹ ATF 141 III 554 consid. 2.2 et 2.5.1 et en particulier arrêt du Tribunal fédéral 4A_26/2013 du 5 septembre 2013, consid. 2.2, selon lequel l'art. 99 CPC s'applique également en procédure d'appel ou de recours.

¹³² ATF 141 III 554, consid. 2.5.

¹³³ Voir sur ce point ATF 140 III 159, consid. 4.2.

Art. 106, al. 1, 1^{bis} et 3

L'art. 106, al. 1, prévoit comme règle de répartition des frais qu'en cas d'acquiescement du défendeur, ce dernier est considéré comme partie succombante, les frais étant en principe mis à sa charge. Cette disposition reprend le principe classique de procédure civile selon lequel les frais judiciaires sont répartis en fonction des conclusions allouées¹³⁴. L'art. 107 CPC prévoit que le tribunal peut s'écarter de ce principe dans certains cas et répartir les frais selon sa libre appréciation, notamment lorsqu'une partie a intenté le procès de bonne foi (let. b) ou si d'autres circonstances rendent une répartition en fonction du sort de la cause inéquitable (let. f).

Ces règles ont été éprouvées en pratique et qu'elles ont démontré leur efficacité. Le Conseil fédéral estime toutefois qu'il y a lieu de les compléter sur un point: lorsque le défendeur acquiesce à la prétention du demandeur dès la réception de la demande (sans procédure de conciliation préalable) et qu'il n'avait pas donné lieu à l'introduction de la demande par son comportement, il paraît inopportun de lui en faire supporter les frais. À ce jour, l'application de l'art. 107, al. 1, let. f, est parfois proposée dans les cas de ce type¹³⁵. Cela présuppose toutefois toujours une décision du tribunal selon sa libre appréciation. Le Conseil fédéral est pour sa part d'avis que lorsque le défendeur est confronté à une demande à laquelle il n'a pas donné lieu par son comportement et qu'il acquiesce immédiatement à la prétention formulée, il y a toujours lieu de s'écarter du principe de la répartition des frais en fonction des conclusions allouées, les frais devant dans ce cas être imputés au demandeur. C'est en effet ce dernier qui les cause en introduisant sa demande prématurément. Une telle règle constitue une incitation supplémentaire importante, poussant le demandeur à tenter une résolution extra-procédurale du litige – ce qui permet de désengorger les tribunaux. Elle incite en effet le demandeur à faire au moins l'effort de déterminer si la partie adverse conteste la prétention formulée, s'oppose à son exécution ou refuse sa prestation et si le bien-fondé de la prétention est effectivement remis en cause – la saisine des tribunaux étant alors justifiée. Une telle règle permettra sans doute également de désamorcer la problématique des coûts dans ces cas (voir ch. 1.3.2 *supra*). Plusieurs procédures civiles cantonales¹³⁶ prévoyaient ce type de règle, inspirée des procédures civiles allemande et autrichienne¹³⁷.

La première phrase de l'actuel al. 1 de l'art. 106 restera inchangée et constituera le nouvel *al. 1* fixant le principe applicable. Les autres règles fixées à l'al. 1 feront l'objet d'un nouvel al. 1^{bis} et seront complétées par une mention selon laquelle le défendeur n'est pas considéré comme étant la partie succombante lorsqu'il n'a pas donné lieu à l'introduction de la demande par son comportement et qu'il a aussitôt acquiescé à la prétention. Lorsque ces deux conditions sont remplies, il appartiendra au demandeur de supporter les frais malgré l'acquiescement. Cette règle vise les cas dans lesquels la demande a été adressée directement au tribunal, sans procédure de conciliation préalable. Lorsqu'une tentative de conciliation a eu lieu, elle ne sera en

¹³⁴ Voir le message sur le CPC, FF 2006 6841, 6908.

¹³⁵ Voir notamment DENIS TAPPY, art. 106, ch. 31, CPC commenté, Bâle 2011.

¹³⁶ Notamment aCPC BE, art. 60, et aCPC JU, § 59.

¹³⁷ § 93 du CPC allemand et § 45 du CPC autrichien.

revanche pas applicable. D'une part, elle ne s'appliquera pas à la procédure de conciliation elle-même, dans la mesure où cette dernière constitue une procédure (entièrement extrajudiciaire) précontentieuse de résolution des litiges (le texte mentionne précisément « l'introduction de la demande »). D'autre part, cette règle n'aura pas lieu d'être appliquée dans la procédure judiciaire lorsque la tentative de conciliation a échoué.

Le droit en vigueur prévoit par ailleurs que lorsque plusieurs personnes participent à un procès, le tribunal détermine la part de chacune d'entre elles aux frais et peut toujours les tenir pour solidairement responsables (art. 106, al. 3, *in fine*). En pratique, sur la base de cette règle et notamment dans les cas de consorité simple, le tribunal peut tenir les consorts pour solidairement responsables, chacun d'entre eux courant alors le risque hypothétique de devoir prendre en charge l'ensemble des frais, dans la mesure où ces derniers pourraient lui être intégralement réclamés avant de l'être aux autres. Dans les faits, une telle règle conduit à une renonciation à la forme de procédure intéressante et économique que constitue la consorité (simple), notamment dans les cas de dommages collectifs (voir à ce sujet ch. 1.3.3 *supra*). Elle semble donc avoir montré ses limites et doit être adaptée en conséquence.

Le Conseil fédéral propose donc d'adapter l'*al. 3* comme suit:

- La 1^{re} *phrase* précise que le tribunal doit déterminer la part de chacune des parties principales ou accessoires aux frais en fonction de leur participation au litige;
- Dans la 2^e *phrase*, une mention selon laquelle une responsabilité solidaire ne peut être ordonnée que dans les cas de consorité nécessaire (art. 70) est ajoutée. Cette règle reste en effet utile et appropriée lorsqu'un même rapport de droit n'est susceptible de faire l'objet que d'une décision unique valant pour toutes les parties et lorsqu'il existe également un rapport de solidarité ou une responsabilité solidaire des parties – découlant généralement du droit matériel. Le projet prévoit en revanche qu'il n'est plus possible d'ordonner une responsabilité solidaire en cas de consorité simple. Comme on l'a déjà mentionné, une telle modification permettra d'améliorer la praticabilité de la consorité simple, en particulier pour la mise en œuvre collective de droits ensuite de dommages collectifs. Cette mesure permettra de renforcer les possibilités d'actions individuelles groupées en réparation de dommages collectifs, cette voie s'ajoutant aux nouveaux moyens que constituent l'action collective et la procédure de transaction de groupe (voir ch. 1.3.3).

Le Conseil fédéral estime que ces modifications ne produiront pas d'effets significatifs au détriment des cantons sur la collecte des frais judiciaires.

Art. 107, al. 1, let. g

L'art. 107, al. 1, CPC contient une énumération exhaustive des types d'actions, de procédures et de situations en présence desquelles le tribunal peut s'écarter des règles de l'art. 106 et répartir les frais selon sa libre appréciation.

Dans la foulée de la modification de l'action des organisations et en particulier de son extension à l'exercice collectif de prétentions financières à travers la nouvelle

action en réparation des organisations (art. 89a AP-CPC), le Conseil fédéral est d'avis qu'il y a également lieu d'inclure les actions de ce type dans la liste d'exceptions de l'art. 107, al. 1. Cette mesure permettra au tribunal de tenir compte des particularités des procédures visées aux art. 89 et 89a pour répartir les frais selon sa libre appréciation. Cela permettra également, selon les cas, de réduire les coûts pour les organisations demanderessees et ainsi d'atténuer indirectement le risque financier lié à ces actions. La même remarque vaut pour les désistements concernant une action individuelle antérieure en faveur d'une action en réparation des organisations au sens de l'art. 89a, al. 4, AP-CPC. Par la combinaison de ces modifications et de l'exemption de frais proposée à l'art. 115a AP-CPC, il est en effet nécessaire d'assurer que les associations et autres organisations sont en mesure de supporter les frais d'une action, afin que ce moyen puisse acquérir à l'avenir une véritable importance pratique.

Art. 109, al. 1

La création d'une procédure de transaction de groupe (art. 352a ss AP-CPC, voir ch. 1.3.3 *supra* ainsi que le commentaire des art. 352a ss AP-CPC) implique d'adapter et de compléter la règle applicable à la répartition des frais en cas de transaction. Tout comme les transactions individuelles, les transactions de groupe contiennent des règles de répartition des frais. Ces derniers doivent être pris en charge conformément aux dispositions prévues. À la différence du cas des transactions individuelles, une règle subsidiaire telle que celle de l'art. 109, al. 2, CPC n'est toutefois pas nécessaire pour les transactions de groupe, dès lors que la loi prévoit qu'elles doivent obligatoirement contenir des dispositions sur la prise en charge des frais (art. 352b, al. 2, let. g, AP-CPC). Il suffit donc de mentionner les transactions de groupe à l'al. 1.

Art. 111, al. 1, 2^e et 3^e phrases, et 2

Le texte en vigueur de cette disposition prévoit que les frais judiciaires sont compensés avec les avances fournies par les parties, le montant restant devant être versé par la personne à qui incombe la charge des frais; le règlement se fait en outre directement entre les parties, celle à qui incombe la charge des frais restituant à l'autre les avances que celle-ci avait fournies (art. 111, al. 1 et 2). Le risque lié à l'encaissement des frais judiciaires est donc entièrement reporté sur les parties, en principe celle ayant obtenu gain de cause, dans la mesure où le seul débiteur duquel elles peuvent exiger le remboursement des avances fournies est la partie adverse. En pratique, cela signifie qu'une partie intentant une action justifiée et obtenant entièrement gain de cause doit en principe également supporter les frais de justice dans un premier temps, n'ayant pour ces derniers qu'une créance en remboursement contre sa partie adverse.

Lors de l'élaboration du code de procédure civile, cette règle avait déjà suscité des critiques et ces dernières ont persisté depuis. La commission d'experts avait estimé qu'une telle règle était contraire au droit, soulignant que « [l']Etat ne doit pas faire

porter son risque d'encaissement à la partie qui a versé une avance ou une sûreté – mais qui sera ultérieurement « libérée des frais »¹³⁸. Le fait que le projet, à la demande des cantons, ait tout de même prévu un report du risque sur les parties a également donné lieu à de vives critiques¹³⁹. Après son entrée en vigueur, la règle a également été critiquée¹⁴⁰ à plusieurs reprises et sa révision a été demandée¹⁴¹. Elle est en effet considérée comme un obstacle n'ayant pas lieu d'être, rendant plus difficile l'accès aux tribunaux et donc la mise en œuvre du droit. En résumé, le constat général est que cette règle n'est pas satisfaisante. Le Conseil fédéral est donc d'avis qu'elle doit être adaptée dans le sens initialement prévu par le projet de CPC soumis à la consultation et que le risque de recouvrement et d'insolvabilité en lien avec les frais judiciaires ne peut pas être entièrement reporté par l'État sur les parties (voir également sur ce point ch. 1.3.2 *supra*).

En conséquence, l'al. 1 doit être adapté et complété par une 2^e phrase de façon à ce que les frais judiciaires soient compensés par les avances fournies par les parties lorsque ces frais leur sont imputés, l'avance devant en revanche être restituée à la partie à laquelle le tribunal n'a pas attribué la charge des frais. La règle selon laquelle la personne à qui incombe la charge des frais verse l'éventuel montant restant restera inchangée dans son contenu mais fera l'objet d'une 3^e phrase de cette disposition.

L'al. 2 est adapté en conséquence et prévoit uniquement que la partie à qui incombe la charge des frais verse à l'autre partie les dépens qui lui ont été alloués. Les éventuelles avances fournies sont en effet restituées directement par le tribunal et non plus par la partie supportant les frais.

Au vu des critiques constantes – et justifiées aux yeux du Conseil fédéral – dont le droit en vigueur a fait l'objet, la modification proposée vise à améliorer durablement le CPC et à faciliter l'accès aux tribunaux et la mise en œuvre du droit, en supprimant des barrières et des risques financiers inutiles et injustifiés. Même si cela implique – du moins en théorie – pour l'État une augmentation possible du risque d'insolvabilité en lien avec les frais judiciaires, le Conseil fédéral estime que cette mesure se justifie sur la base de considérations d'équité ainsi qu'au vu du principe de l'État de droit. Par ailleurs, rien n'indique qu'elle n'entraînera directement des coûts supplémentaires significatifs pour les cantons.

¹³⁸ Rapport accompagnant l'avant-projet de CPC, p. 57.

¹³⁹ Voir notamment THOMAS GABATHULER, *Zivilprozessordnung: Nachbesserungen nötig*, plädoyer 4/08, p. 24 ss ; THOMAS GABATHULER, *Jede Klage wird zum finanziellen Grossrisiko*, plädoyer 1/2008, p. 27 s.

¹⁴⁰ Voir par ex. récemment ARNOLD MARTI, *Teures Prozessieren*, NZZ 2017, p. 2; DHEDEN C. ZOTSANG, *Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, thèse de doctorat Zurich 2015, p. 257 s. ; MARTIN H. STERCHI, ch. 2 s. ad art. 111, in BK ZPO, Berne 2012.

¹⁴¹ Par ex. ARNOLD MARTI, *Teures Prozessieren: Rechtsschutz auch für Nicht-Gutbetuchte*, NZZ du 26 février 2016, p. 12 ; BEDA STÄHELIN, *Gerichtskostenvorschusspflicht und Zugang zum Recht*, Justice-Justiz-Giustizia 2017/3.

Art. 115a *Exemption de l'avance de frais et sûretés en cas d'action des organisations*

Au-delà des règles générales en matière de dispense et d'exemption partielle des frais, la présente révision doit tenir compte en particulier de la problématique spécifique des frais dans le cadre des actions des organisations. En l'état du droit, ces actions échouent en effet souvent en raison de leur coût et en premier lieu du fait de l'obligation de payer une avance de frais. Cette dernière s'avère souvent impossible à financer en raison des moyens limités dont disposent les associations et autres organisations.

La disposition proposée prévoit donc que les associations et autres organisations agissant en vertu des art. 89 et 89a ne sont pas tenues de verser d'avance ni de sûretés en garantie des dépens de la partie adverse en procédure de conciliation et en procédure contentieuse, cela valant également le cas échéant pour les procédures de seconde instance. Cette exemption s'applique à la procédure de conciliation dès lors que cette dernière est facultative en cas d'action des organisations (voir commentaire de l'art. 198, al. 2, AP-CPC ci-après). Cette exemption des frais est soumise à deux conditions:

- Elle ne s'applique que jusqu'à une valeur litigieuse limite de 500 000 francs, un tel plafond se justifiant à deux titres. D'une part, le but n'est pas d'exempter de frais toutes les actions d'organisations, pas même celles ayant une valeur litigieuse élevée ou très élevée s'avérant difficiles ou même impossibles à financer sans exemption de frais. L'exemption vise plutôt à favoriser les actions d'organisations de la tranche moyenne, dans la mesure où c'est là que réside le plus grand potentiel en matière d'économie de procédure. D'autre part, il y a lieu d'admettre qu'à partir d'une valeur litigieuse de 500 000 francs, les associations et autres organisations souhaitant introduire une action ont la possibilité d'obtenir un financement pour conduire le procès, ce qui permet d'atténuer la problématique des frais.
- Une exemption de frais des associations et autres organisations intentant une action selon les art. 89 et 89a présuppose par ailleurs que ce type d'action paraisse plus adapté, du point de vue de la mise en œuvre du droit, que des actions individuelles. Le fait d'exiger que la mise en œuvre collective des droits à travers une action collective soit mieux adaptée – notion de *superiority* en anglais – permet d'assurer que les actions d'organisations ne soient exemptées de frais que lorsqu'un exercice collectif des droits semble adéquat et avantageux dans le cas concret. Ce n'est par exemple pas le cas lorsque seul un très petit nombre de personnes est touché, ou lorsque la voie de l'action collective semble inadaptée en raison d'une diversité trop importante des différentes prétentions au sein du groupe des personnes touchées.

Conformément aux principes généraux et à l'art. 116 CPC, les cantons resteront par ailleurs libres de prévoir des exemptions d'avance de frais plus étendues pour les actions des organisations.

Art. 118, al. 2, 2^e phrase

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la procédure de preuve à futur en vue de clarifier les chances d'un procès au sens de l'art. 158, al. 1, let. b, CPC n'entre pas dans le champ d'application matériel de l'assistance judiciaire, dès lors que la tâche de l'État est limitée à l'octroi d'une aide (financière) lorsqu'à défaut de cette dernière, le justiciable perdrait un droit ou ne serait pas en mesure de se défendre contre une atteinte considérée comme injustifiée. Dans la mesure où la procédure de preuve à futur ne porte pas sur la détermination d'obligations et de droits matériels et que le demandeur ne risque pas directement de perdre un droit, l'assistance judiciaire ne peut pas être octroyée pour une procédure de preuve à futur¹⁴².

Cette jurisprudence a toutefois donné lieu à plusieurs critiques. Sans possibilité de preuve à futur en vue de déterminer les chances d'un procès, les parties démunies sont désavantagées par rapport aux parties disposant de ressources, puisqu'elles sont contraintes d'agir directement sur la base de prétentions dont elles n'ont pas pu vérifier le bien-fondé¹⁴³. Du point de vue de l'égalité des droits en matière d'accès aux tribunaux et de l'équité de la procédure, il serait essentiel que l'assistance judiciaire puisse également être octroyée dans les cas visés à l'art. 158, al. 1, let. b¹⁴⁴. Il n'y a pas lieu de limiter l'assistance judiciaire aux cas dans lesquels le justiciable « risque de perdre un droit » et il semble peu opportun de refuser précisément aux parties les plus démunies l'accès à la preuve à futur en tant que moyen de résolution des litiges rapide, avantageux et pouvant déboucher selon les cas sur une solution à l'amiable¹⁴⁵.

Le Conseil fédéral est d'avis que ces critiques formulées à l'égard de l'interprétation du droit en vigueur que fait le Tribunal fédéral sont justifiées et qu'en pratique, le CPC ne prévoit pas de solution satisfaisante sur ce point. L'assistance judiciaire doit en effet aussi pouvoir être octroyée pour les procédures de preuve à futur. En conséquence, le Conseil fédéral propose de prévoir désormais clairement dans une nouvelle 2^e phrase de l'art. 118, al. 2, que l'assistance judiciaire puisse aussi être accordée pour l'administration des preuves à futur. Lorsque les conditions applicables sont remplies, il sera possible d'obtenir l'assistance judiciaire pour l'administration des preuves à futur au sens de l'art. 158, en particulier lorsque le requérant rendra vraisemblable la mise en danger des preuves ou un intérêt digne de protection, conformément à l'art. 158, al. 1, let. b. La demande concrète de preuves à futur

¹⁴² ATF 141 I 241 consid. 3; ATF 140 III 12 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_334/2015 du 22 septembre 2015; la position était apparemment encore différente dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_488/2012 du 5 novembre 2012.

¹⁴³ DANIEL WUFFLI, *Vorsorgliche Beweisführung – kein Verfahren für Bedürftige*, PCEF 2014, p. 141 ss, 145; BENJAMIN SCHUMACHER, *Zweifelhafte Bundesgerichtspraxis zur vorsorglichen Beweiswürdigung*, plaidoyer 1/2016, p. 36 ss; ALFRED BÜHLER, *Unentgeltliche Rechtspflege*, in Fellmann/Weber (éd.), *Haftpflichtprozess 2015*, Zurich 2015, p. 85 ss, 104 ss; TANJA DOMEJ, *Art. 158 ZPO in der Praxis – Ende einer Hoffnung?*, in Fellmann/Weber (éd.), *Haftpflichtprozess 2014*, Zurich 2014, p. 69 ss, 94 s.

¹⁴⁴ DANIEL WUFFLI, *Vorsorgliche Beweisführung – kein Verfahren für Bedürftige*, PCEF 2014 p. 141 ss, p. 145; ALFRED BÜHLER, *Unentgeltliche Rechtspflege*, in Fellmann/Weber (éd.), *Haftpflichtprozess 2015*, Zurich 2015, p. 85 ss, p. 107.

¹⁴⁵ TANJA DOMEJ, nbp 143, p. 94 s.

formulée ne devra toutefois pas être dépourvue de toute chance de succès (art. 117, let. b, CPC). Dans ce cadre, on pourra s'inspirer notamment de la pratique en matière d'assistance judiciaire pour les mesures provisionnelles et superprovisionnelles.

Art. 125, let. b

L'art. 125, let. b, CPC prévoit que le tribunal peut ordonner la division des causes pour simplifier le procès. Dans les cas de cumuls d'actions objectifs et subjectifs (consorité), des actions introduites conjointement peuvent ainsi être divisées dans un but d'économie de procédure.

En cas de dommages collectifs (sur ce sujet voir ch. 1.3.3 *supra*), des actions individuelles introduites conjointement auprès du tribunal compétent visent à mettre en œuvre le droit de façon collective, sous forme de cumul d'actions. Or, le droit en vigueur prévoit que de telles causes peuvent également être divisées – ce qui semble souvent parfaitement indiqué aux yeux du tribunal saisi. Afin toutefois d'éviter que de telles causes conjointes ne soient divisées, dans la mesure où pour les dommages collectifs les demandeurs souhaitent précisément obtenir une même décision sur un grand nombre de conclusions identiques ou similaires, une division des causes ne doit être possible à l'avenir que lorsqu'elle ne rend pas plus difficiles le jugement et la mise en œuvre des prétentions découlant de ce type de dommages. Le Conseil fédéral estime que cette mesure permettra que les actions collectives en réparation de dommages collectifs par la voie du cumul d'actions aboutissent plus facilement.

Art. 127, al. 1

Pour des raisons d'économie de procédure avant tout, cette disposition prévoit en sa teneur actuelle la possibilité d'un renvoi pour cause de connexité. Il faut pour cela que deux actions (au moins) soient pendantes et connexes. Lorsque c'est le cas, tout tribunal saisi ultérieurement peut transmettre l'action au tribunal saisi en premier lieu, avec l'accord de ce dernier. En l'état du droit, cette possibilité de renvoi est toutefois limitée, dès lors que seul un renvoi du tribunal saisi ultérieurement au tribunal saisi en premier lieu est prévu, son accord étant par ailleurs toujours nécessaire.

Dans les cas de dommages collectifs (voir également sur ce point ch. 1.3.3 *supra*), le renvoi revêt une signification particulière lorsque plusieurs lésés souhaitent faire valoir leurs droits dans des procédures individuelles et intentent dans un premier temps des actions auprès de tribunaux différents. Par ailleurs, il existe de nombreuses autres situations dans lesquelles il se justifie de réunir plusieurs actions connexes devant un même tribunal n'étant toutefois pas toujours le premier à avoir été saisi. Le Conseil fédéral propose donc de modifier les possibilités de renvoi sur deux points:

- Le renvoi d'actions connexes introduites devant plusieurs tribunaux sera possible vers n'importe lequel de ces tribunaux. Le texte proposé prévoit ainsi que des actions connexes peuvent être réunies non seulement devant le premier tribunal saisi, mais également devant tout tribunal saisi ultérieurement, à condition que ce tribunal « destinataire » ait également été saisi et

soit compétent pour connaître de l'action introduite devant lui – il lui appartiendra, comme aujourd'hui, de déterminer sa propre compétence.

- Afin de faciliter ces renvois, nous proposons qu'ils ne puissent être refusés par le tribunal « destinataire » que sur la base de raisons objectives. L'exigence d'un accord, prévue par le droit en vigueur, sera précisée en ce sens. Par ailleurs, le fait qu'un échange de vues doit avoir lieu entre les tribunaux concernés sera précisé (voir également art. 29, al. 2, et 30, al. 2, LTF).

Art. 143, al. 1^{bis}

L'art. 143 CPC fixe les règles en matière d'observation des délais. Les travaux d'examen de la praticabilité du CPC ont mis en évidence un manque de réglementation en matière d'observation des délais et de traitement des actes des parties lorsque ces derniers sont adressés à un tribunal incompétent. Le CPC se démarque sur ce point d'autres lois fédérales de procédure prévoyant des règles pour ces cas, telles que la LTF (art. 48, al. 3), le code de procédure pénale (CPP¹⁴⁶; art. 91, al. 4), la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA¹⁴⁷; art. 39, al. 2) ou la LP¹⁴⁸ (art. 32, al. 2). Dans le but de poursuivre l'amélioration du CPC, le Conseil fédéral propose donc la création d'une part d'une nouvelle disposition visant les cas de renvoi pour incompétence (voir art. 60a AP-CPC et les observations correspondantes) et d'autre part d'une nouvelle règle en matière d'observation des délais lorsque des actes sont adressés à un tribunal manifestement incompétent (art. 143, al. 1^{bis}, AP-CPC).

Le nouvel *al. 1^{bis}* de l'art. 143 vise à régler la question de l'observation des délais lorsque des actes sont adressés par erreur à un tribunal suisse manifestement incompétent. Le délai dans lequel ces actes doivent être remis sera réputé préservé lorsqu'ils auront été adressés dans les temps. Dans un tel cas, ce dernier aura l'obligation de transmettre immédiatement les actes au tribunal compétent. Ce principe prévaudra également dans le champ d'application du CPC, non seulement en cas de remise dans les délais et par erreur du mémoire d'appel ou de recours au *judex a quo* (instance précédente) au lieu du *judex ad quem* (instance d'appel ou de recours)¹⁴⁹, mais de façon générale dans tous les cas où l'acte est adressé par erreur à un tribunal suisse manifestement incompétent.

Art. 149

Le texte en vigueur de cette disposition prévoit que le tribunal statue définitivement sur une requête en restitution d'un délai ou demandant la citation à une nouvelle audience. Le recours contre un refus de restitution est ainsi en principe exclu. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le texte de cette disposition doit toutefois être

¹⁴⁶ RS 312

¹⁴⁷ RS 830.1

¹⁴⁸ RS 281.1

¹⁴⁹ ATF 140 III 636, consid. 2 à 4.

relativisé: une exclusion de tout recours contre un refus de restitution de délai ne peut pas être imposée à la partie défaillante lorsque le refus entraîne la perte définitive d'une prétention ou de la possibilité de faire valoir un droit¹⁵⁰.

Étant donné que cette question touche aux règles applicables en matière de voies de droit et a un effet direct sur les droits procéduraux des différentes parties, il semble justifié de préciser le texte de loi, ce qui permet ici encore d'améliorer le CPC. Le Conseil fédéral propose donc de compléter la disposition en vigueur dans le sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral, en prévoyant que le tribunal statue définitivement sur la restitution, à moins que le refus de restitution n'empêche définitivement la partie d'agir ou de recourir et n'entraîne la perte définitive du droit. Dans un tel cas, la décision pourra faire l'objet d'un appel si cette voie est ouverte ou d'un recours¹⁵¹.

Art. 160a Exception en faveur des services juridiques des entreprises

La question de savoir si, et le cas échéant dans quelle mesure, les juristes d'entreprises – c'est-à-dire les personnes ayant une formation juridique qui fournissent des services juridiques à une entreprise au titre d'employé de cette dernière – sont, en droit suisse, soumis à un secret ou bénéficient d'un droit de refuser de collaborer fait depuis longtemps l'objet de débats de nature juridique et politique, comme en attestent notamment les nombreuses interventions politiques sur le sujet¹⁵². Le droit prévoit aujourd'hui que seuls les avocats peuvent se prévaloir du secret professionnel prévu par le droit pénal (art. 321 du code pénal [CP]¹⁵³) et des droits spéciaux de refuser la collaboration qui en découlent (art. 163, al. 1, let. b, et 166, al. 1, let. b; art. 160, al. 1, let. b)¹⁵⁴.

C'est dans ce contexte que l'initiative parlementaire Markwalder 15.409 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise » a été déposée et que suite lui a été donnée¹⁵⁵. L'initiative demande la création d'un nouvel art. 160a CPC prévoyant en procédure civile un droit de refuser de collaborer pour les juristes d'entreprise. Cette mesure vise à créer une réglementation comparable aux normes étrangères en la matière, afin d'éviter que les entreprises suisses ne soient désavantagées dans les procédures étrangères. Le Conseil fédéral estime que cette proposition, qui vise à

¹⁵⁰ ATF 139 III 478, consid. 1 et 6 ainsi que les arrêts du Tribunal fédéral 4A_260/2016 du 5 août 2016, consid. 1.1, et 5A_964/2014 du 2 avril 2015, consid. 2.3.

¹⁵¹ BARBARA MERZ, art. 149, ch. 8, in DIKE ZPO, 2^e éd., Zurich 2016 ; ADRIAN STAEHELIN, art. 149, ch. 4, in ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016.

¹⁵² Voir la motion CAJ-N 07.3281 « Devoirs et droits des employés exerçant une activité de conseil juridique ou de représentation en justice. Assimilation aux avocats indépendants » et plus récemment le postulat CAJ-E 16.3263 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise ».

¹⁵³ RS 311.0

¹⁵⁴ Voir motion CAJ-N 07.3281 « Devoirs et droits des employés exerçant une activité de conseil juridique ou de représentation en justice. Assimilation aux avocats indépendants »; initiative parlementaire Markwalder 15.409 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise »; postulat CAJ-E 16.3263 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise ».

¹⁵⁵ Initiative parlementaire Markwalder 15.409 « Protection du secret professionnel des juristes d'entreprise ».

compléter le CPC par un nouvel art. 160a (rédigé), doit être soumise à la consultation dans le cadre du présent avant-projet en raison de son lien direct avec ce dernier. Le Conseil fédéral soumet donc ce texte à la discussion et à la consultation.

Le nouvel art. 160a AP-CPC prévoit une exception spéciale à l'obligation de collaborer au sens de l'art. 160 CPC pour les services juridiques internes des entreprises selon les principes suivants:

- La *phrase introductive de l'al. 1* prévoit que l'exception à l'obligation générale de collaborer vaut tant à titre de partie à une procédure civile qu'à titre de tiers. Si l'une des parties est une personne morale, l'exception vaudra pour ses organes (de fait), ces derniers étant traités comme une partie dans la procédure d'administration des preuves (art. 159) dans la mesure où les responsables des organes ont les mêmes obligations de collaborer ou exemptions de ces dernières que les parties à la procédure¹⁵⁶.
- L'exception ne visera que l'activité du service juridique interne de l'entreprise et ce n'est que dans ce cadre que les personnes concernées par l'exception seront libérées de l'obligation de collaborer (*al. 1, phrase introductive*). La *let. a* précise par ailleurs que sont visées les activités qui seraient considérées comme spécifiques à l'exercice de sa profession si elles étaient exécutées par un avocat. Le texte proposé reprend sur ce point la condition usuelle du secret de l'avocat, selon laquelle ce dernier ne peut s'en prévaloir que dans le cadre de l'activité typique de sa profession. Les activités notamment privées, politiques ou sociales d'un avocat doivent en être distinguées, tout comme en particulier ses activités commerciales, telles que la gestion de fortune ou les activités d'investissement dès lors qu'elles ne sont pas en rapport direct avec l'activité typique de l'avocat¹⁵⁷.
- Il est également nécessaire que le service juridique interne se prévalant d'une exception à l'obligation de collaborer dans le cadre d'une activité qui serait spécifique au métier d'avocat soit dirigé par une personne titulaire d'un brevet cantonal d'avocat ou remplissant dans son État d'origine les conditions professionnelles requises pour exercer en tant qu'avocat (*let. b*). Au moins la personne qui dirige le service juridique interne de l'entreprise devra disposer des qualifications requises pour exercer le métier d'avocat. Ce critère vise à garantir que ce service dispose du niveau de compétences professionnelles requis, et à assurer en particulier que la spécificité de son activité soit connue et reconnue.
- L'*al. 2* prévoit que – tout comme pour la correspondance de l'avocat visée à l'art. 160, al. 1, *let. b*, CPC – cette exception à l'obligation générale de collaborer s'étend aux documents concernant des contacts avec le service juridique interne de l'entreprise, sans que la question de savoir si le service juri-

¹⁵⁶ Message sur le CPC, FF 2006 6841, 6925 s. ; FRANZ HASENBÖHLER, art. 159, ch. 22, in ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016.

¹⁵⁷ ATF 120 Ib 112, consid. 4 ; ATF 112 Ib 606.

dique interne concerné a ou non la maîtrise de ces documents ait d'importance.

Au vu de la longue histoire de la proposition formulée dans l'initiative parlementaire 15.409 Markwalder et en particulier des nombreuses autres propositions de création d'un certain degré de secret pour les juristes d'entreprise, lesquelles ont fait l'objet de discussions et d'évaluations détaillées pour être finalement toutes rejetées¹⁵⁸, le Conseil fédéral estime que ce projet de création d'un droit, pour les juristes d'entreprise, de refuser de collaborer dans le cadre d'une procédure civile en Suisse constitue actuellement la seule voie de compromis ayant des chances de succès. La proposition Markwalder se base sur les travaux menés au printemps 2014 par un groupe de travail constitué par l'Office fédéral de la justice comprenant des représentants de la Commission de la concurrence (COMCO), de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), de Swiss Holdings, de l'Association suisse des juristes d'entreprise, de la Fédération suisse des avocats et de l'administration fédérale. Cette règle permettra de garantir à l'avenir dans les procès civils une protection du secret adaptée pour les juristes d'entreprise, en lien avec leurs activités spécifiques au sein du service juridique interne d'une entreprise. Comme l'expose le développement de l'initiative parlementaire, cette modification permettra par ailleurs de supprimer indirectement certains désavantages procéduraux que pourraient subir les entreprises suisses dans des procédures judiciaires à l'étranger – notamment aux États-Unis – en l'état du droit, résultant du fait que la Suisse ne connaît pas de droit de refuser de témoigner ou de produire des pièces pour les membres des services juridiques internes des entreprises¹⁵⁹.

Art. 177 Définition

L'art. 168, al. 1, CPC prévoit une liste exhaustive des preuves admissibles en procédure civile (*numerus clausus* des moyens de preuve)¹⁶⁰. Les titres en font partie à côté du témoignage, de l'inspection, de l'expertise, des renseignements écrits, de l'interrogatoire et de la déposition de partie. L'art. 177 définit pour sa part quels documents constituent des titres au sens du CPC. Il s'agit des écrits, dessins, plans, photographies, films, enregistrements sonores, fichiers électroniques et données analogues propres à prouver des faits pertinents.

Sur la base de cette disposition, le Tribunal fédéral a jugé que les expertises privées ou soumises par les parties – c'est-à-dire les rapports d'experts n'ayant pas été sollicités par le tribunal conformément aux art. 183 ss mais commandés par une

¹⁵⁸ Voir l'avant-projet de loi sur les juristes d'entreprise (LJE) et le rapport explicatif d'avril 2009, ainsi que l'avant-projet de loi sur la collaboration avec des autorités étrangères et la protection de la souveraineté suisse et son rapport explicatif de février 2013.

¹⁵⁹ Pour plus de détails sur ce point, voir l'avis n° 16-156 de l'Institut suisse de droit comparé du 11 septembre 2017.

¹⁶⁰ Voir le message sur le CPC, **FF 2006** 6841, 6929, et l'ATF 141 III 433, consid. 2.5.1, qui fait référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_957/2012 du 28 mai 2013, consid. 2.

partie elle-même¹⁶¹ – ne constituait pas des titres au sens de l’art. 177 et n’étaient en conséquence pas des moyens de preuve admissibles au sens de l’art. 168, al. 1¹⁶². Cela résulte en premier lieu, selon lui, du fait que, lors de l’élaboration du CPC, les expertises privées ou soumises par les parties ont été exclues non seulement en tant que type d’expertise mais de façon générale en tant que moyen de preuve. En contradiction avec une grande partie de la doctrine¹⁶³, cette jurisprudence a fait l’objet de critiques¹⁶⁴.

Le Conseil fédéral est également d’avis que cette interprétation du droit n’est pas satisfaisante et que ce point doit donc être adapté. Il propose en conséquence de prévoir expressément dans la loi que les expertises privées des parties sont également considérées comme des titres soumis aux principes généraux applicables en la matière et constituent ainsi un moyen de preuve admissible selon l’art. 168, al. 1, let. b. 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.). Cette mesure permettra d’améliorer le CPC sur un point essentiel du droit de la preuve. Elle est par ailleurs cohérente au regard de la jurisprudence en droit des assurances sociales relative aux expertises privées ou soumises par les parties¹⁶⁵.

Art. 198, al. 1, let. f et i, et 2

Cette disposition prévoit les cas dans lesquels la procédure de conciliation – en principe obligatoire et devant précéder toute procédure de décision – n’a exceptionnellement pas lieu. Le renforcement de la voie précontentieuse et extra-procédurale de résolution des litiges a été l’une des préoccupations principales lors de l’élaboration du CPC. Les procédures de conciliation ont un grand succès puisqu’elles permettent de résoudre 50 % à 80 % des litiges (voir ch. 1.2.2 *supra* pour des observations plus détaillées). L’art. 198 CPC contient la liste exhaustive

¹⁶¹ Voir sur cette notion DAVID RÜETSCHI, *Das Parteigutachten unter der neuen ZPO*, in BUNDI/SCHMIDT (éd.), FS Meissner, Berne 2012, p. 3 ss, 11 s.

¹⁶² ATF 141 III 433, consid. 2.

¹⁶³ Voir par ex. THOMAS WEIBEL, art. 177, ch. 4, in ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016 ; HANS SCHMID, art. 177, ch. 3, in KUKO ZPO, 2^e éd., Bâle 2014 ; ANDREAS BINDER/ROMAN S. GUTZWILLER, *Das Privatgutachten – eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO*, PCEF 2013, p. 171 ss ; en ce sens également FRANÇOIS VOUILLOZ, Le témoignage écrit, RVJ 2016, p. 343 ss ; **d’un autre avis** : HEINRICH ANDREAS MÜLLER, art. 177 ch. 11, in DIKE ZPO, 2^e éd., Zurich 2016 ; contre ce point de vue également DAVID RÜETSCHI, *Das Parteigutachten unter der neuen ZPO*, in BUNDI/SCHMIDT (éd.), Festschrift Meissner, Berne 2012, p. 3 ss, p. 14 ; opérant une différenciation, PHILIPPE SCHWEIZER, art. 77, ch. 4, in CPC commenté, Bâle 2011.

¹⁶⁴ FRANCESCO TREZZINI/FRANÇOIS BOHNET, L’expertise privée selon l’ATF 141 III 433 – Une preuve imparfaite issue d’un concept imparfait, RDS 2017 I, p. 367 ss ; HANS SCHMID, *Privatgutachten im Zivilprozess*, RSJ 2016, p. 527 ss.

¹⁶⁵ Voir par ex. ATF 125 V 351.

des exceptions à l'obligation de passer par une tentative de conciliation. Au cours des années ayant suivi l'introduction du CPC, ce système a démontré son efficacité.

Afin de poursuivre l'amélioration de ce système, le Conseil fédéral propose toutefois trois adaptations de l'art. 198:

- L'art. 7 CPC prévoit que les cantons peuvent instituer un tribunal qui statue 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-maladie¹⁶⁶. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le fait que l'art. 7 ne soit pas mentionné à l'art. 198, let. f, comme le sont les art. 5 et 6 constitue un oubli manifeste du législateur¹⁶⁷. Il y a donc lieu de corriger ce point et de prévoir expressément à la let. f que les cas relevant de l'art. 7 sont exemptés de l'obligation de passer par une procédure de conciliation. Compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral mentionnée, cette adaptation ne constitue pas une modification du droit.
- Le droit en vigueur prévoit qu'une procédure de conciliation doit précéder les actions relevant de la compétence du Tribunal fédéral des brevets. Toutes les parties prenantes admettent toutefois¹⁶⁸ qu'il s'agit là d'un oubli du législateur, dû au fait que la création d'un Tribunal fédéral des brevets n'en était qu'au stade des discussions au moment de l'élaboration du CPC, qui n'a ensuite pas été adapté comme prévu¹⁶⁹. Ce point doit être corrigé dans le cadre de la présente révision. La liste des exceptions au principe de l'obligation de tenter la conciliation est donc complétée par une let. i visant les actions pour lesquelles le Tribunal fédéral des brevets est compétent. Cette modification permet de clarifier le droit et de confirmer sur le plan matériel la pratique en vigueur.
- La troisième adaptation vise les cas dans lesquels – conformément à l'actuel art. 198, let. f – la procédure de conciliation n'a pas lieu, une instance cantonale unique étant compétente en vertu des art. 5 et 6. Cette règle ne s'est toutefois avérée que partiellement satisfaisante en pratique. Elle a notamment pour effet qu'aux fins d'interrompre la prescription, une action doit être introduite directement devant l'instance cantonale unique lorsque les autres moyens prévus à l'art. 135, ch. 2, CO ne sont pas disponibles. Cela peut en particulier être le cas lorsqu'il n'y a pas de for pour la poursuite du débiteur en Suisse et que la voie simple et bon marché de la poursuite pour dettes n'est pas ouverte. Ce problème a déjà été soulevé peu de temps après l'entrée en vigueur du CPC par la motion 13.3845 Romano « Interruption de

¹⁶⁶ RS 832.10.

¹⁶⁷ ATF 138 III 558, consid. 4.

¹⁶⁸ Voir, parmi d'autres, DAVID RÜETSCHI, art. 27 N 19, in: Calame/Hess-Blumer/Stieger (éd.), *Kommentar Patentgerichtsgesetz*, Bâle 2013 et MARK SCHWEIZER, *Das neue Bundespatentgericht: besser, schneller, billiger?*, Jusletter du 12 mars 2012, nbp 36 et FLORENT THOUVENIN, *Bundespatentgericht: Verfahrensfragen am Übergang in eine neue Ära*, sic! 2011 p. 479 ss, 488.

¹⁶⁹ Voir le message sur le CPC, FF 2006 6841, 6876.

la prescription dans les procédures pour lesquelles la tentative de conciliation est exclue ». Compte tenu de cette situation, de plus en plus de demandes motivées sommairement ont été déposées dernièrement devant les instances cantonales uniques pour être retirées immédiatement après, afin toutefois de profiter de la sorte de l'interruption de prescription obtenue¹⁷⁰. En outre, dans certains des cas visés à l'art. 5 et notamment pour les procédures visant à faire valoir des droits de propriété intellectuelle selon l'art. 5, al. 1, let. a, l'introduction directe d'une action semble souvent peu appropriée, en particulier en cas de contentieux de masse entre un titulaire de droits de propriété intellectuelle ou une société de gestion et un grand nombre de personnes.

Le Conseil fédéral propose donc de prévoir dans un nouvel *al. 2* que dans les litiges pour lesquels une instance cantonale unique est compétente conformément aux art. 5 et 6, le demandeur peut soit requérir une procédure de conciliation en déposant une requête en ce sens auprès de l'autorité de conciliation, soit agir directement auprès du tribunal. Dans les cas relevant de la compétence d'une instance cantonale unique en vertu des art. 5 et 6, le demandeur pourra donc déposer une requête de conciliation *facultative*. S'il procède de la sorte, les règles générales des art. 201 ss s'appliqueront. Si la tentative de conciliation n'aboutit pas, l'autorité de conciliation délivrera l'autorisation de procéder conformément à l'art. 209, al. 1, CPC et le demandeur pourra introduire son action devant l'instance cantonale unique au sens des art. 5 ou 6. Il est également possible dans le cas contraire que l'autorité de conciliation soumette une proposition de jugement (art. 210 CPC) ou rende une décision (art. 212 CPC).

Art. 206, al. 4

L'art. 204 CPC règle la question de la comparution personnelle à l'audience de conciliation. Au vu de l'importance d'une présence en personne des parties au litige à l'audience de conciliation, le but de cette dernière étant d'aboutir à un accord, le CPC prévoit une obligation de principe de comparaître en personne (art. 204). En conséquence, l'art. 204, al. 3, CPC prévoit qu'une dispense de comparution ne peut être accordée que dans un nombre limité de cas, énumérés exhaustivement.

Si une partie ne comparaît pas à l'audience de conciliation ou – dans les cas visés à l'art. 204, al. 3 – ne s'y fait pas représenter de façon conforme et contrevient ainsi à l'obligation générale de comparaître, la question des conséquences procédurales de ce comportement se pose. En principe, il constitue un défaut de la partie en question. En procédure de conciliation, ce défaut fait l'objet d'une réglementation spéciale prévue à l'art. 206, distinguant le défaut du demandeur (assimilée à un retrait de la

¹⁷⁰ CHRISTOF BERGAMIN, *Verjährungsunterbrechung bei Nachbesserung - Zum Problem bei Zuständigkeit eines Handelsgerichts*, BR 2017, p. 13 ; JAMES T. PETER, *Verjährungsunterbruch von Ansprüchen mit handelsgerichtlicher Zuständigkeit*, Revue de l'avocat 8/2012, p. 364 ss.

requête de conciliation et entraînant une radiation du rôle de la procédure, art. 206, al. 1) du défaut du défendeur (traité comme un échec de la conciliation et donnant lieu à la délivrance de l'autorisation de procéder, art. 206, al. 2, CPC).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, indépendamment des conséquences du défaut, la violation de l'obligation générale de comparaître peut également donner lieu à une amende disciplinaire au sens de l'art. 128 CPC. Cela vaut notamment pour le défendeur, qui pourrait sinon se soustraire sans risquer de sanction au principe fixé par le législateur, selon lequel une tentative de conciliation doit avoir lieu. Il faut toutefois pour cela que le défaut perturbe le déroulement de la procédure (art. 128, al. 1) relève de la mauvaise foi ou constitue un procédé téméraire (art. 128, al. 3) et que la possibilité de prononcer cette mesure disciplinaire ait, dans la mesure du possible, été préalablement annoncée de façon adéquate¹⁷¹.

Afin de faciliter l'application de la loi, il y a lieu d'intégrer cette jurisprudence du Tribunal fédéral dans un *nouvel al. 4* de l'art. 206. Selon cette nouvelle disposition, une partie qui ne comparaît pas en personne et qui ne se fait pas représenter dans les cas visés à l'al. 3 pourra être punie d'une amende d'ordre de 1 000 francs au plus. Cette règle vaudra autant pour le demandeur que pour le défendeur, bien qu'elle vise avant tout ce dernier au vu des conséquences du défaut dans ce cas-là, évoquées dans les paragraphes qui précèdent. La nouvelle disposition reprend de façon générale la règle de l'art. 128, al. 1, CPC mais s'écarte de cette dernière et de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans la mesure où la présence de circonstances qualifiantes telles que la perturbation du déroulement de la procédure ou l'usage de mauvaise foi ou de procédés téméraires ne sera pas requise. Comme sous l'empire du droit actuel, les parties devront avoir été informées de la possibilité d'une amende disciplinaire avant qu'elle ne soit prononcée, ce qui peut et devrait être fait facilement dans le cadre de la convocation à l'audience de conciliation.

Art. 209, al. 4, 2^e phrase

L'art. 209, al. 4, CPC prévoit qu'en dérogation au délai général de trois mois pour porter l'action devant un tribunal (art. 209, al. 3, CPC) et au délai plus court de 30 jours pour les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux et aux baux à ferme agricoles (art. 209, al. 4, 1^{re} phrase, CPC), les « autres délais d'action légaux ou judiciaires » sont réservés. Il y a lieu d'adapter cette disposition concernant la réserve des délais d'action « judiciaires ». L'art. 198, let. h, prévoit en effet que lorsque le tribunal a fixé un délai pour le dépôt de la demande, la procédure de conciliation n'a pas lieu. La réserve prévue à l'art. 209, al. 4, 2^e phrase, en faveur des délais judiciaires n'a ainsi aucune portée¹⁷² et doit être supprimée pour une meilleure lisibilité de la loi. Seuls les délais spéciaux prévus par la loi (par ex. pour l'action en validation du séquestre au sens de l'art. 279 LP) prévalent sur le délai général de trois mois prévu par l'art. 209, al. 3, CPC.

¹⁷¹ ATF 141 III 265, consid. 3 à 5.

¹⁷² ATF 140 III 561, consid. 2.2.1; voir également LAURENT GROBETY/MICHEL HEINZMANN, Délais de déchéance et autorisation de procéder, BR 2015, p. 169 s.

Art. 210, al. 1, phrase introductive, et let. c

Dans certains cas, en plus de sa fonction générale d'instance de conciliation présentant aux parties une proposition de transaction dans un but de conciliation et de son pouvoir de décision dans le cadre de sa fonction juridictionnelle limitée (art. 212 CPC), l'autorité de conciliation peut soumettre aux parties une proposition de jugement (art. 210 CPC; pour la proposition de modification terminologique prévoyant le remplacement de « proposition de jugement » par « proposition de décision », voir *supra* sous *remplacement d'une expression*). La proposition de jugement déploie les effets d'une décision entrée en force si aucune des parties ne s'y oppose dans un délai de 20 jours à compter du jour de sa notification écrite (art. 211, al. 1, CPC).

Comme on l'a mentionné dans les paragraphes qui précèdent, la procédure de conciliation prévue aux art. 197 ss constitue un modèle de réussite, permettant de déboucher sur un accord des parties dans 50 % à 80 % des cas (voir ch. 1.2.2 *supra* pour plus de détails sur ce point). Une initiative du canton de Berne demandé que la procédure et les audiences de conciliation soient renforcées et développées, notamment par une extension des compétences de l'autorité de conciliation¹⁷³.

Nouvel instrument introduit par le CPC (mais préexistant dans les cantons d'Argovie, de Schwytz et de Saint-Gall), la proposition de jugement peut constituer une solution simple et rapide de résolution des litiges. D'une part, elle peut permettre de mettre un terme à des procédures dans lesquelles une transaction a échoué de peu et où le pouvoir de l'autorité de conciliation de proposer un jugement peut être ressenti comme un soulagement par les parties, notamment par celles craignant de perdre la face. D'autre part, ce moyen peut permettre de régler efficacement la question du défaut, notamment lorsque le défendeur ne se rend pas à l'audience pour des raisons financières. Les enquêtes ont montré qu'en 2012, au niveau national, 3 % de toutes les procédures de conciliation initiées ont pu aboutir suite à une proposition de jugement. Dans deux cantons qui connaissaient déjà cet instrument, ce taux était considérablement plus élevé (8,5 % en Argovie en 2011; 6,2 % à Saint-Gall)¹⁷⁴.

Le Conseil fédéral est d'avis que l'efficacité de la procédure de conciliation peut encore être améliorée en étendant les compétences de l'autorité de conciliation en matière de proposition de jugement. Il propose donc d'adapter l'art. 210, al. 1, let. c, CPC afin de permettre à l'autorité de conciliation de soumettre une proposition de jugement dans les litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 10 000 francs (au lieu de 5 000 francs seulement aujourd'hui). Il suggère un montant plus élevé encore que celui prévu par l'initiative bernoise évoquée, qui demandait une limite de 8 000 francs. En revanche, il considère qu'il n'est pas judicieux de laisser aux cantons la liberté d'augmenter ou non la limite de la compétence de l'autorité de conciliation, dans la mesure où cela irait à l'encontre de l'effort général d'unification de la procédure civile. Par ailleurs, notamment lorsque les parties ne

¹⁷³ Voir 16.302 initiative du canton de Berne « Pour le développement du modèle des audiences de conciliation ».

¹⁷⁴ ISAAK MEIER/SARAH SCHEIWILLER, *Erfolg des Schlichtungs- und Urteilsvorschlagsverfahrens nach neuer ZPO*, RDS 2014 I, p. 155 ss, 186 s.

sont pas représentées, elles devront être informées dans tous les cas des effets de la proposition de jugement et en particulier du fait que son acceptation constitue une renonciation aux moyens procéduraux plus étendus de la procédure simplifiée.

Art. 224, al. 1 et 2^{bis}

Le défendeur peut déposer une demande reconventionnelle au plus tard dans sa réponse et faire valoir ainsi ses propres prétentions. La demande reconventionnelle est une action indépendante, qui reste notamment pendante en cas de retrait ou d'irrecevabilité de l'action principale. Elle permet de traiter les conclusions et les conclusions reconventionnelles dans le cadre d'une même procédure. Tout comme le cumul d'actions, dont elle se rapproche beaucoup, la demande reconventionnelle vise avant tout un but d'économie de procédure et son importance concrète est considérable.

La pratique a montré que, de façon générale, la règle en matière de demande reconventionnelle de l'art. 224 CPC était généralement satisfaisante. Comme pour le cumul objectif d'actions au sens de l'art. 90, il s'est cependant avéré qu'en l'état du droit, l'accès à la voie de la demande reconventionnelle était limité, en particulier par l'exigence selon laquelle elle doit concerner une prétention soumise à la même procédure que la demande principale. Dans l'intervalle, le Tribunal fédéral a jugé – conformément à l'opinion majoritaire – qu'une demande reconventionnelle en constatation négative introduite en procédure simplifiée visant une action partielle au sens propre était admissible, même lorsqu'elle dépasse la valeur litigieuse maximale de la procédure simplifiée et devrait ainsi être soumise à la procédure ordinaire¹⁷⁵. Le Conseil fédéral estime en conséquence que ce point doit être clarifié et repris dans la loi, d'autant plus que le rapport entre les règles des art. 224 et 94 relatives au calcul de la valeur litigieuse en cas de demande reconventionnelle peut aujourd'hui donner lieu à une certaine confusion.

Le Conseil fédéral propose d'apporter à l'art. 224 les modifications suivantes, allant dans le même sens que celles proposées pour le cumul d'actions de l'art. 90:

- De façon générale, l'exigence selon laquelle la prétention doit être soumise à la même procédure est supprimée de l'*al. 1*, de façon à ce que les demandes reconventionnelles relevant de plusieurs types de procédures soient admissibles. Comme pour le cumul d'actions, les demandes reconventionnelles demeureront toutefois exclues lorsque la procédure sommaire ou une procédure spéciale de droit de la famille seront applicables. Dans ces deux cas en effet, une demande reconventionnelle impliquant plusieurs types de procédures n'a pas d'utilité. Par ailleurs, indépendamment de la règle de compétence prévue à l'art. 14, l'al. 1 prévoira expressément qu'il doit y avoir un lien de connexité entre la demande principale et la demande reconventionnelle.

¹⁷⁵ ATF 143 III 506, consid. 4 et les références à la doctrine citées.

-
- Un nouvel *al. 2^{bis}* prévoit – comme pour le cumul d’actions – qu’en cas de demande reconventionnelle relevant de procédures différentes, l’art. 247 s’applique par analogie aux prétentions relevant de par leur nature de la procédure simplifiée, même si la demande principale et la demande reconventionnelle sont jugées en procédure ordinaire en application de l’art. 94. Donc, même les allègements prévus par l’art. 247 resteront applicables en cas de demande reconventionnelle (voir également sur ce point les observations relatives à l’art. 90 *supra*).

Art. 236, al. 4

L’art. 236, al. 3, CPC prévoit que le tribunal saisi ordonne des mesures d’exécution sur requête de la partie qui a eu gain de cause. De telles mesures d’exécution permettent d’obtenir une exécution directe au sens de l’art. 337, al. 1, CPC et visent à favoriser l’efficacité de la protection juridique¹⁷⁶.

Lorsqu’une décision est immédiatement exécutable, faute d’effet suspensif du recours ou, de façon générale, lorsque la voie de l’appel n’est pas ouverte, la partie succombante a toutefois également un intérêt à une protection efficace et rapide de ses droits et à ce que, sur demande, le tribunal statuant puisse déjà lui venir en aide en suspendant exceptionnellement l’exécution jusqu’à la décision de l’instance de recours sur l’effet suspensif. L’expérience a en effet montré qu’il pouvait s’écouler un certain délai avant qu’une telle décision au sens de l’art. 325, al. 2, CPC ne soit rendue – délai durant lequel la partie succombante n’est pas protégée contre l’exécution du jugement. Le Conseil fédéral propose d’y remédier en ajoutant un *al. 4* à l’art. 236. Cette modification permettra notamment une meilleure application du principe d’égalité des armes entre les parties. Le texte de la disposition proposée prévoit néanmoins clairement qu’une telle suspension ne peut être accordée qu’exceptionnellement et sous réserve de la décision de la juridiction de recours. Si la partie succombante ne forme finalement pas de recours ou ne demande pas d’octroi d’un effet suspensif du recours, l’exécution ne sera pas suspendue.

Art. 239, al. 2, 1^{re} phrase, et 2^{bis}

Le respect du droit d’être entendu (art. 29, al. 2, Cst.) implique une obligation des autorités et des tribunaux de motiver leurs décisions. Les décisions au sens des art. 236 ss doivent ainsi en principe être motivées (voir également art. 238, let. g, CPC). L’art. 239 CPC prévoit les circonstances dans lesquelles les décisions peuvent exceptionnellement être communiquées sans motivation écrite. C’est le cas soit lorsque le tribunal remet à l’audience le dispositif écrit, accompagné d’une motivation orale sommaire (art. 239, al. 1, let. a), soit lorsqu’il notifie formellement le dispositif aux parties (art. 239, al. 1, let. b). Dans les deux cas, les parties ont dix jours à compter de la communication de la décision pour demander qu’elle soit motivée par écrit. L’absence d’une telle demande vaut renonciation à l’appel ou au recours et aucune motivation écrite n’est alors fournie.

¹⁷⁶ PAUL OBERHAMMER, art. 236, ch. 15, in KUKO ZPO, 2^e éd., Bâle 2014.

À la connaissance du Conseil fédéral, cette réglementation a fait ses preuves, sauf en lien avec les deux points suivants, appelant une adaptation:

- Lorsqu’une partie demande une motivation écrite dans le délai de dix jours à compter de la communication de la décision, le tribunal doit notifier cette motivation *a posteriori* et doit ainsi souvent commencer par la rédiger (art. 239, al. 2, 1^{re} phrase, CPC). La loi ne contient toutefois pas d’indication sur le délai dans lequel le tribunal doit élaborer et notifier la motivation écrite. Dans l’intérêt d’une élaboration rapide de la motivation écrite subséquente, le Conseil fédéral propose donc de prévoir dans la loi que cette motivation doit être remise aux parties dans les quatre mois suivant la communication de la décision (art. 239, al. 2, 1^{re} phrase, AP-CPC). Même s’il ne s’agit que d’un délai d’ordre, cette mesure vise à favoriser un traitement diligent des demandes de motivation subséquente de la décision. Les tribunaux y ont également un intérêt.
- Même lorsqu’une décision – au moment de sa communication du moins – n’est pas (encore) motivée, une partie peut avoir un intérêt légitime à ce qu’elle soit exécutée le plus rapidement possible. C’est le cas notamment lorsqu’une partie risque de perdre un droit ou dans d’autres contextes d’urgence. En l’état du droit, une certaine incertitude entoure ces cas. Le Conseil fédéral souhaite y remédier en prévoyant une règle claire dans un nouvel *al. 2^{bis}*, prévoyant qu’une décision communiquée sans motivation écrite est exécutable - comme une décision motivée par écrit (*al. 2^{bis}, 2^e phrase*). Cela vaut déjà sous l’empire du droit en vigueur: les décisions contre lesquelles il n’existe pas de voie de droit avec effet suspensif sont exécutoires dès le moment de leur communication, même lorsque cette dernière a lieu sans motivation écrite¹⁷⁷. Il faut donc régler la question de l’exécution anticipée ou de la suspension de l’exécution (*al. 2^{bis}, 2^e phrase*). Le texte en vigueur présente en effet une lacune sur ce point. En l’état du droit, entre la communication du jugement non motivé et le dépôt d’un recours, aucune instance n’est compétente pour examiner ces questions, le recours ne pouvant pas être formé en l’absence d’une motivation écrite de la décision. Cette lacune doit être comblée afin d’améliorer la sécurité du droit. Les cas concernés sont d’une part ceux dans lesquels une voie de droit prévoyant en principe un effet suspensif est ouverte (en particulier l’appel) et d’autre part, le cas inverse dans lequel l’exécution directe d’une décision non motivée peut être demandée sans possibilité de suspension. Dans ces deux cas, la compétence pour ordonner l’exécution anticipée ou la suspension appartiendra au tribunal ayant rendu la décision. Si nécessaire, pour protéger l’autre partie, il pourra également ordonner des mesures provisionnelles ou demander à la partie requérante de fournir des sûretés (*al. 2^{bis}, 3^e phrase*).

¹⁷⁷ DANIEL STAHELIN, art. 239, ch. 35, *in* ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016.

Art. 241, al. 4

Cette disposition règle la clôture de la procédure par transaction, acquiescement ou désistement d'action. Dans ces cas, la procédure prend fin sans que le tribunal ait rendu de décision au fond. La procédure est alors directement terminée par la transaction, l'acquiescement ou le désistement d'action en tant qu'actes valant décision (« modèle bernois »). Pour des questions de preuve et pour assurer l'exécution de cet acte valant décision, une décision supplémentaire, purement déclaratoire, de radiation du rôle doit être rendue par le tribunal (art. 241, al. 3, CPC).

Il ne peut en principe être interjeté d'appel ou de recours contre l'acte valant décision, la voie de la révision au sens de l'art. 328, al. 1, let. c, CPC étant toutefois ouverte¹⁷⁸. Dans ce cadre, c'est l'acte valant décision lui-même qui est contesté sur le plan du droit civil. Généralement, les parties invoquent des vices du consentement – soit l'erreur, le dol ou la crainte fondée – au moment de l'établissement de l'acte, c'est-à-dire de la transaction dans la plupart des cas.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'existe pas de voie de droit contre la décision de radiation du rôle au sens de l'art. 243, al. 3, CPC, sauf sur la question des coûts, qui peut faire l'objet d'un recours¹⁷⁹. Cette situation n'est pas entièrement satisfaisante. Au-delà des motifs de droit civil de contestation de l'acte valant décision, il existe en effet d'autres raisons pouvant empêcher l'acte de déployer tout effet et conduisant à sa nullité. Il peut s'agir de vices de nature formelle, comme le défaut de signature du procès-verbal (voir art. 241, al. 1, CPC), l'absence de pouvoir de représentation du mandataire signataire ou le fait que de par sa nature, le litige ne peut pas faire l'objet d'une transaction, mais il peut s'agir aussi de défauts matériels, comme notamment la violation de dispositions impératives du droit civil (art. 27 CC, art. 20 CO). Dans ces cas, l'acte valant décision ne déploie d'effets à aucun moment. Une éventuelle décision de radiation du rôle prise sur une telle base serait entachée d'un vice. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y aurait lieu de contester une telle décision par la voie de la révision¹⁸⁰. Cette voie de droit semble toutefois peu adaptée dans ce cas, la révision n'ayant pas d'effet dévolutif et la décision de radiation – dont l'effet est purement déclaratoire – ne constituant pas un acte sujet à révision¹⁸¹.

Afin d'améliorer ce point, le Conseil fédéral propose de prévoir expressément dans un nouvel *al. 4* que la décision de rayer l'affaire du rôle peut faire l'objet d'un recours. Ainsi, alors que, hormis la révision (art. 328, al. 1, let. c, CPC), aucune voie de droit n'est ouverte pour contester une transaction, un acquiescement ou un désistement d'action, la décision judiciaire de radiation du rôle pourra être contestée de façon générale par un recours. Dans le cadre du recours, il sera possible d'invoquer des vices conduisant à la nullité de l'acte valant décision et donc de la décision de

¹⁷⁸ ATF 139 III 133, consid. 1.3.

¹⁷⁹ ATF 139 III 133, consid. 1.2.

¹⁸⁰ ATF 139 III 133, consid. 1.2 ; ANDREAS BAECKERT/ROBERT WALLMÜLLER, *Rechtsmittel bei Beendigung des Verfahrens durch Entscheidsurrogat (Art. 241 ZPO)*, PCEF 2014/2015, p. 15 ss, 23 s.

¹⁸¹ ANDREAS BAECKERT/ROBERT WALLMÜLLER, *Rechtsmittel bei Beendigung des Verfahrens durch Entscheidsurrogat (Art. 241 ZPO)*, PCEF 2014/2015, p. 15 ss, 23 s.

radiation s'y référant. Un recours contre cette dernière décision – qui demeurera par ailleurs de nature purement déclaratoire – ne pourra être formé que dans ces cas.

Art. 243, al. 3

L'art. 243 définit le champ d'application de la procédure simplifiée, qui se caractérise par les prérogatives renforcées du tribunal sur la conduite matérielle de la procédure et en particulier par son devoir d'interpellation renforcé, des exigences de forme réduites et un caractère essentiellement oral de la procédure, ces mesures visant à permettre un traitement plus rapide des procédures¹⁸². L'al. 3 prévoit qu'elle ne s'applique pas aux litiges pour lesquels une instance cantonale unique au sens des art. 5 et 8 ou le tribunal de commerce au sens de l'art. 6 sont compétents.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la réglementation en matière de type de procédure prévaut sur celle prévoyant la compétence matérielle du tribunal de commerce. En conséquence, les affaires visées aux al. 1 et 2 de l'art. 243 doivent toujours être traitées en procédure simplifiée, même lorsque le tribunal de commerce est compétent au sens de l'art. 6. Lorsque la procédure simplifiée est applicable à un litige conformément à l'art. 243, al. 1 ou 2, CPC le tribunal de commerce n'est donc pas compétent. Ces cas relèvent de la compétence du tribunal ordinaire et la procédure simplifiée s'applique¹⁸³.

Cette pratique, qui répond à la logique et qui s'inscrit dans la ligne de la fonction d'appui du droit de procédure, doit être précisée dans la loi. L'art. 6 sera donc complété par un nouvel al. 7, prévoyant que la compétence du tribunal de commerce est exclue pour les litiges soumis à la procédure simplifiée (voir commentaire de l'art. 6 *supra*). L'art. 243, al. 3, CPC sera adapté en conséquence et prévoira que seuls les litiges pour lesquels une instance cantonale unique est compétente au sens des art. 5 et 8 sont exclus du champ d'application de la procédure simplifiée. La compétence des tribunaux de commerce sera exclue pour les litiges soumis à la procédure simplifiée par l'art. 6, al. 7, AP-CPC.

Art. 249, let. a, ch. 5, et 250, let. c, ch. 6 et 11

En raison de modifications législatives, la liste des principaux types d'affaires soumis à la procédure sommaire selon le CC ou le CO doit être adaptée comme suit:

- Il y a lieu d'ajouter un nouveau *ch. 5* à l'art. 249, *let. a* (droit des personnes), mentionnant les mesures en cas de carence dans l'organisation d'une association, ces dernières ayant été adaptées il y a un certain temps déjà¹⁸⁴. La procédure sommaire s'appliquera également lorsque le tribunal sera saisi d'une telle carence dans l'organisation (art. 69c CC) et qu'il prononcera les

¹⁸² Voir par ex. CHRISTIAN FRAEFEL, art. 243, ch. 2, in KUKO ZPO, 2^e éd., Bâle 2014.

¹⁸³ ATF 143 III 137, consid. 2; 139 III 457, consid. 4.

¹⁸⁴ Modification du code des obligations du 16 décembre 2005 (droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), RO 2007 4791.

mesures nécessaires (fixation d'un délai pour régulariser la situation de l'association, nomination d'un commissaire ou de membres d'organes)¹⁸⁵.

- Le *ch. 6* de l'*art. 250*, let. c, CPC sera modifié pour ne plus mentionner de mesures spécifiques ordonnées par le tribunal en cas de carence dans l'organisation d'une société ou d'une coopérative. Afin d'opérer un alignement sur le droit en vigueur¹⁸⁶, il y a lieu de faire mention, de façon générale, de mesures en cas de carence dans l'organisation et de renvoyer à toutes les dispositions du droit matériel applicables à toutes les formes de sociétés et à la coopérative. À l'entrée en vigueur des modifications du droit du registre du commerce¹⁸⁷, l'*art. 581a CO*, relatif à la société en nom collectif, sera également complété sur ce point. Le *ch. 11* peut en conséquence être supprimé, le cas de la désignation et de la révocation de l'organe de révision qu'il mentionne expressément étant désormais compris dans le champ du nouveau *ch. 6*.

Art. 265, al. 4

Cette disposition traite des mesures superprovisionnelles, c'est-à-dire des mesures provisionnelles devant – en raison de leur caractère particulièrement urgent – être ordonnées immédiatement et sans audition préalable de la partie adverse (*art. 265, al. 1, CPC*). Dans ces cas, lorsqu'il prend sa décision, le tribunal cite en même temps les parties à une audience ou impartit à la partie adverse un délai pour se prononcer par écrit, et cela que le tribunal ait ou non accordé les mesures superprovisionnelles demandées¹⁸⁸.

La pratique a montré que cette disposition laissait des questions ouvertes et posait problème lorsque le tribunal refuse les mesures demandées et que la partie requérante souhaite recourir contre ce refus. Si la partie adverse est citée à une audience ou invitée à se prononcer par écrit conformément à l'*art. 265, al. 2, CPC* malgré le recours, cela implique que les mesures requises contre elle soient portées à sa connaissance, sans que la partie requérante soit protégée contre l'atteinte (alléguée) à ses droits par une quelconque mesure ou ordonnance. Le risque pour la partie requérante est que la partie adverse soit informée des mesures requises contre elle, quand bien même elles l'ont été à titre superprovisionnel uniquement¹⁸⁹.

¹⁸⁵ MARTIN KAUFMANN, *art. 248, ch. 8*, in DIKE ZPO, 2^e éd., Zurich 2016 et PASCAL MONTAVON, *Abrégé de droit civil*, 3^e éd., Zurich 2013, p. 123, ainsi que l'ATF **138 III** 166, consid.3.9.

¹⁸⁶ Voir ATF **138 III** 166, consid. 3.9, ainsi que WOLFGANG MÜLLER/THOMAS NIETLSPACH/SILVIA MARGRAF, *art. 731b, ch. 7*, in *CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3^e éd., Zurich 2016 et MARTIN KAUFMANN, *art. 250, ch. 3*, in DIKE ZPO, 2^e éd., Zurich 2016.

¹⁸⁷ Modification du code des obligations (droit du registre du commerce) du 17 mars 2017, FF **2017** 2259.

¹⁸⁸ ATF **137 III** 417, consid. 1.2.

¹⁸⁹ MIGUEL SOGO, *Rechtsmittel gegen die Abweisung superprovisorischer Massnahmen*, RSJ 2017, p. 1.

Afin de clarifier et d'améliorer le droit en vigueur, il y a donc à lieu de prévoir dans un nouvel *al. 4* que si le tribunal refuse en totalité ou en partie les mesures provisionnelles demandées, il attend, sur demande du requérant, que le recours contre son refus ait été tranché avant de le communiquer à la partie adverse et de convoquer les parties aux débats ou de leur fixer un délai pour s'exprimer. Le requérant pourra formuler une demande en ce sens dans sa requête. S'il renonce par la suite à contester le refus des mesures ou s'il retire son recours contre cette décision, cette dernière devra être notifiée sans délai à la partie adverse. Il en ira de même si le recours du requérant est (définitivement) rejeté. Une telle adaptation du droit permettra d'améliorer la situation procédurale du requérant, sans pour autant qu'il en résulte de désavantage quelconque pour l'autre partie. Elle permettra ainsi de parfaire l'égalité des armes en procédure.

Art. 266, let. a

L'art. 266 énonce la règle applicable en matière de mesures provisionnelles contre les médias à caractère périodique et reprend le contenu de l'ancien art. 28c, al. 3, CC¹⁹⁰. Le texte de l'actuel art. 266, let. a, ne correspond toutefois pas à l'ancien droit dans la mesure où il semble ne pas viser les atteintes en cours¹⁹¹. Cette erreur du législateur¹⁹² doit être corrigée; la let. a mentionnera expressément les atteintes en cours.

Art. 295, al. 2

L'art. 295 fixe le principe selon lequel la procédure simplifiée s'applique aux procédures indépendantes applicables aux enfants. Les demandes indépendantes d'aliments au sens des art. 276 ss CPC ou les actions en désaveu ou en reconnaissance de paternité (art. 256, 260a ou 261 CC), en particulier, sont ainsi soumises à la procédure simplifiée. L'art. 296 CPC prévoit en outre que la maxime inquisitoire au sens strict s'applique dans ces cas (art. 296, al. 1 AP-CPC « [I]e tribunal examine les faits d'office », voir commentaire de l'art. 296, al. 1, ci-après) ainsi que la maxime d'office, selon laquelle le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 296, al. 3, CPC).

Cette règle ne vaut que pour les procédures applicables aux enfants au sens étroit, c'est-à-dire aux actions intentées par des mineurs. Le droit en vigueur ne contient cependant pas de règle claire pour les actions introduites par les enfants majeurs et en particulier pour les demandes d'entretien de l'enfant majeur. La jurisprudence du Tribunal fédéral prévoit clairement que l'action alimentaire (art. 329, al. 3, CC) est

¹⁹⁰ Message sur le CPC, FF 2006 6841, 6929.

¹⁹¹ Voir MICHEL HEINZMANN/BETTINA BACHER, *Art. 266 ZPO: Alter Wein in neuen Schläuchen?*, medialex 2013, p. 159; MATTHIAS SCHWAIBOLD, *Superprovisorische Massnahmen gegen Medien im Persönlichkeitsrecht*, in Furrer (éd.), *Aktuelle Anwaltspraxis*, Zurich 2013, p. 135 ss et MATTHIAS SCHWAIBOLD, *Eine versehentliche Reform: Massnahmen gegen periodische Medien gemäss Art. 266 ZPO*, in SZZP 2013, p. 355 ss.

¹⁹² Voir LUCIUS HUBER, art. 266, ch. 4a, in ZK ZPO, 3^e éd., Berne 2016.

soumise à la procédure ordinaire¹⁹³. Il n'a en revanche pas définitivement tranché la question de la procédure applicable aux demandes d'aliments d'enfants majeurs, bien qu'il ait laissé entendre dans un *obiter dictum* qu'elles devaient être soumises à la procédure ordinaire et que ni la maxime inquisitoire illimitée, ni la maxime d'office ne devaient s'appliquer¹⁹⁴.

Le manque de clarté du droit sur ce point appelle une adaptation. Un nouvel *al. 2* prévoira que la procédure simplifiée s'applique aux demandes indépendantes d'aliments des enfants, même majeurs: ces demandes devront être toujours soumises à la procédure simplifiée, indépendamment de l'âge des enfants et de la valeur litigieuse. En revanche, il y a lieu de maintenir la distinction entre les différentes maximes de procédure applicables: la maxime inquisitoire illimitée et la maxime d'office au sens de l'art. 296 CPC ne s'appliqueront que dans les procédures concernant des enfants mineurs, qui doivent faire l'objet d'une protection spéciale, tandis que les allègements prévus par la procédure simplifiée (art. 247 CPC) s'appliqueront aux procédures en matière d'entretien des majeurs. Il n'y a en effet pas lieu de prévoir pour ces derniers une protection procédurale plus étendue¹⁹⁵. En raison du renvoi aux dispositions relatives à l'action alimentaire de l'art. 329 CC, la même règle vaudra pour les actions en matière de dette alimentaire envers les parents, qui devront être jugées en procédure simplifiée indépendamment de la valeur litigieuse.

Art. 296, al. 1 (ne concerne que la version française)

Selon cette disposition, la maxime inquisitoire (stricte) prévaut dans les procédures applicables aux enfants. Elle doit être distinguée de la maxime inquisitoire dite sociale ou atténuée, prévalant dans certains domaines en procédure simplifiée (art. 247, al. 2, CPC), en procédure sommaire (art. 255 CPC) ou de droit de la famille (art. 272 et 277, al. 3, CPC). Alors que cette distinction ressort des versions allemande et italienne du texte (« *[d]as Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen* » et « *[d]as Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest* »; « *[i]l giudice esamina d'ufficio i fatti* » et « *[i]l giudice accerta d'ufficio i fatti* »), ce n'est pas le cas de la version française (« [l]e tribunal établit les faits d'office » dans les deux cas). Il y a donc lieu de corriger dans le cadre de la présente révision ce manque de précision dans la terminologie de la version française actuelle de l'art. 296, al. 1. Sur le modèle de l'ancien art. 254, ch. 1, CC, l'art. 296 al. 1, prévoira que « [l]e tribunal examine les faits d'office ». Il s'agit là d'une modification de nature rédactionnelle, n'entraînant pas de changement matériel.

Art. 314, al. 1, 2^e phrase et al. 2

En dérogation aux règles générales (art. 311 à 313 CPC), l'art. 314 prévoit des règles spéciales pour l'appel contre les décisions rendues en procédure sommaire (art. 248 ss). L'al. 1 de cette disposition prévoit dans ces cas un délai de dix jours

¹⁹³ ATF 139 III 368, consid. 2 et 3.

¹⁹⁴ ATF 139 III 368, consid. 2 et 3, en particulier consid. 3.4; voir sur ce point SAMUEL ZOGG, *Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess*, fampra.ch 2017, p. 404 ss.

¹⁹⁵ ATF 139 III 368, consid. 3.4, et, plus anciennement, ATF 118 II 93.

seulement (au lieu de trente) pour l'introduction de l'appel et pour le dépôt de la réponse. L'al. 2 prévoit par ailleurs que l'appel joint est irrecevable en procédure sommaire. Ces règles visent à garantir que le traitement des procédures sommaires soit également rapide devant l'instance de recours¹⁹⁶.

Contrairement aux règles générales de l'appel, éprouvées en pratique, la réglementation spéciale applicable aux procédures sommaires a fait l'objet de critiques depuis un certain temps déjà sur un point essentiel¹⁹⁷: dans les affaires de droit de la famille soumises à la procédure sommaire – c'est-à-dire les procédures matrimoniales (art. 271) et notamment les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271, let. a), certaines procédures applicables aux enfants (art. 302) et les procédures en matière de partenariat enregistré (art. 305) – cette réglementation est peu satisfaisante à deux égards.

Premièrement, le délai d'appel et de réponse de dix jours s'avère trop court dans de nombreux cas, d'autant plus que les fêtes judiciaires et les suspensions de délai correspondantes ne sont pas applicables en procédure sommaire (art. 145, al. 2, let. b, CPC), ce qui peut entraîner des cas de rigueur injustifiés lorsque la communication d'une décision intervient peu de temps avant une période de fêtes ou de vacances.

Deuxièmement, l'irrecevabilité de l'appel joint, prévue à l'art. 314, al. 2, CPC, a pour effet que dans les affaires matrimoniales complexes et contentieuses, des appels indépendants sont interjetés par précaution pour des motifs purement stratégiques, ce qui génère non seulement une importante charge de travail (l'art. 311, al. 1, CPC prévoit que l'appel doit être motivé), mais constitue également une escalade dans la confrontation réduisant la disposition des parties à transiger¹⁹⁸.

L'art. 314 est donc complété comme suit:

- Le nouvel al. 1 reprend le contenu des al. 1 et 2 actuels concernant l'appel lorsque la procédure sommaire est applicable.
- Un nouvel al. 2 prévoit une exception pour les litiges relevant du droit de la famille visés aux art. 271, 302 et 305 CPC: dans ces cas, le délai pour l'introduction de l'appel et le dépôt de la réponse sera de 30 jours et l'appel joint sera recevable. Une telle modification permettra d'améliorer significativement l'applicabilité du CPC en matière de recours de droit de la famille, tout en préservant le mieux possible au stade du recours le principe de la célérité de la procédure sommaire.

¹⁹⁶ Message sur le CPC, FF 2006 6841, 6980.

¹⁹⁷ Voir par ex. ROLAND FANKHAUSER, *Übersicht über die familienrechtlichen Bestimmungen im neuen Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, fampra.ch 2004, p. 42 ss.

¹⁹⁸ En ce sens, parmi d'autres, ROLAND FANKHAUSER, *Übersicht über die familienrechtlichen Bestimmungen im neuen Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, fampra.ch 2004, p. 50 s.

Art. 317, al. 1^{bis}

L'art. 317, al. 1, régit et limite la prise en compte des faits et des moyens de preuve nouveaux en procédure d'appel. Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont en effet pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise.

À la différence de ce qui vaut pour la procédure de première instance (art. 229, al. 3, CPC), le droit en vigueur ne prévoit pas d'exception à ce principe pour les procédures dans lesquelles l'instance établit les faits d'office. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et contre l'avis d'une partie de la doctrine¹⁹⁹, une application par analogie de l'art. 229, al. 3, CPC en procédure d'appel est exclue²⁰⁰. Rien en effet dans la genèse du CPC ni sur un plan systématique ne plaide ici, selon lui, en faveur d'une interprétation contre la lettre de la loi. La limite à l'admissibilité des novas s'appliquerait ainsi en procédure simplifiée également, malgré l'art. 247, al. 2, CPC prévoyant que l'instance d'appel ou de recours établit les faits d'office (maxime inquisitoire sociale ou limitée).

Le Conseil fédéral est d'avis qu'il y a lieu de traiter différemment les procédures dans lesquelles la maxime inquisitoire illimitée s'applique. Dans ces cas, où le tribunal doit « examiner » les faits d'office (voir en particulier art. 296 CPC pour les procédures applicables aux enfants dans les affaires de droit de la famille [voir les remarques sur ce point *supra*] et l'art. 446, al. 1, CC pour le droit de la protection de l'adulte et de l'enfant), les faits et les moyens de preuve nouveaux doivent être admis sans limitation jusqu'aux délibérations, même dans la procédure d'appel. De nombreux tribunaux cantonaux ont déjà tranché en ce sens²⁰¹. Le Tribunal fédéral n'a pour sa part pas encore eu à trancher cette question à ce jour. Dans les procédures auxquelles la maxime inquisitoire illimitée s'applique, l'intérêt à l'établissement des faits et de la vérité matérielle doit prévaloir et la limite à l'admissibilité des novas doit être levée en faveur d'un droit d'invoquer tout fait ou moyen de preuve nouveau.

L'art. 317 est donc complété par un nouvel al. 1^{bis}, prévoyant que l'instance d'appel ou de recours admet les faits et les moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations lorsqu'il doit examiner les faits d'office. À l'exception de la limitation au domaine d'application de la maxime inquisitoire illimitée (exprimée par le verbe « examiner » au lieu d'« établir »), cette disposition reprend la règle de l'art. 229, al. 3, CPC.

¹⁹⁹ Par ex. BENEDIKT SEILER, *Zur Anwendbarkeit von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren*, SZZP 2012, p. 457 ss ; MARTIN H. STERCHI, art. 317, ch. 8, in BK ZPO, Berne 2012 ; NICOLAS JEANDIN, art. 317 N 9, in CPC commenté, Bâle 2011.

²⁰⁰ ATF 138 III 625, consid. 2.1 s. Voir également pour plus de détails DIETER FREIBURGHANUS, *Untersuchungsmaxime ohne Novenrecht im Berufungsverfahren nach ZPO?*, in Fankhauser/Widmer Lüchinger/Klingler/Seiler (éd.), Festschrift Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 111 ss.

²⁰¹ Voir notamment Tribunal cantonal de BL, décision du 24 janvier 2012, 400 2011 193, consid. 2; Tribunal cantonal de ZH, arrêt du 20 août 2014, LY140011-O, consid. 2.4; Tribunal cantonal de ZH, arrêt du 8 mai 2013, LC130019, consid. 3.1.

Art. 328, al. 1, let. d

L'art. 51, al. 3, CPC prévoit que les motifs de récusation découverts après la clôture de la procédure doivent être invoqués par la voie de la révision. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cela ne vaut toutefois que lorsqu'aucune autre voie de droit n'est ouverte. Le Conseil fédéral propose en conséquence de compléter l'art. 51, al. 3, CPC en ce sens (voir commentaire de l'art. 51, al. 3, AP-CPC *supra*). Au vu de cette adaptation, la liste des motifs de révision de l'art. 328, al. 1, incomplète en l'état du droit²⁰² mais exhaustive selon le message²⁰³, doit être complétée afin de mentionner la découverte ultérieure d'un motif de récusation au sens de l'art. 51, al. 3, AP-CPC.

Titre précédant l'art. 352a

Titre 11 Transaction de groupe

Outre l'extension du champ d'application matériel de l'action des organisations et de l'exercice des droits par ces organisations (cf. aussi le ch. 1.3.2 ci-dessus), il convient d'inclure une nouvelle procédure de transaction de groupe aux instruments de la procédure civile destinés à la mise en œuvre du droit. Dans le cadre d'une transaction de groupe, la ou les personnes à qui il est fait grief d'une atteinte concluent un accord avec une ou plusieurs organisations qualifiées pour agir au sens de l'art. 89 AP-CPC, qui représentent les intérêts de toutes les personnes ayant subi cette atteinte présumée et les dommages qui y sont liés. La transaction vise essentiellement à déterminer la portée et l'objet du règlement des prétentions – qui ne sont pas établies, constatées ou reconnues dans le cadre d'une procédure judiciaire – de l'ensemble du groupe des personnes concernées vis-à-vis du ou des auteurs présumés de l'atteinte. Tout comme une transaction simple, la transaction de groupe repose sur le règlement amiable des conséquences dommageables d'un fait donné et n'exige aucune constatation préalable obligatoire ou officielle d'une violation du droit, ce qui peut être un avantage pour l'auteur présumé de l'atteinte qui souhaite préserver sa réputation et son image publique.

Les parties déposeront la transaction de groupe conclue à l'amiable auprès du tribunal cantonal, lequel sera appelé à l'approuver et à la déclarer contraignante. Au cours d'une procédure spéciale, le tribunal vérifiera si la transaction est matériellement adaptée, si elle est formellement équitable, si elle est conforme aux règles de procédure et si elle est efficace. S'il approuve la transaction de groupe et la déclare contraignante, toutes les personnes concernées seront tenues de la respecter à moins qu'elles n'annoncent leur départ individuellement, par écrit et dans le délai imparti. Le cas échéant, elles pourront recourir sans restriction à une procédure individuelle ordinaire pour faire valoir leur droit à réparation éventuel. Au terme de la procédure, l'exécution de la transaction de groupe s'effectue principalement par le biais de

²⁰² DIETER FREIBURGH/AUS/SUSANNE AFHELDT, art. 328, ch. 12, in ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016 et IVO SCHWANDER, art. 328, ch. 24 in DIKE ZPO, 2^e éd., Zurich 2016.

²⁰³ Message sur le CPC, FF 2006 6841, 6987.

l'organisation ou des organisations qui représentent le groupe des personnes concernées.

La transaction de groupe proposée s'inspire en particulier d'une procédure similaire en vigueur aux Pays-Bas depuis 2005²⁰⁴. L'objectif d'une telle procédure est de mettre à disposition un moyen d'action clairement défini pour les dommages collectifs, qui permette le règlement collectif et consensuel d'une multitude de prétentions financières identiques ou similaires et dont les effets juridiques s'étendent à toutes les personnes concernées si le tribunal approuve la transaction de groupe et la déclare contraignante. Cependant, les droits individuels des personnes concernées sont également garantis par la possibilité d'annoncer leur départ du groupe. Le règlement collectif du litige n'est pas non plus contraire à la volonté de la partie qui devra s'acquitter des indemnités dans la mesure où la conclusion de l'accord de transaction de groupe ne peut se faire sans sa participation ni son consentement.

Art. 352a Principe

Cette disposition définit les principes qui régissent le nouvel instrument qu'est la transaction de groupe, lequel vise à régler de manière collective et consensuelle les conséquences d'une atteinte incriminée:

- Sont parties à une transaction de groupe d'une part les organisations, et notamment les associations, habilitées à agir en vertu de l'art. 89 et 89a (cf. les explications relatives à l'art. 89 AP-CPC), d'autre part la ou les personnes à qui elles font grief d'une atteinte faisant l'objet de prétentions, généralement pécuniaires (*al. 1*). Les organisations ne peuvent avoir de but lucratif et doivent, de par leurs statuts, défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé, notamment les consommateurs, les patients ayant subi un dommage, les travailleurs ou les artisans (cf. les explications relatives à l'art. 89 AP-CPC). On garantit ainsi que des personnes ou des organisations qui poursuivent des intérêts propres incompatibles avec ceux des personnes concernées ne puissent les représenter. Par ailleurs, notamment, il est exclu que des personnes physiques comme des avocats inscrits au barreau ou des études d'avocats deviennent parties à une transaction de groupe. L'autre partie à la transaction de groupe est constituée par la ou les personnes physiques ou morales à qui les associations ou les autres organisations font grief d'une atteinte.
- La transaction de groupe vise à régler de manière collective les conséquences d'une atteinte subie par un groupe de personnes déterminé (*al. 1*). Le champ d'application matériel de la transaction de groupe est délibéré-

²⁰⁴ *Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade) (WCAM)* (disponible en anglais à l'adresse <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2008/06/24/de-nederlandse-wet-collectieve-afwikkeling-massaschade.html> [31.5.2013]). Cf. aussi rapport du 3 juillet 2013 du Conseil fédéral « Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives », p. 39 ss.

ment large: il n'est pas limité à un certain secteur ou à un certain domaine juridique mais comprend toutes les atteintes relevant du droit privé. Le Conseil fédéral prend ainsi en compte les critiques et les demandes essentielles formulées lors de la consultation concernant l'avant-projet de LSFIn, selon lesquelles la transaction de groupe ne devrait pas se limiter à un seul secteur²⁰⁵.

- La transaction de groupe proprement dite débute lors du dépôt de la requête conjointe des parties au tribunal cantonal de dernière instance compétent à raison du lieu (*al. 2, début de la phrase*). Comme pour l'action des organisations, l'avant-projet établit le for dans une disposition spéciale. En matière de transaction de groupe, est compétent le tribunal du domicile ou du siège d'une des parties (art. 16a, al. 2, AP-CPC; cf. le commentaire de cette disposition ci-dessus). On prend ainsi en compte les critiques formulées à ce sujet lors de la consultation concernant l'avant-projet de LSFIn²⁰⁶. Eu égard à l'ampleur et à l'importance des procédures de cette nature, il est judicieux de les regrouper auprès d'une instance cantonale, comme c'est déjà le cas dans certains domaines (cf. l'art. 5 CPC ainsi que les explications relatives à sa modification ci-dessus). L'art. 75, al. 2, let. a, LTF établit que cette instance cantonale unique doit être une autorité cantonale de dernière instance.
- Si le tribunal cantonal supérieur compétent approuve la transaction de groupe et la déclare contraignante, celle-ci vaudra pour toutes les personnes concernées par l'atteinte ainsi que pour leurs ayants droit (*al. 2, fin de la phrase*). Cette disposition constitue justement l'élément collectif et représentatif de ce type de règlement consensuel du litige, ceci dans l'intérêt de toutes les parties, et notamment de la ou des personnes à qui il est fait grief de l'atteinte. Toutefois, elle ne s'applique que si les personnes concernées ne déclarent pas leur départ de façon valable – droit qui leur est accordé si elles l'annoncent dans le délai d'au moins trois mois imparti (cf. le commentaire de l'art. 352g AP-CPC). Ainsi, la protection individuelle des droits et la liberté de disposition sont garanties.

Art. 352b *Forme et contenu de la transaction de groupe*

Cet article établit les conditions formelles et matérielles auxquelles une transaction de groupe doit satisfaire pour être approuvée. L'*al. 1* dispose que la transaction de groupe doit revêtir la forme écrite, une condition évidente et valable pour tous les éléments obligatoires et facultatifs de la transaction de groupe. Toutes les parties, et

²⁰⁵ Cf. le rapport du Département fédéral des finances sur les résultats de la consultation relative à la loi sur les services financiers (LSFin) et à la loi sur les établissements financiers (LEFin), p. 42 (<https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2384/LEFin-LSFin-Rapport-resultats-fr.pdf>).

²⁰⁶ Cf. le rapport du Département fédéral des finances sur les résultats de la consultation relative à la loi sur les services financiers (LSFin) et à la loi sur les établissements financiers (LEFin), p. 43 (<https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2384/LEFin-LSFin-Rapport-resultats-fr.pdf>).

le cas échéant leurs organes ou leurs représentants, signent l'accord de transaction de groupe à la main ou par signature électronique reconnue (art. 13 CO).

L'al. 2 énumère les éléments obligatoires qu'une transaction de groupe doit contenir pour pouvoir être approuvée. Il s'agit d'une part des informations relatives aux fondements et au contenu de la transaction de groupe, et d'autre part de précisions quant à ses effets et à la marche à suivre:

- La *let. a* exige une description aussi précise que possible de l'atteinte incriminée et du dommage causé, sans que son ou ses auteurs présumés ne doivent reconnaître le caractère illicite de leur acte ou la violation de leurs obligations. En particulier, la transaction de groupe doit fournir des indications qui permettront de circonscrire le groupe des personnes concernées par l'atteinte incriminée (cf. la *let. b*) et qui donneront ultérieurement au tribunal compétent la possibilité d'examiner l'adéquation des indemnités prévues (voir l'art. 352f, al. 1, *let. a*, AP-CPC).
- En vertu de la *let. b*, la transaction de groupe décrit le groupe des personnes concernées par l'atteinte et leur nombre le plus précisément possible, de façon à délimiter le cercle des personnes concernées par la transaction de groupe au moment où celle-ci sera approuvée et déclarée de force obligatoire. Le cas échéant, il conviendra d'effectuer des distinctions en fonction de divers facteurs tels que la nature et la gravité de l'atteinte subie ou du dommage causé. En particulier, on pourra répartir les personnes concernées en catégories ayant droit à des indemnités différentes.
- Les indications relatives aux indemnités dont le ou les auteurs présumés de l'atteinte doivent s'acquitter en vertu de la transaction et les conditions auxquelles les personnes concernées par l'atteinte sont indemnisées (*let. c et d*) constituent les données principales de la transaction de groupe. Le montant maximal des indemnités doit être mentionné ainsi que, dans les grandes lignes, leur répartition entre les personnes concernées. Le tribunal ne peut approuver la transaction et la déclarer contraignante qu'après avoir établi que l'indemnité prévue est proportionnée au dommage prétendument causé (cf. l'art. 352f, al. 1, *let. a*, AP-CPC).
- La transaction de groupe doit indiquer la marche à suivre pour faire valoir les prétentions et fixer et verser les indemnités aux personnes concernées (*let. e*). Constituent également des éléments indispensables de la transaction de groupe les informations sur le représentant des organisations à qui le départ du groupe doit être déclaré (*let. f*).
- Enfin, la *let. g* exige des précisions quant à la prise en charge des frais, notamment des frais judiciaires. Il s'agit d'une part des coûts directement liés à la transaction de groupe et d'autre part des frais de la procédure d'approbation; ces derniers seront pris en charge par les parties conformément à la transaction de groupe (cf. aussi l'art. 109, al. 1, AP-CPC). La transaction de groupe donne également des indications sur la répartition des frais engendrés par les étapes consécutives à l'approbation et en particulier sur l'exécution de la transaction de groupe.

Art. 352c *Requête*

Outre la transaction proprement dite, l'élément nécessaire et essentiel à la transaction de groupe est la requête conjointe des parties. Cette requête formelle au tribunal compétent vise à introduire la procédure de transaction de groupe et à obtenir l'approbation du tribunal. À ce titre, elle doit contenir diverses informations.

En vertu de l'*al. 1*, la requête conjointe des parties accompagnée de l'original de la transaction est déposée auprès du tribunal compétent (cf. le commentaire des art. 5 et 16a AP-CPC). Ce dernier ouvrira la procédure au sens du titre 11 du CPC sur la base de cette requête si les conditions nécessaires sont remplies.

L'*al. 2* règle les exigences minimales quant aux informations que doit contenir la requête. Outre les informations sur les parties et leurs représentants (*let. a*), la requête contiendra des indications précises sur le contenu, l'établissement, les fondements et les principaux éléments de la transaction de groupe pour autant que ces indications ne figurent pas directement dans la transaction (*let. b*). Globalement, elle fournira au tribunal toutes les informations possibles dont celui-ci a besoin pour prendre sa décision conformément à l'art. 352f AP-CPC. En vertu de la *let. c*, les noms et adresses de toutes les personnes qui, à la connaissance des parties, sont concernées par la transaction de groupe, constituent des éléments majeurs de la requête dans la mesure où les parties doivent informer ces personnes de l'audience publique et des possibilités d'y participer (cf. le commentaire de l'art. 352d AP-CPC). Selon la nature et la gravité de l'atteinte incriminée et du dommage collectif potentiellement causé, les parties pourront connaître plus ou moins précisément le nombre des personnes concernées. Lors de violations de contrat notamment, les parties contractantes concernées peuvent généralement être identifiées relativement aisément, comme lors de la fourniture de services financiers ou de prestations, lors de transactions financières ou lors d'actes d'acquisition de grande ampleur, par exemple l'achat d'une voiture de tourisme d'un certain modèle auprès d'un certain constructeur. La requête contiendra également des indications sur la procédure prévue par les parties pour communiquer et informer le public sur la transaction de groupe (*let. d*). À cet égard, les parties devront préciser comment et par quels canaux elles entendent répondre à leur devoir d'information au sens des art. 352d, al. 2, et 352f, al. 3, AP-CPC. Pour ce faire, les moyens de communication électronique, par exemple les courriels et Internet, prendront vraisemblablement le pas sur les formes d'information classiques comme les lettres d'information et les annonces dans les journaux. L'information devra porter sur le contenu et les effets de la transaction de groupe (*let. a*), sur le droit de quitter le groupe comme le prévoit l'art. 352g (*let. b*) et sur les modalités de l'indemnisation visées par l'art. 352k (*let. c*).

Art. 352d *Procédure*

La procédure d'approbation d'une transaction de groupe doit tenir compte des particularités de cette manière consensuelle et collective de faire valoir ses droits. Il suffit que les dispositions établissent les points essentiels, afin que le tribunal compétent puisse mieux adapter la procédure aux cas particuliers en s'appuyant aussi sur les autres dispositions du CPC. La procédure d'approbation, par son caractère consensuel, relève de la juridiction gracieuse, de sorte que les dispositions correspon-

dantes (en particulier les art. 254, al. 2, let. c, et 255, let. b, CPC) sont applicables par analogie, même si la procédure d'approbation n'est pas une procédure sommaire.

L'élément principal de la procédure est l'audience publique à laquelle les parties sont convoquées (*al. 1*). De plus, toutes les personnes concernées par l'atteinte incriminée doivent avoir la possibilité de participer à cette audience, ce qui garantit leurs droits procéduraux et en particulier leur droit d'être entendues. C'est pourquoi la disposition prévoit que le tribunal, simultanément à la convocation, charge les parties à la transaction de groupe d'informer individuellement de l'audience et de la transaction de groupe toutes les personnes concernées dont elles ont connaissance ainsi que d'en faire l'annonce publique (*al. 2*). Les frais engendrés par ces deux démarches sont assumés par les parties. Eu égard au caractère particulier des transactions de groupe, il est justifié de déroger aux principes généraux du droit de la procédure (civile) et d'imposer cette obligation aux parties et non au tribunal. L'information devra porter sur le lieu et la date de l'audience et la possibilité d'y participer (*let. a*) d'une part, sur le contenu de la transaction (*let. b*) d'autre part.

Pour simplifier l'audience publique, le tribunal peut ordonner, au moment de la convocation, que tous les participants, et notamment les personnes concernées, déposent leurs actes par écrit avant l'audience (*al. 3*).

En raison de l'effet collectif particulier d'une transaction de groupe, l'examen et l'approbation par le tribunal revêtent une importance majeure. Puisque le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties à la transaction de groupe en vertu du principe de disposition lorsqu'il prend sa décision, il est justifié d'établir une maxime inquisitoire (restreinte); le tribunal sera habilité à administrer des preuves d'office (*al. 4*), et pourra en particulier citer des experts (cf. les art. 183 ss CPC) ou requérir des renseignements écrits (cf. l'art. 190 CPC).

Art. 352e Relation avec d'autres procédures

Étant donné le nombre de personnes concernées par l'atteinte incriminée, il ne sera pas rare que des procédures individuelles relatives à une même atteinte et, éventuellement, des actions des organisations au sens des art. 89 et 89a AP-CPC soient introduites avant la conclusion d'une transaction de groupe. La transaction de groupe au sens des art. 352a ss AP-CPC vise à régler le litige de manière consensuelle, collective et exhaustive; les procédures individuelles ou les actions des organisations pendantes ne doivent pas influencer le bon déroulement de cette transaction, y faire obstacle ni la faire échouer.

C'est pourquoi l'*al. 1* prévoit que toutes les procédures relatives à la même atteinte que celle visée par la transaction de groupe seront suspendues d'office dès l'introduction de la requête d'approbation, que ce soit les procédures individuelles des personnes concernées ou les actions des organisations au sens des art. 89 et 89a AP-CPC.

Selon l'*al. 2*, les procédures suspendues seront reprises à la demande d'une partie à ces procédures. Deux cas de figure pourront se présenter. En premier lieu, la procédure suspendue sera reprise si la transaction de groupe ne peut plus influencer sur elle, c'est-à-dire si l'une des parties a quitté le groupe des personnes concernées, ou si la transaction a pris fin sans avoir été approuvée par le tribunal. En outre, la procédure

suspendue sera notamment reprise d'office, conformément aux règles générales, si elle peut être close sans décision sur la base de la transaction de groupe en raison d'une transaction, d'un acquiescement ou d'un désistement d'action, ou si la procédure est devenue sans objet.

En second lieu, en vertu de la disposition de portée générale de l'art. 126 CPC, le tribunal compétent pourra ordonner la suspension de telles procédures à un stade plus précoce, sur demande de l'une des parties et à condition que cette suspension soit opportune.

Art. 352f Approbation

Cet article règle les conditions de l'approbation de la transaction de groupe et les effets de la décision d'approbation. Les conditions énumérées à l'al. 1, let. a à f, sont primordiales à cet égard. Le tribunal compétent vérifiera que celles-ci sont remplies avant d'approuver la transaction de groupe qui déploiera alors tous ses effets. Le contrôle des conditions par le tribunal garantira l'adéquation formelle et matérielle de la transaction de groupe, ce qui justifie que celle-ci soit contraignante pour toutes les personnes concernées qui n'ont pas quitté le groupe. Les al. 2 à 4 énoncent les effets spécifiques de la décision d'approbation.

Les conditions nécessaires à l'approbation d'une transaction de groupe et examinées d'office par le tribunal cantonal supérieur compétent sont les suivantes:

- réalisation des conditions formelles et matérielles de la transaction de groupe et de sa requête d'approbation (*let. a*) : ce n'est que si ces deux documents, déposés par les parties auprès du tribunal compétent, satisfont aux conditions légales fixées par les art. 352b et 352c AP-CPC que l'approbation entre en ligne de compte;
- proportionnalité de l'indemnité prévue (*let. b*) : l'indemnité que le ou les auteurs présumés de l'atteinte s'engagent à verser aux personnes concernées doit être proportionnée à l'atteinte, à la nature et à la gravité du dommage subi ainsi qu'à la marche à suivre pour faire valoir les prétentions et fixer, garantir et verser les indemnités;
- désignation d'une instance indépendante qui détermine l'indemnité à verser aux personnes concernées si celle-ci n'est pas déjà fixée dans la transaction de groupe (*let. c*; cf. les explications relatives à l'art. 352k);
- taille suffisante du groupe des personnes concernées (*let. d*) : une transaction de groupe ne peut être envisagée que si un nombre important de personnes a subi l'atteinte incriminée. Dans le cas contraire, recourir au règlement collectif du litige par le biais d'une transaction de groupe ne serait pas justifié au vu de l'ampleur de la procédure et de ses conséquences sur la protection individuelle des droits. Le Conseil fédéral renonce pourtant à fixer dans la loi un nombre minimum de personnes concernées; il estime qu'il revient principalement à la jurisprudence et à la pratique de déterminer ce nombre dans les cas particuliers. Il semblerait qu'en pratique, une transaction de groupe ne devrait entrer en considération qu'à partir de cent personnes concernées, mais la nature, la portée et la gravité de l'atteinte ainsi que

l'indemnité prévue jouent également un rôle. Est à prendre en compte à cet égard la possibilité de prévoir dans la transaction de groupe que toute partie peut révoquer la transaction si le nombre de personnes qui quittent le groupe de personnes concernées atteint une certaine proportion (voir l'art. 352h AP-CPC);

- représentativité de l'organisation (*let. e*) : le tribunal devra examiner si l'organisation qui a conclu la transaction de groupe avec le ou les auteurs présumés de l'atteinte a non seulement qualité pour agir conformément aux art. 89 et 89a AP-CPC, mais est aussi apte à représenter les personnes concernées par la transaction de groupe. L'organisation doit ainsi satisfaire à une condition supplémentaire par rapport à celles demandées pour l'action des organisations au sens des art. 89 et 89a AP-CPC;
- défense des intérêts des personnes concernées (*let. f*) : le tribunal devra enfin et surtout examiner si les intérêts des personnes concernées par la transaction de groupe sont globalement défendus et préservés de manière appropriée. Outre les exigences spécifiques, il tiendra compte à cet égard des critères d'efficacité et de coût. Il n'approuvera la transaction de groupe que s'il considère que l'exercice collectif des droits au moyen de la transaction de groupe paraît préférable à l'application individuelle du droit pour les personnes concernées.

L'al. 2 établit l'effet collectif de la transaction de groupe. Lorsque la décision d'approbation entre en force, la transaction de groupe s'applique à toutes les personnes qui, selon cette transaction de groupe, sont concernées par l'atteinte incriminée. La transaction de groupe a les effets d'une décision entrée en force pour toutes les personnes concernées et vaut donc titre définitif de mainlevée au sens de l'art. 80 LP si les autres conditions sont remplies et en particulier que l'indemnisation des personnes concernées est suffisamment définie ou définissable (voir l'art. 352k, al. 1, AP-CPC si l'indemnité est fixée par une instance indépendante). L'approbation confère ces effets à la transaction de groupe pour autant que les personnes concernées n'aient pas déclaré valablement qu'elles quittent le groupe, conformément à l'art. 352g AP-CPC. Étant donné qu'une possibilité de départ subsiste après que la transaction de groupe a été approuvée et déclarée contraignante, cette dernière, malgré sa nature collective et représentative, n'aura qu'un effet limité et indirect sur les droits individuels des personnes concernées.

Pour que toutes les personnes concernées puissent exercer le droit de quitter le groupe qui leur est obligatoirement accordé, l'organisation doit les informer sur l'objet, le contenu et les effets tant de la décision d'approbation que de la transaction de groupe. En vertu de l'al. 3, en donnant son approbation, le tribunal cantonal compétent charge les parties à la transaction d'informer les personnes concernées, notamment quant au droit de quitter le groupe que leur confère l'art. 352g AP-CPC. De manière analogue à l'information au sujet de l'audience publique (cf. le commentaire de l'art. 352d, al. 2, AP-CPC), il incombe aux parties d'informer toutes les personnes concernées dont elles ont connaissance au sens de l'art. 352c, al. 2, let. c, AP-CPC, de la décision d'approbation et de la possibilité de quitter le groupe, et d'en faire l'annonce publique de manière appropriée. Dans ces deux cas, les parties doivent préciser clairement le délai dans lequel les personnes concernées doivent

déclarer leur départ du groupe de personnes de même que le service ou la personne à qui elles doivent adresser leur déclaration. Pour ce faire, les moyens de communication électronique modernes, par exemple les réseaux sociaux et Internet, prendront vraisemblablement le pas sur les modes d'information classiques comme les annonces dans les grands journaux ou autres publications. Le tribunal pourra s'écarter de la requête des parties sur ce point si l'intérêt des personnes concernées l'exige.

Si la transaction de groupe n'est pas approuvée, l'*al. 4* prévoit que seules les personnes concernées connues au sens de l'art. 352c, al. 2, let. c, AP-CPC, doivent en être informées de manière appropriée. Ces personnes ayant déjà été informées en particulier de l'audience publique dans le cadre de la procédure (voir l'art. 352d, al. 2, AP-CPC), il est naturel qu'elles soient également averties de la non-approbation de la transaction de groupe afin qu'elles puissent déterminer si et comment elles souhaitent faire valoir leurs droits individuellement.

Art. 352g Départ du groupe

L'*al. 1* dispose que toute personne concernée peut déclarer qu'elle quitte le groupe des personnes liées par la transaction de groupe. La déclaration doit être adressée au représentant clairement désigné par la transaction de groupe. La possibilité de quitter le groupe des personnes concernées par déclaration individuelle garantit la protection individuelle des droits et la liberté de disposition, dans la mesure où aucune personne concernée ne peut être liée par une transaction de groupe contre sa volonté explicite et que la possibilité de faire valoir ses droits individuellement n'est pas restreinte. Lorsqu'une personne concernée déclarera valablement son départ du groupe, elle ne sera plus liée d'aucune manière par la transaction de groupe (*al. 4*). Elle pourra faire valoir toutes ses prétentions et tous ses droits à l'encontre des personnes à qui elle fait grief d'une atteinte par une action individuelle ou par une transaction individuelle, ou reprendre une procédure suspendue (cf. l'art. 352e, al. 2, AP-CPC, ainsi que l'art. 135, ch. 4, AP-CO relatif à la prescription).

En principe, la personne concernée devra déclarer son départ par écrit, dans le délai imparti par le tribunal (*al. 2*). Ce délai sera de trois mois au moins à compter de la décision d'approbation. En lieu et place de la forme écrite, les parties à une transaction de groupe pourront publier un formulaire que les personnes concernées pourront utiliser pour déclarer leur départ du groupe. Une personne concernée pourra déclarer valablement qu'elle quitte le groupe après l'expiration du délai imparti si elle prouve au représentant désigné de l'organisation, aussitôt qu'elle a découvert ce fait, qu'elle n'en avait pas connaissance auparavant (*al. 3*).

Art. 352h Révocation

La transaction de groupe, en tant qu'instrument d'exercice collectif des droits, a pour but de permettre au plus grand nombre de membres d'un groupe défini de personnes concernées par une atteinte incriminée de bénéficier concrètement des effets de la transaction. C'est à cette seule condition que la transaction de groupe peut être attractive et avantageuse sur le plan économique, en particulier pour le ou les auteurs présumés de l'atteinte puisqu'elle leur permet d'éviter une multitude de procédures individuelles. Lorsqu'un grand nombre de personnes concernées quittent

le groupe, l'effet collectif de la transaction est remis en cause, du moins du point de vue des parties à la transaction de groupe. Il peut également être dans l'intérêt des organisations de renoncer à la transaction de groupe lorsque le nombre de départ atteint une certaine proportion: cela peut indiquer que la transaction de groupe ne satisfait pas les personnes concernées et que celles-ci ne se sentent pas représentées de manière appropriée.

La disposition fixe que, lorsque la transaction de groupe le prévoit, toute partie peut révoquer la transaction approuvée par le tribunal auprès de ce dernier si le nombre de personnes qui quittent le groupe atteint la proportion définie par la transaction (*al. 1*). Le Conseil fédéral renonce délibérément à fixer cette proportion dans la loi et préfère laisser cette possibilité aux parties. La proportion prévue par la transaction est également soumise à l'approbation du tribunal.

Si les parties ont convenu de cette possibilité de révocation, le délai pour déclarer la révocation au tribunal est de 30 jours suivant le terme du délai de départ. Il faut que la proportion convenue de personnes concernées quittent le groupe (*al. 2*).

La partie qui révoque la transaction doit en informer non seulement le tribunal mais aussi toutes les personnes qui, à sa connaissance, sont concernées par la transaction de groupe au sens de l'art. 352c, al. 2, let. c, AP-CPC (*al. 3*). La révocation rétablit la situation juridique des personnes concernées antérieure à la transaction de groupe ou à son approbation.

Art. 352i Voies de recours

Eu égard aux particularités de la transaction de groupe et de la procédure d'approbation, les voies de recours doivent être réglées de manière spécifique. La transaction de groupe, en vertu de son effet sur les parties et en particulier sur toutes les personnes concernées après approbation par le tribunal compétent, ne peut être remise en cause. À ce titre, tout recours contre la transaction de groupe ou la décision d'approbation prise par le tribunal compétent est exclu (*al. 1*). Les personnes concernées par l'atteinte incriminée qui n'approuvent pas la transaction de groupe ou la décision d'approbation peuvent sauvegarder leurs droits en quittant le groupe des personnes concernées conformément à l'art. 352g AP-CPC. Contrairement aux règles relatives à une transaction classique au sens de l'art. 241 CPC, la décision d'approbation ne peut pas non plus être révisée en raison de l'effet collectif de la transaction de groupe et de la nécessité de garantir la sécurité juridique. En effet, le tribunal effectue un examen matériel approfondi de la transaction de groupe avant de l'approuver.

Il en va autrement si le tribunal compétent n'approuve pas la transaction de groupe et que celle-ci ne prend pas effet. Dans ce cas uniquement, les parties à une transaction de groupe pourront attaquer la décision en vertu de l'*al. 2*. Cette décision prise par un tribunal cantonal pourra faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral. La procédure sera soumise aux dispositions de la LTF.

Art. 352j Exécution

La disposition fixe les règles d'exécution d'une transaction de groupe qui s'appliquent indépendamment de celles prévues dans la transaction.

L'al. 1 établit que les parties à la transaction de groupe peuvent en demander l'exécution après écoulement du délai de départ. En particulier, les organisations qui représentent le groupe des personnes concernées peuvent demander le versement des indemnités à chacune des personnes concernées.

La décision d'approbation confère dans une certaine mesure un statut de partie à la transaction de groupe à toutes les personnes concernées, en ce sens qu'elles bénéficient des effets juridiques de la transaction, dont la possibilité de faire valoir leur droit à réparation individuel. Toute personne concernée qui n'a pas quitté le groupe en vertu de l'art. 352g, al. 3, AP-CPC peut exiger l'exécution de la transaction à compter de la notification de la décision d'approbation, mais seulement pour les prétentions reconnues par cette transaction. Si une personne concernée demande l'exécution, elle ne pourra plus quitter le groupe des personnes concernées (*al. 2*).

L'al. 3 précise que les litiges entre les parties relatifs à l'exécution de la transaction relèvent de la compétence exclusive du tribunal qui l'a approuvée, à moins que les parties n'en aient convenu autrement dans la transaction de groupe. Les procédures relatives à ces litiges sont regroupées auprès du tribunal qui a approuvé la transaction de groupe, lequel est le plus à même de rendre des décisions de manière efficace. Les litiges relatifs à l'exécution de la transaction de groupe sont à distinguer des litiges éventuels relatifs à l'indemnisation individuelle des personnes concernées (cf. l'art. 352k, al. 2, AP-CPC).

Art. 352k Indemnisation

L'art. 352j AP-CPC établit les règles générales qui régissent l'exécution de la transaction de groupe; l'art. 352k AP-CPC règle plus spécifiquement l'indemnisation telle que prévue par la transaction de groupe.

L'al. 1 prévoit une réglementation spéciale dans les cas où la transaction de groupe charge un service déterminé de définir le montant de l'indemnisation des personnes concernées, en particulier lorsque la transaction de groupe concerne un grand nombre de personnes et que l'indemnisation dépend de divers facteurs et circonstances. Les décisions du service en question sont en principe contraignantes pour les personnes concernées et ne peuvent être attaquées, sous réserve de l'al. 2 (cf. le commentaire de l'art. 352j, al. 3, AP-CPC, ci-dessus). Le caractère définitif de ces décisions est justifié par le fait que la transaction de groupe approuvée a déjà établi de manière précise le calcul de l'indemnité et la procédure d'indemnisation en tenant compte des intérêts des personnes concernées, en particulier au cours de la procédure d'approbation. Eu égard au caractère obligatoire et définitif de ces décisions, elles valent titre définitif de mainlevée au sens de l'art. 80 LP.

L'al. 2 prévoit la possibilité d'attaquer les décisions de l'instance indépendante concernant le calcul de l'indemnité, dans des cas précisément définis dans la loi. Une personne concernée pourra exceptionnellement faire recours. Cette voie de recours est limitée; le recours devra être déposé devant le tribunal qui a approuvé la

décision dans les 30 jours après la notification de celle-ci (*phrase introductive*). Les motifs de recours, plus restreints qu'à l'art. 320 CPC, sont énumérés de manière exhaustive: l'établissement inexact des faits (*let. a*), la disproportion manifeste de l'indemnité (*let. b*), la violation manifeste des règles de la transaction (*let. c*) et la violation du droit d'être entendu (*let. d*). La personne concernée recourra auprès du tribunal qui a autorisé la transaction de groupe, lequel est le plus à même d'examiner de manière exceptionnelle les décisions d'indemnisation de l'instance indépendante dans la mesure où il est déjà au fait du contenu de la transaction de groupe. Cette possibilité d'attaquer une décision de l'instance indépendante, bien que limitée, garantit les droits en la matière des personnes concernées et préserve les fondements de l'État de droit. Au demeurant, les art. 319 à 327 CPC seront applicables par analogie.

Dans l'intérêt d'une exécution rapide de la transaction de groupe, l'*al. 3* établit que les parties peuvent convenir dans la transaction que le droit à réparation d'une personne liée par la transaction de groupe s'éteint après une durée de trois ans si elle n'a pas demandé l'exécution de la transaction au sens de l'art. 352j, al. 2, AP-CPC dans ce délai. Ce dernier courra à partir de la date à laquelle cette personne a eu connaissance ou pu avoir connaissance de la possibilité de faire valoir ce droit. Il appartiendra au tribunal compétent de juger de la proportionnalité d'une telle clause de péremption au cas par cas lorsqu'il examinera l'adéquation de la transaction de groupe. Cette clause sera par exemple particulièrement adaptée si l'exécution de la transaction de groupe est prise en charge par une instance indépendante dissoute après expiration du délai. Étant donné que cette clause restreint les droits des personnes concernées, le tribunal ne l'acceptera qu'avec circonspection.

L'*al. 4* s'applique s'il s'avère que la somme totale des indemnités prévue par la transaction de groupe ne suffit pas pour acquitter la totalité des créances dues aux personnes concernées. Dans ce cas, chaque indemnité sera réduite proportionnellement, sous réserve d'un accord contraire dans la transaction de groupe et des paiements déjà effectués. Enfin, si des indices laissent supposer que toutes les indemnités ne pourront pas être entièrement acquittées, le versement pourra être refusé provisoirement ou le montant réduit.

Art. 372, al. 2

L'art. 372, al. 2, CPC, règle les cas où les parties déposent des demandes identiques devant une autorité judiciaire et un tribunal arbitral. Dans ce cas, celui qui a été saisi en second suspend d'office la procédure jusqu'à droit connu sur la compétence du premier saisi, quel qu'il soit; seul l'ordre de saisie est déterminant²⁰⁷. Cette norme pour l'arbitrage national se distingue ainsi de celle établie à l'art. 186, al. 1^{bis}, de la

²⁰⁷ Cf. FELIX DASSER, art. 372 n° 13, in: KUKO ZPO, 2^e éd., Bâle 2014 ; CHRISTOPH MÜLLER, art. 372 n° 30, in: ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016.

loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)²⁰⁸ en matière internationale²⁰⁹.

Selon le Conseil fédéral, cette disposition ne donne pas satisfaction en pratique et doit être supprimée. Elle est en contradiction avec l'art. 61, al. 1, let. b, CPC²¹⁰. En effet, la doctrine et la jurisprudence estiment unanimement que si le premier tribunal saisi est une autorité judiciaire, c'est l'art. 61 qui s'applique²¹¹: l'autorité judiciaire décline sa compétence sauf dans les cas décrits aux let. a à c, soit si le défendeur a procédé au fond sans émettre de réserves, si la convention d'arbitrage n'est manifestement pas valable ou ne peut être appliquée, ou si le tribunal arbitral n'a pas pu être constitué pour des raisons dues au défendeur de la procédure arbitrale. Conformément à l'art. 61, al. 1, let. b, CPC, l'autorité judiciaire ne décline sa compétence que s'il est manifeste que la convention d'arbitrage est valable ou applicable. Comme elle n'a qu'une information partielle à cet égard, la décision définitive sur la compétence du tribunal arbitral revient au tribunal arbitral lui-même. Le tribunal arbitral étant le seul à même de statuer de manière définitive sur sa propre compétence, il n'est pas logique qu'il doive suspendre la procédure jusqu'à ce qu'une autorité judiciaire décide de manière provisoire de sa compétence. Selon l'opinion majoritaire, si le premier tribunal saisi est une autorité étrangère, ni l'art. 372, al. 1, CPC, ni l'art. 61 CPC ne s'appliquent: la doctrine dominante préconise dans ce cas l'application de l'art. 186, al. 1^{bis}, LDIP. La procédure arbitrale interne continue sans égard à une procédure judiciaire étrangère²¹², puisque le principe de litispendance s'applique de manière illimitée dans les juridictions arbitrales internationales²¹³.

Pour ces raisons, l'art. 372, al. 2, CPC doit être abrogé afin de supprimer la contradiction et de clarifier la situation juridique: un tribunal arbitral ne devra plus automatiquement suspendre la procédure jusqu'à ce qu'une autorité judiciaire suisse détermine si la convention d'arbitrage est manifestement valable ou pas. Il pourra immédiatement statuer sur sa propre compétence de manière définitive et le cas échéant poursuivre la procédure arbitrale. La procédure pour les autorités judiciaires suisses restera inchangée puisque l'art. 61 CPC n'est pas modifié.

²⁰⁸ RS 291

²⁰⁹ Cf. IRMA AMBAUEN, *3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG*, thèse de doctorat Lucerne 2016, ch. 327; CHRISTOPH MÜLLER, art. 372 n° 38, in: ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016; MARKUS MÜLLER-CHEN, art. 61 n° 6, in: ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016; TARKAN GÖKSU, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Zurich 2014, ch. 1466; CHRISTOPH HURNI, art. 61 n° 12, in: BK ZPO, Berne 2012.

²¹⁰ MLADEN STOJILJKOVIC, *Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit*, thèse de doctorat Zurich, p. 152 ss.

²¹¹ Cf. le message CPC, FF 2006 6841, 7005, ainsi que CHRISTOPH MÜLLER, art. 372 n° 32, in: ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016; MARCO STACHER, art. 61 n° 5 in: BK ZPO, Berne 2014; TANJA DOMEJ, art. 61 n° 1, in: KUKO ZPO, 2^e éd., Bâle 2014.

²¹² Cf. FELIX DASSER, art. 372 n° 14, in: KUKO ZPO, 2^e éd., Bâle 2014; MARCO STACHER, art. 372 n° 126 in: BK ZPO, Berne 2014.

²¹³ Cf. sur ce sujet CHRISTOPH MÜLLER, art. 372 n° 31, 38, in: ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016.

Art. 400, al. 2^{bis}

Selon l'art. 54, al. 1, CPC, les décisions doivent être accessibles au public; cette règle sert le contrôle (démocratique) de la justice par le public et la transparence²¹⁴. Aujourd'hui, la publicité de la justice est souvent assurée par la publication électronique des décisions sur Internet, qui accroît nettement leur accessibilité, tout en offrant nombre d'avantages, notamment en termes de coûts. En pratique, ces avantages sont annulés ou du moins réduits car le paysage suisse de la publication électronique des décisions est très contrasté. Plusieurs formats différents sont utilisés; parfois, les arrêts de principe d'une année entière sont publiés en bloc dans un fichier unique; parfois, les décisions sont accessibles dans une banque de données dédiée. Ces différences compliquent les recherches, qu'il s'agisse de trouver un arrêt précis ou d'y faire une recherche en plein texte. On constate d'ailleurs que les moteurs de recherche usuels comme Google ne les trouvent souvent pas ou bien produisent des résultats erronés. Il serait pourtant dans l'intérêt du public d'avoir un accès sans obstacle aux décisions publiées sous forme électronique. Il ne serait en soi pas compliqué d'éliminer ces obstacles, mais cela nécessite des règles et des exigences uniformes dans toute la Suisse concernant l'accessibilité des décisions, les formats à utiliser et les métadonnées à associer aux textes publiés. Il n'est pas tout à fait certain que l'art. 400, al. 1, CPC, qui habilite le Conseil fédéral à édicter des dispositions d'exécution, lui permette de régler ces points. Un nouvel al. 2^{bis}, intégré dans l'art. 400 qui fixe les principes de l'exécution du CPC, lui donnera le pouvoir de le faire.

Art. 401a *Statistiques et nombre de cas*

Les travaux préparatoires concernant les statistiques et le nombre de cas ont nettement montré qu'il n'existe pas aujourd'hui en Suisse de réelles statistiques relatives à la procédure civile et qu'une grande proportion de nombres et de statistiques importants pour la compréhension de la pratique du CPC ne sont actuellement pas disponibles pour l'ensemble de la Suisse (cf. ci-dessus au ch. 1.3.9 pour les détails). Si certaines données relatives au fonctionnement du système judiciaire et donc aussi au droit de la procédure civile sont collectées dans le cadre des travaux de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), un comité d'experts du Conseil de l'Europe²¹⁵, ces données, les seules disponibles pour l'ensemble de la Suisse, sont encore fragmentaires et, pour diverses raisons, peu pertinentes. Ceci contraste avec d'autres pays européens comme l'Allemagne ou l'Autriche²¹⁶. Disposer d'informations fiables sur la réalité juridique est sans conteste fondamental pour

²¹⁴ Cf. ATF 137 I 16 consid. 2.2

²¹⁵ Pour plus d'informations, consulter <http://www.europewatchdog.info/instrumente/fachgremien/effizienz-der-justiz-cepej/>.

²¹⁶ Cf. par exemple pour l'Allemagne https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienst/Justizstatistik/Justizstatistik_node.html et pour l'Autriche https://www.justiz.gv.at/web2013/home/justiz/daten_und_fakten~8ab4a8a422985de30122a920842862de.de.html et les références citées; cf. aussi ISAAK MEIER, *Evaluative Justizstatistik – am Beispiel des Einleitungsverfahrens*, PCEF 37/2016, p. 10.

l'adaptation et la révision des lois²¹⁷, et permet de garantir l'efficacité du CPC sur le long terme.

Ainsi, l'avant-projet prévoit une base légale pour établir des statistiques et recenser les cas de procédures civiles. Sans aucun doute, il s'agit d'une tâche communautaire qu'il revient à la fois à la Confédération, aux cantons et aux tribunaux cantonaux et fédéraux de mener. C'est par la coopération entre ces autorités que les statistiques et le nombre des cas pourront être établis de manière uniforme et donc comparable, dans l'ensemble de la Suisse et sur le long terme. Cet objectif est d'ailleurs dans l'intérêt de la Confédération, des cantons, des tribunaux directement concernés, mais aussi de la société et du public.

L'*al. 1* prévoit ainsi que la Confédération et les cantons, conjointement avec les tribunaux, veillent à l'établissement de statistiques suffisantes sur le nombre de cas et sur les indicateurs relatifs à l'application de la loi, notamment sur le nombre, la nature, la matière, la durée et les coûts de procédures devant les tribunaux et les autorités de conciliation. Ce mandat s'adresse simultanément à la Confédération, aux cantons et aux tribunaux, et ne pourra être accompli de manière efficace que par la coopération entre ces acteurs pour des raisons évidentes de compétences et de ressources. Les chiffres et autres données essentiels et déterminants pour le fonctionnement et la compréhension de la procédure civile seront recueillis et exploités. Il s'agira en premier lieu des données relatives au nombre de procédures introduites et réglées, classées selon le type de procédure et le domaine de droit concerné, et en second lieu des données concernant la durée et les coûts des procédures civiles. L'ensemble regroupe toutes les données relatives aux procédures civiles. La collecte de données devra respecter le principe de proportionnalité; il ne pourra s'agir de collecter par le biais des pouvoirs publics et en vertu du droit fédéral tous les chiffres qui présenteraient un intérêt scientifique ou qui pourraient être utiles à la recherche.

En ce qui concerne l'application de cette disposition, l'*al. 2* prévoit que le Conseil fédéral définisse les principes et les modalités de l'établissement des statistiques et du nombre de cas après consultation des cantons et des tribunaux. Il pourra déléguer cette compétence à l'Office fédéral de la justice. Le choix des données à collecter relèvera de la responsabilité du Conseil fédéral. Il est fondamental que des critères uniformes, fixés au préalable et valables pour toute la Suisse, déterminent cette collecte. On devra par exemple définir les critères d'établissement des statistiques relatives aux procédures et à leurs étapes, mais également déterminer quels paramètres, étapes de la procédure ou faits seront inclus dans la statistique. En fixant au préalable les principes et modalités pertinentes, on permettra que ces données intègrent et complètent finalement les systèmes ou les bases de données administratifs; la plupart d'entre elles pourront être ultérieurement établies plus simplement. Le Conseil fédéral inclura largement les institutions concernées afin de s'appuyer sur les structures existantes et les évaluations déjà effectuées et de les développer, notamment en ce qui concerne les chiffres recueillis dans le cadre de l'enquête de la CEPEJ. Des délais et des solutions de transition devront sans doute être mis en place

²¹⁷ Voir aussi ISAAK MEIER, *Evaluative Justizstatistik – am Beispiel des Einleitungsverfahrens*, PCEF 37/2016, p. 5 ss, 6 f.

puisque ces statistiques ne pourront être mises à disposition du jour au lendemain avec des moyens raisonnables.

2.2 Modification d'autres lois fédérales

2.2.1 Loi du 24 mars 1995 sur l'égalité

Art. 7, al. 1^{bis}

La disposition spéciale de la LEg relative à la qualité pour agir des organisations doit être adaptée afin d'accompagner les modifications proposées des art. 89 et 89a AP-CPC. L'art. 89, al. 3, CPC, qui fait une réserve peu claire relative aux dispositions spéciales sur le droit d'action des organisations, peut ainsi être abrogé.

L'*al. 1^{bis}* établit que les art. 89 et 89a AP-CPC seront applicables aux rapports de travail soumis au droit privé et au CO, en ce qui concerne les conditions de l'action des organisations ainsi que les types de procédures possibles. Les organisations et en particulier les associations seront ainsi habilitées à agir aux conditions fixées à l'art. 89, al. 1, AP-CPC (cf. le commentaire de l'art. 89 AP-CPC, ch. 2.1). Ces conditions remplacent, dans les cas d'actions de droit privé celles fixées à l'art. 7, al. 1, LEg. En particulier, l'obligation pour les organisations d'être constituées depuis au moins deux ans est supprimée dans ces cas, afin que toutes les organisations soient soumises aux mêmes conditions de légitimation, étendues par rapport au droit en vigueur, lorsqu'elles introduiront une action relevant du droit civil. Cela permettra également de renforcer la protection contre la discrimination et favorisera l'exercice des droits²¹⁸. En parallèle, l'action des organisations en cas de discrimination dans les rapports de travail ne sera plus limitée à la seule constatation d'une atteinte mais comprendra toutes les actions prévues aux art. 89, al. 2, et 89a AP-CPC, en particulier l'action en réparation des organisations.

2.2.2 Loi du 13 décembre 2002 sur l'égalité pour les handicapés

Art. 9, al. 3, let. a, et 6

Selon l'art. 9, al. 3, let. a, LHand, les organisations d'aide aux personnes handicapées ont qualité pour agir devant les instances de la juridiction civile afin de faire constater une discrimination au sens de l'art. 6 LHand. Ce droit d'action doit également être étendu et adapté afin d'accompagner les modifications des art. 89 et 89a AP-CPC: les organisations d'aide aux personnes handicapées seront soumises aux mêmes conditions que les autres associations lorsqu'elles intenteront une action de droit civil.

²¹⁸ Cf. « Le droit à la protection contre la discrimination », rapport du 25 mai 2016 du Conseil fédéral en réponse au postulat Naef 12.3543 du 14 juin 2012, ch. 4.3.2, p. 16 (<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-05-25/ber-br-f.pdf>).

En conséquence, l'art. 9, al. 3, let. a, est abrogé. En parallèle, on introduit un nouvel art. 6 établissant que les organisations peuvent introduire une action ou un recours pour une discrimination au sens de l'art. 6 conformément aux art. 89, al. 1 et 2, let. c et d, et 89a AP-CPC. Pour être qualifiées pour agir au sens des art. 89 et 89a AP-CPC, les organisations devront en particulier satisfaire aux conditions fixées à l'art. 89, al. 1, AP-CPC (cf. le commentaire de l'art. 89 AP-CPC, ch. 2.1). Dans le cadre d'une action de droit civil, il ne sera plus nécessaire qu'une organisation d'aide aux personnes handicapées existe depuis dix ans au moins. Les autres conditions de légitimation de l'art. 89, al. 1, AP-CPC et notamment l'aptitude de l'organisation demanderesse à défendre les intérêts des personnes qu'elle représente s'appliqueront à cette action des organisations de droit spécial à la lumière du droit actuel et de la jurisprudence; les organisations d'aide aux personnes handicapées qui sont aujourd'hui qualifiées pour agir devront en principe être considérées comme qualifiées selon le nouveau droit. Outre la constatation de la discrimination, les organisations bénéficieront également de nouveaux droits d'action en vertu des art. 89, al. 2, let. c et d, et 89a AP-CPC, ce qui renforcera la protection contre la discrimination et favorisera l'exercice des droits²¹⁹.

2.2.3 Code des obligations

Art. 135, ch. 3

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'introduction d'une action des organisations en constatation de faits illicites n'interrompt pas la prescription des prétentions individuelles au titre de ces faits²²⁰. Si l'action des organisations crée certainement un précédent important²²¹, elle est indépendante des actions individuelles éventuelles et n'a pas de conséquences sur la litispendance ou la force de chose jugée de celles-ci²²². L'absence d'interruption de la prescription est un désavantage lorsqu'une action des organisations et des actions individuelles ultérieures se succèdent²²³, ce qui explique également qu'aucune action des organisations telle que prévue par la loi en vigueur n'ait été introduite à ce jour (cf. le ch. 1.2.3 ci-dessus et le commentaire de l'art. 89 AP-CPC).

Une action des organisations au sens des art. 89 et 89a AP-CPC interrompra la prescription lorsque les membres du groupe de personnes concerné font valoir leurs droits par cette action. Le nouveau ch. 3 de l'art. 135 CO introduit ce nouvel acte interruptif de prescription. L'action des organisations gagnera ainsi en efficacité. En outre, la disposition permettra de réduire le nombre de démarches juridiques engagées uniquement en vue d'interrompre la prescription. Le droit suisse connaît déjà

²¹⁹ Voir « Le droit à la protection contre la discrimination », rapport du 25 mai 2016 du Conseil fédéral en réponse au postulat Naef 12.3543 du 14 juin 2012, ch. 4.3.2, p. 16.

²²⁰ ATF 138 II 1 consid. 4.1

²²¹ TANJA DOMEJ, *Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?*, ZZP 2012, p. 432.

²²² Cf. BALTHASAR BESSENICH/LUKAS BOPP, art. 89 n° 13 in: ZK ZPO, 3^e éd., Zurich 2016.

²²³ Rapport du Conseil fédéral du 3 juillet 2013 « Exercice collectif des droits en Suisse: état des lieux et perspectives », p. 27 ss.

une réglementation de cette nature à l'art. 15, al. 2, de la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN)²²⁴. L'interruption de la prescription ne vaudra que pour les prétentions visées par l'action des organisations. Selon le type d'action des organisations, il faudra donc établir une distinction entre les prétentions concernées ou non par l'effet interruptif de prescription de ces actions.

Art. 135, ch. 4

En vertu de cette disposition, le dépôt d'une requête d'approbation d'une transaction de groupe interrompra la prescription des prétentions visées par cette transaction. Comme pour l'action des organisations (cf. les explications relatives à l'art. 135, ch. 3, ci-dessus), cette disposition évitera que les personnes concernées introduisent une action ou requièrent une poursuite dans le seul but d'interrompre la prescription. De plus, les personnes concernées qui quittent ultérieurement le groupe verront leur délai de prescription maintenu et ne seront pas entravées dans leur liberté de disposition.

2.2.4 Loi du 28 août 1992 sur la protection des marques

Art. 56, al. 1, let. a et b, et 2

Dans la mesure où les dispositions en vigueur prévoient un droit d'action pour les associations professionnelles et économiques et les organisations de consommateurs, celui-ci doit être étendu afin de correspondre aux art. 89 et 89a AP-CPC. Si ces organisations satisfont aux conditions générales fixées à l'art. 89, al. 1, AP-CPC (cf. le commentaire de l'art. 89 AP-CPC, ch. 2.1), elles seront habilitées à introduire une action des organisations. Tout en appliquant les conditions générales de légitimation, il faudra tenir compte de leur nature de droit spécial et de leurs caractéristiques, ainsi que de leur statut juridique actuel et de la jurisprudence; les organisations qualifiées pour agir aujourd'hui seront en principe aussi considérées comme telles selon le nouveau droit.

L'*al. 1, let. a et b*, en vigueur doit être abrogé; la légitimation des associations et organisations ne sera plus réglée que par l'al. 2. Le nouvel *al. 2* renvoie aux conditions fixées par les art. 89 et 89a AP-CPC pour la légitimation et les possibilités d'intenter une action. Les dispositions particulières des art. 52 et 55, al. 1, let. c, LPM restent applicables aux actions des organisations. Il en va de même pour les art. 54, 57, 59 et 60, afin de prendre en compte les circonstances particulières de l'introduction de telles actions dans le domaine du droit des marques.

2.2.5 Loi du 21 juin 2013 sur la protection des armoiries

Art. 21

L'action des organisations visée à l'art. 21 de la loi du 21 juin 2013 sur la protection des armoiries (LPAP)²²⁵ est adaptée de la même manière que dans la LPM. En principe, il sera possible de se référer aux art. 89 et 89a AP-CPC pour ce qui est des conditions de la légitimation et des possibilités d'intenter une action ; l'art. 20, al. 1, let. c, LPAP demeurera cependant applicable.

2.2.6 Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale

Art. 10, al. 2

Le droit d'action des organisations prévu par la LCD doit être adapté en fonction de l'extension du champ d'application et des modifications des art. 89 et 89a AP-CPC. Par conséquent, l'art. 10, al. 2, LCD, est modifié comme suit:

- Les associations et les autres organisations auront qualité pour agir au sens de l'art. 89, al. 1, AP-CPC, si elles ont un but non lucratif (let. a), que leurs statuts les habilite à défendre les intérêts du groupe de personnes concernées par une atteinte au sens de la LCD (let. b) et qu'elles semblent aptes à défendre ces intérêts (let. c).
- Outre les actions négatoires, les organisations seront également habilitées à introduire des actions en réparation au sens de l'art. 89a AP-CPC.
- Les dispositions spéciales de la LCD relatives aux actions des organisations seront réservées; l'art. 9, al. 2 (possibilité de demander qu'une rectification ou que le jugement soit communiqué à des tiers ou publié), l'art. 11 (actions contre l'employeur) et l'art. 13a (renversement du fardeau de la preuve) demeureront applicables.

2.2.7 Loi du 6 octobre 1995 sur les cartels

Art. 43, al. 1, let. b et c

À des fins d'unification et d'harmonisation, le droit de participer à l'enquête concernant une restriction à la concurrence, prévu par le droit en vigueur pour certaines associations professionnelles et économiques et pour les organisations de consommateurs, sera soumis aux mêmes conditions que celles fixées pour l'action des organisations à l'art. 89, al. 1, AP-CPC. La *let. b* modifiée renvoie à cet article: les

²²⁵ RS 232.21

organisations qualifiées pour agir pourront participer à l'enquête concernant une restriction à la concurrence. La *let. c* peut ainsi être abrogée.

2.2.8 Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé

Art. 8d Action des organisations et transaction de groupe

Depuis quelques décennies, il est de plus en plus fréquent que les dommages dispersés et collectifs comportent une dimension internationale, soit que ces dommages ne sont pas seulement subis par des personnes domiciliées en Suisse ou dans un seul État, soit que la personne responsable du dommage est domiciliée dans un autre État. Lors du règlement des prétentions liées à ces dommages dispersés et collectifs, en particulier par le biais de procédures collectives, il se pose en premier lieu des questions de droit international privé ayant trait à la compétence internationale. La question du for en ce qui concerne les actions des organisations au sens des art. 89 et 89a AP-CPC et les transactions de groupe au sens de l'art. 352a ss AP-CPC sera donc réglée dans un nouvel art. 8d AP-LDIP. Notons qu'en vertu de l'art. 1, al. 2, LDIP, les traités internationaux et en particulier la Convention du 30 octobre 2007 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano)²²⁶ sont réservés.

L'*al. 1* établit un principe général selon lequel il est possible d'introduire une action des organisations ou de requérir une transaction de groupe devant un tribunal suisse, pour des atteintes imminentes, commises ou prétendues, dès lors que les prétentions invoquées peuvent faire l'objet d'une demande individuelle devant un tribunal suisse compétent selon les règles de la LDIP. De telles procédures collectives devant des tribunaux suisses ne sont ainsi admissibles que si les prétentions peuvent également faire l'objet d'actions individuelles. Cette disposition permet d'une part de garantir que ces procédures collectives ont un lien suffisant avec la Suisse, d'autre part d'empêcher que des procédures pour lesquelles les tribunaux suisses ne sont pas compétents soient introduites devant ces tribunaux par le biais de procédures collectives. Il n'importe pas que la compétence des tribunaux suisses pour de telles violations du droit repose sur une norme de compétence générale ou spéciale de la LDIP ou sur une élection de for valable et effective au sens de l'art. 5 LDIP n'est pas pertinent.

L'*al. 2* établit la compétence directe des tribunaux suisses en matière d'action des organisations. On distingue les cas où le défendeur a son domicile ou son siège en Suisse et les cas où son domicile ou son siège se trouve à l'étranger:

- Si le défendeur a son domicile ou son siège en Suisse, les tribunaux suisses de ce domicile ou de ce siège sont compétents. Cette disposition spéciale fonde un for du défendeur pour les actions des organisations, une mesure justifiée au vu de l'importance et de la portée spécifiques de telles actions et

²²⁶ RS 0.275.12

afin de protéger et de préserver l'intérêt du défendeur potentiel. De manière analogue à la norme nationale prévue à l'art 16a AP-CPC, le défendeur potentiel ne devrait pas avoir à craindre que soit déposée contre lui une action des organisations ailleurs qu'à son domicile ou à son siège. Cette disposition prime sur les autres dispositions relatives à la compétence de la LDIP; cependant, il n'est pas exclu que le défendeur accepte tacitement la compétence d'un autre tribunal en vertu de l'art. 6 LDIP ou que les parties conviennent d'un autre for en vertu de l'art. 5 LDIP.

- Si le défendeur n'a pas de domicile ou de siège en Suisse, tout tribunal suisse compétent pour traiter l'action individuelle d'un membre du groupe de personnes concerné en fonction de l'atteinte invoquée est compétent pour les actions des organisations intentées à l'encontre de ce défendeur. Cette disposition va dans le même sens que l'art. 8a, al. 2, LDIP relatif au cumul d'actions.

L'*al. 3* prévoit qu'en matière de transaction de groupe, sont compétents au choix des parties les tribunaux suisses du domicile ou du siège d'un des requérants. Au moins un des requérants doit être domicilié ou avoir un siège en Suisse pour que les tribunaux suisses soient compétents. On garantit ainsi que la procédure a un lien suffisant avec le for. En prévoyant la possibilité de choisir le tribunal, on tient compte de la nature spécifique de la transaction de groupe, un instrument de règlement des litiges collectif et consensuel. Les parties pourront convenir d'un autre tribunal (art. 5 LDIP), ce qui rend également justice à l'aspect consensuel de la transaction de groupe. En revanche, l'acceptation tacite du défendeur n'entrera pas en ligne de compte puisque les parties feront une requête conjointe (cf. l'art. 352c AP-CPC).

2.2.9 Loi du 17 décembre 1993 sur la participation

Art. 15, al. 2

Les dispositions spéciales appliquées jusqu'ici aux actions des organisations au sens de l'art. 15, al. 2, de la loi du 17 décembre 1993 sur la participation²²⁷ sont adaptées aux modifications des art. 89 et 89a AP-CPC: les associations des employeurs et des travailleurs pourront agir aux conditions prévues aux art. 89 et 89a AP-CPC. Ainsi, contrairement au droit en vigueur, toutes les actions au sens des art. 89, al. 2, et 89a AP-CPC seront autorisées, et non pas seulement les actions en constatation.

²²⁷ RS 822.14

Art. 11

La disposition spéciale de la loi du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés²²⁸ ne prévoit que le droit d'action en constatation. Elle est abrogée en faveur de l'action des organisations d'application générale au sens des art. 89 et 89a AP-CPC; ce sont les conditions et les règles générales qui s'appliqueront et notamment l'admissibilité d'actions autres qu'en constatation.

3 Conséquences**3.1 Conséquences pour la Confédération**

Le projet n'aura pas de conséquences directes sur les finances ou le personnel de la Confédération.

Des dépenses supplémentaires seront indirectement supportées par la Confédération dans la mesure où elle assumera de nouvelles compétences et tâches en lien avec l'établissement des statistiques sur le nombre de cas, cette tâche conjointe de la Confédération et des cantons étant proposée dans le projet (cf. art. 401a AP-CPC et les explications à ce propos ci-dessus); ces dépenses ne peuvent pas être quantifiées à ce stade. Cependant, elles pourront être supportées par les services et les autorités compétents dans le cadre des moyens disponibles, avec les finances et le personnel existant.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les villes, les agglomérations et les régions de montagne

Le projet aura des conséquences pour les cantons à divers égards:

- Conformément au droit en vigueur, les cantons sont souverains en matière d'organisation des tribunaux et des autorités de conciliation, à moins que la loi ne prévoie autre chose (art. 3 CPC). Bien que la présente révision n'intervienne pas directement dans les organisations judiciaires cantonales, qui ont fait leurs preuves, des modifications pourront s'avérer nécessaires en matière d'organisation judiciaire, par exemple en ce qui concerne l'autorité de conciliation ou dans les cantons ayant institué un tribunal de commerce.
- Les cantons devront adapter leurs lois d'organisation judiciaire à différents égards. Il s'agit de modifications en lien avec la réglementation de la compétence à raison de la matière, en premier lieu en ce qui concerne l'action des organisations modifiée et élargie (cf. art. 89 et 89a AP-CPC) et la nouvelle

²²⁸ RS 823.20

transaction de groupe (cf. art. 352a à 352k AP-CPC). Dans les deux cas, il faut instituer une instance cantonale unique (art. 5, let. j et k, AP-CPC).

- L'avant-projet propose de modifier les règles sur le montant maximal des avances de frais (cf. art. 98 AP-CPC) et la liquidation des frais (cf. art. 111, al. 1 et 2, AP-CPC). Ceci aura au moins des conséquences financières directes pour les cantons, car, d'une part, conformément aux attentes, les avances de frais diminueront sensiblement en pratique et, d'autre part, les cantons ne pourront pas compenser directement les frais judiciaires avec l'avance de frais. C'est toutefois inévitable si l'on souhaite décharger les parties du risque lié à l'insolvabilité de la partie succombante, qui s'ajoute au risque inévitable de perdre le procès et d'en supporter les frais; telle était déjà l'intention du législateur lors de l'adoption du CPC. Les conséquences financières ne peuvent pas être quantifiées, ni anticipées, que ce soit globalement ou pour chaque canton. L'expérience a toutefois montré que les pertes des cantons dues aux frais judiciaires en souffrance ou payés en retard peuvent être sensiblement diminuées par la mise en place d'un système d'encaissement efficace.
- Le droit fédéral obligera les cantons et leurs tribunaux à veiller conjointement avec la Confédération à l'établissement de statistiques suffisantes (cf. art. 401a AP-CPC). Il faut s'attendre à une charge supplémentaire dans ce domaine, mais, dans la mesure où tous les cantons collectent déjà des données à cet égard, elle ne se fera sentir qu'au début, lorsqu'il faudra adapter les processus et mécanismes de collecte existants.

Le projet n'a pas de conséquences spécifiques pour les communes, ni que pour les villes, les agglomérations et les régions de montagne.

3.3 Conséquences économiques

De par leur nature, les conséquences économiques des modifications du droit de la procédure civile sont, au mieux, difficilement quantifiables. Comme le Conseil fédéral l'a déjà exposé dans le cadre de l'introduction du CPC, une justice efficace contribue à la prospérité économique et, finalement, à la qualité de vie²²⁹.

Les présentes modifications du CPC visent à améliorer la mise en œuvre des droits et la justice civiles. Par conséquent, les coûts de la mise en œuvre des droits devraient baisser pour les particuliers, mais aussi et surtout pour les entreprises. Les obstacles financiers du droit en vigueur, en particulier les avances de frais élevées (cf. art. 98 CPC) ainsi que le risque de l'insolvabilité de la partie condamnée à supporter les frais (cf. art. 111 CPC), qui sont parfois critiqués, seront éliminés.

Les modifications envisagées de l'action des organisations (cf. art. 89 et 89a AP-CPC) et la création d'une transaction de groupe (cf. art. 352a à 352k AP-CPC) permettront de développer l'exercice collectif des droits de manière mesurée mais

²²⁹ Message sur le CPC, FF 2006 6841, 7017.

efficace, sans que la Suisse soit exposée aux effets négatifs observés dans le système d'action collective américain. En particulier, la transaction de groupe permettra de régler en Suisse et à l'étranger un grand nombre de cas de manière collective et contraignante pour toutes les personnes concernées, et donc de liquider exhaustivement les litiges pour un grand nombre de lésés. La mise en œuvre des droits s'en trouvera améliorée, voire rendue possible pour la première fois dans certains domaines. Il est économiquement judicieux de combler les lacunes qu'elle présente: les coûts des atteintes au droit seront plus souvent supportés par leurs auteurs et ces atteintes feront l'objet d'une compensation pour les personnes lésées.

3.4 Conséquences pour la société

Les mesures proposées visent à améliorer la protection offerte par le droit civil aux individus. Ceci contribue à la stabilité de la société et renforce la confiance en la capacité de l'État de droit et de ses institutions à mettre en œuvre le droit de manière efficace en faveur de chacun. Le droit privé ne peut contribuer à l'ordre social que s'il peut être mis en œuvre et est effectivement mis en œuvre en cas de litige.

4 Liens avec le programme de la législature et les stratégies du Conseil fédéral.

Le projet n'est annoncé ni dans le message du 27 janvier 2016²³⁰ ni dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019²³¹.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

Le projet prévoit des modifications du CPC, qui repose sur l'art. 122 Cst. (compétence de la Confédération en matière de droit civil et de procédure civile), et sur d'autres lois fédérales conformes à la Cst.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

À l'exception des conventions bilatérales et multilatérales sur la compétence internationale et la reconnaissance et l'exécution – en matière civile, en premier lieu la Convention de Lugano – la Suisse n'est actuellement soumise à aucune obligation internationale en matière de procédure civile.

²³⁰ FF 2016 981

²³¹ FF 2016 4999

Certaines exigences résultent cependant en partie des obligations internationales de la Suisse en matière de garanties des droits de l'homme dans le domaine de la protection contre la discrimination. Ainsi, dans son rapport d'évaluation national du 17 octobre 2017, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a notamment recommandé à la Suisse de prévoir une action des associations ou des organisations pour toutes les formes et tous les cas de discrimination dans tous les domaines de la vie²³². Les modifications et nouvelles dispositions dans le domaine des actions collectives rendent le projet conforme notamment aux recommandations n° 39 et 42 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et les entreprises du 2 mars 2016²³³ et répondent également aux attentes de l'ONU, explicitées par les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (principe directeur n° 26)²³⁴.

5.3 Forme de l'acte à adopter

Le projet contient des dispositions importantes qui fixent des règles de droit, qui doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale en vertu de l'art. 164, al. 1, Cst. Le texte est sujet au référendum.

5.4 Délégation de compétences législatives

L'art. 401a, al. 2, AP-CPC charge le Conseil fédéral de définir les principes et les modalités de l'établissement des statistiques et du nombre de cas au sens de l'al. 1 après consultation des cantons et des tribunaux. Il pourra en déléguer la compétence à l'Office fédéral de la justice. Le projet ne prévoit pas d'autre délégation de compétences législatives au Conseil fédéral.

5.5 Protection des données

La modification du CPC et des autres lois fédérales n'aura pas de conséquences du point de vue du traitement des données personnelles.

Au contraire, l'élargissement prévu de l'action des organisations permettra aux victimes d'atteintes à la loi sur la protection des données de faire valoir leurs droits plus facilement, y compris par le biais d'une action collective (cf. également les

²³² Rapport du Commissaire aux droits de l'homme Nils Muižnieks du 17 octobre 2017 suite à sa visite en Suisse du 22 au 24 mai 2017, ch. 38.

²³³ Recommandations CM/Rec(2016)3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et les entreprises du 2 mars 2016.

²³⁴ Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de l'ONU (disponible sous:
http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf).

explications relatives aux art. 89 s. AP-CPC ci-dessus), ce qui répond à des attentes spécifiques²³⁵.

²³⁵ Cf. motion 13.3052 Schwaab « Droit d'action collective en cas de viol de la protection des données, en particulier sur Internet ».