TF, 15.09.2025, 4A_251/2025*

La consorité passive subsidiaire (ou éventuelle) est admissible en droit suisse. Elle permet au demandeur de formuler des conclusions contre un consort à titre subsidiaire, pour le cas où les conclusions principales formulées contre un autre consort ne seraient pas admises.

Faits

Deux sociétés sont en litige à propos de plusieurs contrats de transport maritime. La demanderesse dépose une requête de conciliation contre la filiale suisse de sa cocontractante. Un mois plus tard, elle complète sa requête en désignant la société mère comme défenderesse à titre subsidiaire. L'autorité de conciliation délivre une autorisation de procéder contre les deux sociétés.

La demanderesse agit ensuite au fond uniquement contre la société mère. Les juridictions cantonales déclarent la demande irrecevable. Elles estiment que l'autorisation de procéder est invalide, au motif que la consorité passive subsidiaire serait inadmissible.

La demanderesse recourt au Tribunal fédéral, qui doit déterminer si le droit suisse admet la consorité passive subsidiaire.

Droit

La consorité passive subsidiaire permet au demandeur de faire valoir une prétention contre un premier consort (défendeur 1) à titre principal, et contre un second consort (défendeur 2) à titre subsidiaire. Le tribunal n'examine la prétention dirigée contre le défendeur subsidiaire qu'en cas d'échec de la demande principale.

Le CPC ne contient aucune disposition spécifique sur cette forme de consorité; toutefois, la doctrine majoritaire et la jurisprudence antérieure au CPC (ATF 113 Ia 104) en admettent la validité.

La consorité passive subsidiaire ne constitue pas une action conditionnelle irrecevable. Sur le plan procédural, l'action subsidiaire est traitée comme si elle avait été intentée de manière inconditionnelle. La consorité subsidiaire crée immédiatement la litispendance

pour les deux prétentions, principale et subsidiaire. Ce qui est conditionnel n'est pas la création du rapport d'instance subsidiaire, mais son examen au fond.

Il n'est pas déraisonnable pour le défendeur subsidiaire de se défendre, puisque, en cas d'admission de la prétention principale, la prétention subsidiaire est rejetée (« abgewiesen »); les frais et dépens qui en résultent sont alors à la charge de la partie demanderesse. Les règles relatives à l'appel en cause (art. 81 CPC) ne s'appliquent pas à la consorité passive subsidiaire.

La constitution d'une consorité passive subsidiaire devant l'autorité de conciliation, en complément de la requête, ne constitue pas une substitution de partie au sens de l'art. 83 CPC. En l'espèce, la filiale suisse est restée partie à la procédure de conciliation, tandis que la société mère n'a été ajoutée qu'à titre subsidiaire.

Le Tribunal fédéral conclut que la consorité passive subsidiaire est admissible en droit suisse et qu'elle constitue un instrument procédural utile à la réalisation du droit matériel. Il admet le recours.

Note

Le Tribunal fédéral avait déjà admis la consorité passive subsidiaire avant l'entrée en vigueur du CPC (ATF 113 Ia 104). Cette confirmation, sous l'empire du CPC, est bienvenue, d'autant que ce type de consorité, dont l'admissibilité restait douteuse, favorise la réalisation du droit matériel. Elle répond à la situation dans laquelle le demandeur doute de la légitimation passive et veut s'assurer d'agir contre le véritable débiteur, tout en évitant des jugements contradictoires.

Ce type de consorité trouve notamment à s'appliquer en matière de représentation (art. 32 ss CO). Lorsque l'existence des pouvoirs de représentation est incertaine, le demandeur peut alors actionner son prétendu cocontractant à titre principal et, à titre subsidiaire, le représentant, si ce dernier devait s'avérer être un *falsus procurator* (art. 39 CO). En matière de servitude de passage nécessaire, la consorité passive subsidiaire permet d'actionner plusieurs propriétaires lorsque plusieurs immeubles à charge sont susceptibles de fournir le

passage nécessaire (art. 694 CC).

Conformément à l'art. 58 al. 1 CPC, le tribunal est lié par l'ordre d'examen des prétentions fixé par le demandeur. Cet ordre doit ressortir clairement de ses conclusions. Ainsi, des conclusions alternatives du type « condamner le défendeur 1 ou 2 au choix du tribunal » sont, selon nous, irrecevables. La consorité passive alternative devrait donc être tenue pour inadmissible, car contraire à l'exigence de précision des conclusions – *Bestimmtheitsgebot* (dans ce sens, ATF 142 III 683, cons. 5.3.2, résumé in : lawinside.ch/345; contra : ATF 144 III 452, cons. 2.4, résumé in : lawinside.ch/681).

Le tribunal conduit le procès (art. 124 al. 1 CPC). Il peut, en vertu de l'art. 125 let. a CPC, limiter la procédure à la prétention principale. Le rejet de celle-ci peut faire l'objet d'une décision incidente (art. 237 CPC).

Une question épineuse se pose: qu'advient-il du rejet de la prétention subsidiaire lorsqu'un recours est formé avec succès contre l'admission de la prétention principale ?

(I) Autorité de la chose jugée du rejet de la prétention subsidiaire :

Selon le Tribunal fédéral, l'admission de la prétention dirigée contre le défendeur 1 entraîne le rejet de la prétention contre le défendeur 2. Cette décision au fond acquiert autorité de la chose jugée, si aucun recours n'est formé à son encontre (cf. infra II). Le tribunal n'examine toutefois pas le bien-fondé de la prétention subsidiaire, cet examen n'intervenant qu'en cas de rejet – voire d'irrecevabilité – de la prétention principale. Se pose alors la question de savoir si la prétention subsidiaire peut être introduite à nouveau lorsqu'un recours dirigé contre l'admission de la prétention principale aboutit.

L'autorité de la chose jugée s'étend à tous les faits qui existaient au moment ultime où, selon le droit déterminant, l'état de fait ayant servi de base au premier jugement a été arrêté, mais non pas aux faits postérieurs à ce moment (ATF 140 III 278, cons. 3.3). Lorsque le tribunal rejette la prétention subsidiaire, il fonde sa décision sur l'hypothèse que la prétention principale est admise. Dès lors, le rejet subséquent de la prétention principale en instance de recours constitue un fait nouveau (vrai nova) qui échappe, ratione temporis, à

l'autorité de la chose jugée (cf. Droese, RSPC 2010 p. 321). A la suite de l'admission du recours, une nouvelle action contre le défendeur 2 est donc possible.

(II) Sort de la consorité passive subsidiaire en instance de recours :

Si l'admission de la prétention principale est attaquée, un risque de contradiction entre les jugements apparaît, ce qui compromet l'objectif recherché par la consorité passive subsidiaire. En cas de succès du défendeur 1 devant l'autorité supérieure, le demandeur sera amené à actionner le défendeur 2, la décision de rejet de la prétention subsidiaire ne bénéficiant plus de l'autorité de chose jugée (cf. supra I). Il en résulte l'ouverture d'un second procès, éventuellement devant un autre for, avec pour effet la perte de connaissance du dossier par le premier tribunal. Le demandeur court alors le risque de devoir répéter l'ensemble du procès devant une autre juridiction. Le principe d'économie de procédure commande donc que les prétentions subsidiaires puissent être réexaminées par l'instance supérieure, lorsqu'un recours vise l'admission de la prétention principale.

Deux solutions sont, selon nous, envisageables :

A. L'appel joint

Au niveau cantonal, une solution consiste à admettre l'appel joint (art. 313 CPC). Si le défendeur 1 interjette un appel, le demandeur peut, dans sa réponse, former un appel joint contre le défendeur 2 afin de réitérer sa prétention subsidiaire. L'art. 313 al. 1 CPC ne dit rien sur la recevabilité d'un appel joint contre une personne qui, certes, n'a pas elle-même formé appel, mais a participé à la procédure de première instance. Un tel appel devrait être admis au moins par analogie (Huber-Lehmann, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, n. 674). Toutefois, cette voie est exclue devant le TF.

B. L'extension de l'effet dévolutif

Un effet similaire à l'appel joint peut être obtenu en étendant l'effet dévolutif du recours dirigé contre la prétention principale à la prétention subsidiaire. Dans l' ATF 83 II 79, le TF a rappelé que, en principe, le recours ne remet en question que les droits et obligations du recourant et de l'intimé; il n'a aucune influence sur ceux d'autres personnes, même si elles

ont été parties dans l'instance précédente. Une exception existe toutefois « lorsque les différentes causes sont indissolublement liées » (cons. 2).

En cas de consorité passive subsidiaire, le sort de la prétention subsidiaire est indissolublement lié à celui de la prétention principale : l'admission de l'une entraîne le rejet de l'autre. Il faut dès lors admettre que le recours du défendeur 1 reporte la cause en son entier devant le tribunal supérieur (ATF 83 II 79, cons. 2); le pouvoir d'examen du juge porte donc sur l'ensemble des prétentions, principale et subsidiaire. Cette exception vaut tant pour les procédures régies par le CPC que par la LTF.

Une telle extension n'implique toutefois pas que l'instance de recours examine d'office la prétention subsidiaire. Conformément au principe de disposition, la compétence décisionnelle n'est transférée à l'instance supérieure que dans la mesure où cela ressort des conclusions des parties. L'instance de recours ne statuera sur la prétention subsidiaire que si le demandeur formule une conclusion correspondante dans sa réponse au recours. Si toutefois l'examen de cette prétention requiert un complément de l'état de fait, l'autorité de recours renverra vraisemblablement la cause à la première instance (art. 318 al. 1 let. c ch. 2).

Proposition de citation : TIMOTH□E PELLOUCHOUD, La consorité passive subsidiaire, in: https://lawinside.ch/1695/