ATF 145 III 428 | TF, 20.09.2019, 4A_44/2019*

La production de l'original de l'écriture déclarée irrecevable pour cause d'incompétence ou de mauvaise procédure est indispensable pour que l'art. 63 al. 1 CPC s'applique et que la litispendance soit créée avec effet rétroactif. D'éventuelles modifications formelles de l'écriture doivent être traitées dans un courrier d'accompagnement séparé.

Faits

Le 28 août 2017, un actionnaire dépose une requête de conciliation tendant à l'annulation d'une décision de l'assemblée générale prise le 27 juin 2017. Le 31 août 2017, l'autorité de conciliation n'entre pas en matière à défaut de compétence matérielle. Le 2 octobre 2017, l'actionnaire dépose une action auprès du *Handelsgericht* bernois, dans laquelle il formule les mêmes conclusions. Une copie de la requête de conciliation introduite en premier est en outre annexée à la demande. Le juge en charge rend une ordonnance d'instruction constatant la création de la litispendance le 2 octobre 2017 (et non pas le 28 août 2017) au motif que l'actionnaire n'a pas produit l'original de la requête de conciliation. Le document en original est envoyé au tribunal seulement suite à cette décision.

Le *Handelsgericht* rejette par la suite l'action au motif que l'action n'a pas été introduite dans le délai de péremption de deux mois.

Sur recours interjeté par l'actionnaire, le Tribunal fédéral doit juger si la litispendance a été créée le 28 août 2017 (moment du dépôt de la requête auprès de l'autorité de conciliation) ou le 2 octobre 2017 (moment du dépôt de la demande auprès de l'*Handelsgericht*). Il doit donc décider si l'envoi de l'original de l'écriture jugée irrecevable est une condition indispensable pour que l'art. 63 al. 1 CPC déploie ses effets.

Droit

L'action qui peut être intentée contre une décision de l'assemblée générale d'une société anonyme doit être exercée au plus tard dans les deux mois qui suivent la date de l'assemblée générale (art. 706*a* al. 1 CO).

Aux termes de l'art. 63 al. 1 CPC, si l'acte introductif d'instance retiré ou déclaré irrecevable pour cause d'incompétence est réintroduit dans le mois qui suit le retrait ou la déclaration d'irrecevabilité devant le tribunal ou l'autorité de conciliation compétent, l'instance est réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte.

Dans l'ATF 141 III 481 (résumé *in* LawInside.ch/107/), le Tribunal fédéral a jugé que l'application de l'art. 63 al. 1 CPC suppose que, dans le délai prescrit, l'intéressé réintroduise devant l'autorité qu'il tient pour compétente, la même écriture en original que celle qu'il a déposée initialement devant le tribunal incompétent, accompagnée, le cas échéant, d'une traduction dans la langue officielle du canton compétent. Dans certains cas il peut être avisé de joindre une lettre d'accompagnement expliquant le contexte de la nouvelle demande.

Selon une partie de la doctrine, cet arrêt a pour effet d'exclure l'application de l'art. 63 al. 1 CPC aux cas où une requête est introduite d'abord auprès d'une autorité de conciliation et par la suite (sous forme de demande) auprès d'un tribunal, ce en raison des exigences formelles plus sévères auxquelles l'écriture doit répondre. D'autres auteurs estiment en revanche qu'il doit au moins être possible de modifier l'écriture en ce qui concerne précisément ces aspects formels.

Le Tribunal fédéral cite également un arrêt vaudois (PT16.016938-170204 215 du 6 juin 2017) dans lequel le Tribunal cantonal a retenu qu'il était contraire à l'interdiction du formalisme excessif d'exiger une lettre d'accompagnement s'exprimant au sujet des exigences formelles différentes. Il a donc appliqué l'art. 63 al. 1 CPC même si le demandeur avait modifié l'écriture afin qu'elle remplisse les exigences formelles d'une demande.

Lorsqu'une requête de conciliation satisfait aux exigences applicables à une demande en justice, la situation est dans les faits la même que si une demande est jugée irrecevable à défaut de compétence du tribunal saisi. L'ATF 141 III 481 est donc pleinement applicable, ce qui signifie qu'il convient de produire l'original de la requête jugée irrecevable. Pour ce qui est des défauts formels qui pourraient de toute manière être corrigés après la création de la litispendance (cf. art. 132 CPC), ils doivent être traités dans une lettre d'accompagnement à la nouvelle écriture. Pour le reste, le droit d'une partie de s'exprimer

par la suite une deuxième fois de manière illimitée s'applique (cf. également art. 227, 229 et 230 CPC).

En revanche, le Tribunal fédéral laisse expressément ouverte la question de savoir comment il convient de procéder lorsqu'une requête de conciliation se limite au contenu de l'art. 202 CPC et ne remplit donc pas exigences applicables à une demande. Il estime en effet qu'en l'espèce la requête de conciliation satisfaisait à ces exigences.

Dans le cas particulier, l'actionnaire reproche à l'instance cantonale d'avoir fait preuve de formalisme excessif. À l'exception du titre, de la date et de la mention de l'art. 63 al. 1 CPC, le contenu de l'écriture était exactement le même de la requête en conciliation, dont une copie était par ailleurs annexée à la demande.

Le Tribunal fédéral retient que certes, il n'est pas du ressort du tribunal (ou autorité de conciliation) saisi la deuxième fois de vérifier si l'écriture est identique à la première requête jugée irrecevable. Toutefois, en l'espèce, une copie de l'écriture était annexée à la demande (déposée dans le délai d'un mois) et, compte tenu du fait que la requête était très brève (trois pages et demi), il était tout à fait possible pour le tribunal de constater qu'à l'exception des éléments susmentionnés l'écriture était identique à la première. Dans ces circonstances, l'instance cantonale aurait dû admettre la production de l'original de la requête après le dépôt de la copie avec la demande. En niant la rétroactivité de la litispendance au 28 août 2017, le *Handelsgericht* a fait preuve de formalisme excessif et a donc violé l'art. 29 al. 1 Cst.

Le recours est par conséquent admis et la cause renvoyée à l'instance cantonale.

Note

Nous retenons de cet arrêt que l'introduction d'une (deuxième) demande ou requête en application de l'art. 63 al. 1 CPC requiert la production de l'original de la première écriture jugée irrecevable pour cause d'incompétence ou de mauvaise procédure applicable. D'éventuelles modifications formelles indispensables à la recevabilité de la demande doivent faire l'objet d'un courrier séparé.

Demeure en revanche indécise la question de savoir comment il convient de procéder lorsqu’une requête de conciliation jugée irrecevable ne suffit pas aux exigences de l’art. 221 CPC. En analogie avec la jurisprudence résumée ci-dessus, il pourrait être avisé de produire dans tous les cas l’original de la requête de conciliation en joignant à celle-ci, avec un courrier d’accompagnement expliquant les circonstances, une demande modifiée exclusivement en ce qui concerne les aspects formels indispensables.

À noter que l’avant-projet relatif à la modification du CPC (amélioration de la praticabilité et de l’applicabilité) prévoit l’introduction d’un nouvel art. 60*a* CPC ayant la teneur suivante: « *Si, pour cause d’incompétence, le tribunal n’entre pas en matière sur une demande ou une requête, le procès est renvoyé, à la demande du demandeur ou du requérant, au tribunal désigné par ce dernier. La litispendance n’est pas interrompue*« .

Proposition de citation : SIMONE SCH RCH, Le création de la litispendance en cas d’incompétence du tribunal, in: https://lawinside.ch/838/