
**L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE DE
L'ACTION PARTIELLE – UNE APPROCHE
COMPARATIVE**

**TRAVAIL DE RECHERCHE EN PROCÉDURE CIVILE ET
DROIT COMPARÉ**

Présenté par

Quentin Adler / N° étudiant 08-201-758

Av. de l'Europe 20
1700 Fribourg
quentin.adler@unifr.ch

auprès du Prof. Michel Heinzmann

Professeur associé à la Faculté de droit
de l'Université de Fribourg

Travail de recherche commencé le 19 février 2013

Travail de recherche rendu le 12 août 2013

Table des matières

TABLE DES MATIÈRES	II
TABLE DES ABRÉVIATIONS	IV
BIBLIOGRAPHIE	VII
A. DROIT SUISSE.....	VII
B. DROIT ALLEMAND.....	X
C. DROIT COMPARÉ ET AUTRES DROITS	XI
INTRODUCTION	1
I. ACTION PARTIELLE ET AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE	2
A. L'ACTION PARTIELLE	2
1. Notion et fondement	2
2. Typologie	6
2.1. Action partielle voilée et dévoilée	6
2.2. Action partielle improprement dite et proprement dite.....	7
2.3. Action partielle déterminée et indéterminée	8
3. Conditions de validité	10
3.1. Divisibilité de la prétention matérielle.....	10
3.2. Limite de l'abus de droit	11
4. Intérêts pratiques	13
4.1. Rôle de la valeur litigieuse sur le déroulement de la procédure	13
4.2. Intérêts de l'action partielle dans la pratique	16
5. Demande reconventionnelle en constatation négative de droit.....	17
B. L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE	18
1. Fondement et fonction	19
2. Conditions de déploiement	20
2.1. Force de la chose jugée	21
2.2. Décision susceptible d'entrer en force.....	22
3. Effets	23
3.1. Effet privatif.....	23

3.2.	Effet préjudiciel	25
3.3.	Effet de forclusion.....	26
4.	Délimitation générale.....	29
5.	Limite objective en particulier	31
5.1.	Distinction entre prétention procédurale et prétention matérielle.....	32
5.2.	Objet du litige	33
5.3.	Chose jugée : contenu, autorité et importance	35
5.4.	En bref.....	41
II. AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE DE L’ACTION PARTIELLE.....		41
A.	LE RÉGIME ACTUEL	43
1.	Présomption générale.....	43
2.	Maxime de disposition en tant qu’horizon indépassable	44
3.	Jugement condamnatore à portée constatatoire ?	45
3.1.	En Allemagne.....	46
3.2.	En Suisse.....	47
B.	L’OPINION DISSIDENTE.....	49
1.	Problématique de l’action partielle voilée	50
1.1.	Risques encourus par le demandeur.....	52
1.2.	Autorité de la chose jugée et ses effets sur l’action partielle voilée	53
1.3.	Considération personnelle.....	56
2.	Problématique de la préjudicialité	58
2.1.	Proposition initiale de ZITELMANN	58
2.2.	Paradigme actuel de la doctrine dissidente dominante	59
2.3.	Critique	62
2.4.	Considération personnelle.....	64
CONCLUSION		67

Table des abréviations

al.	alinéa
art.	article
ATC	Arrêt du Tribunal cantonal
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
ber.	<i>berichtigt</i> (amendé)
BGB	Code civil allemand du 18 août 1896 (Bürgerliches Gesetzbuch ; BGBI. I p. 42, ber. p. 2909, ber. 2003 I p. 738)
BGBI.	Feuille fédérale allemande
BGH	<i>Cour fédérale allemande (Bundesgerichtshof)</i>
BGHZ	Arrêt de la Cour fédérale allemande en matière civile (<i>Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</i>)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CF	Conseil fédéral
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
ch.	chiffre
CH:	Suisse (<i>Confoederatio Helvetica</i>); pour le droit suisse
CHF	francs suisses
CO	LF du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations ; RS 220)
consid.	considérant
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
cpr	comparer
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DE:	Allemagne (<i>Deutschland</i>); pour le droit allemand
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
etc.	<i>et caetera</i>
év.	éventuellement
ex.	exemple ; par exemple

FF	Feuille fédérale
GG	Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 (<i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</i> ; BGBl. 1949 p. 1)
GVG	LF allemande du 12 septembre 1950 sur la constitution des tribunaux (<i>Gerichtsverfassungsgesetz</i> ; BGBl. I p. 1077)
<i>i.e.</i>	<i>id est</i> ; c'est-à-dire
<i>i.f.</i>	<i>in fine</i>
<i>i.i.</i>	<i>in initio</i>
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
JB1	<i>Juristische Blätter</i>
JdT	Journal des Tribunaux
LCD	LF du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LF	loi fédérale
lit.	<i>litera</i> ; lettre(s)
LTF	LF du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
n.	numéro(s) (marginiaux)
<i>N.B.</i>	<i>nota bene</i>
nbp.	note(s) de bas de page
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NJW-RR	<i>Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechung-Report</i>
not.	notamment
p.	page(s)
par.	paragraphe
PatG	LF allemande du 5 mai 1936 sur les brevets d'invention (<i>Patentgesetz</i> ; BGBl. 1981 I p. 1)
PJA	Pratique juridique actuelle
resp.	respectivement
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile

s.	suiwant(e)
SJ	Semaine Judiciaire
SO	Soleure (Canton de)
ss	suiwant(e)s
TDP	Traité de droit privé suisse
TF	Tribunal fédéral
VD	Vaud (Canton de)
vol.	volume
x	numéro aléatoire
ZH	Zurich (Canton de)
ZPO	Code de procédure civile allemand du 12 septembre 1950 (<i>Zivilprozessordnung</i> ; BGBI. I p. 3202, ber. 2006 I p. 431, ber. 2007 I p. 1781)
ZZP	<i>Zeitschrift für Zivilprozess</i>

Bibliographie

Mode de citation :

Les publications ci-après mentionnées seront, à moins qu'il n'en soit indiqué autrement, citées par nom de l'auteur, suivi du numéro de page et/ou numéro marginal.

A. Droit suisse

BERTI Stephen, *Gedanken zur Teil[anspruchs]klage nach Art. 84 E ZPO CH*, RSPC 2007, p. 77-86. (cité : BERTI, Gedanken, p. x)

BERTI Stephen, *Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand*, RSPC 2008, p. 193-198. (cité: BERTI, Neue Gedanken, p. x)

BERTI Stephen, *Zur Teilklage nach Art. 86 ZPO der Schweizerischen Zivilprozessordnung (zugleich ein Beitrag zur Lehre der materiellen Rechtskraft)*, in : FELLMANN Walter/WEBER Stephan (édit.), *Haftpflichtprozess 2010*, p. 39-52, Zurich/Bâle/Genève 2010. (cité : BERTI, Beitrag, p. x)

BOHNET François, art. 59, in : BOHNET François/HALDY Jacques/JEANDIN Nicolas/SCHWEIZER Philippe/TAPPY Denis (édit.), *Code de procédure civile commenté*, p. 159-186, Bâle 2011. (cité : BOHNET, art. 59, n. x)

BOHNET François, art. 86, in : BOHNET François/HALDY Jacques/JEANDIN Nicolas/SCHWEIZER Philippe/TAPPY Denis (édit.), *Code de procédure civile commenté*, p. 278-282, Bâle 2011. (cité : BOHNET, art. 86, n. x)

BOPP Lukas/BESSENICH Balthasar, Art. 84, in : SUTTER-SOMM Thomas/HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2^e éd., p. 704-708, Zurich/Bâle/Genève 2013. (cité : BOPP/BESSENICH, art. 84, n. x)

BOPP Lukas/BESSENICH Balthasar, Art. 86, in : SUTTER-SOMM Thomas/HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2^e éd., p.718-722, Zurich/Bâle/Genève 2013. (cité : BOPP/ BESSENICH, art. 86, n. x)

BOPP Lukas/BESSENICH Balthasar, Art. 88, in : SUTTER-SOMM Thomas/HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2^e éd., p. 729-238, Zurich/Bâle/Genève 2013. (cité : BOPP/ BESSENICH, art. 88, n. x)

COURVOISIER Matthias, Art. 86, in : BAKER & MCKENZIE (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, p. 371-373, Berne 2010. (cité : COURVOISIER, art. 86, n. x)

FÜLLEMANN Daniel, Art. 86, in : BRUNNER Alexander/GASSER Dominik/SCHWANDER Ivo (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Kommentar*, p. 532-536, Zurich/Saint-Gall 2011. (cité : FÜLLEMANN, art. 86, n. x)

HAAS Ulrich/SCHLUMPF Michael, *Teilklage und Feststellungswiderklage nach der neuen ZPO*, RSJ 2011, p. 302-309.

HOHL Fabienne, art. 69, in : THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire Romand – Code des obligations I – Art. 1-529 CO*, 2^e éd, p. 632-635, Bâle 2012. (cité : HOHL, art. 69, n. x)

HOHL Fabienne, art. 70, in : THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire Romand – Code des obligations I – Art. 1-529 CO*, 2^e éd., p. 635-638, Bâle 2012. (cité : HOHL, art. 70, n. x)

HOHL Fabienne, *Procédure civile – Introduction et théorie générale*, vol. I, Berne 2001.

KRIECH Markus, Art. 236, in : BRUNNER Alexander/GASSER Dominik/SCHWANDER Ivo (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Kommentar*, p. 1403-1409, Zurich/Saint-Gall 2011. (cité : KRIECH, art. 236, n. x)

LE ROY Yves/SCHOENENBERGER Marie-Bernadette, *Introduction générale au droit suisse*, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2011. (cité : LE ROY, p. x.)

MARKUS Alexander, Art. 84, in : HAUSHEER Heinz/WALTER Hans Peter (édit.), *Berner Kommentar - Schweizerische Zivilprozessordnung*, vol. I, p. 908-911, Berne 2012. (cité : MARKUS, art. 84, n. x)

MEIER Isaak, *Schweizerisches Zivilprozessrecht – eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*, Zurich/Bâle/Genève 2010.

MÜLLER Boris, Art. 59, in : BRUNNER Alexander/GASSER Dominik/SCHWANDER Ivo (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Kommentar*, p. 358-380, Zurich/Saint-Gall 2011. (cité : MÜLLER, art. 59, n. x)

OBERHAMMER Paul, Art. 86, in : SPÜHLER Karl/TENCHIO Luca/INFANGER Dominik (edit.), *Basler Kommentar – Schweizerische Zivilprozessordnung*, p. 503- 507, Bâle 2010. (cité : OBERHAMMER, art. 86, n. x)

OBERHAMMER Paul, *The effect in the European Community of Judgments in Civil and Commercial Matters : Recognition, Res Judicata and Abuse of Process – Switzerland*,

in : British Institute of International and Comparative Law (<http://www.biicl.org/>), JLS/2006/FPC/21-30-CE-00914760055, Londres 2006, p. « http://www.biicl.org/files/3487_switzerland_final_c.pdf ». (cité : OBERHAMMER, report, p. x)

RÜETSCHI Sven, *Vorfragen im schweizerischen Zivilprozess*, in : Etudes de droit de procédure suisse, vol. 12, Zurich/Saint-Gall 2011.

SCHWANDER Daniel, *Die objektive Rechtweite der materiellen Rechtskraft*, Zurich/Bâle/Genève 2002.

SCHWEIZER Philippe, art. 227, in : BOHNET François/HALDY Jacques/JEANDIN Nicolas/SCHWEIZER Philippe/TAPPY Denis (édit.), *Code de procédure civile commenté*, p. 848-855, Bâle 2011. (cité : TAPPY, art. 227, n. x)

STAEHELIN Adrian/STAEHELIN Daniel/GROLIMUND Pascal, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

STEINAUER Paul-Henri, *Le Titre préliminaire du Code civil*, TDP, vol. II/1, Bâle 2008.

SUTTER-SOMM Thomas, *Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Zurich 1998. (cité : SUTTER-SOMM, *Auf dem Weg*, p. x)

SUTTER-SOMM Thomas, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.

SUTTER-SOMM Thomas/VON ARX Gregor, Art. 58, in : SUTTER-SOMM Thomas/HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2^e éd., p. 452-458, Zurich/Bâle/Genève 2013. (cité : SUTTER-SOMM/VON ARX, art. 58, n. x)

TAPPY Denis, art. 224, in : BOHNET François/HALDY Jacques/JEANDIN Nicolas/SCHWEIZER Philippe/TAPPY Denis (édit.), *Code de procédure civile commenté*, p. 848-855, Bâle 2011. (cité : TAPPY, art. 224, n. x)

TERCIER Pierre/FAVRE Pascal, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Zurich 2009.

VON ARX Gregor, *Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess*, in : Basler Studien zur Rechtswissenschaft, vol. 90, Bâle 2007.

ZINGG Simon, Art. 59, in : HAUSHEER Heinz/WALTER Hans Peter (édit.), *Berner Kommentar - Schweizerische Zivilprozessordnung*, vol. I, p. 546-632, Berne 2012. (cité : ZINGG, art. 59, n. x)

ZÜRCHER Alexander, Art. 59, in : SUTTER-SOMM Thomas/Hasenböhler Franz/LEUENBERGER Christoph (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2e éd., p. 461-495, Zurich/Bâle/Genève 2013. (cité : ZÜRCHER, art. 59, n. x)

B. Droit allemand

ADOLPHSEN Jens, *Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Baden-Baden 2012.

BRUNS Alexander, *Der Zivilprozess zwischen Rechtsschutzgewährleistung und Effizienz*, ZZP (2011), p. 29-43.

GOTTWALD Uwe, *ZPO-Lexikon*, Kevelaer 2005.

HEINZE Christian, *The effect in the European Community of Judgments in Civil and Commercial Matters : Recognition, Res Judicata and Abuse of Process – Germany*, in : British Institute of International and Comparative Law (<http://www.biicl.org/>), JLS/2006/FPC/21-30-CE-00914760055, Londres 2006, p. « http://www.biicl.org/files/3482_germany_final_c.pdf ». (cité : HEINZE, report, p. x)

JAUERNIG Othmar, *Teilurteil und Teilklage*, in: CANARIS Claus-Wilhelm/HELDRICH Andreas/HOPT Klaus/SCHMIDT Karsten (édit.), *50 Jahre Bundesgerichtshof : Festgabe aus der Wissenschaft*, vol. 3, p. 311-336, Munich 2000.

JAUERNIG Othmar/HESS Burkhard, *Zivilprozessrecht*, 30^e éd., Munich 2011.

LEIPOLD Dieter, Art. 322, in : STEIN Friedrich/JONAS Martin (édit.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol. 4, 22^e éd., p. 1169-1264 Tubinge 2008. (cité : LEIPOLD, §322, n. x)

LEIPOLD Dieter, *Teilklagen und Rechtskraft*, in: BETTERMANN Karl/LÖWISCH Manfred/OTTO Hansjörg/SCHMID Karsten (édit.), *Festschrift für Albrecht Zeuner*, p. 431-449, Tubinge 1994. (cité : LEIPOLD, p. x)

LÜKE Wolfgang, *Zivilprozessrecht*, 10^e éd., Munich 2011.

MARBURGER Peter, *Rechtskraft und Präklusion bei der Teilklage im Zivilprozess*, in: SCHÖN Wolfgang (édit.), *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, p. 187-200, Köln 1997.

MUSIELAK Hans-Joachim, Art. 322, in: MUSIELAK Hans-Joachim (édit.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 9^e éd., Munich 2012. (cité : MUSIELAK, §322, n. x)

MUSIELAK Hans-Joachim, *Rechtskraftprobleme bei Nachforderungsklagen*, in: GOTTWALD Peter/ROTH Herbert (édit.), *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag*, p. 295-308, Tubinge 2001.

OBERHAMMER Paul, *Wieder einmal: Rechtskraft bei Teilklagen*, in : BORK Reinhard/HOEREN Thomas/ POHLMANN Petra (édit.), *Recht und Risiko – Festschrift für Helmut Kollhossler zum 70. Geburtstag*, vol. 2, p. 501-521, Karlsruhe 2004.

REISCHL Klaus, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozess*, Tubinge 2002.

ROSENBERG Leo/SCHWAB Karl Heinz/GOTTWALD Peter, *Zivilprozessrecht*, 17^e éd., Munich 2010.

ROTH Herbert, *Materielle Rechtskraft und rechtliche Qualifikation*, ZZP 124(2011), p. 3-27.

SAENGER Ingo, Art. 322, in : SAENGER Ingo (édit.), *Zivilprozessordnung – Handkommentar*, 5^e éd., p. 919-935, Baden-Baden 2013. (cité : SAENGER, §322, n. x)

SAENGER Ingo, Art. 325, in : SAENGER Ingo (édit.), *Zivilprozessordnung – Handkommentar*, 5^e éd., p. 949-959, Baden-Baden 2013. (cité : SAENGER, §325, n. x)

SHELLHAMMER Kurt, *Zivilprozess*, 14^e éd., Heidelberg/*et al.* 2012.

SUTSCHET Holger, *Bestimmter Klageantrag und Zwangsvollstreckung*, ZZP 199(2006), p. 279-302.

TERHALLE Dominik, *Die Reichweite der Rechtskraft klageabweisender Urteile*, in : *Schriften zum Zivilprozessrecht*, vol. 26, Hambourg 2011.

c. Droit comparé et autres droits

KULAKSIZ Cengiz, *Die Teilklage im deutschen und türkischen Zivilprozessrecht*, in : *Studien zum europäischen Privat- und Prozessrecht*, vol. 9, Francfort-sur-le-Main 2004.

LANDBRECHT Johannes, *Teil-Sachentscheidungen und Ökonomie der Streitbeilegung : eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Bindungswirkung und Statthaftigkeit gerichtlicher Teilentscheidungen*, in: *Veröffentlichung zum Verfahrensrecht*, vol. 90, Tubinge 2012.

OBERHAMMER Paul, *Objective Grenzen der materiellen Rechtskraft : Bindung und Präklusion*, JBl 2000, p. 205-233. (cité : OBERHAMMER, JDI 2000, p. x)

Introduction

À titre préliminaire, il est nécessaire d'indiquer au lecteur que la présente étude « *L'autorité de la chose jugée de l'action partielle – une approche comparative* » part d'une perspective de droit suisse et que le sujet est suffisamment vaste pour mériter une thèse. En effet, une étude sur l'autorité de la chose jugée et l'action partielle renvoie notamment à diverses réflexions pointues relatives à l'objet du litige ou à la théorie de l'action. De telles réflexions ne pourront ici pas être approfondies, ni même exhaustivement énoncées. La présente étude se contentera donc d'un axe de compréhension générale, aiguillé à la raisonnable discrétion de l'auteur. Dès lors, l'approche comparative avec le droit allemand ou quelque autre droit étranger servira essentiellement à nourrir les réflexions du droit suisse ; le recours à ce premier ordre juridique est ici avant tout un point d'appui aux solutions doctrinales helvétiques¹.

L'objectif de la présente étude est, d'une part, d'offrir au juriste suisse une vision simplifiée, unitaire et élémentairement comparée des régimes légaux de droit allemand et suisse en matière d'action partielle et d'autorité de la chose jugée et, d'autre part, de préciser et de s'immiscer modestement dans la controverse que ces deux institutions corrélées soulèvent pour une partie de la doctrine de ces deux ordres juridiques.

La présente étude se divise donc en deux parties. La première partie (*infra* I.) vise à saisir séparément ce que sont l'action partielle et l'autorité de la chose jugée ; il s'agira de poser le cadre de compréhension de ces deux institutions. La deuxième partie (*infra* II.) vise à corréler ces deux institutions ; il s'agira de comprendre les problématiques et questionnements qui se posent au confluent de l'autorité de la chose jugée et de l'action partielle.

¹ Gardons à l'esprit que le juge suisse peut, en vertu de l'article 1(3) CC et lorsqu'il est conduit à trouver une solution au litige qui lui est soumis, exceptionnellement être amené à élargir sa vision en « se livrant à une approche de droit comparé » (STEINHAUER, n. 442), quand bien même le devoir judiciaire de s'inspirer des solutions consacrées par la doctrine se limite en principe à celles se fondant sur le droit positif suisse.

I. Action partielle et autorité de la chose jugée

Ce premier titre vise à offrir une compréhension d'ensemble des deux institutions juridiques soumises à l'étude : d'une part, l'action partielle (*infra* A.) et, d'autre part, l'autorité de la chose jugée (*infra* B.).

A. L'action partielle

L'action partielle (*Teilklage*) est une institution admise sans réserve sur le principe tant en droit allemand qu'en droit suisse². Ces deux ordres juridiques approchent l'institution de l'action partielle d'une manière assez voisine : la conception dogmatique comme le régime d'application ne présentent pas de différence notable. Ce partant, l'auteur offrira une ligne générale applicable à l'action partielle allemande et suisse, sans toutefois omettre de soulever quelques particularités dogmatiques ou relatives au régime d'application que présente chacun des deux ordres juridiques. À cet effet, nous commencerons par survoler la notion et le fondement de l'action partielle (*infra* 1.). Puis, nous distinguerons les différents types d'action partielle développés par la doctrine (*infra* 2.). Nous verrons ensuite à quelle condition l'action partielle peut être admise (*infra* 3.). Après quoi, nous tâcherons de déterminer quels peuvent être les intérêts pratiques à ne faire valoir en justice qu'une partie de sa créance (*infra* 4.). Enfin, l'auteur proposera à l'attention des juristes suisses un bref excursus sur l'adéquation de la demande reconventionnelle en tant que moyen de riposte pour le défendeur aux prises avec une action partielle (*infra* 5.).

1. Notion et fondement

Pour l'essentiel, l'action partielle suisse et allemande poursuivent le même but et partent de la même notion : l'action partielle consacre le droit de réclamer en justice une partie d'une prétention globale, positive et divisible, sans préjudice du droit de

² CH: LANDBRECHT, p. 279. DE: SCHELLHAMMER, n. 142 ; GOTTWALD, p. 768, n. 1.

faire valoir ultérieurement le montant restant ; il s'agit d'une sous-catégorie d'action en prestation positive³.

En droit de procédure suisse, la loi consacre explicitement cette institution à l'article 86 CPC sous la note marginale « action partielle ». Néanmoins, l'énoncé de la norme demeure lapidaire : l'article 86 CPC ne fait état de l'admissibilité de l'action partielle que sur le principe et se contente d'énoncer la divisibilité de la prétention matérielle comme unique condition de l'action⁴.

L'action partielle allemande est, quant à elle, un pur produit de la pratique⁵. Cela est si vrai qu'une partie de la doctrine allemande considère même que l'action partielle découle du droit coutumier⁶. Cependant, malgré l'absence de consécration légale, la jurisprudence allemande reconnaît implicitement le droit à l'action partielle dans ses décisions rendues en la matière - sans jamais pourtant en rendre formellement compte⁷.

La terminologie légale d'« action partielle » prête à confusion, en ce sens que l'action *eo ipso* - de même que la décision et la procédure s'y afférant⁸ - demeure pleinement entière. Il serait ainsi plus exact, comme le soulève BERTI⁹, de parler d'« action en prétention partielle », voire d'« action en créance partialisée »¹⁰, en ce sens que c'est la prétention matérielle - ce qui fonde l'action sur le plan du droit matériel, et non la prétention procédurale qu'incarne l'action - qui est portée partiellement en justice.

Droit de procédure et droit de fond ne sauraient vivre l'un sans l'autre : l'Allemagne et la Suisse connaissent tous deux un pendant de droit matériel à l'institution

³ SUTTER-SOMM, n. 544. L'action en exécution positive est une action condamnatoire qui vise à obliger quelqu'un à faire quelque chose (ex. payer une certaine somme d'argent).

⁴ Pour le détail, cf. *infra* 3.1.

⁵ LANDBRECHT, p. 279.

⁶ cf. KULAKSIZ, p. 10.

⁷ cf. KULAKSIZ, p. 7 s.

⁸ cpr COURVOISIER, art. 86, n. 6.

⁹ *ibid.*, Beitrag, p. 41 ; *ibid.*, Gedanken, p. 78.

¹⁰ Au surplus, cf. proposition terminologique proposée à titre introductif *infra* II.

procédurale de l'action partielle¹¹. En effet, comme l'illustrent les articles 433(2) et 631(1) BGB ou 69 CO, le droit de fond fédéral allemand et suisse consacrent expressément le droit d'exiger une partie seulement de la créance¹².

Une partie de la doctrine allemande considère que l'institution de l'action partielle est admise en vertu de l'article 264 ZPO, disposition selon de laquelle le demandeur est en droit d'élargir ses conclusions (*Rechtsantrag*) sans qu'il y ait lieu de considérer sa demande comme étant modifiée¹³. Cette conception ne saurait en revanche s'étendre au droit suisse lequel connaît le principe de mutabilité restreinte du litige en vertu duquel l'élargissement des prétentions n'est pas possible sans modification de la demande¹⁴.

Chose certaine cependant, en droit suisse comme en droit allemand, l'action partielle prend source dans la maxime de disposition¹⁵ et tend à favoriser le principe de l'économie de procédure¹⁶.

1.1. Principe de disposition

Le principe de disposition, ou maxime de disposition (*Dispositionsmaxime*), représente le pendant procédural de l'autonomie privée¹⁷. Il est consacré aux articles 308(1) ZPO et 58(1) CPC. En vertu de la maxime de disposition, les parties décident de l'objet du litige sur lequel le juge est tenu de statuer¹⁸. Ce partant, le juge n'est pas en droit d'accorder plus, ni autre chose que ce que les prétentions formulées dans les

¹¹ ATF 4A_519/2012 du 30 avril 2013, consid. 4 ; ATF 4A_194/2012 du 20 juillet 2012, consid. 1.3.

¹² HOHL, art. 69, n. 1 et 6.

¹³ cf. KULAKSIZ, p. 9 ; cpr GOTTWALD, p. 769, n. 9.

¹⁴ Pour une meilleure compréhension du principe de mutabilité restreinte, cf. SCHWEIZER, art. 227, n. 1 ss.

¹⁵ **CH:** FF 2006 6841, p. 6900 ; OBERHAMMER, art. 86, n. 1 ; BOHNET, art. 86, n. 4 ; BERTI, Beitrag, p. 42 ; COURVOISIER, art. 86, n. 1 *i.f.* ; FÜLLEMANN, art. 86, n. 1. **DE:** ADOLPHSEN, p. 255, n. 34 ; cf. KULAKSIZ, p. 8 s.

¹⁶ **CH:** cpr *infra* 4.2. **DE:** ADOLPHSEN, p. 109, n. 28.

¹⁷ **CH:** SUTTER-SOMM/VON ARX, art. 58, n. 6. **DE:** LÜKE, n. 6 *i.f.*

¹⁸ **CH:** SUTTER-SOMM/VON ARX, art. 58, n. 6 ; HOHL, art. 69, n. 8. **DE:** SCHELLHAMMER, n. 34 et 740 ; SAENGER, §308, n. 1. Pour l'objet du litige en général, cf. *infra* B.5.2.

conclusions de la demande¹⁹, ni moins que ce qui a été reconnu par le défendeur. En ce sens, l'article 86 CPC n'aurait en vérité qu'une portée clarificatrice et déclarative²⁰.

En cas d'action condamnatoire chiffrée se constituant d'une prétention pécuniaire (*bezahlte Zahlungsklage*)²¹, le demandeur est ainsi en droit de ne réclamer en justice qu'une partie du montant total qui lui est dû (*i.e.* de soulever une action partielle). Le montant ainsi formulé dans les conclusions de la demande représente la valeur litigieuse dont l'importance sera examinée *infra* 4.1. En restreignant la valeur du litige à la partie qu'il souhaite faire valoir, le demandeur limite ainsi l'objet du litige à la partie sur laquelle il souhaite obtenir un jugement²². Les motifs qui poussent le demandeur à ne réclamer qu'une partie de sa prétention seront exposés *infra* 4.2.

1.2. Principe de l'économie de procédure

Le principe de l'économie de procédure (*Gebot der Prozessökonomie*) exige que les ressources judiciaires soient utilisées avec parcimonie. Il découle des principes généraux de la procédure civile. Ce principe s'oppose à ce que la procédure ou les saisines fassent traîner le litige en longueur²³ ou que des frais inutiles soient générés.

En principe, l'action partielle tend à favoriser un règlement plus rapide et moins onéreux des contentieux (*cf. infra* 4.).

¹⁹ CH: 58(1) CPC. DE: SCHELLHAMMER, n. 34 ; SAENGER, §308, n. 2.

²⁰ BOHNET, art. 86, n. 4 ; COURVOISIER, art. 86, n. 2 *if.*

²¹ L'ensemble de la présente étude partira de cette hypothèse. Bien qu'il existe d'autres prétentions fongibles et divisibles ou qu'une action en constatation de droit puisse également contenir une prétention divisible, l'action condamnatoire en paiement d'une dette d'argent (*Zahlungsklage*) compose en pratique le cas d'application le plus fréquent de l'action partielle (*cf.* GOTTWALD, p. 768, n. 2.). En conséquence, cette prétention procédurale servira de référence tout au long de la présente étude. Pour mieux comprendre ce choix, *cf. infra* 3.1. et aussi *infra* 2.2.

²² BOHNET, art. 86, n. 10.

²³ LE ROY, p. 338.

2. Typologie

En Suisse et en Allemagne, la doctrine a pris soin de distinguer différents types d'action partielle. Les dichotomies présentées ci-dessous sont notamment susceptibles de jouer un rôle important dans la compréhension de l'étendue objective de l'autorité de la chose jugée de la décision rendue à la suite d'une action partielle²⁴.

2.1. Action partielle voilée et dévoilée

En Suisse et en Allemagne, la doctrine²⁵ distingue deux types d'action partielle selon que la première action laisse ou non entendre, pour le juge et la partie adverse, la possibilité de faire valoir ultérieurement le montant restant de la prétention globale :

- a) L'**action partielle voilée** (*verdeckte Teilklage*) est celle qui ne donne pas son nom. La demande ne laisse pas entendre, ou du moins ne formule pas avec suffisamment de clarté, la perspective d'une ou de nouvelles actions ultérieures qui viendraient à compléter la première partie de la prétention actionnée²⁶. L'intention du demandeur de diviser sa prétention matérielle ne se déduit pas de ses allégations.
- b) L'**action partielle dévoilée** (*offene Teilklage*) est celle qui s'assume pour ce qu'elle est. La demande réserve²⁷ ainsi expressément ou implicitement - de manière reconnaissable pour le tribunal et le défendeur - la possibilité de faire valoir dans un procès ultérieur le montant restant qui viendrait compléter la partie déjà actionnée de la prétention²⁸.

Certains avis de la doctrine estiment que cette catégorisation dichotomique importe pour déterminer la limite objective de l'autorité de la chose jugée de l'action partielle. Cette problématique sera détaillée *infra* II.B.1.

²⁴ Pour la question de la limite objective de l'autorité de la chose jugée, *cf. infra* B.5. Pour le rapport de friction entre autorité de la chose jugée et action partielle, *cf. infra* II.

²⁵ **CH:** BOHNET, art. 86, n. 14 ; OBERHAMMER, art. 86, n. 2 et 5-7. **DE:** TERHALLE, p. 213 ; JAUERNIG/HESS, p. 250, n. 10 ss. ; ADOLPHSEN, p. 255, n. 35-37 ; GOTTWALD, p. 768, n. 6 ; REISCHL, p. 261.

²⁶ *cf.* BGH NJW 1994, 3165, p. 3166.

²⁷ On peut ici parler de « réserve en faveur des prétentions futures » ou « *Nachforderungsvorbehalt* ».

²⁸ *cf.* BGH NJW 1997, 3019, p. 3020.

2.2. Action partielle improprement dite et proprement dite

La doctrine suisse²⁹ distingue deux sortes d'action partielle en fonction de l'unicité de la cause :

- a) **L'action partielle improprement dite** (*unechte Teilklage*) : le demandeur fait valoir séparément des prétentions similaires émanant d'un fondement juridique similaire, mais dont la cause est distincte (ex. en raison de l'exigibilité). En pratique, c'est souvent le cas des obligations périodiques découlant d'un contrat de durée. Par exemple, se basant sur un contrat de travail ou de bail, le travailleur ou le bailleur pourra limiter sa prétention à un segment temporel déterminé (ex. salaires ou loyers de février à juillet) sans pour autant exclure la possibilité de faire valoir ultérieurement d'autres prétentions mensuelles qui découleraient du même contrat ; chaque segment temporel s'identifie ici en fonction des obligations spécifiques auxquelles sont tenues les parties chaque mois (loyer ou salaire contre mise à disposition d'une chose ou d'une force de travail).
- b) **L'action partielle proprement dite** (*echte Teilklage*) : le demandeur fait valoir plusieurs parties d'une créance unitaire dont le fondement juridique et factuel est commun et insécable. Par exemple, se basant sur un contrat de vente, le vendeur-demandeur pourra faire valoir en deux temps et deux montants le prix de vente global d'un immeuble dont la valeur d'échange convenue était de CHF 1'000'000 ; la première action pourrait se confiner à un premier montant de CHF 100'000, sans perte de la prérogative de faire valoir le montant restant de CHF 900'000 lors d'une seconde action. L'action partielle proprement dite ne se distingue d'une action sur le montant global qu'à raison de la quantité ou de la hauteur du montant actionné³⁰ ; elle est abstraitement individualisée³¹.

En raison de l'identité apparente des causes et des prétentions matérielles, on peut se demander comment s'articule l'autorité de la chose jugée d'une décision rendue à la suite d'une action partielle proprement dite. En effet, si la capacité à soulever une

²⁹ BOPP/BESSENICH, art. 86, n. 3-5 ; SUTTER-SOMM, n. 548 ; OBERHAMMER, art. 86, n. 2-4 ; FÜLLEMANN, art. 86, n. 3 ; COURVOISIER, art. 86, n. 1 ; BOHNET, art. 86, n. 1 et 7-9 ; HOHL, n. 257.

³⁰ BOPP/BESSENICH, art. 86, n. 4.

³¹ cf. OBERHAMMER, p. 510 s. et 520.

seconde action était exclue en raison de l'identité des prétentions, l'autorité de la chose jugée viderait apparemment de son sens l'institution de l'action partielle. Nous verrons ce qu'il en est effectivement, d'une part, en examinant de plus près l'autorité de la chose jugée et son étendue (*cf. infra* B.) et, d'autre part, en nous penchant plus particulièrement sur le rapport de tension singulier que semble entretenir l'action partielle proprement dite et l'autorité de la chose jugée (*cf. infra* II.).

En revanche, l'action partielle improprement dite n'est quant à elle pas d'un grand intérêt dans la présente étude, en cela que les prétentions revendiquées sont d'ores et déjà distinctes de par leur cause³². En cela, l'autorité de la chose jugée ne pose pas de problème singulier³³. Nous irons ici jusqu'à considérer que l'action partielle improprement dite ne devrait finalement pas être « dite » mais simplement déconsidérée dans sa qualité d'action partielle. Cette conception prévaut par exemple en doctrine turque³⁴. Par la même, nous suivrons également la conception de BERTI³⁵ et LEIPOLD³⁶ selon laquelle ne sont pas à considérer du point de vue de l'action partielle les cas où de multiples postes de dommage distincts dont la cause est unitaire peuvent faire l'objet d'un cumul d'action objectif.

Ceci posé, le lecteur est averti que la présente étude alignera essentiellement sa perspective et terminologie sur l'action partielle proprement dite au sens entendu plus haut.

2.3. Action partielle déterminée et indéterminée

La doctrine³⁷ distingue ici l'action partielle selon que la partie de la prétention actionnée trouve ou non dans sa cause un pendant quantitatif concret :

- a) L'**action partielle déterminée** ou « action partielle quantitativement concrète » (*individualiserte Teilklage*) a un fondement sécable dans le fait. Pour l'illustration,

³² cpr BOPP/BESSENICH, art. 86, n. 10, SUTTER-SOMM, n. 548, SCHWANDER, p. 128 et HOHL, art. 69 n. 3.

³³ OBERHAMMER, art. 86, n. 3.

³⁴ *cf.* KULAKSIZ, p. 3.

³⁵ *ibid.*, Beitrag, p. 43.

³⁶ *ibid.*, p. 434.

³⁷ **CH:** BOHNET, art. 86, n. 8. **DE:** KULAKSIZ, p. 13 s. ; LANDBRECHT, p. 62 s.

si le prix du loyer mensuel (CHF 4'000) d'un appartement fait l'objet d'une action partielle, le montant invoqué pourra trouver une contrepartie délimitable et individualisable (*abgrenzbar und unterscheidbar*) dans les jours dus. Le bailleur-demandeur qui limiterait sa prétention au montant de CHF 2'000 pour le loyer du mois de juin réclamerait ainsi l'équivalent (concret) du 1^e au 15^e jour de ce mois³⁸.

- b) L'**action partielle indéterminée** ou « action partielle quantitativement abstraite » (*nicht-individualisierte Teilklage*) n'a pas de fondement sécable dans le fait. Pour l'illustration, en cas de vente d'un tableau de maître du 17^e siècle (ex. « La ronde de nuit » de REMBRANDT), l'objet de la vente ne peut pas raisonnablement être fragmenté ; la partie du prix que le demandeur ferait valoir ne trouvera donc pas d'équivalent concret dans la contrepartie. La partie de la somme sur laquelle porte l'action partielle est donc quantitativement abstraite³⁹.

Certains auteurs estiment que cette dichotomie est importante en matière action partielle proprement dite⁴⁰. Nous ne suivrons toutefois pas cette opinion. Seule devrait compter la sécabilité des causes⁴¹. Nous lui préférons donc la distinction énoncée *supra* 2.2. La vulgarisation dogmatique de la doctrine (not. allemande) laisse d'ailleurs parfois penser que ces deux typologies se confondent. Dans tous les cas, l'analogie est certaine, et nous assimilerons tout au long de la présente étude l'action partielle quantitativement concrète à l'action partielle improprement dite, et l'action partielle quantitativement abstraite à l'action partielle proprement dite.

³⁸ KULAKSIZ, p. 13.

³⁹ cpr OBERHAMMER, p. 502, nbp. 3.

⁴⁰ cpr BOHNET, art. 86, n. 8 et 15.

⁴¹ Pour l'illustration, prenons l'exemple d'un contrat de vente d'un lot de 200 voitures et d'un acheteur qui ne réclame, par le biais de l'action partielle, que les 50 premières voitures. Si les voitures sont strictement substituables (*i.e.* identiques) et que le lot lui-même représente l'objet (*i.e. essentialia negotii*) du contrat de vente, alors la créance (prétention matérielle) est divisée de façon abstraite et la demande s'apparente à une action partielle proprement dite. À l'inverse, si les prétentions matérielles sont effectivement distinctes (ex. chaque voiture est individualisée d'un point de vue obligationnel) ou que le complexe de faits a évolué (ex. le contrat initial a été modifié), la demande s'apparente alors à une action partielle improprement dite ou, simplement, à une nouvelle action « ordinaire ». Que le contenu de la prétention matérielle soit concrètement déterminée ou non, cela ne change rien à l'unité de la prétention matérielle *eo ipso*. Par conséquent, la distinction entre action partielle quantitativement abstraite et action partielle quantitativement concrète ne paraît pas pertinente pour distinguer les prétentions procédurales et resp. l'étendue de l'autorité de la chose jugée de la décision rendue à leur suite. Pour le surplus, *cf. infra* B.5.

3. Conditions de validité

Au sens du régime juridique actuel, l'action partielle est exemptée de conditions de recevabilité qui lui soient propres⁴². En cela, elle ne représente pas un « type » d'action *stricto sensu* comme l'est par exemple l'action condamnatoire ou l'action formatrice : l'action partielle constitue bien moins un type spécifique de prétention procédurale qu'elle ne contient une prétention matérielle⁴³ partialisée.

La divisibilité de la créance, seule condition de l'action partielle⁴⁴, ne représente pas une condition formelle : si la prétention matérielle actionnée n'était pas divisible, la demande est mal fondée⁴⁵ mais recevable. En somme, l'exigence de divisibilité de la prétention se mesure uniquement à l'aune du droit matériel⁴⁶. C'est ce qui sera énoncé *infra* 3.1. Néanmoins, l'action partielle connaît tout de même une limite propre dans le cadre procédural : le droit à l'action partielle ne peut s'exercer que dans la limite générale de l'abus de droit (*cf. infra* 3.2.).

3.1. Divisibilité de la prétention matérielle

Une prestation (prétention matérielle) est réputée divisible « par nature »⁴⁷ lorsqu'elle peut être exécutée en plusieurs parties sans que la prétention globale ne subisse une perte de valeur ni ne change de nature⁴⁸. On parle ainsi d'une divisibilité quantitative⁴⁹ : les prétentions matérielles divisibles par nature se composent principalement de créances de genre dont la plus usuelle est la créance pécuniaire⁵⁰.

⁴² COURVOISIER, art. 86, n. 2.

⁴³ Pour la distinction entre prétention procédurale et prétention matérielle, *cf.* B.5.1.

⁴⁴ **CH:** cpr CPC 86. **DE:** GOTTWALD, p. 768, n. 2.

⁴⁵ BOHNET, art. 86, n. 5.

⁴⁶ COURVOISIER, art. 86, n. 2.

⁴⁷ HOLH, art. 69, n. 2.

⁴⁸ HOLH, art. 70, n. 3.

⁴⁹ BERTI, Beitrag, p. 41 s.

⁵⁰ **CH:** FÜLLEMANN, art. 86, n. 1. **DE:** GOTTWALD, p. 768, n. 2.

A l'exception des parts de propriété⁵¹, une prétention sur un corps certain est en principe indivisible. De même, sont également indivisibles le transfert de possession, ainsi que les prétentions portant sur un résultat⁵² (ex. édification d'ouvrage, réparation d'une chose, etc.). Il va sans dire que seules les prétentions positives peuvent être divisées : on ne saurait rendre partielle une obligation de tolérer ou de s'abstenir⁵³. Pour le surplus, les parties sont en droit d'exclure conventionnellement la possibilité de diviser la créance⁵⁴.

La division de la prétention implique que la partie actionnée en justice soit individualisée⁵⁵ dans la demande et intégralement exigible⁵⁶. L'action partielle ne peut ainsi pas porter sur une prétention en paiement non chiffrée⁵⁷, notamment au sens des articles 85(1) CPC ou 254 ZPO. En effet, le montant de la prétention partielle est à déterminer de manière à ce qu'une valeur litigieuse puisse être établie et que le reste de la prétention puisse être distingué à la faveur d'un éventuel nouveau procès.

À toutes fins utiles, notons que la prescription de la créance ne s'interrompt que pour la partie divisée qui fait l'objet d'une action en justice⁵⁸.

3.2. Limite de l'abus de droit

Le droit à l'action partielle connaît naturellement la menace de l'abus de droit⁵⁹ au sens de l'article 2(2) CC⁶⁰ ou de l'article 242 BGB⁶¹. La jurisprudence fédérale

⁵¹ cpr SCHELLHAMMER, n. 142.

⁵² HOLH, art. 70, n. 3.

⁵³ cpr SUTTER-SOMM, n. 524, 527 et 544.

⁵⁴ cf. CO 70 ; BOHNET, art. 86, n. 2.

⁵⁵ FÜLLEMANN, art. 86, n. 7 ; MEIER, p. 220 ; BERTI, Gedanken, p. 78.

⁵⁶ BERTI, Beitrag, p. 42.

⁵⁷ **CH**: COURVOISIER, art. 86, n. 1. **DE**: KULAKSIZ, p. 65 s.

⁵⁸ **CH**: ATF 2C_110/2008 du 3 avril 2009, consid. 8.3 ; MEIER, p. 221 ; FÜLLEMANN, art. 86, n. 8 *if.* **DE**: GOTTWALD, p. 770, n. 12.

⁵⁹ FÜLLEMANN, art. 86, n. 2 ; MEIER, p. 220 ; ATF 4A_104/2011 du 27 septembre 2011, consid. 3.2 ; ATF 2C_110/2008 du 3 avril 2009, consid. 6 et 8.4.

⁶⁰ cf. STEINAUER, n. 508. *N.B.* BOPP/BESSENICH font découler l'abus de droit de l'article 52 CPC (cf. BOPP/BESSENICH, art. 86, n. 7). Or, cette disposition ne fait que rappeler les participants à la procédure aux

helvétique retient notamment que « les cas typiques d'abus de droit sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution contraire à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement et l'attitude contradictoire »⁶².

Le « saucissonnage » de la prétention globale doit être frappé de l'abus de droit⁶³. Ainsi, la jurisprudence helvétique a décrété que l'introduction successive et imprévisible de plusieurs actions partielles découlant d'un même fondement juridique est « propre à surcharger inutilement les instances judiciaires »⁶⁴. Dans l'arrêt en question, le demandeur usait répétitivement de l'action partielle improprement dite pour bénéficier de la gratuité de la procédure civile en matière de litige du droit du travail. Un tel exercice du droit à l'action partielle n'est pas admissible puisqu'il s'apparente à « l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but »⁶⁵. Par ailleurs, on voit mal en quoi, dans un tel cas, l'institution de l'action partielle continuerait à contribuer au principe de l'économie de procédure. Au surplus, la jurisprudence suisse retient également que l'action partielle est généralement illicite lorsqu'elle vise à « éluder les règles sur la compétence et à porter préjudice au défendeur »⁶⁶.

La limite imposée par l'article 2(2) CC doit être comprise dans un sens très étroit puisque l'abus dans l'exercice du droit se doit d'être manifeste⁶⁷. En ce sens, nous contestons ici la conception de certains auteurs⁶⁸ selon laquelle le fait de soulever

règles de la bonne foi et fait uniquement office de pendant procédural aux articles 2(1) CC et 29 s. Cst. Pourtant, c'est bien sur la base de l'article 2(2) CC que le juge est en droit de frapper d'illicéité l'exercice manifestement abusif d'un droit.

⁶¹ SCHELLHAMMER, n. 142 *if.*

⁶² ATF 135 III 162, consid. 3.3.1 ; ATF 134 III 52, consid. 2.1.

⁶³ **CH:** *cf.* ATF 4A_104/2011 du 27 septembre 2011, consid. 3.4 ; *cpr* SUTTER-SOMM, n. 546. **DE:** SCHELLHAMMER, n. 142 *if.*

⁶⁴ ATF 4A_104/2011 du 27 septembre 2011, consid. 3.4.

⁶⁵ ATF 4A_104/2011 du 27 septembre 2011, consid. 3.4 ; *cpr* aussi ATC SO du 30 mai 1984. *N.B.* En vérité, le cas d'espèce s'apparente à une fraude à la loi plutôt qu'à un abus de droit, *cpr* STEINAUER, n. 476.

⁶⁶ ATC VD du 27 novembre 2005 (JdT 2008 III 99), consid. 5a ; HOHL, art. 69, n. 8.

⁶⁷ STEINAUER, n. 478 et 572.

⁶⁸ *cf.* BOHNET, art. 86, n. 11 et HOFMANN David/LÜSCHER Christian, *Le Code de procédure civile*, Berne 2009, p. 39.

l'action partielle à des fins exclusivement procédurales serait *eo ipso* passible de l'abus de droit : d'une part, un intérêt de simple agrément peut suffire à exercer un droit sans que l'abus manifeste ne soit retenu⁶⁹ ; d'autre part, le bénéfice d'une procédure accélérée et moins onéreuse fait office de *ratio legis* à l'institution mentionnée à l'article 86 CPC⁷⁰.

4. Intérêts pratiques

Le profane pourrait se demander quel intérêt a le demandeur à ne faire valoir qu'une partie de sa prétention plutôt que d'en réclamer directement l'intégralité. Pour comprendre les avantages que procure l'action partielle, il faut tout d'abord comprendre le rôle que joue la valeur litigieuse sur le déroulement de la procédure (*infra* 4.1.). Ceci posé, nous serons alors capable de saisir en quoi l'exercice de l'action partielle peut avantager le demandeur (*infra* 4.2.).

4.1. Rôle de la valeur litigieuse sur le déroulement de la procédure

Comme on pouvait le comprendre *supra* 1.1., la demande fixe la valeur litigieuse⁷¹. L'action partielle - corollaire de la maxime de disposition - permet ainsi de restreindre la valeur litigieuse actionnée, quand bien même la prétention matérielle globale serait plus étendue.

La valeur litigieuse en tant qu'objet du litige (*Streitgegenstand*) se détermine à l'identique en droit allemand et en droit suisse, soit dans les conclusions (*Klageantrag*) de la demande. Néanmoins, le droit de procédure allemand distingue trois types de valeur litigieuse qui ne coïncident pas toujours avec l'objet du litige⁷² :

- a) La **valeur litigieuse dite de compétence** (*Zuständigkeitsstreitwert*) ; elle détermine la compétence du tribunal à raison de la matière. En cas d'action condamnatoire chiffrée en paiement d'une créance pécuniaire (*bezahlte*

⁶⁹ STEINAUER, n. 572.

⁷⁰ BERTI, Beitrag, p. 42 ; BOPP/BESSENICH, art. 86, n. 7 ; FÜLLEMANN, art. 86, n. 2.

⁷¹ **CH**: CPC 91(1). **DE**: cpr BGH 124, 313 ; GOTTWALD, p. 768, n. 7.

⁷² cpr SCHELLHAMMER, n. 788.

Zahlungsklage), la valeur litigieuse dite de compétence se confond toujours avec la valeur litigieuse telle que définie dans la demande⁷³.

- b) La **valeur litigieuse dite de recours** (*Rechtsmittelstreitwert* ou *Wert des Beschwerdegegenstandes*) ; elle détermine la valeur litigieuse devant l'instance d'appel ou de recours. Une particularité doit retenir notre attention : la valeur litigieuse dite de recours se détermine généralement au regard du dispositif de la décision attaquée, soit en fonction de la différence entre ce que le demandeur voulait et ce qu'il a obtenu, soit en fonction de la charge qu'a subie le défendeur succombant⁷⁴. C'est l'intérêt économique à la modification de la décision qui établira la valeur litigieuse du recours⁷⁵, et non, comme c'est le cas en Suisse, les conclusions formulées dans le mémoire de recours. La valeur litigieuse dite de recours n'est toutefois pas sans lien avec la maxime de disposition et l'institution de l'action partielle, en cela que la demande introductive définit l'objet du litige devant la première instance, dessinant ainsi le contour de la première décision attaquée⁷⁶.
- c) La **valeur litigieuse dite des frais** (*Gebührenstreitwert*) ; elle détermine la valeur litigieuse qui servira généralement de base à l'établissement des frais de procédure et des dépens. Dès lors que la valeur litigieuse dite de recours ou dite de compétence a été établie, la valeur litigieuse dite des frais s'y confond en principe⁷⁷.

De par la loi, le montant de la valeur litigieuse peut avoir plusieurs conséquences sur le déroulement de la procédure :

En premier lieu, la valeur litigieuse définit en principe la **compétence matérielle** du tribunal ; ce que le droit allemand qualifie de « *Zuständigkeitsstreitwert* »⁷⁸. En Suisse, conformément à l'article 4 CPC, le droit cantonal est libre d'instituer les voies de droit en fonction de la valeur litigieuse ; il se peut en outre que le droit fédéral

⁷³ SCHELLHAMMER, n. 1413 ; GOTTWALD, p. 738, n. 3.

⁷⁴ GOTTWALD, p. 744 s., n. 36.

⁷⁵ SCHELLHAMMER, n. 974.

⁷⁶ Pour la corrélation entre objet du litige et objet du jugement, *cf.* not. *infra* B.3.

⁷⁷ SCHELLHAMMER, n. 800.

⁷⁸ *cpr* GOTTWALD, p. 738, n. 1.

définisse directement la compétence matérielle en fonction de la valeur litigieuse, comme c'est par exemple le cas pour les litiges découlant de la LCD⁷⁹. En Allemagne, la loi fédérale détermine également parfois la compétence matérielle des tribunaux en fonction de la valeur litigieuse, comme l'illustrent notamment les articles 71(1) et (2), ainsi que 23(1) GVG⁸⁰.

En principe, les **frais de procédure et les dépens** s'établissent également en fonction de la valeur litigieuse⁸¹. En droit suisse, une faible valeur litigieuse peut, selon la nature de l'affaire⁸², aller jusqu'à affranchir les parties des frais de la procédure. Les dépens dépendent, quant à eux, des tarifs fixés par le droit cantonal⁸³. En Allemagne, la valeur litigieuse dite des frais coïncidant généralement avec le contenu de la demande, le principe est le même : la valeur litigieuse est incontournable dans l'établissement des frais de procédure et des dépens⁸⁴.

En droit suisse, la valeur litigieuse joue en outre un rôle déterminant dans le choix du **type de procédure** et, le cas échéant, du **mode d'établissement des faits**. Ainsi par exemple, d'une part, les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000 sont soumises à la procédure simplifiée et, d'autre part, certains litiges dits de « procès civil social » soumettent la procédure à la maxime inquisitoire sociale⁸⁵. C'est aussi indirectement le cas en Allemagne. En effet, le « type » de procédure et le mode d'établissement des faits varient souvent en fonction de la compétence *rationae materiae*⁸⁶.

Finalement, en droit allemand comme en droit suisse, les **voies de recours** contre la décision peuvent aussi se restreindre en fonction du montant de la valeur du litige. Par exemple, l'article 308(2) CPC exige en principe une valeur litigieuse d'un minimum

⁷⁹ CPC 5(1)(d).

⁸⁰ GOTTWALD, p. 739, n. 4 s.

⁸¹ cpr BOPP/BESSENICH, art. 86, n. 6 et MEIER, p. 221.

⁸² cpr CPC 113(2), CPC 114 et SUTTER-SOMM, n. 545.

⁸³ CPC 96.

⁸⁴ SCHELLHAMMER, n. 800 ; GOTTWALD, p. 742, n. 21 s.

⁸⁵ CPC 247(2)(b).

⁸⁶ cpr ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 604, n.8 et p. 606, n. 18 ss.

de CHF 10'000 pour que s'ouvre la voie de l'appel dans les affaires patrimoniales. De même, un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral exige, sauf exception, une valeur litigieuse minimale⁸⁷. Comme l'illustre par exemple l'article 511 ZPO, le principe est le même en droit allemand.

4.2. Intérêts de l'action partielle dans la pratique

Au vu de ce qui a été énoncé *supra* 4.1., l'exercice du droit à l'action partielle peut avoir divers motifs dès lors qu'il permet d'influencer la valeur litigieuse. En usant judicieusement de son droit à l'action partielle, le demandeur pourra notamment⁸⁸ :

- a) aménager et **réduire ses dépenses**, en abaissant les coûts relatifs à la procédure ;
- b) **faciliter un règlement transactionnel** du litige en cas de victoire lors du procès portant sur la première partie de la prétention⁸⁹ ;
- c) obtenir plus **rapidement une décision exécutoire** sur une part de la prétention en argent (ou autres biens fongibles) dont le besoin serait immédiat ;
- d) ouvrir un « **procès-pilote** » à frais réduits⁹⁰ s'il y a incertitude sur les chances de succès de l'affaire ;
- e) **renforcer la position du juge** en faisant appliquer la maxime inquisitoire dans le cas d'un procès civil social ; ou
- f) éviter de tirer le litige en longueur **en restreignant les voies de recours** contre la décision.

⁸⁷ LTF 74(1) : valeur litigieuse minimale de CHF 15'000 pour les affaires de droit du travail ou du bail à loyer et d'un minimum de CHF 30'000 pour les autres. Pour les exceptions, *cf.* LTF 74(2).

⁸⁸ **CH:** cpr ex. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 227, n. 37, FÜLLEMANN, art. 86, n. 2, BOHNET, art. 86, n. 6, BERTI, Beitrag, p. 42, BOPP/BESSENICH, art. 86, n. 6, COURVOISIER, art. 86, n. 3, MEIER, p. 221, HOHL, art. 69, n. 7 et HOHL, n. 258. **DE:** cpr ex. SCHELLHAMMER, n. 142, TERHALLE, p. 213 *i.i.* et GOTTWALD, p. 769, n. 7 ss.

⁸⁹ Au-delà de la réduction des frais, de la complexité et de la durée de la procédure, une décision sur une partie de la prétention ouvre en principe la voie du règlement transactionnel sur le reste (*cf.* LÜKE, p. 332, n. 360). La première décision sur action partielle peut inciter les parties à trouver une solution extrajudiciaire ou consensuelle pour régler leur différend, sans qu'une nouvelle décision soit requise. Ce cas de figure incarne parfaitement en quoi l'action partielle est apte à s'inscrire favorablement dans le principe de l'économie de procédure.

⁹⁰ La partie succombante doit en principe assumer la totalité des frais de procédure (*cf.* CPC 106 et ZPO 91). Une action partielle permet ainsi de minimiser les pertes financières en cas de succombance dans l'hypothèse où la valeur litigieuse restreinte ou l'administration facilitée des preuves ont permis de bénéficier d'une procédure moins onéreuse.

Au-delà de la stricte valeur litigieuse, l'action partielle peut servir d'instrument pour **faciliter les exigences de preuve**⁹¹. En effet, la ségrégation procédurale de la prétention permet au créancier-demandeur de limiter son action à la partie de la prétention qu'il est en mesure de prouver dans l'immédiat. L'action partielle offre notamment la possibilité de bénéficier, pour la partie actionnée de la prétention, d'une procédure sommaire, rapide et peu onéreuse, aux conditions dudit « cas clair »⁹² de l'article 257 CPC.

5. Demande reconventionnelle en constatation négative de droit⁹³

En principe, le défendeur est en droit d'opposer à l'action partielle une demande reconventionnelle en constatation de l'inexistence de la prétention globale⁹⁴. Bien qu'il soit *prima vista* possible de contrer directement l'action partielle par ce biais, le Conseil fédéral rappelle que la demande reconventionnelle ne se conçoit qu'aux conditions ordinaires contenues dans l'article 224 CPC⁹⁵. Si le défendeur peut éventuellement échapper par ce biais à la compétence matérielle du tribunal saisi par le demandeur⁹⁶ ou prévenir la restriction des voies de recours, il ne lui est en revanche pas possible ni d'infléchir ni de s'affranchir du type de procédure⁹⁷. Ainsi, si c'est la procédure simplifiée qui fut introduite par la demande initiale, le défendeur n'aura en principe pas le droit d'y opposer dans sa réponse une demande reconventionnelle en

⁹¹ BOPP/BESSENICH, art. 86, n. 6 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 198, n. 37 ; COURVOISIER, art. 86, n. 3 *if.* ; LANDBRECHT, p. 279.

⁹² FF 2006 6841, p. 6900 ; cpr GAILLARD Louis, *Quelques institutions juridiques nouvelles*, in : FOËX Bénédicte/JEANDIN Nicolas (édit.), *Le Code de procédure civile - Aspects choisis*, p. 153-167, Zurich 2011, p. 163 s.

⁹³ Ce chapitre s'adresse aux juristes suisses désireux de comprendre la problématique de l'action partielle suisse de manière plus générale.

⁹⁴ FF 2006 6841, p. 6900 ; BOPP/BESSENICH, art. 86, n. 8.

⁹⁵ FF 2006 6841, p. 6900. *N.B.* Le renvoi de la FF 2006 à l'article 221 CPC était relatif au projet. Dans le texte finalisé et actuellement en vigueur, la demande reconventionnelle est réglée à l'article 224 CPC.

⁹⁶ *cf.* CPC 224(2).

⁹⁷ *cf.* CPC 224(1) ; cpr STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 227, n. 38, FÜLLEMANN, art. 86, n. 5, BOHNET, art. 86, n. 4, TAPPY, art. 224, n. 13 et HOHL, art. 69, n. 8.

constatation négative de droit pour faire constater un montant qui dépasserait le seuil légal des CHF 30'000⁹⁸.

Au vu de ce qui précède, la demande reconventionnelle en constatation négative de droit n'apparaît pas comme un moyen de riposte apte à offrir pleine satisfaction au défendeur pris sous le coup d'une action partielle. C'est pourquoi une partie de la doctrine⁹⁹ souhaiterait voir, dans la mesure où la procédure est introduite par action partielle, la demande (reconventionnelle) en constatation négative de droit s'écarter du régime ordinaire.

Néanmoins, le défendeur n'est pas dépourvu de tout avantage lorsqu'il souhaite opposer à l'action partielle une demande reconventionnelle : la jurisprudence a reconnu, en ce qui concerne l'intérêt à la constatation qu'exige toute action en constatation de droit au sens de l'article 88 CPC, que l'opposition à l'action partielle suffit *eo ipso* à démontrer un intérêt suffisant pour que soit soulevée une demande reconventionnelle en constatation négative de droit¹⁰⁰.

B. L'autorité de la chose jugée

En principe, un procès civil se clôt par un jugement, la décision du juge pour trancher le litige qui lui a été soumis¹⁰¹. Le profane pourrait se demander à quoi sert la décision d'un juge si un autre peut le contredire ultérieurement. « *Ne bis in idem* », répondent les Romains¹⁰². Toute nouvelle action, dispute, instruction de preuve, allégation ou

⁹⁸ cf. CPC 243(1).

⁹⁹ cpr ex. MEIER, p. 213 et FÜLLEMANN, art. 86, n. 6. Au surplus et pour le détail, cf. RSJ 2011, 302-309.

¹⁰⁰ ATF 5C.252/2006 du 1^{er} mai 2007, consid. 5.1 en lien avec ATF 42 II 696 (JdT 1917 I 322), consid. 4. Les motifs de cette solution semblent néanmoins contredire le régime actuel de l'action partielle. En effet, l'arrêt de 1917 sur lequel s'appuie le TF pour justifier sa position partait de l'idée qu'une décision admettant la partie actionnée de la prétention revenait à reconnaître le fondement de la prétention dans sa totalité (prétention globale). Or, une telle approche n'est pas en phase avec le régime actuel de l'autorité de la chose jugée de l'action partielle (cf. *infra* II.A.2.).

¹⁰¹ LE ROY, p. 359.

¹⁰² L'autorité de la chose jugée est en réalité une question bien plus ancienne, cf. ex. SZLECHTER Emile, L'autorité de la chose jugée en droit babylonien, in : VOLTERRA Edoardo (édit.), Études offertes à Jean Macqueron, p. 613-627, Aix-en-Provence 1970.

décision contredisant une même affaire déjà jugée est interdite¹⁰³. En effet, en droit allemand comme en droit suisse, une même affaire ne peut être portée plus d'une fois à la connaissance des tribunaux (*Wiederholungsverbot*). Les principes généraux du droit et du procès civil doivent être sauvegardés en prévenant notamment la survenance de jugements contradictoires (*Verbot widersprüchlicher Wiederholung*)¹⁰⁴. L'autorité de la chose jugée (*materielle Rechtskraft*; *res iudicata* matérielle) intervient à cet effet en figeant le contenu de la décision pour l'avenir¹⁰⁵.

En raison de la proximité entre le droit allemand et le droit suisse en matière d'autorité de la chose jugée, le présent chapitre tâchera de les concilier dans une ligne commune, en prenant toutefois, pour l'essentiel, l'axe du droit suisse. Nous commencerons par un exposé sommaire du fondement légal et dogmatique de l'autorité de la chose jugée (*infra* 1.). Puis, nous verrons à quelle condition la *res iudicata* matérielle se déploie (*infra* 2.). Nous examinerons ensuite quels effets et conséquences emporte un jugement ayant autorité de la chose jugée (*infra* 3.). Finalement, l'auteur répondra à la question de savoir ce qu'est une « même affaire » en délimitant, dans un premier temps, l'étendue de l'autorité de la chose jugée de manière générale (*infra* 4.) et, dans un second temps, en examinant en particulier sa limite objective (*infra* 5.). En effet, la limite objective représente le véritable point de friction potentiel entre autorité de la chose jugée et action partielle (*cf. infra* II.).

1. Fondement et fonction

Depuis la codification fédérale du droit de procédure suisse, il n'est point à douter que l'autorité de la chose jugée soit de droit fédéral¹⁰⁶. Toutefois, sa notion et ses contours sont laissés au soin du labour doctrinal et de la pratique jurisprudentielle¹⁰⁷. Il n'en va pas de même en droit allemand.

¹⁰³ cpr SCHELLHAMMER, n. 835.

¹⁰⁴ **CH:** BERTI, Gedanken, p. 81. **DE:** LÜKE, n. 351. Pour le reste, *cf. infra* 1.

¹⁰⁵ *cf.* ADOLPHSEN, p. 249, n. 7. *N.B.* L'autorité de la chose jugée est une notion qui ne se comprend qu'au travers de ses effets (*cf. infra* 3.) et de son contenu (*cf. infra* 5.).

¹⁰⁶ FF 2006 6841, p. 6849, nbp. 1.

¹⁰⁷ FF 2006 6841, p. 6953 ; ATF 139 III 126, consid. 3.

En Allemagne, le législateur fédéral a pris soin d'inscrire l'étendue de l'autorité de la chose jugée dans la loi. Ainsi, l'article 322(1) ZPO délimite le contenu objectif de la *res iudicata* matérielle en ordonnant que l'objet du jugement se limite aux prétentions procédurales des parties¹⁰⁸. C'est principalement autour de cette norme - volonté du législateur oblige - que se cristallisent les réflexions de la doctrine allemande.

L'autorité de la chose jugée se fonde sur les principes généraux du droit et du procès civil¹⁰⁹. La *res iudicata* matérielle participe donc de la concrétisation effective des droits subjectifs et de la garantie du droit objectif¹¹⁰ ; elle a notamment pour fonction de garantir la sécurité du droit¹¹¹, de préserver la paix et la stabilité sociale¹¹², de matérialiser les règles de la bonne foi (not. la prévisibilité pour les justiciables) et de l'égalité de traitement, ainsi que d'accompagner le principe de l'économie de procédure¹¹³.

2. Conditions de déploiement

Le déploiement des effets de l'autorité de chose jugée tient en réalité d'une seule condition : une décision du juge civil est entrée en force¹¹⁴. Cependant, toute décision n'est pas susceptible d'entrer en force¹¹⁵ et la force de la chose jugée ne se confond pas avec l'autorité de la chose jugée¹¹⁶. Ce partant, il s'agit de comprendre, d'une part, ce qu'est la force de chose jugée (*infra* 2.1.) et de déterminer, d'autre part, quelles décisions sont susceptibles de tomber sous son joug (*infra* 2.2.).

¹⁰⁸ « Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. », cf. GOTTWALD, p. 647, n. 12.

¹⁰⁹ cpr ATF 136 III 345 (SJ 2010 I 529), consid. 2.1 ; cpr ATF 95 II 639, p. 643.

¹¹⁰ **CH:** STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 2, n. 4. **DE:** TERHALLE, p. 20 ss.

¹¹¹ ATF 127 III 496, consid. 3 ; SUMM-SUTTER, n. 512 ; ZINGG, art. 59, n. 95.

¹¹² LÜKE, n. 351 ; JAUERNIG/HESS, p. 245, n. 1 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 869, n. 1 ; HEINZE, report, p. 20.

¹¹³ GOTTWALD, p. 648, n. 15.

¹¹⁴ KRIECH, art. 236, n. 24 ; BOHNET, art. 59, n. 105 ; LE ROY, p. 359 ; OBERHAMMER, report, p. 10 ; cpr BERTI, Gedanken, p. 83 ; SCHWANDER, p. 3. *N.B.* Lorsqu'une décision entre en force, cela signifie qu'elle acquiert force de chose jugée.

¹¹⁵ HOHL, n. 1293.

¹¹⁶ cpr ZINGG, art. 59, n. 97.

2.1. Force de la chose jugée

La force de la chose jugée (*formelle Rechtskraft* ; *res iudicatae* formelle) incarne l'immutabilité du jugement et représente le moment auquel la solution judiciaire tranchant le litige devient inconditionnel et définitif¹¹⁷. Quoique distinctes, *res iudicatae* formelle et matérielle demeurent indissociables : l'immutabilité du jugement (*res iudicata* formelle) représente la condition immédiate du déploiement de l'autorité de la chose jugée (*res iudicata* matérielle)¹¹⁸.

En règle générale, un jugement entre en force dès l'instant où il devient inattaquable par voie de recours ordinaire¹¹⁹. En Suisse, la voie de recours ordinaire est l'appel, en ce sens que la force de la chose jugée de la décision appelée est soumise *ipso iure* à l'effet suspensif¹²⁰. En Allemagne, l'article 705 ZPO part pour l'essentiel de la même idée¹²¹.

À toutes fins utiles, relevons que la force de la chose jugée suisse n'emporte pas nécessairement le caractère exécutoire de la décision¹²².

¹¹⁷ cf. KRIECH, art. 236, n. 21. *N.B.* Malgré la formulation malheureuse francophone de « décision entrée en force » (ex. CPC 59(2)(e)), le caractère définitif et inconditionnel de la décision est également une condition suisse de l'autorité de la chose jugée.

¹¹⁸ **CH:** STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 464, n. 9 ; SUTTER-SOMM, n. 522 ; ZINGG, art. 59, n. 97 ; OBERHAMMER, report, p. 9 s. **DE:** SAENGER, §322, n. 6 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 872, n. 1 ; LEIPOLD, §322, n. 49 ; ADOLPHSEN, p. 249, n. 6 ; HEINZE, report, p. 11 ; GOTTWALD, p. 647, n. 11 et 14.

¹¹⁹ **CH:** STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 461, n. 1 ; SUTTER-SOMM, n. 513 ; KREICH, art. 236, n. 20 ; OBERHAMMER, report, p. 9. **DE:** GOTTWALD, p. 647, n. 14. Pour déterminer les moments exacts auxquels le jugement est susceptible d'entrer en force, cf. KRIECH, art. 236, n. 21 et cf. SCHELLHAMMER, n. 834.

¹²⁰ cpr CPC 315(1) ; FF 2006 6841, p. 6981 ; SUTTER-SOMM, n. 513.

¹²¹ cpr ADOLPHSEN, p. 249, n. 3.

¹²² FF 2006 6841, p. 6985 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 462, n. 3 ; SUTTER-SOMM, n. 519.

2.2. Décision susceptible d'entrer en force¹²³

En droit de procédure civile, seule la décision du juge civil finale et sans appel est capable d'entrer en force¹²⁴. Il est indifférent que le jugement entré en force conclue au rejet ou à l'admission de la prétention¹²⁵ ou encore qu'il soit constatatoire, condamnatore ou formateur¹²⁶.

Tant un jugement au fond (*Sachentscheid*) qu'une décision procédurale (*Prozessentscheid*) peuvent, sous condition d'immutabilité, s'imprégner de l'autorité de la chose jugée¹²⁷. En effet, une décision finale peut indifféremment porter sur le bien-fondé ou sur les conditions de recevabilité de l'affaire¹²⁸.

La justesse ou l'inexactitude de la solution jugée n'a aucune influence sur la chose jugée et son autorité¹²⁹ : *res iudicata pro veritate habetur*¹³⁰ ; la sécurité du droit se doit de primer. La validité formelle est néanmoins exigée : un jugement nul (*Nichturteil*) est sans effet¹³¹.

Il est intéressant de noter que, contrairement au droit allemand qui ne saurait concevoir un « jugement consensuel »¹³², le droit suisse assimile à des jugements

¹²³ Les types particuliers de décision, dont la *res iudicata* matérielle est relative ou intraprocédurale (ex. mesures provisionnelles, décision incidente, etc.), seront ici omis puisqu'ils ne servent pas notre propos.

¹²⁴ cpr ADOLPHSEN, p. 252, n. 15.

¹²⁵ GOTTWALD, p. 648, n. 18.

¹²⁶ HEINZE, report, p. 15 ; cf. GOTTWALD, p. 648, n. 18.

¹²⁷ **DE**: cpr BGH NJW 1993, 3205 ; SCHELLHAMMER, n. 836 ; SAENGER, §322, n. 6 ; LÜKE, n. 355 ; LEIPOLD, §322, n. 126 et 134 ; cf. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 873, n. 4 ; HEINZE, report, p. 15. **CH**: Controversé. *Pro*: ATF 115 II 189 (JdT 1989 I 586), consid. 3a-b ; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, p. 465, n. 10 ; ZINGG, art. 59, n. 101 et 107 ; SUTTER-SOMM, n. 518 ; BERTI, Gedanken, p. 83 ; MEIER, p. 240. *Contra*: cf. ATF 4A_533/2012 du 06 février 2013, consid. 2.2 ; MÜLLER, art. 59, n. 41 ; HOHL, n. 1301 et 1317 ss.

¹²⁸ **CH**: cpr CPC 236(1). **DE**: SAENGER, §322, n. 12 et 16.

¹²⁹ **CH**: ZINGG, art. 59, n. 98 ; LE ROY, p. 360. **DE**: SCHELLHAMMER, n. 843 ; SAENGER, §322, n. 1 *i.f.* ; TERHALLE, p. 55-57.

¹³⁰ « La chose jugée doit être tenue pour vérité. »

¹³¹ **CH**: ZINGG, art. 59, n. 98 ; OBERHAMMER, report, p. 8. **DE**: HEINZE, report, p. 12.

¹³² cpr NJW 1958, 1970, p. 1971, SAENGER, §322, n. 7 *i.f.*, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 872, n. 17 et HEINZE, report, p. 17.

suisse entrés en force (*Urteilsurrogate*) la transaction judiciaire, le désistement d'action, l'acquiescement ou encore l'accord de médiation ratifié¹³³. Ce partant, l'existence en Suisse d'une *res iudicata* matérielle n'est pas nécessairement conditionnée par un jugement *stricto sensu*. Toutefois, par souci de concentration et de simplicité, nous ne considérerons tout au long de la présente étude que l'autorité de la chose jugée lorsqu'elle émane d'une décision judiciaire.

3. Effets

Un jugement ayant autorité de la chose jugée emporte plusieurs effets et conséquences. Nous suivrons ci-après, conformément à la proposition formulée par OBERHAMMER¹³⁴, une systématisation en trois effets, transposable aussi bien au droit allemand qu'au droit suisse. Nous verrons ce que sont l'effet privatif (*infra* 3.1.), l'effet préjudiciel (*infra* 3.2.), l'effet de forclusion¹³⁵ (*infra* 3.3.) et leurs conséquences respectives.

3.1. Effet privatif

L'effet négatif ou « **effet privatif** » (*Ausschlusswirkung*) prive les parties du précédent procès de la possibilité d'ouvrir une nouvelle procédure sur des prétentions identiques ou antinomiques à celles qui ont déjà résulté sur une chose jugée¹³⁶. L'antinomie des prétentions procédurales (*kontradiktorisches Gegenteil*) entre en jeu lorsque la prétention secondement actionnée, sans être identique à la première, est susceptible de renverser le résultat judiciaire du premier procès¹³⁷.

¹³³ cpr CPC 208(2), CPC 217 et 241(2) ; MEIER, p. 240 ; OBERHAMMER, report, p. 10.

¹³⁴ cf. *idib.*, report, p. 14.

¹³⁵ *Caveat* : OBERHAMMER appartient sur ce point à la doctrine minoritaire. En cela, malgré l'apparence assurée du propos, il faut avertir le lecteur que la situation est loin d'être claire en matière d'effet de forclusion. En Allemagne, certains auteurs ne le distinguent pas de l'effet préjudiciel ou considère même la notion comme superflue (cf. SCHELLHAMMER, n. 878.). En Suisse, l'effet de forclusion n'est tout simplement pas encore clairement identifié (cf. OBERHAMMER, report, p. 14 s.). En conséquence, le sous-chapitre consacrée à l'effet de forclusion (cf. *infra* 3.3.) esquisse et extrapole davantage qu'il ne constate.

¹³⁶ **CH**: KRIECH, art. 236, n. 28 ; MEIER, p. 244. **DE**: LÜKE, n. 352 et 360 ; GOTTWALD, p. 649, n. 24 s.

¹³⁷ **CH**: cpr ATF 139 III 126, consid. 3.2.3 *i.f.* et ATF 123 III 16 (JdT 1999 I 99), consid. 2a. **DE**: cpr BGH NJW 2003, 3059 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 881, n. 5.

L'identité (ou antimonie) des prétentions ne se comprend qu'en corrélation avec le fondement de la prétention ; l'identité concerne aussi bien la prétention procédurale au sens strict que leur cause¹³⁸ : on parle ainsi d'identité des causes et des prétentions¹³⁹. Ainsi par exemple, l'admission d'une action condamnatoire prive les parties de la possibilité d'introduire par la suite une action en constatation négative de droit dont la cause serait identique.

Alors que l'identité des parties renvoie à la limite subjective de l'autorité de la chose jugée (*cf. infra* 4), l'identité des causes et prétentions ne se comprend qu'à la lumière de la limite objective de l'autorité de la chose jugée (*cf. infra* 5.).

Conséquence

Au regard de l'effet privatif, l'autorité de la chose jugée est une condition procédurale négative (*negative Prozessvoraussetzung*)¹⁴⁰. Si elle est remplie, les parties sont déchues du droit d'ouvrir une nouvelle procédure contentieuse. L'autorité de la chose jugée emporte donc irrecevabilité de la demande dès lors que l'objet litigieux introduit est déjà chose jugée pour les protagonistes¹⁴¹.

L'irrecevabilité s'examine d'office et en tout temps de la procédure¹⁴². Le défendeur est néanmoins en droit de solliciter l'attention du juge par le biais de l'*exceptio rei iudicatae*¹⁴³. La décision d'irrecevabilité peut être motivée par l'absence d'intérêt

¹³⁸ **CH:** ZINGG, art. 59, n. 71 et 81 s. **DE:** ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 880, n. 2.

¹³⁹ Une telle conception renvoie à la notion de l'objet du litige, *cf. infra* 5.2. Pour le détail sur l'identité des causes et des prétentions, *cf. infra* 5.3.2 et 5.3.3.

¹⁴⁰ **CH:** ATF 121 III 474 (JdT 1996 I 230), consid. 2 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 471, n. 20 ; MEIER, p. 239 et 244 ; SCHWANDER, p. 7. **DE:** LÜKE, n. 160 ; ADOLPHSEN, p. 250 s., n. 12 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 871, n. 10 ; HEINZE, report, p. 29.

¹⁴¹ **CH:** ATF 121 III 474 (JdT 1996 I 230), consid. 4a. **DE:** cpr BGH NJW 1989, 2133.

¹⁴² **CH:** CPC 60 ; ATF 139 III 126, consid. 3 ; ATF 112 II 268 (JdT 1987 I 241), consid. 1a ; FF 2006 6841, p. 6890 ; KRIECH, art. 236, n. 28 ; BERTI, Neue Gedanken, p. 196. **DE:** BGHZ 93, 287, p. 289 ; SAENGER, §322, n. 12 ; LÜKE, n. 353 ; LEIPOLD, §322, n. 211 ; ADOLPHSEN, p. 250 s., n. 12 ; HEINZE, report, p. 24.

¹⁴³ cpr HOHL, n. 1322.

juridique digne de protection¹⁴⁴ ou, en droit suisse, directement en vertu de l'autorité de la chose jugée du jugement précédent¹⁴⁵.

3.2. Effet préjudiciel

L'effet positif, aussi appelé force obligatoire (*Bindungswirkung*) ou **effet préjudiciel** (*Präjudizialitätswirkung*), lie, en règle générale, tout tribunal ou organe étatique¹⁴⁶ aux conclusions du juge qui ont été rendues à titre principal¹⁴⁷. Le caractère principal ou secondaire (*i.e.* préjudiciel) de la question se mesure en principe à l'aune de l'objet du litige du premier procès¹⁴⁸ ; une détermination au seul regard du dispositif de jugement est insuffisante¹⁴⁹. L'effet préjudiciel se déploie lorsque la solution précédemment retenue à titre principal représente la réponse d'une question préjudicielle incontournable dans le procès en cours¹⁵⁰. Il doit donc y avoir pour le second procès une dépendance juridique envers le premier¹⁵¹, laquelle se mesure à l'aune de la relation de droit matériel entre les conséquences juridiques (*Rechtsfolgen*)¹⁵². Ce partant, ce sont avant tout les jugements constatatoires qui, en droit suisse, sont susceptibles d'agir par effet préjudiciel¹⁵³.

Conséquence

Pour peu que la cause reste inchangée, les conséquences et constatations juridiques contenues dans les conclusions judiciaires rendues à titre principal font foi pour l'avenir, sans qu'il soit possible de les altérer ou réexaminer.

¹⁴⁴ CPC 59(2)(a) ; ATF 105 II 149 (JdT 1980 I 177), consid. 3.

¹⁴⁵ CPC 59(2)(e) ; ATF 139 III 126, consid. 3.

¹⁴⁶ cpr ADOLPSEN, p. 250, n. 10, SAENGER, §322, n. 18 s. et ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 871 s., n. 15 et 19. *N.B.* En Allemagne et en Suisse, on considère que la force obligatoire s'impose également aux parties eux-mêmes. Cette conception est pourtant essentiellement théorique puisque, en fin de compte, la mise au pas d'un destinataire récalcitrant passe par le biais de la force publique.

¹⁴⁷ **CH:** cpr ATF 139 III 126, consid. 3.1, ATF 4A_209/2007 du 5 septembre 2007, consid. 2.2.2, ATF 121 III 474 (JdT 1996 I 230), consid. 4a et ATF 116 II 738, consid. 3. **DE:** OBERHAMMER, p. 507.

¹⁴⁸ RÜETSCHI, n. 56 ss.

¹⁴⁹ RÜETSCHI, n. 55.

¹⁵⁰ SCHELLHAMMER, n. 842.

¹⁵¹ SCHELLHAMMER, n. 873 et n. 880.

¹⁵² « [Präjudizialität] hängt von den materiellrechtlichen Zusammenhängen der Rechtsfolgen ab. », LANDBRECHT, p. 46.

¹⁵³ LANDBRECHT, p. 269.

Si le nouveau procès est constitué d'un objet de litige différent mais se compose d'éléments auxquels un jugement précédent a donné autorité de chose jugée, le nouveau juge doit retenir la solution rendue sur ces éléments lorsque ceux-ci répondent à une question préjudicielle nécessaire à la résolution du cas d'espèce¹⁵⁴. Pour l'illustration, si la qualité de propriétaire sur une voiture a été arrêtée dans un jugement en constatation de droit précédemment entré en force, ladite constatation s'impose comme solution préjudicielle pour le second juge qui serait en charge de se prononcer sur une action en revendication dont la chose revendiquée est ladite voiture¹⁵⁵.

Contrairement à l'effet privatif, l'effet préjudiciel ne représente pas une condition procédurale négative et n'entraîne donc en principe pas l'irrecevabilité de la demande¹⁵⁶.

3.3. Effet de forclusion

L'effet de forclusion (*Präklusionswirkung*) ou « **effet forclusif** » de l'autorité de la chose représente l'incrustation du principe de la forclusion (*Eventualmaxime* ; *Konzentrationsgrundsatz*) dans une décision entrée en force (*Präklusion durch Rechtskraft*)¹⁵⁷.

L'effet forclusif prive les parties de leur capacité à soulever pour l'avenir des allégations de fait (*Tatsachenvorbringen* ; *Tatsachenbehauptungen*) qui ont été ou auraient dû être invoquées en juste temps durant le premier procès¹⁵⁸. Il est indifférent que les parties aient eu connaissance de l'existence de ces moyens ou leur fondement

¹⁵⁴ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 871, n. 15.

¹⁵⁵ cpr ADOLPHSEN, p. 251, n. 14 ; cf. GOTTWALD, p. 650, n. 27.

¹⁵⁶ ADOLPHSEN, p. 251, n. 13.

¹⁵⁷ cpr ATF 139 III 126, consid. 3.1 et ATF 116 II 738, consid. 2b. *Caveat* : cf. OBERHAMMER, p. 515, ndp. 53.

¹⁵⁸ **CH**: cpr ATF 139 III 126, consid. 3.1, ATF 5A_438/2007 du 20 novembre 2007, consid. 2.2.1, ATF 116 II 738, consid. 2a et ATF 115 II 187 (JdT 1989 I 586), consid. 3b. **DE**: LÜKE, n. 367 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 885, n. 5.

probatoire¹⁵⁹. Le moment de forclusion des faits correspond à la limite temporelle de l'autorité de la chose jugée¹⁶⁰. Notons que si un fait futur était déjà à prévoir avant les délais de forclusion, il s'insère également dans la chose jugée¹⁶¹.

La forclusion soutient la préjudicialité du jugement et agit en prolongation de l'effet préjudiciel¹⁶² : elle ne s'étend qu'aux faits de la cause en connexité « naturelle » (*natürliche Betrachtungsweise*) avec la prétention procédurale sur laquelle un jugement a statué avec autorité de chose jugée¹⁶³.

L'étendue des moyens forclos est incertaine : les moyens forclos peuvent correspondre, d'une part, à ce qui est nécessaire pour que la partie triomphante obtienne effectivement gain de cause¹⁶⁴ et/ou, d'autre part, à l'état de fait objectivement pertinent de l'objet du litige arrêté selon les règles des *novas*¹⁶⁵. Dans cette deuxième hypothèse, l'ensemble des moyens d'attaque du demandeur seraient à forclure¹⁶⁶. Toutefois, si une telle solution devait véritablement être retenue, l'institution de l'action partielle¹⁶⁷ se viderait de son sens puisque le demandeur, même en cas de succès à l'issue du premier procès, risquerait de perdre ses moyens d'attaque pour le second. En ce sens, il semble plus judicieux de suivre la première hypothèse notamment défendue par OBERHAMMER.

¹⁵⁹ **CH:** ATF 139 III 126, consid. 3.1 ; ATF 115 II 187 (JdT 1989 I 586), consid. 3b ; ZINGG, art. 59, n. 90. **DE:** LÜKE, n. 367 ; SAENGER, §322, n. 29 ; JAUERNIG/HESS, p. 248, n. 22 *if.* Pour l'importance de la connaissance par les parties, *cf.* LEIPOLD, §322, n. 230.

¹⁶⁰ *cf. infra* 4.

¹⁶¹ **CH:** ZINGG, art. 59, n. 92. **DE:** SAENGER, §322, n. 29.

¹⁶² LANDBRECHT, p. 43. *N.B.* En droit suisse, l'effet forclusif semble adhérer aussi bien à l'effet négatif qu'à l'effet positif ; sa nature exacte est donc plus difficile à cerner (*cf.* OBERHAMMER, report, p. 14 s.).

¹⁶³ **CH:** cpr BOHNET, art. 59, n. 126, BERTI, Neue Gedanken, p. 196 s. et SCHWANDER, p. 152 s. **DE:** LEIPOLD, §322, n. 228 ; cpr LÜKE, n. 367.

¹⁶⁴ cpr OBERHAMMER, p. 515 ss et JAUERNIG/HESS, p. 248, n. 22. *N.B.* Le succès doit pouvoir notamment s'exporter dans une procédure d'exécution forcée, cpr ZPO 767(2).

¹⁶⁵ **CH:** ZINGG, art. 59, n. 88 *if.* ; cpr LANDBRECHT, p. 268. **DE:** cpr ZPO 767(2).

¹⁶⁶ ZINGG, art. 59, n. 88. *N.B.* Le demandeur triomphant n'en a en principe plus besoin.

¹⁶⁷ *cf. not. supra* I.A.1.

La proposition d'OBERHAMMER en droit allemand et autrichien (Excursus)¹⁶⁸

L'effet de forclusion devrait empêcher que des allégations ne viennent, dans les procédures ultérieures, contrecarrer la conséquence juridique protégée et prononcée avec force obligatoire dans le jugement¹⁶⁹. Contrairement à l'effet préjudiciel, l'effet forclusif ne renverrait pas à la dépendance juridique entre solution rendue à titre principal et solution rendue à titre préjudiciel, mais concernerait la relation entre les buts de protection juridique (*Rechtsschutzziele*) des deux procès sur le plan procédural¹⁷⁰. Ce partant, l'étendue de l'effet forclusif se détermine *in concreto* plutôt que *in abstracto*¹⁷¹.

L'étendue de la forclusion se comprendrait au cas par cas et d'après la succombance¹⁷² ; sa détermination exigerait un « *Werturteil* »¹⁷³ :

- a) Si le juge conclut à l'**octroi** de la prétention actionnée, la forclusion s'étendrait à l'ensemble des moyens que le défendeur-débiteur aurait dû soulever pour contrecarrer sur le fond la prétention adverse du cas d'espèce ; il s'agit d'assurer que le demandeur-créancier obtienne effectivement et inconditionnellement son dû.
- b) En revanche, si le juge conclut au **rejet** de la prétention actionnée, la forclusion s'étendrait à tous les moyens que le demandeur aurait dû concrètement soulever pour défier sa succombance et soutenir sa prétention sur le fond ; il s'agit de garantir que le défendeur ne soit plus inquiété.

OBERHAMMER donne au « charme »¹⁷⁴ de la forclusion une tournure tout à fait séduisante puisque sa proposition procure au principe de la forclusion une authentique dimension post-procédurale en l'insérant singulièrement dans l'institution de l'autorité de la chose jugée. Néanmoins, le droit positif ne saurait, en Allemagne et en Suisse, nous laisser embrasser cette proposition sans réserve puisque la nature et la

¹⁶⁸ *ibid.*, p. 515 ss ; *ibid.*, JDI 205 ss.

¹⁶⁹ OBERHAMMER, p. 515.

¹⁷⁰ OBERHAMMER, p. 515 s ; cpr OBERHAMMER, JDI 2000, p. 6.

¹⁷¹ OBERHAMMER, JDI 2000, p. 21 ; cf. aussi BERTI, *Neue Gedanken*, p. 198.

¹⁷² OBERHAMMER, p. 517.

¹⁷³ « Jugement de valeur », cpr BERTI, *Neue Gedanken*, p. 198.

¹⁷⁴ cf. *ibid.*, art. 86, n.1.

singularité de l'effet de forclusion n'ont pas été fermement arrêtées dans ces deux ordres juridiques¹⁷⁵. En ce sens, la présente étude s'abstiendra, notamment en rapport avec l'autorité de la chose jugée de l'action partielle, d'approfondir le propos.

Conséquence

Par l'effet forclusif, les parties sont déchues pour l'avenir des moyens d'attaque et de défense qu'ils auraient pu et dû faire valoir en juste temps lors du précédent procès¹⁷⁶. Le juge subséquent n'est pas lié à l'état de fait jugé¹⁷⁷ et est en droit de l'apprécier différemment, notamment dans l'hypothèse où des *novas* proprement dits viennent à renouveler l'entière de la cause. Cependant, le juge ne pourra pas admettre que les parties disposent à nouveau des faits forclos et se devra de disqualifier les allégations soulevées en ce sens. En cela, l'effet forclusif procure aux constatations factuelles et juridiques du premier procès une « autorité de la chose jugée relative »¹⁷⁸. On peut ainsi dire qu'il fige et cristallise l'état de fait constituant la cause du litige¹⁷⁹.

L'appréciation des faits et moyens forclos exigent un examen au fond¹⁸⁰ : l'effet forclusif concerne le bien-fondé de l'action et non sa recevabilité formelle¹⁸¹.

4. Délimitation générale

L'autorité de la chose jugée se délimite tridimensionnellement¹⁸² :

La *res iudicata* matérielle connaît d'abord une **limite objective** (*in eadem res*) : l'autorité de la chose jugée ne porte en principe que sur l'objet du litige (*Streitgegenstand*) sur lequel le juge a rendu une décision. En raison de sa complexité

¹⁷⁵ cpr *supra* 3. ndp. 135.

¹⁷⁶ **CH:** cpr ATF 139 III 126, consid. 3.1. **DE:** cpr LÜKE, n. 367 et ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 885, n. 5.

¹⁷⁷ Pour la notion, cf. *infra* 3.3.3.

¹⁷⁸ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 886, n. 6 ; cpr LANDBRECHT, p 41 s..

¹⁷⁹ cf. *infra* 5.3.3.

¹⁸⁰ **CH:** cf. ATF 116 II 738, consid. 2b. **DE:** cf. SAENGER, §322, n. 29 s. ; MUSIELAK, §322, n. 12 ; LEIPOLD, §322, n. 254. Le cœur de la forclusion consiste en la non-considération des allégations de fait forclos (cf. GOTTWALD, p. 564, n. 2)

¹⁸¹ JAUERNIG/HESS, p. 248, n. 22.

¹⁸² cpr SCHELLHAMMER, n. 838 et JAUERNIG/HESS, p. 249, n. 1.

et du rapport de tension singulier qu'elle entretient avec l'action partielle, nous examinerons de plus près le contenu objectif de l'autorité de la chose jugée *infra* 5.

La *res iudicata* matérielle connaît également une **limite subjective** (*inter easdem partes*): les effets du jugement ne s'étendent en principe qu'aux parties, indépendamment de leur rôle, directement impliquées dans le premier procès¹⁸³. Cette limite souffre de quelques exceptions : d'une part, les successeurs en droit à titre universel ou à titre particulier peuvent se voir, indépendamment de leur participation effective au procès, opposer les effets de l'autorité de la chose jugée¹⁸⁴ ; d'autre part, le droit matériel impose parfois d'étendre l'autorité de la chose jugée à des tiers¹⁸⁵.

Enfin, la *res iudicata* matérielle connaît une **limite temporelle** : l'autorité de la chose jugée ne porte que sur les éléments que les parties pouvaient et auraient dû porter à la connaissance du juge durant la procédure¹⁸⁶. En règle générale, la limite temporelle renvoie à l'état de fait arrêté en application du principe de la forclusion¹⁸⁷, et n'est pas à confondre avec le moment de l'entrée en force du jugement. Ainsi par exemple, la *res iudicata* matérielle allemande se limite en principe aux moyens d'attaque et de défense soulevés ou qui auraient dû l'être avant la fin des derniers débats (*letzte mündliche Verhandlung*)¹⁸⁸ ou, à défaut, jusqu'à la fin du délai accordé par le juge pour déposer les mémoires¹⁸⁹. En droit suisse, les étapes procédurales et conditions auxquelles de nouveaux moyens peuvent être invoqués sont notamment réglées à l'article 229 CPC. Naturellement, tant en droit allemand qu'en droit suisse, le moment de la forclusion des moyens dans les procédures spéciales ou devant les instances de recours demeure réservé.

¹⁸³ **CH:** ATF 5A_763/2012 du 18 mars 2013, consid. 5.1.2 ; ATF 125 III 8 (JdT 2000 I 29), consid. 3a ; MEIER, p. 243 ; HOHL, n. 1297. **DE:** SAENGER, §322, n. 26 ; LÜKE, n. 369 ; JAUERNIG/HESS, p. 253, n. 29.

¹⁸⁴ **CH:** cf. ATF 125 III 8 (JdT 2000 I 29), consid. 3 ; KRIECH, art. 236, n. 28 ; BOHNET, art. 59, n. 129. **DE:** cf. ZPO 325(1) ; JAUERNIG/HESS, p. 253, n. 30.

¹⁸⁵ **CH:** BOHNET, art. 59, n. 135. **DE:** ZPO 325(2) à (4) ; cf. SAENGER, § 325, n. 1 ss.

¹⁸⁶ **CH:** cpr ATF 139 III 126, consid. 3.1 et 3.2.1. **DE:** LÜKE, n. 367.

¹⁸⁷ **CH:** cpr ATF 139 III 126, consid. 3.1 et 3.2.1 ; ZINGG, art. 59, n. 88. **DE:** LÜKE, n. 367 ; JAUERNIG/HESS, p. 255, n. 43.

¹⁸⁸ cf. ZPO 296a et 767(2) ; SCHELLHAMMER, n. 840 ; GOTTWALD, p. 651, n. 32.

¹⁸⁹ HEINZE, report, p. 19.

Dans tous les cas, les éléments qui surviennent après l’instant de la forclusion sont exclus du contenu de l’autorité de la chose jugée. En cela, gardons à l’esprit que la limite temporelle avoisine la limite objective de l’autorité de la chose jugée puisque c’est bien le contenu - et non les destinataires - de la *res iudicata* matérielle que l’on restreint dans le temps.

5. Limite objective en particulier

La limite objective de l’autorité de la chose est intrinsèquement liée à l’objet du litige¹⁹⁰. Il s’agit donc d’une affaire délicate puisque la détermination de l’objet du litige ne trouve pas d’expression univoque en doctrine, et que nulle loi n’en saisit le contenu exact¹⁹¹.

Le présent chapitre tend à délimiter objectivement l’autorité de la chose jugée et n’a pas pour vocation d’examiner la question de l’objet du litige à l’aube d’une nouvelle ère. Ainsi, après une clarification des notions de « prétention procédurale » et « prétention matérielle » (*infra* 5.1.), nous nous contenterons d’embrasser la conception communément admise selon laquelle l’objet du litige est, en vertu de la maxime de disposition, déterminé par les parties (*infra* 5.2.). Ceci posé, nous examinerons alors avec une attention particulière ce qu’est la chose jugée et le rapport qu’elle entretient avec la *res iudicata* matérielle (*infra* 5.3.) ; il s’agira notamment de déterminer quels éléments du jugement font autorité et d’apprécier l’importance des éléments de la chose jugée dans le déploiement des effets de la *res iudicata* matérielle. Finalement, le propos fera l’objet d’une brève synthèse (*infra* 5.4.). La question particulière de l’éventuelle portée constatatoire des jugements condamnatoires, dont l’enjeu est crucial en matière d’action partielle, sera abordée *infra* II.A.3.

¹⁹⁰ **CH:** ZINGG, art. 59, n. 65 s. ; SUTTER-SOMM, n. 521 ; MEIER, p. 200 *i.i.* ; BERTI, Neue Gedanken, p. 193 s. **DE:** cpr ROTH, p. 4, LÜKE, n. 160 et ADOLPHSEN, p. 115, n. 55.

¹⁹¹ **CH:** cpr ZINGG, art. 59, n. 73 et SUTTER-SOMM, n. 463. **DE:** LÜKE, n. 161 ; LEIPOLD, §322, n. 90 ; ADOLPHSEN, p. 114, n. 52 ; *cf.* HEINZE, report, p. 11.

5.1. Distinction entre prétention procédurale et prétention matérielle

Afin de comprendre ce qu'est l'objet du litige au sens où nous l'entendrons *infra* 5.2., il est important de comprendre la distinction¹⁹² entre prétention matérielle et prétention procédurale :

- a) Une **prétention matérielle** découle d'une disposition du droit de fond : elle permet d'exiger d'un autre qu'il s'oblige à faire, à tolérer ou à s'abstenir de faire quelque chose. Ainsi par exemple, l'article 641(2) CC offre notamment le droit au propriétaire de revendiquer son bien auprès de celui qui le détient ; s'il souhaite porter cette prétention à la connaissance de la justice, il devra en principe le faire au travers d'une action condamnatoire. En effet, la prétention matérielle n'est généralement jamais directement l'objet du litige civil¹⁹³. En ce sens, il se peut que plusieurs prétentions matérielles concurrent dans un même complexe de faits et soient avancées au sein d'une unique prétention procédurale¹⁹⁴.
- b) Une **prétention procédurale** découle du droit de procédure : elle s'assimile au résultat que le demandeur souhaite obtenir du juge. Si toute prétention matérielle peut en principe s'incorporer dans une prétention procédurale, l'inverse n'est toutefois pas vrai¹⁹⁵. Ainsi par exemple, une action en constatation de droit peut réclamer, bien qu'elle repose en règle générale sur du droit de fond, une conséquence juridique qu'aucune prétention matérielle ne permettrait d'obtenir (ex. constatation de l'inexistence d'un rapport contractuel synallagmatique). La prétention procédurale constitue ainsi l'assertion auprès du juge d'une prétention à la protection légale¹⁹⁶, qui trouve son expression dans la forme d'un mémoire de demande¹⁹⁷. En effet, c'est la demande qui formule la prétention à la protection judiciaire du droit (condamnation, constatation ou formation), ainsi

¹⁹² CH: cpr MEIER, p. 199, BERTI, Beitrag, p. 40 s. et BERTI, Neue Gedanken, p. 194. DE: cf. SCHELLHAMMER, n. 128 et HEINZE, report, p. 21.

¹⁹³ BERTI, Neue Gedanken, p. 194.

¹⁹⁴ cf. LÜKE, n. 361.

¹⁹⁵ cpr BERTI, Neue Gedanken, p. 194.

¹⁹⁶ cpr ATF 139 III 126, consid. 3.2.3.

¹⁹⁷ BERTI, Beitrag, p. 42 ; cf. BERTI, Neue Gedanken, p. 194 s.

que le conglomérat de faits dont on escompte qu'il soutienne la prétention sur le fond¹⁹⁸.

En résumé, lorsqu'il s'agit de déterminer si les objets du litige sont identiques, antinomiques ou contradictoires, il s'agit de comparer les prétentions procédurales et non les (éventuelles) prétentions matérielles¹⁹⁹.

5.2. Objet du litige

En vertu de la maxime de disposition, les parties déterminent l'objet du litige sur lequel le juge est tenu de se prononcer²⁰⁰.

L'objet du litige a, de manière générale, une fonction délimitative : ce que comprend l'objet du litige est ce qui doit être procéduralement traité et jugé. À l'inverse, la procédure et le jugement ne peuvent traiter et statuer directement sur ce qu'il ne comprend pas²⁰¹. Le contenu et la circonférence de l'autorité de la chose jugée se mesurent à l'aune de l'objet du litige²⁰², sans nécessairement se confondre avec lui²⁰³.

À la lumière de la jurisprudence²⁰⁴ et de la doctrine dominante²⁰⁵, l'objet du litige est de nature binôme (*zweigliedriger Streitgegenstand*)²⁰⁶. Au regard de la demande²⁰⁷, l'objet du litige se compose ainsi :

¹⁹⁸ BERTI, Beitrag, p. 42.

¹⁹⁹ **CH:** cpr ATF 139 III 126. **DE:** cpr TERHALLE, p. 41, ADOLPHSEN, p. 252, n. 19 et LEIPOLD, §322, n. 89.

²⁰⁰ cf. *supra* A.1.1.

²⁰¹ ZINGG, art. 59, n. 67.

²⁰² **CH:** cf. ZINGG, art. 59, n. 67. **DE:** GOTTWALD, p. 406, n. 1 ; JAUERNIG/HESS, p. 249, n. 2.

²⁰³ Nous éclaircirons cette importante nuance *infra* 5.3. Pour le reste, le lecteur pressé peut directement se référer au résumé *infra* 5.4.

²⁰⁴ **CH:** ATF 139 III 126, consid. 3.2.3 ; ATF 136 III 123, consid. 4.3.1. **DE:** BGH NJW 2010, 2210, p. 2211 ; BGH NJW 1992, 1172, p. 1174.

²⁰⁵ **CH:** SUTTER-SOMM/VON ARX, art. 58, n. 10 ; ZINGG, art. 59, n. 71 ; SUTTER-SOMM, n. 479 s. ; OBERHAMMER, art. 86, n. 6 ; BERTI, Neue Gedanken, p. 198 ; MEIER, p. 199. **DE:** SCHELLHAMMER, n. 63 et 129 s. ; ROTH, p. 4 s. ; LEIPOLD, §322, n. 94 ; cf. LÜKE, n. 162 ; ADOLPHSEN, p. 116, n. 59 ; MUSIELAK, p. 296 ; HEINZE, report, p. 11, 19 et 21.

- 1) des **conclusions** de la demande (*Klageantrag* ; *Rechtsbegehren* ; objet du litige au sens étroit) auxquelles le demandeur souhaite voir aboutir le juge²⁰⁸. Les conclusions formulent les conséquences juridiques souhaitées à la mesure de la prétention procédurale assertée ; et
- 2) du fondement de la demande (*Klagegrund* ; cause) ou **conglomérat de faits** (*Lebenssachverhalt*) duquel devrait se déduire les prétentions souhaitées. Le conglomérat de faits articule l'ensemble des faits allégués sur lequel se fonderaient juridiquement les prétentions assertées.

La demande ou la réponse peut contenir une motivation en droit bien qu'elle ne soit en principe pas requise : l'adage « *iura novit curia* »²⁰⁹ le dispense en effet²¹⁰.

À défaut de définir l'objet du litige, la réponse du défendeur peut en restreindre la circonférence, en admettant par exemple une partie des faits ou des prétentions formulées dans la demande. Le défendeur peut également - bien lui en prendrait - densifier ou préciser le conglomérat de faits afin d'infirmer ou d'affaiblir le fondement des prétentions du demandeur. Certaines opinions minoritaires, notamment BERTI²¹¹ pour le droit suisse, donnent au défendeur un pouvoir dispositif plus étendu. D'une part, le défendeur émettrait automatiquement une « contre-requête » (*konträres Begehren*) visant à faire constater que les conditions de recevabilité de l'action ne sont pas remplies ; d'autre part, une autre « contre-requête » visant à faire constater l'inexistence de la prétention de la demande serait également, notamment lorsque le défendeur est pris sous le coup d'une action condamnatoire, émise dans sa réponse.

²⁰⁶ Selon la théorie de la « binominalité » de l'objet du litige (*zweigliedrige Streitgegenstandslehre*), l'objet du litige se compose tant du complexe de fait que des prétentions invoquées, indifféremment du fondement en droit. Pour un aperçu des différentes théories relatives à l'objet du litige, cf. VON ARX, p. 17-35.

²⁰⁷ Pour le contenu légal de la demande, cf. ZPO 253 et CPC 221.

²⁰⁸ RÜETSCHI, n. 53.

²⁰⁹ « La cour connaît le droit. », cpr CPC 57.

²¹⁰ LÜKE, n. 13.

²¹¹ *ibid.*, Neue Gedanken, p. 195 s. Pour la portée constatatoire des jugements condamnatoires, cf. *infra* II.A.3.

5.3. Chose jugée : contenu, autorité et importance

Si la demande définit l'objet du litige, c'est bien au travers du filtre judiciaire que se détermine la chose jugée²¹² : l'objet du litige délimite le contenu et le contour du jugement ; l'objet du jugement délimite le contenu et le contour de la chose jugée.

Si la *res iudicata* matérielle exige l'existence d'une chose jugée, nous verrons que toute chose jugée ne fait pas autorité (*infra* 5.3.1). De plus, si toute chose jugée ne fait pas autorité, cela ne signifie pas que tout élément jugé mais dépourvu d'autorité soit sans importance. Nous tâcherons donc de déterminer si c'est à la lumière de la chose jugée ou à celle de l'objet du litige que se procèdent, d'une part, l'examen de l'identité des prétentions (*infra* 5.3.2.) et, d'autre part, l'examen de l'identité des causes (*infra* 5.3.3.).

5.3.1. Chose jugée ayant ou non autorité

Seul le dispositif du jugement (*Tenor ; Urteilsformel*), solution finale du procès, emporte autorité de la chose jugée²¹³. L'état de fait (*Sachverhalt*) et les considérants (*Entscheidungsgründe*) représentent strictement la *ratio decidendi* (ou *rationes decidendi*) du jugement et ne font pas autorité pour l'avenir. Néanmoins, tout comme la *ratio legis* soutient la recherche judiciaire du sens véritable d'une disposition légale²¹⁴, la *ratio decidendi* sert d'instrument d'interprétation au dispositif du jugement²¹⁵ et donne ainsi la portée véritable de l'autorité de la chose jugée. Par exemple, la formule laconique « La demande est rejetée. » ne suffit pas à discerner sur

²¹² **CH:** cpr SUTTER-SOMM, n. 459. **DE:** cpr SCHELLHAMMER, n. 34, TERHALLE, p. 31 s. et LEIPOLD, §322, n. 66 et 70. Pour le surplus, cf. not. *infra* 5.3.3.

²¹³ **CH:** ATF 4A_519/2012 du 30 avril 2013, consid. 2 ; ATF 136 III 345 (SJ 2010 I 529), consid. 2.1 ; ATF 125 III 8 (JdT 2000 I 29), consid. 3b ; ATF 121 III 474 (JdT 1996 I 230), consid. 4a ; BOPP/BESSENICH, art. 86, n. 10 ; BOHNET, art. 59, n. 123 ; MEIER, p. 241 ; SCHWANDER, p. 5 ; HOHL, n. 1294 et 1309. **DE:** SCHELLHAMMER, n. 848 ; JAUERNIG/HESS, p. 253, n. 25 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 875, n. 8.

²¹⁴ cf. STEINAUER, n. 261 et 306.

²¹⁵ **CH:** cpr ATF 116 II 738, consid. 2a *i.f.*, , ZINGG, art. 59, n. 122, KRIECH, art. 236, n. 28 et BOHNET, art. 59, n. 123. **DE:** cpr LÜKE, n. 360, JAUERNIG/HESS, p. 253, n. 25, ADOLPHSEN, p. 253, n. 26 et ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 875, n. 8.

quelle prétention procédurale porte le jugement²¹⁶ ; le dispositif ne se comprend qu'à la lumière de la décision dans son ensemble.

Le dispositif ayant seul autorité de la chose jugée, on peut déduire que les éléments suivants constituent notamment la chose jugée mais n'en ont pas l'autorité :

- 1) L'**état de fait et les constatations factuelles**²¹⁷ (*Sachverhalt und Tatsachenfeststellungen*) retenus au terme du premier procès. L'effet préjudiciel n'oblige pas le second juge à se lier aux constatations factuelles du premier²¹⁸. Un tribunal subséquent est donc libre de comprendre et d'établir les faits du litige au travers d'une nouvelle grille de lecture, quand bien même ceux-ci auraient été formulés à l'identique dans les mémoires portés à sa connaissance.
- 2) Le sort des **objections et exceptions**²¹⁹ (*Einreden und Einwendungen*). La position du juge relative aux moyens soulevés par les parties ne lie pas les tribunaux subséquents. Cette règle souffre toutefois d'une exception : la compensation soulevée a autorité de la chose jugée²²⁰, même si elle n'est pas contenue dans le dispositif du jugement.
- 3) Les **droits et rapports de droit constatés à titre préjudiciel**²²¹ (*präjudizielle Rechtsverhältnisse*) dans la mesure où ils ne représentaient pas l'objet principal du litige. Ainsi par exemple, une action en revendication au sens des articles 985 BGB et 641(2) CC ne présume pas de la qualité de propriétaire pour l'avenir.

Le caractère non-contraignant des constatations factuelles et juridiques mérite une attention particulière :

²¹⁶ SCHELLHAMMER, n. 850 ; LÜKE, n. 366 ; JAUERNIG/HESS, p. 253, n. 26.

²¹⁷ **CH**: ATF 121 III 474 (JdT 1996 I 230), consid. 4a ; ATF 114 II 279 (SJ 1988 609), consid. 1d. **DE**: LÜKE, n. 362 ; JAUERNIG/HESS, p. 251, n. 15 ; SAENGER, §322, n. 23 ; LEIPOLD, §322, n. 77 ; ADOLPHSEN, p. 252, n. 21 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 876, n. 12.

²¹⁸ MUSIELAK, p. 296.

²¹⁹ **CH**: ZINGG, art. 59, n. 130. **DE**: SAENGER, §322, n. 23 ; LEIPOLD, §322, n. 86 ; JAUERNIG/HESS, p. 252, n. 22 ; ADOLPHSEN, p. 253, n. 27 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 877, n. 16.

²²⁰ **CH**: BOHNET, art. 59, n. 124 ; HOHL, n. 1313. **DE**: LÜKE, n. 230 ; SAENGER, §322, n. 23 ; JAUERNIG/HESS, p. 252 s., n. 23 ; ADOLPHSEN, p. 254, n. 28 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 877, n. 17.

²²¹ **CH**: ATF 114 II 279 (SJ 1988 609), consid. 1d ; ZINGG, art. 59, n. 129. **DE**: cf. BGH NJW 2003, 3058, LÜKE, n. 362 ; JAUERNIG/HESS, p. 251, n. 17 ; LEIPOLD, §322, n. 80 ; ADOLPHSEN, p. 252, n. 21 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 876, n. 14.

Premièrement, l'état de fait, élément de la chose jugée dépourvu d'autorité, ne déploie certes pas d'effet préjudiciel, mais représente tout de même un élément comparatif²²² pour déterminer s'il existe identité des causes susceptible d'enclencher l'effet privatif. En outre, il faut garder à l'esprit l'effet forclusif²²³ qui procure à l'état de fait une autorité de la chose jugée relative²²⁴. Pour ces raisons, nous examinerons de plus près ce que signifie l'état de fait jugé *infra* 5.3.3.

Secondement, l'exclusion d'un statut d'autorité pour les constatations préjudicielles de droit laisse entendre qu'une décision condamnatoire n'a pas de portée constatatoire contraignante sur la prétention dont l'exécution est requise. Nous verrons *infra* 5.3.2. si et dans quelle mesure cela est vrai.

5.3.2. Conclusions des parties, conclusions du juge ?

En règle générale, l'identité des prétentions se mesure à l'aune de l'objet du litige, et non de l'objet du jugement²²⁵. Une qualification juridique par le juge, selon les règles de la bonne foi²²⁶, est toutefois requise puisque les prétentions s'entendent matériellement (*inhaltlich*) et non grammaticalement²²⁷. Néanmoins, une telle qualification n'a pas autorité de la chose jugée²²⁸, et toute limitation de l'autorité de la chose jugée à l'objet de jugement n'est pas admissible dès lors que celui-ci restreindrait ou dénaturerait l'objet du litige au sens étroit²²⁹. Ce partant, il est

²²² HEINZE, report, p. 11.

²²³ *cf. supra* 3.3.

²²⁴ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 886, n. 6.

²²⁵ cpr ZÜRCHER, art. 59, n. 41 et MEIER, p. 205.

²²⁶ ATF 4A_551/2008 du 12 mai 2009, consid. 2.2 ; ATF 105 II 229 (JdT 1980 I 280), consid. 2a.

²²⁷ ATF 139 III 126, consid. 3.2.3 ; ATF 128 III 284, consid. 2b ; ATF 123 III 16 (JdT 1999 I 99), consid. 2a ; ZINGG, art. 86, n. 76 ; BOHNET, art. 59, n. 125.

²²⁸ BGH NJW 2006, 3068 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 877 s., n. 21 ; SCHELLHAMMER, n. 852 ; MUSIELAK, §322, n. 17 ; ROTH, p. 27.

²²⁹ **CH:** PJA 2007, 517. **DE:** cpr SAENGER, §322, n. 24 ; cpr JAUERNIG/HESS, p. 249, n. 3 et ADOLPHSEN, p. 250, n. 8 et 19.

important que la prétention procédurale se déduise clairement de la demande²³⁰ et qu'elle soit suffisamment substantivée²³¹.

L'intangibilité de la prétention procédurale connaît toutefois une limite : l'exactitude ou la justesse du jugement n'importe pas lorsqu'il s'agit de reconnaître son autorité de la chose jugée²³². Il est ainsi concevable qu'une décision qui statue sur une prétention n'ayant pas été introduite (ex. *aliud*) étende finalement son autorité à celle-ci pour l'avenir²³³. Toutefois, le jugement « erroné » devrait l'être sur le fond car « seul le contenu du jugement est déterminant, sans égard à sa dénomination »²³⁴.

5.3.3. Faits allégués, faits jugés ?

Lorsqu'il s'agit d'examiner l'identité des causes, il faut se demander si le conglomérat de faits²³⁵ nouvellement déposé doit être comparé au conglomérat de faits présenté lors du précédent procès ou à l'état de fait de la chose jugée²³⁶. En effet, objet du litige et chose jugée ne coïncident pas nécessairement sur le plan des faits. La question est essentielle pour tracer la limite entre les faits précédents ou forclos et les faits nouveaux²³⁷. En ce sens, il n'y a pas d'identité des causes lorsque des faits sont survenus à la suite du premier jugement entré en force (*novas* proprement dits) et

²³⁰ ATF 4A_551/2008 du 12 mai 2009, consid. 2.2 ; ATF 105 II 229 (JdT 1980 I 280), consid. 2a.

²³¹ ZÜRCHER, art. 59, n. 44.

²³² cf. *supra* 2.2.

²³³ **CH:** cf. ATF 127 III 496, consid. 3b/bb ; cf. ATF 115 II 187 (JdT 1989 I 586), consid. 3b ; ZINGG, art. 59, n. 124. **DE:** cf. BGH NWJ 1999, 287, p. 288 ; MUSIELAK, §322, n. 16 ; cf. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 874, n. 3.

²³⁴ ATF 115 II 187, consid. 3b.

²³⁵ Bien que la doctrine suisse utilise plus ou moins indifféremment la terminologie de « conglomérat de faits », « complexe de faits » ou encore « état de fait », la présente étude s'efforcera - sans rigorisme toutefois - d'assimiler le terme « conglomérat de faits » aux faits présentés par les parties, le terme « état de fait » aux faits établis dans le cadre de la procédure et enfin le terme « complexe de faits » lorsque l'un et l'autre n'exige ou ne permette pas de distinction.

²³⁶ cf. MUSIELAK, §322, n. 18.

²³⁷ cpr ZINGG, art. 59, n. 82.

qu'ils fondent la nouvelle demande²³⁸. C'est par exemple le cas lorsque l'exigibilité d'une créance litigieuse survient postérieurement à la décision entrée en force²³⁹.

Si le principe de disposition offre aux parties la liberté de leur prétention, la maxime des débats ne signifie pas qu'il en soit de même pour le complexe de faits. En réalité, la maxime des débats relève pour les parties bien moins d'un droit que d'une incombance²⁴⁰. En effet, en cas d'allégation lacunaire ou de force probante défailante, le complexe de faits peut conduire à la disqualification des prétentions invoquées. Par ailleurs, les parties n'ont pas la maîtrise effective du complexe de faits de la cause²⁴¹. Somme toute, en vertu de la maxime « *iura novit curia* »²⁴², la démarche du juge consiste à délimiter de façon normative le conglomérat de faits soumis par les parties afin de le confronter à l'état de fait abstrait (*Tatbestand*) de chaque norme applicable au cas d'espèce²⁴³. En ce sens, la Haute Cour helvétique a d'ailleurs déclaré que l'identité des causes se comprend d'après le fondement des prétentions en fait *et en droit*²⁴⁴. Le fondement en droit ne s'entend ici ni comme une troisième composante de l'objet du litige ni au sens technique : il s'agit d'un « *Entstehungsgrund* »²⁴⁵ du litige qui ne saurait se dissocier du complexe de faits. Assurément, le juge apprécie la pertinence des faits et arbitre le sort des faits disputés au regard du droit applicable et dans la mesure du principe de la libre appréciation des preuves ; c'est par ces biais que le juge établit l'**état de fait pertinent** du litige : le conglomérat de faits des parties n'équivaut donc en principe pas à l'état de fait jugé²⁴⁶.

²³⁸ **CH:** HOHL, n. 1305. **DE:** cf. HEINZE, report, p. 19.

²³⁹ HOHL, n. 1307.

²⁴⁰ **CH:** cpr CC 8 et ATF 116 II 738, consid. 2b. **DE:** LÜKE, n. 14.

²⁴¹ BERTI, Neue Gedanken, p. 196 s.

²⁴² CPC 57 ; ATF 139 III 126, consid. 3.2.2 *i.f.*

²⁴³ **CH:** ATF 139 III 126, consid. 3.2.2 ; ZINGG, art. 59, n. 74. **DE:** MUSIELAK, §322, n. 18 ; ADOLPHSEN, p. 115, n. 53.

²⁴⁴ « L'autorité de chose jugée interdit qu'un même litige, c'est-à-dire un litige portant sur le même état de fait et le même fondement juridique, puisse être, alors qu'il a déjà été définitivement tranché, soumis à nouveau à un juge », ATF 4A_119/2009 du 9 juin 2009, consid. 2.2.1 ; ATF 112 II 268 (JdT 1987 I 241), consid. I.1b. Voir aussi, « [Il y a identité de l'objet du litige] lorsque, dans l'un et l'autre procès, les parties ont soumis au juge la même prétention en se fondant sur la même cause juridique et sur les mêmes faits », ATF 4C.82/2006 du 27 juin 2006, consid. 3.3 ; ATF 125 III 241 (JdT 1999 I 443), consid. 1.

²⁴⁵ ATF 139 III 126, consid. 3.2.3 ; ATF 123 III 16 (JdT 1999 I 99), consid. 2a.

²⁴⁶ ATF 116 II 738, consid. 2b ; cpr BERTI, Neue Gedanken, p. 196 s.

De surcroît, l'effet de forclusion renforce cette conception. En effet, l'autorité de la chose jugée emporte effet de « forclusion sur les faits ayant existés au moment du premier jugement mais qui n'ont pas été invoqués ou n'ont pas été prouvés [*novas improprie* dits], indépendamment de leur allégation dans le procès ou de leur admission par le juge comme faits prouvés »²⁴⁷. Ainsi, les faits forclos peuvent avoir été omis par les parties et donc ne jamais avoir appartenu au conglomérat de faits qu'elles avaient porté à la connaissance de la justice²⁴⁸. Il semble approprié de parler d'**état de fait objectif** puisque l'état de fait arrêté par effet forclusif s'établit d'après l'ordre naturel des choses (*natürliche Betrachtungsweise*) et non en fonction de la considération effective du juge²⁴⁹.

Au vue de ce qui précède, nous retiendrons, d'une part, que l'état de fait de la chose jugée ne correspond pas nécessairement au conglomérat de faits allégués par les parties et, d'autre part, que l'objet du litige déterminant pour l'autorité de la chose jugée se compose de l'**état de fait normatif, à la fois pertinent et objectif**, et non des allégations factuelles des parties²⁵⁰.

Au surplus, relevons que l'identité entre objet du litige et chose jugée est également démentie dans le cas d'une décision d'irrecevabilité, en cela qu'un jugement statuant sur l'irrecevabilité de la demande limite son objet à la condition procédurale qui fait défaut²⁵¹.

²⁴⁷ ATF 5A_438/2007 du 20 novembre 2007, consid. 2.2.1 ; ATF 116 II 738, consid. 2a.

²⁴⁸ ATF 139 III 126, consid. 3.1 ; ZINGG, art. 59, n. 135 ; cpr OBERHAMMER, report, p. 16-19.

²⁴⁹ **CH:** cpr ATF 5A_438/2007 du 20 novembre 2007, consid. 2.2.1. et ATF 116 II 738, consid. 2b ; BERTI, Neue Gedanken, p. 197. **DE:** BGHZ 117, 1, p. 6 ; LÜKE, n. 162 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 880, n. 2.

²⁵⁰ **CH:** cpr ATF 139 III 126, consid. 3.2, ATF 5A_438/2007 du 20 novembre 2007, consid. 2.2.1 et ATF 116 II 738, consid. 2a-b ; ZINGG, art. 59, n. 88 ; BERTI, Neue Gedanken, p. 196 s. ; BERTI, Gedanken, p. 81 s. **DE:** MUSIELAK, §322, n. 18.

²⁵¹ **CH:** ZINGG, art. 59, 107 ; SUTTER-SOMM, n. 518 ; MEIER, p. 240. **DE:** ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 873, n. 6 s. ; HEINZE, report, p. 15.

5.4. En bref

Dans un premier temps, la prétention procédurale de la demande définit l'objet du litige et délimite l'objet du jugement (*cf. supra* 5.1. et 5.2.). Dans un second temps, le jugement arrête le contour objectif de l'autorité de la chose jugée (*cf. supra* 5.3.).

Seul le dispositif du jugement emporte autorité de la chose jugée. Toutefois, la portée du dispositif ne se comprend qu'à la lumière des *rationes decidendi* (*cf. supra* 5.3.1.).

Lorsqu'il s'agit d'établir s'il existe identité des prétentions ou pour déterminer la prétention qui a fait l'objet principal d'un jugement, la prétention procédurale introduite fait en principe foi, dans la mesure où elle a débouché sur un jugement au fond (*cf. supra* 5.3.2.). Néanmoins, l'autorité de la chose jugée du jugement ne connaît pas l'erreur (aussi *cf. supra* 2.2.).

Lorsqu'il s'agit d'établir s'il existe identité des causes ou pour déterminer quels moyens sont forclos, le complexe de faits déterminant est l'état de fait normatif (*cf. supra* 5.3.3.). Une telle conception n'est pas choquante si l'on se rappelle que le but du procès civil n'est pas uniquement la concrétisation des droits subjectifs mais également la garantie du droit objectif et de la paix sociale (*cpr supra* 1.). En outre, le cœur du litige, la prétention procédurale, demeure (presque) immaculée.

II. Autorité de la chose jugée de l'action partielle

L'action partielle est une institution propre à entretenir avec la limite objective de l'autorité de la chose jugée un rapport de tension singulier²⁵². Effectivement, dès lors qu'une prétention matérielle est divisée nonobstant son fondement unitaire, on peut se demander si le sort d'une partie jugée influence celui de celle qui ne l'a pas encore été. Alors que jurisprudence et doctrine dominante se plaisent à considérer la question

²⁵² *cpr* TERHALLE, p. 213-215.

quelque peu superflue (*cf. infra* A.), la critique doctrinale veille : elle pointe du doigt les insuffisances du régime actuel et lui oppose d'autres chemins conceptuels (*cf. infra* B.).

Avant de se plonger dans le feu de l'action (partielle) et de la *res iudicata* matérielle, une **proposition terminologique**, déduite des réflexions émises par OBERHAMMER²⁵³, doit d'être ici formulée afin que soit saisi le caractère à la fois distinct et interdépendant des objets du litige du premier et second procès :

Le droit à l'action partielle s'entend généralement comme un processus en deux temps. Le premier temps est celui du premier procès dans lequel le demandeur invoque une « action en créance partialisée » (*Teilanspruchsklage*) par laquelle il se réserve²⁵⁴ le droit de faire valoir en justice la partie non-actionnée restante dans un second procès – le second temps. Si sa réserve est admise et la créance (prétention matérielle) effectivement divisible et divisée, le demandeur jouit alors en principe de la faculté de compléter sa créance lors d'un second procès par le biais d'une « action en complément de créance » (*Nachforderungsklage*). Par extension, la prétention matérielle incorporée dans l'action en créance partialisée représente le « montant d'embase » (*Stockelbetrag*), alors que la prétention matérielle de l'action en complément de créance équivaut au « montant restant » (*Restbetrag*). Le montant d'embase et le montant restant composent ensemble la prétention globale ou « montant global » (*Gesamtbetrag*).

La ségrégation entre une première « action en créance partialisée » et une seconde « action en complément de créance » semble apte aussi bien à inscrire l'institution de l'action partielle dans la limite de l'abus de droit²⁵⁵ qu'à contredire l'identité des prétentions procédurales successives²⁵⁶.

²⁵³ ex. *idib.*, p. 509 ; *idib.*, art. 86, n.8.

²⁵⁴ Pour la problématique particulière de l'action partielle voilée, *cf. infra* B.1.

²⁵⁵ *cf. supra* I.A.3.2.

²⁵⁶ *cf. infra* A.2.

A. Le régime actuel

Nous commencerons par présenter la situation juridique de l'autorité de la chose jugée en matière d'action partielle sous l'empire du droit actuel (*infra* 1.). Nous exposerons ensuite comment le régime actuel justifie la ségrégation entre les prétentions procédurales des actions partielles proprement dites (*infra* 2.). Enfin, nous nous intéresserons, au regard du droit positif suisse et allemand, à la question de la portée constatatoire des jugements condamnatoires (*infra* 3.) dont l'importance est cruciale pour comprendre la position de la dissidence doctrinale (not. *cf. infra* B.2).

1. Présomption générale

Selon la jurisprudence²⁵⁷ et la doctrine dominante²⁵⁸, l'autorité de la chose jugée d'une décision rendue à la suite d'une action partielle ne s'étend qu'à la partie actionnée de la prétention globale. Il est indifférent que la décision admette ou rejette la prétention actionnée, serait-ce en intégralité ou en partie²⁵⁹. De même, que l'action partielle soit voilée ou dévoilée importe peu²⁶⁰.

Le régime juridique actuel refuse, malgré l'unité du complexe de faits qui soutient les demandes, que l'ombre de l'autorité de la chose jugée de la première décision puisse planer sur le second procès²⁶¹. Par conséquent, à l'exception du devoir de tenir compte des précédents jurisprudentiels²⁶² et d'un éventuel « effet suggestif »

²⁵⁷ **CH:** ATF 4A_401/2011 du 18 janvier 2012, consid. 4 ; ATF 4A_209/2007 du 5 septembre 2007, consid. 2.2.2 ; ATF 5C_21/2007 du 20 avril 2007, consid. 1 ; ATF 125 III 8 (JdT 2000 I 29), consid. 3b ; ATF 114 II 279 (SJ 1988 609), consid. 1d. **DE:** BGH NJW-RR 2008, 521 ; BGH NJW-RR 2002, 1725 ; BGH NJW 1997, 3019 ; BGH 34, 339.

²⁵⁸ **CH:** cpr ex. ZINGG, art. 59, n. 134, BOPP/BESSENICH, art. 86, n. 10, MEIER, p. 222, FÜLLEMANN, art. 86, n. 9, HOHL, art. 69, n. 8 et HOHL, n. 1308. **DE:** cpr ex. LÜKE, n. 360, SAENGER, §322, n. 25, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 883, n. 17 et KULAKSIZ, p. 92 s. et 99.

²⁵⁹ SAENGER, §322, n. 25 ; *cf.* OBERHAMMER p. 501 ; *cf.* LEIPOLD, p. 435.

²⁶⁰ **CH:** ATF 114 II 279 (SJ 1988 609), consid. 1d. **DE:** BGH NJW 1997, 1990, p. 1990 s. ; SCHELLHAMMER, n. 856 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 883, n. 15.

²⁶¹ LANDBRECHT, p. 280.

²⁶² *cf.* CC 1(3). *N.B.* L'ordre juridique allemand ne part pas de la même idée, *cf.* BB 97(1).

(*Suggestivwirkung*)²⁶³ du premier jugement, le second juge paraît libre de statuer comme si la décision sur la première action partielle n'avait jamais existé²⁶⁴.

2. Maxime de disposition en tant qu'horizon indépassable

Selon l'empire du droit actuel, c'est le principe de disposition des articles 308(1) ZPO et 56 CPC qui justifie la ségrégation « intégrale » entre le premier et le second objet de litige²⁶⁵. « *Das Antragsprinzip [gilt] als Kernstück der Dispositionsmaxime* »²⁶⁶ ; les conclusions de la demande délimitent l'objet du litige de telle sorte que le contenu du jugement et l'autorité de la chose jugée qu'il déploie ne peuvent pas aller au-delà de celles-ci²⁶⁷. Le juge n'est pas en droit de rendre une décision sur la prétention globale, qu'importe qu'il en ait fait l'examen d'ensemble²⁶⁸. Il est vrai que l'absence d'identité entre les prétentions n'est plus véritablement un sujet de controverse au 21^e siècle²⁶⁹.

Le caractère distinctif des prétentions procédurales en cas d'action partielle improprement dite semble clair et évident²⁷⁰ : les causes sont différentes. Il en va différemment en matière d'action partielle proprement dite puisque tant le complexe de faits que le fondement matériel des prétentions sont unitaires et identiques²⁷¹. Ceci posé, deux cas de figures peuvent être envisagés pour distinguer les deux objets de litige :

²⁶³ cf. OBERHAMMER, art. 86, n. 4.

²⁶⁴ cpr SAENGER, §322, n. 25.

²⁶⁵ cpr *supra* I.A.1.1.

²⁶⁶ « Le principe de la demande est le noyau dur de la maxime de disposition. », REISCHL, p. 259.

²⁶⁷ cf. ZPO 322(1) ; ADOLPHSEN, p. 255, n. 38.

²⁶⁸ **CH**: ATF 4A_2009/2007, consid. 2.2.2 ; ATF 125 III 8 (JdT 2000 I 29), consid. 3. **DE**: cf. BGH NJW 1986, 1166.

²⁶⁹ En raison de la distinction procédurale entre les conclusions des deux demandes, la conception actuelle de l'objet du litige ne remet plus en question la duplicité de la prétention procédurale de la première action partielle et de la seconde (cf. REISCHL, p. 262 s.). De surcroît, admettre l'identité des prétentions reviendrait à vider l'institution de l'action partielle de sa substance (cf. TERHALLE, p. 216 *i.i.*). D'un autre avis cependant, cf. SUTTER-SOMM, n. 548 *i.f.*

²⁷⁰ BOPP/BESSENICH, art. 86, n. 10.

²⁷¹ cf. OBERHAMMER, art. 86, n. 4.

- a) Les deux prétentions procédurales incorporent « deux » prétentions matérielles dissociées, l'une étant la créance sur le montant d'embase et l'autre étant celle sur le montant restant ; ou
- b) Les prétentions procédurales se suffisent à elles-mêmes et mènent des existences indépendantes des contraintes matérielles.

La première hypothèse est à retenir si l'on considère l'action partielle représente le pendant procédural du droit matériel d'exiger en partie une créance divisible²⁷². Cette individualisation (abstraite) semble la manière la plus élémentaire de ségréger les objets du litige²⁷³. On peut estimer que l'introduction de l'action partielle suffit à engendrer *eo ipso* la ségrégation des prétentions et la dissociation des créances²⁷⁴.

3. Jugement condamnatore à portée constatatoire ?

Lorsque le demandeur introduit une action condamnatore en paiement d'une somme d'argent, son intention est d'obliger le défendeur à exécuter cette prestation pécuniaire²⁷⁵. Le jugement condamnatore qui s'en suit implique nécessairement que le juge examine et statue sur l'existence de la prétention du demandeur et du fondement de celle-ci. En cela, on peut se demander si le jugement condamnatore intègre dans son autorité de la chose jugée la constatation relative à l'(in)existence de la prétention en exécution ou du fondement matériel de celle-ci. Si tel est le cas, le jugement condamnatore serait susceptible de déployer un effet préjudiciel dont les conséquences sur le régime de l'action partielle pourraient être décisives (*cf. infra* B.2.).

Dans la mesure où le jugement ne peut aller au-delà de ce qui a été demandé²⁷⁶, c'est à la lumière de la prétention procédurale que nous pourrions nous établir si et dans quelle mesure un jugement condamnatore a une force constatatoire contraignante. En effet, un jugement constatatoire ne survient en principe qu'à la suite d'une prétention

²⁷² *cf. supra* I.A.1.

²⁷³ cpr OBERHAMMER, p. 510 s. et 520.

²⁷⁴ IDEM.

²⁷⁵ **CH:** cpr MARKUS, art. 84, n. 2 s. **DE:** cpr SCHELLHAMMER, n. 35.

²⁷⁶ *cf. supra* I.B.5.3.

procédurale soulevée dans ce sens par une partie²⁷⁷. En raison de leur divergence, nous examinerons cette question séparément pour l'Allemagne (*infra* 3.1.) et pour la Suisse (*infra* 3.2.).

3.1. En Allemagne

La prétention procédurale de toute action condamnatoire (*Leistungsklage*) tend à faire condamner le défendeur sur deux plans : d'une part, elle vise à faire constater que la prestation est due²⁷⁸ et, d'autre part, elle vise à procurer au créancier un titre exécutoire (*i.e.* un jugement condamnatoire) qui facilite la voie de l'exécution forcée²⁷⁹. Conformément au « *Anspruchsprinzip* », la réponse est donc oui : l'autorité de chose jugée du jugement condamnatoire allemand intègre la constatation relative à l'existence de la prétention. Il nous faut cependant nuancer la portée de cette affirmation.

En cas d'action condamnatoire, la prétention procédurale exprime un contenu concret exécutable (*vollstreckungsfähig*)²⁸⁰ : les conclusions de la demande tendent essentiellement à ce que soit facilitée la voie de l'exécution forcée²⁸¹. En ce sens, la constatation contraignante du jugement condamnatoire se borne à reconnaître que la prestation est ou n'est pas due sur le plan processuel²⁸². La constatation n'a force obligatoire ni sur le fondement matériel ni sur les constatations préjudicielles ni sur la qualification juridique²⁸³ de la prétention²⁸⁴. Ainsi par exemple, un jugement condamnatoire admettant la restitution d'un bien à son propriétaire ne constate pas avec autorité de chose jugée la qualité du propriétaire, même si la qualité de propriétaire a été constatée à titre préjudiciel : la subsumption finale du juge contenue

²⁷⁷ HEINZE, report, p. 11.

²⁷⁸ LEIPOLD, §322, n. 103 ; *cf.* LEIPOLD, p. 446.

²⁷⁹ SCHELLHAMMER, n. 36.

²⁸⁰ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 521, n. 27.

²⁸¹ *cf.* SUTSCHET, p. 279 s. ; *cpr* SCHELLHAMMER, n. 37 s.

²⁸² *cf.* BGH NJW 2006, 63 ; *cf.* BGHZ 123, 137, p. 141.

²⁸³ BGH NJW 2006, 3068 ; SCHELLHAMMER, n. 852 ; MUSIELAK, §322, n. 17 ; ROTH, p. 27 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 877 s., n. 21.

²⁸⁴ *cf. supra* I.B.5.3.1.

dans le dispositif de jugement se limite à obliger la partie succombante à restituer le bien en litige²⁸⁵. Dans la même lignée, la condamnation d'un employeur à verser à son employé un dû salaire ne présume pas avec force obligatoire de l'existence d'un contrat de travail. Le juge subséquent est libre de statuer différemment sur la nature et l'existence d'un éventuel rapport de droit entre les parties.

En somme, le jugement condamnatore pécuniaire allemand ne constate avec autorité de la chose jugée que l'(in)existence d'une obligation de s'exécuter à la hauteur du montant actionné²⁸⁶ : seule la prétention procédurale peut être reconnue ou niée. Pour le reste, seule l'action en constatation de droit peut - comme son nom l'indique - permettre que soit reconnue avec effet positif la qualité juridique d'un droit ou d'un rapport de droit²⁸⁷.

3.2. En Suisse

Il faut partir de l'idée que les jugements en condamnation pécuniaire suisses n'ont fondamentalement pas de portée constatatoire contraignante. Tout au plus, le jugement condamnatore se contenterait de « constater » l'existence ou l'inexistence de la conséquence juridique souhaitée²⁸⁸.

La dissociation entre les actions (resp. les jugements) condamnatore et constatatoire se veut stricte²⁸⁹. En droit suisse, une action condamnatore n'aboutit pas, en ce qui concerne l'existence de la prétention qui la fonde, à un jugement ayant une portée constatatoire contraignante²⁹⁰. Néanmoins, une minorité de la doctrine ne se satisfait pas de cette conception.

²⁸⁵ ADOLPHSEN, p. 252, n. 22.

²⁸⁶ LÜKE, n. 362 ; cf. ROTH, p. 3 ; cf. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, n. 17.

²⁸⁷ SCHELLHAMMER, n. 853 ; cf. aussi ROTH, p. 27.

²⁸⁸ RÜETSCHI, n. 53. *N.B.* L'auteur précité se garde bien, à juste titre, de parler de « constatation » (*Feststellung*).

²⁸⁹ cpr ATF 5A_881/2012 du 26 avril 2013, consid. 3.1, ATF 4A_551/2008 du 12 mai 2009, consid. 2.2 s., ATF 105 II 229 (JdT 1980 I 280), consid. 1b, ZINGG, art. 59, n. 81 et BOPP/BESSENICH, art. 88, n. 12.

²⁹⁰ cpr ATF 105 II 229 (JdT 1980 I 280), consid. 3b, ATF 138 III 261 (JdT 2013 II 149), consid. 1.2 et ZINGG, art. 59, p. 596 s., n. 81.

BERTI²⁹¹, dans le cadre d'un procès contradictoire ouvert sur action condamnatoire, propose que le demandeur ne soit pas le seul à faire valoir des prétentions. À son sens, le défendeur émettrait une « contre-requête » (*konträres Begehren*) dont la prétention serait d'obtenir un jugement constatatoire niant l'existence et le fondement matériel de la prétention du demandeur²⁹².

Le propos est peut-être avant-gardiste mais pêche pour l'heure de ne pas s'inscrire dans la réalité du droit positif suisse. On peine à comprendre sur quelle base légale, jurisprudentielle ou même principielle se fonde la « contre-requête » décomplexée que propose BERTI, laquelle viendrait, l'air de rien, faire un joli pied de nez aux conditions rigoureuses de la demande reconventionnelle en constatation de droit²⁹³.

Un peu contre vents et marées, BOPP/BESSENICH²⁹⁴ affirment sans détour que tout jugement condamnatoire contient une constatation contraignante (*autoritative Feststellung*) sur le fondement juridique de la prétention matérielle. Ils admettent volontiers que ni les conclusions de la demande ni le dispositif du jugement condamnatoire positif ne la laissent entendre²⁹⁵. L'argument est ailleurs : la subsidiarité de l'action en constatation de droit devrait justifier l'intégration dans toute action condamnatoire d'une prétention procédurale à la constatation²⁹⁶. Au vue du régime actuel²⁹⁷, une telle assertion semble plutôt de nature provocatrice et désireuse d'attirer l'attention sur la (vraie) question de la subsidiarité de l'action en constatation de droit²⁹⁸. Pour l'heure, la jurisprudence fédérale ne reconnaît

²⁹¹ *ibid.*, Neue Gedanken, p. 195 s.

²⁹² BERTI, Neuen Gedanken, p. 196 ; aussi BERTI, Beitrag, p. 48.

²⁹³ Pour les conditions générales d'existence d'un intérêt à la constatation, *cf.* BERTI, Beitrag, p. 44 s. Pour la problématique de la subsidiarité de l'action en constatation de droit, *cf.* BOPP/BESSENICH, art. 88, n. 12. En matière d'action partielle, *cf. supra* I.A.5.

²⁹⁴ *ibid.*, art. 84, n. 4.

²⁹⁵ BOPP/BESSENICH, art. 84, n. 4 ; BOPP/BESSENICH, art. 88, n. 12.

²⁹⁶ *cpr* BOPP/BESSENICH, art. 84, n. 4.

²⁹⁷ *cf.* ATF 4A_2009/2007, consid. 2.2.2 ; *cf.* ATF 138 III 261 (JdT 2013 II 149), consid. 1.2 ; *cf.* ATF 114 II 279 (SJ 1988 609), consid. 1d ; *cf.* ZINGG, art. 59, p. 596 s., n. 81. Pour le surplus, *cf. supra* I.B.5.3.

²⁹⁸ *cf.* BOPP/BESSENICH, art. 88, n. 12.

l'intégration d'une prétention à la constatation dans une prétention procédurale condamnatoire qu'exceptionnellement et toujours à titre subsidiaire²⁹⁹.

Au vu de ce qui précède, il faut considérer que l'éventuelle portée constatatoire des jugements condamnatoires suisses n'est en aucun cas de nature matérielle ; toute confusion avec le jugement constatatoire (au sens ordinairement entendu) est à exclure.

B. L'opinion dissidente

Le régime actuel en matière d'autorité de la chose jugée de l'action partielle ne fait pas l'unanimité. En Allemagne, le rapport de tension entre action partielle et autorité de la chose jugée fait d'ailleurs débat depuis plus d'un siècle³⁰⁰. En effet, si l'on peut admettre que l'action en créance partialisée et l'action en complètement de créance composent des prétentions distinctes sur le plan procédural, on peut cependant se demander si leur fondement matériel et leur complexe de faits communs peuvent être si facilement déconsidérés.

Par souci de contemporanéité mais sans présumer de la supériorité de leur pertinence, la présente étude se limitera aux opinions doctrinales les plus récentes. Dans ce sens, deux problématiques seront ci-après mises en lumière :

Premièrement, l'action partielle voilée déplaît par son caractère cachotier et incertain³⁰¹. Nous nous demanderons si et dans quelle mesure un traitement particulier doit lui être réservée (*infra* 1.).

Secondement, le rejet judiciaire de la prétention sur le montant d'embase et l'inanité de cette décision sur la seconde partie de la créance questionne le sens commun. Par exemple, si la prétention partialisée (1/3 du prix de vente d'un tableau) a été

²⁹⁹ ATF 5A_881/2012 du 26 avril 2013, consid 3.1 ; ATF 9C_680/2011 du 11 mai 2012, consid. 1.2.1 ; ATF 84 II 685, consid. 2.

³⁰⁰ cf. ex. FITTING Herrmann, *Bemerkungen zur Reichs-Civilprozeßordnung - Zur Lehre vom Umfang der Rechtskraft nach §293 der C.P.O.*, ZZP 2 (1874), 266 ss.

³⁰¹ cpr OBERHAMMER, p. 504.

judiciairement rejetée au motif que la prétention procédurale était sans fondement (le contrat de vente n'existe pas ; la prétention matérielle n'existe pas), on peut se demander si le montant restant (2/3 du prix de vente) peut véritablement faire, sans autre, l'objet d'une nouvelle décision venant à « contredire » ce qui a été constaté lors du premier procès (le contrat de vente existe ; la prétention matérielle existe ; la prétention procédurale relative au montant restant est accordée). La doctrine dissidente dominante plaide, en cas de rejet, en faveur d'une certaine préjudicialité du premier jugement sur le second procès. Ce propos se devra ultérieurement d'être présenté et discuté (*infra* 2.).

1. Problématique de l'action partielle voilée

L'action partielle voilée pose certains problèmes, notamment au regard des règles de la bonne foi, du procès équitable et de l'égalité des armes³⁰² :

- 1) L'action partielle voilée **limite les moyens de riposte procéduraux** du défendeur. La dissimulation du caractère partiel de la prétention et du risque d'être soumis à de nouvelles actions dans le futur limite effectivement l'habilité du défendeur à introduire, par exemple, une demande reconventionnelle en constatation de l'inexistence de la prétention globale³⁰³. Cela est d'autant plus vrai que l'intérêt à la constatation se fait moins évident³⁰⁴.
- 2) Étant dans l'ignorance des intentions du demandeur, le défendeur est exposé à des **risques financiers supérieurs** si de nouvelles actions sont introduites et aboutissent à son encontre. En effet, le défendeur pourrait renoncer à chercher des voies de résolution du litige moins onéreuses, comme la transaction ou l'exécution volontaire³⁰⁵.
- 3) En règle générale, les **moyens de la défense sont davantage tempérés** que si le défendeur était conscient du véritable enjeu de l'affaire. Il est humain de ne pas mettre la même intensité de soin dans sa défense lorsque le montant litigieux

³⁰² cpr TERHALLE, p. 235-237.

³⁰³ BGH NJW 2006, 2780, p. 2781 ; MARBURGER, p. 195 ; JAUERNIG, p. 329.

³⁰⁴ cpr JAUERNIG/HESS, p. 251, n. 13

³⁰⁵ MARBURGER, p. 195 s.

semble relativement faible³⁰⁶. Néanmoins, la décision rendue sur l'action en créance partialisée aura de l'importance pour les procès futurs. En effet, malgré l'absence d'effet privatif ou préjudiciel, la solution précédemment retenue pourrait exercer un certain pouvoir suggestif sur le second juge³⁰⁷.

- 4) L'action partielle voilée nuit également à l'autorité étatique : la **capacité judiciaire de régler le litige par le biais d'une conciliation**³⁰⁸ est compromise. En effet, nulle proposition à l'amiable ne peut être raisonnablement formulée dès lors que la connaissance du juge et du défendeur est tronquée³⁰⁹.

Malgré ces grincements de dents, le régime actuel semble traiter à l'identique l'action partielle voilée et l'action partielle dévoilée³¹⁰. Pourtant, les avis, même dans l'opinion dissidente, ne sont pas unanimes sur la nature du sort particulier qui pourrait être réservé à l'action partielle voilée. Ce partant, nous énoncerons d'abord les risques qu'encourt le demandeur qui introduit une action partielle dont la nature n'est pas reconnaissable pour le juge et la partie adverse (*infra* 1.1.). Puis, nous examinerons si et dans quelle mesure l'autorité de la chose jugée pourrait être susceptible d'avoir raison des prétentions ultérieures que le demandeur n'avait pas réservé avec suffisamment de clarté dans sa première action (*infra* 1.2.). Enfin, l'auteur de la présente étude donnera son avis sur la problématique de l'action partielle voilée et la solution qui devrait y être donnée (*infra* 1.3.).

³⁰⁶ MARBURGER, p. 196.

³⁰⁷ cpr OBERHAMMER, art. 86, n. 4.

³⁰⁸ **CH:** CPC 124(3). **DE:** ZPO 279(1).

³⁰⁹ MARBURGER, p. 196.

³¹⁰ **DE:** BGH NJW, 2002, 2167, p. 2168 s. ; BGH NJW, 1997, 3019, p. 3020. **CH:** ATF 114 II 279 (SJ 1988 609), consid. Id. *N.B.* Aucun jugement suisse n'a confirmé, à notre connaissance, qu'il en soit de même en cas d'action partielle voilée proprement dite. L'arrêt précité surprend d'ailleurs en affirmant que la faculté de déposer une demande reconventionnelle en constatation négative de droit suffit à déconsidérer la nécessité d'un nouvel examen jurisprudentiel sur les risques de jugements contradictoires à raison de leur fondement matériel.

1.1. Risques encourus par le demandeur

Le risque de perdre sa prétention ou la prérogative de la faire valoir peut se réaliser d'au moins trois manières ; les deux premières découlent du droit matériel, alors que la dernière est un cas d'application de la *res iudicata* matérielle :

En premier lieu, l'absence de réserve explicite sur le montant restant de la prétention pourrait d'être assimilée à une **remise de dette conventionnelle tacite** au sens des articles 115 CO ou 397 BGB³¹¹. Dans une telle hypothèse, les prétentions restantes s'éteignent. La survenance d'un tel évènement semble cependant, aussi bien en droit allemand qu'en droit suisse, de nature théorique puisqu'une remise de dette conventionnelle n'est possible que par contrat (*Aufhebungsvertrag* ; *Erlassvertrag*)³¹². Or, l'existence d'une offre du créancier, laquelle exige la volonté de se lier juridiquement, semble pour le moins douteuse si celui-ci introduit effectivement une action partielle³¹³.

Le créancier-demandeur pourrait également voir l'exercice de son droit d'action frappé d'**abus de droit** si sa seconde demande résulte par exemple d'un insoutenable *venire contra factum proprium*³¹⁴. Bien évidemment, l'abus de droit peut aussi frapper l'action partielle improprement dite³¹⁵.

Enfin, l'**autorité de la chose jugée** du jugement rendu à la suite de l'action partielle voilée pourrait disqualifier la partie de la prétention qui n'a pas été actionnée. Cette dernière hypothèse est controversée et la présente étude requiert que nous l'approfondissions ci-dessous.

³¹¹ **CH:** STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 228, n. 39 ; BOPP/BESSENICH, art. 86, n. 11 *if.* ; LANDBRECHT, p. 281. **DE:** cpr MUSIELAK, p. 301. Pour une approche plus détaillée, *cf.* KULAKSIZ, p. 76-82.

³¹² **CH:** TERCIER/FAVRE, n. 1469. **DE:** KULAKSIZ, p. 76 s.

³¹³ **CH:** cpr OBERHAMMER, art. 86, n. 7, BOHNET, art. 86, n. 14 et FÜLLEMANN, art. 86, n. 4. **DE:** KULAKSIZ, p. 79 ; *cf.* MARBURGER, p. 194.

³¹⁴ **CH:** ATC VD du 2 novembre 2005 (JdT 2008 III 104), consid. 6 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 228, n. 39 *if.* ; cpr OBERHAMMER, art. 86, n. 7. **DE:** MARBURGER, p. 194 s. Pour la limite de l'abus de droit en matière d'action partielle en général, *cf. supra* I.A.3.2.

³¹⁵ cpr ATF 4A_104/2011 du 27 septembre 2011.

1.2. Autorité de la chose jugée et ses effets sur l'action partielle voilée

Sous l'empire du droit actuel³¹⁶, on ne distingue pas, en règle générale, l'étendue de l'autorité de la chose jugée du jugement en fonction du caractère voilé ou dévoilé de l'action partielle qui introduit la procédure. Toutefois, une telle approche est controversée³¹⁷ : le contenu du jugement ne se compose-t-il pas seulement de ce qui a été (reconnaissablement) demandé ? Le propos mérite d'être clarifié :

Dans un premier temps, nous examinerons si et dans quel mesure l'action partielle voilée est susceptible d'être vidée de sa substance par le déploiement de l'effet privatif (*infra* 1.2.1.).

Dans un second temps, nous porterons notre regard sur l'effet forclusif, à la lumière de l'opinion de MARBURGER, pour établir si celui-ci se déploie différemment dès lors que l'action partielle est voilée (*infra* 1.2.2.).

1.2.1. Effet privatif ?

Lorsque la première prétention n'est pas identifiée comme montant d'embase et que la nature « partielle » de l'action n'est pas reconnaissable, il semble légitime d'estimer que la prétention procédurale incorpore une prétention matérielle globale. Néanmoins, le droit positif n'admet cette configuration que si le comportement du demandeur laisse à penser que celui-ci fait valoir l'entièreté de la créance et renonce à toute autre prétention découlant du même complexe de faits³¹⁸. En ce sens, le seul fait d'introduire une action partielle voilée ne suffirait pas à présumer de la renonciation au montant restant de la créance³¹⁹. La doctrine dominante nous renvoie ainsi au droit matériel³²⁰ lequel exige, en principe, un examen au fond. Dans cette hypothèse,

³¹⁶ *cf. supra* A.1.

³¹⁷ GOTTWALD, p. 769, n. 6.

³¹⁸ **CH:** STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 228, n. 39 *i.f.* **DE:** LEIPOLD, §322, n. 145 ; SAENGER, §322, n. 25 ; TERHALLE, p. 222 s.

³¹⁹ TERHALLE, p. 223.

³²⁰ *cf.* CO 115 et BGB 397, *cpr supra* 1.1.

l'action en complément de créance succédant à une action partielle voilée ne serait pas susceptible d'être déclarée irrecevable mais seulement infondée³²¹.

JAUERNIG/HESS ne sont pas de cet avis. Ils souhaitent que l'antinomie des prétentions soit retenue dès lors que l'action partielle voilée a été intégralement rejetée³²². Ils considèrent qu'un tel traitement se justifie pour rétablir l'égalité des armes entre le défendeur et le demandeur³²³ ; le défendeur triomphant compense en ce sens son inaptitude à opposer à l'action partielle voilée les moyens de riposte appropriés³²⁴. En revanche, l'autorité de la chose ne devrait pas péjorer la position du demandeur triomphant³²⁵.

À leur sens, l'action partielle voilée, en raison de son caractère insondable, exige un examen de la prétention globale pour que le rejet soit prononcé³²⁶. Dans la mesure où le dispositif de rejet ne se comprend qu'au regard de la *ratio decidendi*, c'est, à défaut de réserve sur les prétentions futures (*Nachforderungsvorbehalt* ; *Vorbehalt der Mehrforderung*), l'ensemble de la cause qui est désavouée par le jugement « constatatoire » qui préjuge, en somme, de l'inexistence de toute prétention³²⁷. Le demandeur n'est donc plus apte à réclamer davantage que ce qu'il n'avait fait initialement puisqu'une seconde action porterait sur une prétention antinomique et déclencherait l'effet privatif³²⁸.

1.2.2. Forclusion du droit de faire valoir des prétentions ultérieures ?

Face aux impassibles articles 322(1) et 308(1) ZPO, MARBURGER prend le détour de l'effet forclusif ; ni l'effet privatif ni l'effet préjudiciel ne lui semble capable de

³²¹ cpr KULAKSIZ, p. 76.

³²² JAUERNIG/HESS, p. 251, n. 12.

³²³ JAUERNIG/HESS, p. 251, n. 13.

³²⁴ cf. *supra* 1.

³²⁵ JAUERNIG/HESS, p. 251, n. 11.

³²⁶ JAUERNIG, p. 333 ; cf. TERHALLE, p. 243.

³²⁷ JAUERNIG, p. 333. Pour la portée constatatoire des jugements condamnatoires allemands, cf. *supra* A.3.1.

³²⁸ JAUERNIG/HESS, p. 251, n. 12.

garantir la protection du défendeur face à l'action partielle voilée³²⁹. Selon lui, l'effet de forclusion serait apte à incapaciter l'action en complément de créance du demandeur succombant si celui-ci avait eu le malheur (ou la malice) de voiler la nature de sa première action. La réserve en faveur des prétentions futures - ou plus simplement la mention du fait qu'il existe une créance supérieure à celle actionnée - représenterait un « moyen » à faire valoir durant le premier procès³³⁰.

Comme précédemment énoncé³³¹, les moyens sont forclos en fonction de l'intérêt protégé par la décision. Ainsi, celui qui soulève une action partielle voilée et succombe, perd la faculté de faire valoir son droit à une prétention plus élevée ; il aurait pu et dû le faire durant la première procédure. Le moyen ici forclos constituerait la réserve sur de prétentions futures (*Nachforderungsvorbehalt* ; *Vorbehalt der Mehrforderung*) que le demandeur aurait omis de soulever.

Le propos de MARBURGER ne semble pas être d'un grand secours pour le juriste suisse. En considérant la réserve en faveur des prétentions ultérieures comme un moyen pouvant être forclos, MARBURGER innove puisqu'il comble une lacune légale au sein de la systématique du code de procédure civile³³². Or, un tel procédé exige une grande retenue³³³. De plus, l'effet de forclusion ne s'étend qu'aux faits directement pertinents pour la prétention procédurale soulevée³³⁴ ; on voit mal en quoi une réserve en faveur des prétentions futures représente un fait pertinent pour qu'une décision soit rendue sur la première action partielle³³⁵. Enfin, MARBURGER fonde son propos sur une extension analogique des articles 767(3) ZPO et 145 PatG, non-transposable au droit suisse.

Au vu de ce qui précède, on peine à concevoir en quoi l'effet forclusif agirait, notamment en droit suisse, différemment en cas d'action partielle voilée qu'il ne le ferait en cas d'action partielle dévoilée.

³²⁹ cf. REISCHL, p. 286.

³³⁰ cpr KULAKSIZ, p. 85.

³³¹ cf. *supra* I.B.3.3.

³³² cf. REISCHL, p. 286.

³³³ STEINAUER, n. 363 ss ; cpr OBERHAMMER, art. 86, n. 6 *i.f.*

³³⁴ cf. *supra* I.B.3.3.

³³⁵ cpr KULAKSIZ, p. 86.

1.3. Considération personnelle

Si l'on admet que l'action partielle voilée est une institution valable, l'argument de l'égalité des armes ne suffit pas à justifier que l'action partielle voilée soit soumise à une autorité de la chose jugée plus étendue qu'en cas d'action partielle dévoilée. En effet, l'étendue actuellement étroite de l'autorité de la chose jugée peut également tourner au désavantage du demandeur : un premier succès ne lui en garantit pas un second³³⁶. Certes, le défendeur est privé de certains moyens de riposte lorsqu'il fait face à une action partielle voilée, mais une extension de l'autorité de la chose jugée au-delà de la partie actionnée placerait le demandeur dans une situation où, quoi qu'il advienne, il ne peut jamais véritablement gagner. À son tour, il serait placé dans une position fortement inégale³³⁷.

Le principe de l'égalité des armes exige, en revanche, que le demandeur individualise la prétention procédurale afin que le défendeur soit à même d'agir en conséquence³³⁸. En ce sens, nous considérons que la problématique de l'action partielle voilée doit être abordée sous l'angle de l'individualisation de la demande : l'étendue de la condamnation souhaitée doit apparaître évidente au regard de cette dernière³³⁹. En effet, il doit ressortir de la demande (ou des allégations du demandeur en général) que la créance ait été divisée en deux prétentions matérielles au moins³⁴⁰. Si la distinction entre montant d'embase et montant restant n'est pas perceptible, la seconde action portant sur un nouveau montant découlant du même état de fait ne se distinguerait pas de la prétention procédurale précédente, déclenchant de ce fait l'effet privatif³⁴¹.

En effet, le juge statuera au regard du droit applicable sur ce qui lui est soumis ; une prétention globale fondée un conglomérat de faits qui sera normativement arrêté³⁴². Il ne peut être fait exception à ce principe que dans la mesure où le demandeur ou les

³³⁶ TERHALLE, p. 236.

³³⁷ MUSIELAK, p. 300 ; KULAKSIZ, p. 89-91.

³³⁸ BERTI, *Neue Gedanken*, p. 195 ; cpr BERTI, *Gedanken*, p. 78 s.

³³⁹ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 520, n. 16.

³⁴⁰ cf. MUSIELAK, §322, n. 67.

³⁴¹ cpr OBERHAMMER, p. 510.

³⁴² Pour comprendre l'état de fait jugé, cf. *supra* I.B.5.3.3.

deux parties requièrent explicitement que seul le fondement d'une (ou de quelques) prétention(s) déterminée(s) ne soit examiné³⁴³.

Si les parties disposent de l'objet du litige, on est en droit d'attendre à que le demandeur le fasse avec diligence³⁴⁴. S'il omet de délimiter correctement le contenu du jugement, les règles de la bonne foi, selon lesquels s'interprète d'ailleurs la demande³⁴⁵, devraient l'emporter sur le « libertarianisme » procédural. Le juge et la partie adverse devraient être protégés dans ce qu'il pouvait objectivement reconnaître. Ceci se justifie d'autant plus que l'action partielle voilée plaide en défaveur de la paix sociale et décourage la résolution des litiges par voie consensuelle ou extrajudiciaire³⁴⁶ : nul ne sait si et quand le contentieux est véritablement résolu dès lors que toute prétention positive et divisible ayant fait l'objet d'un jugement n'interdit pas la conduite d'un nouveau procès au fond.

Pour ces raisons, il y a lieu de considérer que l'action partielle voilée³⁴⁷ n'est pas à admettre sur le principe³⁴⁸ dans la mesure où elle est incompatible avec les règles de la bonne foi et fait fi des exigences d'individualisation : toute action partielle voilée est à assimiler à une action « ordinaire ». Nous adhérons donc, pour d'autres motifs, à la doctrine dominante suisse qui recommande au demandeur de dévoiler son action partielle³⁴⁹, en espérant que la justice se montre conséquente si ladite recommandation n'était pas suivie.

³⁴³ ZINGG, art. 59, n. 74.

³⁴⁴ Ouvrir un procès contre autrui est, semble-t-il, une circonstance propre à exiger une certaine incombance de diligence, cpr CC 3(2).

³⁴⁵ ATF 105 II 229 (JdT 1980 I 280), consid. 2a.

³⁴⁶ La favorisation de la résolution extrajudiciaire des litiges est énoncée comme but social de certaines constitutions cantonales (ex. article 120 de la Constitution de la République et canton de Genève du 1^{er} janvier 2013 ; RS 131.234).

³⁴⁷ Pour autant qu'elle apparaisse complètement « insondable » et qu'elle soit « proprement dite ».

³⁴⁸ Cette conception prévaut en droit positif turc, cf. Kulaksiz, p. 52.

³⁴⁹ ZÜRCHER, art. 59, n. 46 ; cpr STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 228, n. 39 ; cpr BOHNET, art. 86, n. 14 ; FÜLLEMANN, art. 86, n. 4, *i.f.*.

2. Problématique de la préjudicialité

Comme susmentionné *supra* A.1., la jurisprudence et doctrine dominante sont actuellement d'avis que la recevabilité, et plus généralement l'admissibilité, de l'action en complément de créance est indépendante du sort de l'action en créance partialisée. Toutefois, en matière d'action partielle (proprement dite), une telle conception n'est pas sans émouvoir une partie de l'opinion doctrinale, notamment lorsque la partie actionnée de la prétention a fait l'objet d'un rejet lors du premier procès³⁵⁰. Selon elle, les jugements contradictoires menacent dès lors que le fondement matériel des prétentions et le complexe de faits sur lequel elles reposent sont strictement identiques³⁵¹.

Pour comprendre la problématique et les solutions avancées, nous exposerons d'abord la proposition historique de l'allemand ZITELMANN (*infra* 2.1.) sur l'extension de l'autorité de la chose jugée en cas de décision concluant au rejet de l'action en créance partialisée. Nous examinerons ensuite le paradigme commun de quelques éminents auteurs³⁵² de la dissidence contemporaine (*infra* 2.2.) qui perpétuent l'esprit de ZITELMANN, à défaut d'acquiescer sur le fond. Ceci posé, nous exposerons les limites de la conception dissidente contemporaine en procédant à sa critique (*infra* 2.3.). Enfin, l'auteur de la présente étude clora le propos en donnant son avis sur la question (*infra* 2.4.).

2.1. Proposition initiale de ZITELMANN

En 1885 déjà, ZITELMANN³⁵³ plaide en faveur d'une extension de l'autorité de la chose jugée à l'ensemble de la prétention dès lors que la première partie actionnée aboutit à un rejet. ZITELMANN fonde son argumentation sur l'étendue de l'examen

³⁵⁰ « [...] *Im Rahmen der Klageabweisung stellt sich somit die Frage, ob die Rechtskraft eine abgewiesene Teilklage der Geltendmachung weiterer Teile der einheitlichen Gesamtforderung entgegensteht, oder ob sich die Klageabweisung nur auf den rechtshängig gewordenen Teil bezieht – auch wenn in den Entscheidungsgründen der gesamte Anspruchsgrund erörtert und verneint wurde.* », TERHALLE, p. 213 s.

³⁵¹ **CH:** BERTI, Beitrag, p. 47. **DE:** cpr TERHALLE, p. 214.

³⁵² cf. not. MUSIELAK, LEIPOLD, OBERHAMMER, et BERTI.

³⁵³ ZITELMANN Ernst, *Rechtskraft bei Theilforderungen*, ZZP 8 (1885), 254.

effectif du juge. Selon lui, le juge devant chercher quelle partie de la prétention globale pouvant être octroyée au demandeur, un rejet signifie que la prétention globale ait fait l'objet d'un examen d'ensemble sans qu'aucune partie n'ait pu être accordée³⁵⁴. Dans un tel cas, la *res iudicata* matérielle porterait sur la prétention globale en cas de rejet de l'action partielle sur le fond, de sorte à ce que l'effet privatif rende l'action en complément de créance irrecevable. À l'inverse, si la première prétention actionnée était admise, il est à considérer que le juge ait interrompu son examen dès lors que le fondement suffisait à octroyer la partie actionnée : la *res iudicata* matérielle se limiterait alors en principe à la partie accordée, sans préjuger du fondement de la prétention globale. En conséquence, au vu du propos ZITELMANN, la portée de la limite objective de l'autorité de la chose jugée varierait en fonction de l'étendue de l'examen judiciaire³⁵⁵.

La proposition de ZITELMANN continue à nourrir la réflexion doctrinale contemporaine mais sa conceptualisation est tombée en désuétude³⁵⁶ : la ségrégation entre les prétentions de l'action en créance partialisée et de l'action en complément de créance fait, même dans la doctrine dissidente, l'unanimité à notre époque (*cf. supra* A.2.). C'est la préjudicialité (effet positif au sens large) que l'on favorise aujourd'hui pour sceller l'interdépendance « logique »³⁵⁷ entre les deux prétentions et pour justifier que le rejet de la première entraîne la disqualification de la seconde.

2.2. Paradigme actuel de la doctrine dissidente dominante

Pour l'essentiel, la doctrine dissidente dominante considère que le premier juge ne peut rejeter la prétention sur le montant d'embase sans que sa décision ne se répercute sur le montant restant³⁵⁸. Le rejet de l'action en créance partialisée aboutirait

³⁵⁴ *cf.* MUSIELAK, p. 302 s. ; *cf.* LEIPOLD, p. 439.

³⁵⁵ *cpr.* aussi REISCHL, p. 269 s.

³⁵⁶ *cpr.* BERTI, Beitrag, p. 47. *N.B.* La jurisprudence suisse conteste directement le propos de ZITELMANN en affirmant que l'autorité de la chose jugée « s'attache [...] qu'à la partie de la créance qui a fait l'objet de la décision, même si l'ensemble de la prétention a été examiné pour statuer », ATF 4A_209/2007 du 5 septembre 2007, consid. 2.2.2, ATF 125 III 8 (JdT 2000 I 29), consid. 3.

³⁵⁷ *cpr.* LEIPOLD, p. 436 et JAUERNIG, p. 335.

³⁵⁸ **CH:** OBERHAMMER, art. 86, n. 10. **DE:** OBERHAMMER, p. 510 s.

nécessairement, pour cause de préjudicialité, au rejet de l'action en complément de créance.

Pour comprendre cette conception, il faut considérer le dispositif d'un jugement condamnatore négatif. La formule lapidaire « La demande est rejetée. » ne suffit pas déterminer la prétention procédurale (resp. l'objet du jugement)³⁵⁹. Une interprétation du dispositif au regard de la *ratio decidendi* s'impose donc³⁶⁰. Le dispositif d'une action condamnatore rejetant la prétention procédurale pécuniaire peut alternativement s'entendre au sens de :

- a) « Le demandeur est dépourvu de droit sur la prétention actionnée. » ; ou
- b) « Le demandeur a le droit à CHF 0. » (*i.e.* le demandeur n'a aucune prétention.).

La dissidence doctrinale penche en faveur de la seconde hypothèse³⁶¹, en arguant que la décision statuerait sur le « principe de la dette »³⁶² en tant que « jugement constatatoire »³⁶³. On devrait conclure, si l'on interprète correctement le dispositif du jugement constatatoire négatif au regard de la *ratio decidendi*³⁶⁴, qu'aucune prétention pécuniaire n'est due sur la base de l'état de fait jugé et que ceci constitue la solution finale et principale du premier procès. En cela, l'effet préjudiciel de la première décision sur le second procès ne représenterait pas une extension de l'étendue de l'autorité de la chose jugée, mais seulement la conséquence du caractère contraignant du dispositif de jugement³⁶⁵. Si le contraire devait être retenu, le demandeur pourrait sans cesse augmenter virtuellement sa prétention de manière à recréer artificiellement des nouvelles parties dépourvues d'autorité de chose jugée³⁶⁶.

On aurait tort de croire que la doctrine dissidente dominante considère que *l'étendue* de l'autorité de la chose jugée diffère en cas de rejet de l'action en créance partialisée.

³⁵⁹ Pour la limite objective de l'autorité de la chose jugée en général, *cf. supra* I.B.5.3.

³⁶⁰ MUSIELAK, §322, n. 48.

³⁶¹ **CH:** cpr OBERHAMMER, art. 86, n. 10 ; BERTI, Beitrag, p. 48. **DE:** OBERHAMMER, p. 507 ; LEIPOLD, p. 441.

³⁶² BOHNET, art. 86, n. 15.

³⁶³ MUSIELAK, §322, n. 48 et 71.

³⁶⁴ MUSIELAK, §322, n. 71.

³⁶⁵ OBERHAMMER, art. 86, n. 10.

³⁶⁶ BERTI, Beitrag, p. 48.

Que le jugement condamnatore soit (partiellement) négatif ou affirmatif, l'étendue de la *res iudicata* matérielle demeure inchangée³⁶⁷. Ce qui diffère en cas de rejet, ce sont la *conséquence des effets* de l'autorité de la chose jugée :

- a) **En cas d'admission intégrale** de la première prétention, ni la situation juridique initialement établie, ni la constatation de l'(in)existence du montant restant, ni même la constatation de l'existence de la prétention sur le principe n'ont d'effet sur le second procès³⁶⁸. L'admission de l'existence du montant d'embase permettrait, tout au plus, d'envisager l'existence d'un montant restant.
- b) **En cas de rejet complet ou partiel**, il est constaté, en revanche, que la prétention n'est pas due (n'existe pas) à la hauteur du montant actionné³⁶⁹. Or, l'action en complément de créance nécessite l'existence d'un montant d'embase³⁷⁰. Sans montant initial, point de montant restant. Tout rejet de l'action en prétention partialisée conclurait donc non seulement que la partie actionnée n'est pas due, mais également qu'il n'existe pas de prétention supérieure au montant rejeté³⁷¹. En ce sens, l'effet positif de l'autorité de la chose jugée empêcherait le montant restant d'être accordé, sous peine de contredire le précédent jugement ; la seconde action devrait aussi être rejetée³⁷². *De facto*, la constatation négative contraignante s'étend ainsi à la prétention globale.

En résumé et pour l'essentiel, la doctrine dissidente dominante scrute le même horizon : tout jugement condamnatore rendu à la suite d'une action en créance partialisée contiendrait une constatation ayant autorité de la chose jugée sur l'existence de la prétention à la hauteur du montant actionné³⁷³. En cas de rejet, cette constatation exprimerait l'inexistence d'une prétention supérieure à celle qui a été introduite. En cela, l'action en complément de créance, laquelle exige logiquement

³⁶⁷ cf. LEIPOLD, §322, n. 140-143 ; LEIPOLD, p. 449.

³⁶⁸ OBERHAMMER, art. 86, n. 10 ; cpr BERTI, Beitrag, p. 47.

³⁶⁹ cpr TERHALLE, p. 230 s.

³⁷⁰ OBERHAMMER, art. 86, n. 10 ; cf. aussi SUTTER-SOMM, Auf dem Weg, p. 240. *N.B.* Il est sans importance que la prétention globale soit ou non examinée en intégralité ou encore qu'une telle constatation ait autorité de la chose jugée.

³⁷¹ MUSIELAK, p. 306.

³⁷² OBERHAMMER, p. 511-513 ; cf. MUSIELAK, p. 305 et 307.

³⁷³ **CH:** cpr BERTI, Neue Gedanken, p. 195 s. **DE:** OBERHAMMER, p. 510 ; LEIPOLD, p. 441.

l'existence d'un montant supérieur au montant initialement introduit, ne pourrait aboutir, en raison de l'effet préjudiciel, qu'à un rejet.

2.3. Critique

La question névralgique est de savoir si et dans quelle mesure les constatations judiciaires contenues dans le premier jugement sont opposables lors du second procès³⁷⁴. À notre avis, la question « si » renvoie plutôt à l'ordre juridique suisse qui peine à concevoir une quelconque portée constatatoire aux jugements condamnatoires, alors la question « dans quelle mesure » interroge davantage la rigueur et le besoin de certitude dogmatique des érudits et tribunaux allemands.

En droit suisse, la réflexion dogmatique paraît strictement d'ordre spéculatif³⁷⁵. Premièrement, rien n'indique qu'un jugement condamnatoire ait une portée constatatoire³⁷⁶. Secondement, même si celle-ci était à admettre, il n'est pas sûr que sa portée suffise à satisfaire ceux qui souhaiteraient qu'elle se répercute sur les procès ultérieurs³⁷⁷. En effet, l'effet préjudiciel exige une dépendance juridique entre les deux objets de litige, et le juge n'est pas en droit de se suffire de la simple opportunité de répondre de façon unitaire à une question de droit opposant les mêmes parties³⁷⁸. Pour l'heure, la constatation du « principe de la dette »³⁷⁹ renvoie au droit matériel que les jugements condamnatoires suisses ne sont pas aptes à constater avec force obligatoire.

³⁷⁴ LEIPOLD, §322, n. 147 ; cf. REISCHL, p. 276. Pour la question de la portée constatatoire d'un jugement condamnatoire, cf. *supra* A.3. Pour l'effet de préjudicialité en général, cf. *supra* I.B.3.2.

³⁷⁵ « [...] *Dass jeder Entscheid über eine Teilbetrag jedenfalls auch die Existenz des Anspruchs dem Grunde nach auch mit Rechtskraftwirkung für den Gesamtbetrag feststellt, stünde in einem schwerwiegenden Spannungsverhältnis zum Dispositionsgrundsatz – ein solcher Entscheid wurde ja eigentlich nicht beantragt ; zweifelhaft ist auch, ob die isolierte Anspruchsexistenz dem Grunde nach überhaupt ein feststellungsfähiges Recht oder Rechtsverhältnis wäre.* [...] », OBERHAMMER, art. 86, n. 10.

³⁷⁶ cf. *supra* A.3.

³⁷⁷ BOPP/BESSENIH admettent qu'un jugement condamnatoire ait une portée constatatoire (cf. *idid.*, art. 84, n. 4). Toutefois, ils ne considèrent pas que celle-ci suffise à sceller le sort de la prétention procédurale soulevée par l'action en complément de créance (cpr BOPP/BESSENIH, art. 86, n. 10).

³⁷⁸ SCHELLHAMMER, n. 880.

³⁷⁹ cf. BOHNET, art. 86, n. 15.

En droit allemand, si le caractère constatatoire d'un jugement condamnatore est admis³⁸⁰, la portée de la constatation ne semble pas, en l'état, apte à satisfaire les conditions de la préjudicialité³⁸¹. C'est à bon droit que JAUERNIG/HESS³⁸² contestent la conception selon laquelle le juge statue avec autorité de chose jugée sur le principe (« *dem Grund nach* ») de la prétention. En effet, le jugement condamnatore allemand ne constate que la conséquence juridique de son verdict³⁸³ : la prétention *procédurale* est ou n'est pas à exécuter. On peut évidemment se demander à quel point la *ratio decidendi*, qui présume du fondement matériel de la prétention procédurale, est déterminante pour établir le contenu obligatoire du jugement³⁸⁴. Néanmoins, on voit mal en quoi celui-ci oscillerait en fonction du sort réservé à la prétention procédurale.

En conséquence, en Allemagne et en Suisse, même sous les meilleurs augures, la faiblesse formelle du raisonnement de la doctrine dissidente dominante repose sur le fait qu'un jugement condamnatore constate uniquement le caractère exécutoire de la prétention, et non son existence en tant que telle. L'éventuelle portée constatatoire du jugement condamnatore est, à notre sens, intrinsèquement liée au droit de l'exécution forcée³⁸⁵. Par exemple, un jugement condamnatore qui rejette l'octroi d'une obligation naturelle ne présume pas de son inexistence, mais constate seulement son absence d'exécutabilité³⁸⁶. En cela, la distinction entre montant d'embase (*Stockelbetrag*) et montant restant (*Restbetrag*) ne présente qu'un intérêt d'individualisation des prétentions et ne présume pas de leur interdépendance juridique. Une décision qui rejette l'action en créance partialisée ne dit rien sur l'existence d'un montant d'embase ; le jugement se borne tout au plus à constater que la somme avancée n'est pas due par le débiteur et que le créancier n'est pas en droit de la lui réclamer³⁸⁷. Par ailleurs, on ne voit pas pourquoi le demandeur intégrerait

³⁸⁰ cf. *supra* A.3.1.

³⁸¹ cpr SAENGER, §322, n. 25.

³⁸² *idib.*, p. 250, n. 11.

³⁸³ cf. SCHELLHAMMER, n. 838 ; cpr SAENGER, §322, n. 12.

³⁸⁴ TERHALLE, p. 216.

³⁸⁵ cf. *supra* A.3.1.

³⁸⁶ *i.e.* La prétention matérielle existe mais il n'est pas possible de la faire valoir. cpr ATF 99 II 185, consid. 2b.

³⁸⁷ cpr BGH NJW 2006, 63 ; SCHELLHAMMER, n. 843.

dans sa demande en condamnation une prétention procédurale à la constatation dès lors que celle-ci ne peut lui être que défavorable³⁸⁸.

Au vu de ce qui précède, la doctrine dissidente dominante ne semble pas pouvoir l'emporter d'un point de vue dogmatique, aussi longtemps que le jugement condamnatore rendu à la suite d'une action partielle n'intègre pas le fondement matériel de la prétention procédurale dans son autorité de chose jugée³⁸⁹.

De surcroît, la solution de la préjudicialité présente, dans les deux ordres juridiques, le risque que la compétence matérielle des tribunaux soit éludée³⁹⁰. Par exemple, un tribunal compétent jusqu'à un montant de CHF 5'000 serait capable de clore un litige portant factuellement sur une somme de CHF 1'000'000³⁹¹. De même, l'acquiescement du paradigme de la dissidence remettrait en cause le système général des voies de recours³⁹². Que LEIPOLD³⁹³ affirme que le système se trouve rééquilibré par la capacité du défendeur d'introduire une demande reconventionnelle en constatation négative de droit, ne suffit pas à convaincre. D'une part, le droit positif suisse ne voit pas cet outil comme un moyen de riposte adéquat³⁹⁴ et, d'autre part, l'institution de l'action partielle voilée reste tolérable sous l'empire du droit actuel³⁹⁵.

2.4. Considération personnelle

Nous regrettons que la doctrine dissidente dominante ne trouve pas d'assise dogmatiquement recevable pour faire valoir son propos sous l'empire de la situation juridique actuelle. En effet, un jugement qui, malgré que le fondement en fait et en droit n'ait pas changé d'un chouia, accorderait le montant restant alors que le montant

³⁸⁸ Comme nous l'avons vu *supra* 2.2., la doctrine dissidente dominante reconnaît que l'admission totale de l'action en créance partialisée n'a aucune influence sur le sort de l'action en complément de créance.

³⁸⁹ MUSIELAK le laisse d'ailleurs sous-entendre p. 305 : « *Diese Feststellung – wird sie rechtskräftig – [...]* ».

³⁹⁰ cpr FÜLLEMANN, art. 86, n. 9.

³⁹¹ cf. TERHALLE, p. 231.

³⁹² cf. TERHALLE, p. 233 s.

³⁹³ cf. *ibid.*, p. 448 s.

³⁹⁴ cf. *supra* I.A.5.

³⁹⁵ cf. *supra* A.1. et B.1.

d'embase avait été rejeté, heurte le sens commun et apparaît *de facto* comme un jugement contradictoire. Ce n'est pas sans raison que LEIPOLD s'oppose à une conception trop formaliste et abstraite de l'art. 322(1) ZPO et plaide en faveur d'une approche plus ancrée dans l'esprit de la loi, dans le fait et dans la nouvelle réalité juridique européenne³⁹⁶. De même, il n'est pas étonnant que MUSIELAK vienne au renfort de ce propos en affirmant que, l'effet privatif étant susceptible de se déployer également en cas d'antinomie des prétentions (*kontradiktorisches Gegenteil*), il y aurait lieu de considérer que le droit allemand s'est déjà affranchi de la stricte lettre de l'art. 332(1) ZPO pour en poursuivre l'esprit³⁹⁷. En accord avec la tradition juridique suisse³⁹⁸, nous considérons également que l'approche pratique et pragmatique devrait l'emporter sur la rigidité conceptuelle.

Néanmoins, malgré le revers susmentionné, deux autres cartouches doctrinaires pourraient encore être tirées pour tenter, par effet de ricochet, de toucher le mille.

Premièrement, la question, soulevée par BOPP/BESSENICH³⁹⁹, de la subsidiarité de l'action constatatoire et de sa réverbération sur l'institution de l'action condemnatoire semble être une piste prometteuse. La problématique de la portée préjudicielle du jugement rendu à la suite d'une action en créance partialisée prendrait une autre tournure si ladite action intégrait une prétention procédurale constatatoire sur l'existence de la prétention matérielle. En effet, si la constatation devient une question principale dans le premier procès, l'effet préjudiciel de la *res iudicata* matérielle de la première décision ne pourra plus si facilement être dédaigné⁴⁰⁰.

Secondement, la piste de l'effet de forclusion, notamment examinée par OBERHAMMER⁴⁰¹ en droit allemand et en droit autrichien, devrait être explorée. Néanmoins, avant de présumer de sa conséquence sur la procédure introduite par

³⁹⁶ LEIPOLD, p. 433.

³⁹⁷ cf. MUSIELAK, p. 305 s. ; cf. aussi TERHALLE, p. 47 s.

³⁹⁸ LANDBRECHT, p. 257.

³⁹⁹ *idib.*, art. 84, n. 4 ; *idib.*, art. 86, n. 12.

⁴⁰⁰ cpr *a contrario* RÜETSCHI, n. 69-71.

⁴⁰¹ cf. *idib.*, p. 515 ss. ; cf. *ibid.*, JBl, 2000, p. 205 ss. Pour sa proposition en matière d'effet de forclusion en général, cf. *supra* I.B.3.3.

l'action en complément de créance, le chemin devra d'abord être balisé : l'effet forclusif de l'autorité de la chose jugée reste, en droit positif suisse, un objet juridique non identifié⁴⁰². On peut espérer que l'unification du droit de procédure helvétique, ainsi que l'élévation inconditionnelle⁴⁰³ au niveau fédéral de l'institution de l'autorité de la chose jugée contribueront, avec le concours du labeur doctrinal et jurisprudentiel, à déterminer la nature et la portée exacte l'effet de forclusion de l'autorité de la chose jugée.

Pour le reste, nous nous en remettons au pouvoir judiciaire et espérons que le devoir formulé à l'article 1(3) CC, ainsi que « l'effet suggestif » de la première décision suffiront à emporter la conviction des tribunaux dans le sens de la raison.

⁴⁰² cpr OBERHAMMER, report, p. 14 s.

⁴⁰³ cpr ex. ATF 119 II 89 (JdT 1994 I 59), consid. 2a et FF 2006 6841, p. 6849, nbp. 1. *N.B.* Avant l'unification de la procédure civile suisse, l'autorité de la chose jugée n'était considérée que de droit fédéral que dans la mesure où elle portait sur des prétentions matérielles de droit fédéral.

Conclusion

À titre finale, nous proposons un récapitulatif des points essentiels développés ou relevés par la présente étude :

Principe de disposition. Sous l'empire du droit actuel, la maxime de principe est l'alpha et l'oméga de l'action partielle. Il lui donne « vie »⁴⁰⁴ et définit le contenu objectif de l'autorité de la chose jugée du jugement qui scelle son sort⁴⁰⁵.

Individualisation abstraite. L'action partielle proprement dite⁴⁰⁶ doit être individualisée abstraitement pour que les prétentions procédurales se distinguent⁴⁰⁷. C'est uniquement dans cette mesure que le demandeur jouit correctement de son droit de disposer de l'objet du litige⁴⁰⁸.

Action partielle voilée⁴⁰⁹. Si l'autorité de la chose jugée s'étend à la prétention globale en cas d'action partielle voilée, l'action partielle de l'article 86 CPC incarnerait véritablement une institution à part entière. Si le contraire était à retenir, il faut considérer que toute action portant sur une prétention matérielle positive et divisible s'assimile virtuellement à une action partielle. Cette seconde hypothèse est celle que semble prôner le régime actuel⁴¹⁰. Nous désapprouvons cette conception⁴¹¹.

Limite objective de la *res iudicata* en matière d'action partielle⁴¹². En vertu du principe de disposition, l'autorité de la chose jugée de la décision rendue à la suite de

⁴⁰⁴ Pour le fondement de l'action partielle, *cf. supra* I.A.1.

⁴⁰⁵ *cf. supra* II.A.1. et II.A.2.

⁴⁰⁶ *cf. supra* I.A.2.2.

⁴⁰⁷ *cf. supra* II.A.2.

⁴⁰⁸ *cpr not. supra* II.B.1.3.

⁴⁰⁹ Pour la notion, *cf. supra* I.A.2.1. Pour la problématique, *cf. supra* II.B.1.

⁴¹⁰ MUSIELAK, §322, n. 73 *if.*

⁴¹¹ *cf. supra* II.B.1.3.

⁴¹² Pour la limite objective de l'autorité de la chose jugée en général, *cf. supra* I.B.5. En matière d'action partielle en particulier, *cf. supra* II.

l'introduction d'une action partielle se limite à la partie de la prétention actionnée en justice et ne déploie en principe pas d'effet sur les prétentions complémentaires⁴¹³.

Préjudicialité?⁴¹⁴ L'autorité de la chose jugée du jugement rendu à la suite de la première action partielle n'est pas susceptible de déployer un effet positif⁴¹⁵ sur la seconde procédure⁴¹⁶. Aucun élément de la première décision ne lie le second juge. Si l'article 322(1) ZPO en lien avec l'article 308(1) ZPO confine la réflexion allemande, il se peut que l'empêcheur suisse de danser en rond soit l'article 84 CPC en lien avec l'article 58(1) CPC. Néanmoins, dans les deux ordres juridiques, c'est le contenu de la prétention procédurale exprimée dans la première action partielle condamnatoire qui est déterminant pour décider si et dans quel mesure le juge subséquent est susceptible d'être inféodé au jugement.

Remarque finale. Le moment est propice à ce que la doctrine et les tribunaux suisses se sentent relativement libres de redessiner les contours de l'autorité de la chose jugée en matière d'action partielle : d'une part, l'action partielle vient de quitter le droit cantonal⁴¹⁷ pour intégrer le droit fédéral ; d'autre part, le législateur a clairement manifesté, à l'occasion de l'unification de la procédure civile, sa volonté⁴¹⁸ de ne pas confiner la réflexion de la doctrine et la jurisprudence en matière d'autorité de la chose jugée à la rigidité d'une disposition légale. Pour le surplus, une consécration et un ordonnancement - comme le TF l'a récemment fait en matière d'effet privatif⁴¹⁹ - de l'effet de forclusion de l'autorité de la chose jugée sembleraient également bienvenus.

⁴¹³ *cf. supra* II.A.1.

⁴¹⁴ *cf. supra* II.B.2.

⁴¹⁵ *cf. supra* I.B.3.2.

⁴¹⁶ *cf. supra* II.B.2.3.

⁴¹⁷ cpr ATF 4A_104/2011 du 27 septembre 2011, consid. 3.2.

⁴¹⁸ cpr FF 2006 6841, p. 6953.

⁴¹⁹ cpr ATF 139 III 126.