

Marie-Laure Percassi

La représentation conventionnelle en procédure civile suisse

Avec une analyse des différences de
traitement fondées sur le critère de la
représentation professionnelle



COLLECTION NEUCHÂTELOISE

Helbing Lichtenhahn

Marie-Laure Percassi

La représentation conventionnelle en procédure civile

Avec une analyse des différences de traitement fondées sur le critère de la représentation professionnelle

Marie-Laure Percassi

Docteur en droit

La représentation conventionnelle en procédure civile

Avec une analyse des différences de traitement fondées sur
le critère de la représentation professionnelle



COLLECTION NEUCHÂTELOISE

Helbing Lichtenhahn

Thèse de doctorat
de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
soutenue le 5 juin 2023



Publié avec le soutien du Fonds national suisse de la recherche scientifique.

La législation, la jurisprudence et la doctrine ont été prises en compte jusqu'au
30 septembre 2023.

DOI: https://doi.org/10.46455/Helbing_Lichtenhahn/978-3-7190-4817-4



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons
Attribution - Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification 4.0 International.

ISBN 978-3-7190-4817-4 (édition imprimée)

© 2024 Helbing Lichtenhahn, Bâle / Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

www.helbing.ch / www.unine.ch

Remerciements

La rédaction d'une thèse de doctorat a été une entreprise longue, incertaine et parsemée de doutes. C'est donc avec fierté – mais également avec un grand soulagement – que j'écris ces quelques lignes, qui marquent la fin de ce travail. Celui-ci n'aurait cependant pas été possible sans les nombreuses personnes qui m'ont apporté leur soutien tout au long de mes années de doctorat et que j'ai l'occasion de remercier ici.

Ma gratitude va tout d'abord à mon directeur de thèse, le Professeur François Bohnet. Sa passion pour la procédure civile, ses connaissances étendues et son expérience de la rédaction scientifique lui ont permis de m'apporter des conseils toujours pertinents et utiles. Je le remercie de m'avoir accordé sa confiance durant ces années de collaboration et de m'avoir donné l'opportunité de participer à la rédaction de nombreuses publications. Je tiens également à exprimer ma reconnaissance aux Professeurs Blaise Carron (rapporteur interne) et Benoît Chappuis (rapporteur externe) pour leur relecture attentive de mon travail, leurs conseils avisés et leur bienveillance lors de la soutenance.

Mes années de doctorat m'ont surtout permis de lier des amitiés avec des personnes côtoyées dans les murs de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel : je pense tout particulièrement à Sandra, Léane et Luca, qui m'ont apporté leur aide en toutes circonstances, mais également à Lino, Floriane, Fanny, ainsi qu'à toutes les autres personnes dont j'ai croisé le chemin durant mon doctorat. En outre, mon travail n'aurait pas pu aboutir sans le précieux support des collaboratrices et collaborateurs des secrétariats – externe et interne – et de la bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.

La présente recherche a été rendue possible grâce au soutien financier accordé pendant trois ans par le FNS, envers lequel je suis vivement reconnaissante.

J'adresse également mes remerciements à toute l'équipe de l'étude HDC à Lausanne, qui m'a suivie et encouragée durant les derniers mois de mon travail.

Enfin, je souhaite remercier l'ensemble de mes proches pour leur soutien : mes parents, mon frère et ma belle-sœur, mes grands-parents, mes beaux-parents, ma marraine, mon parrain et mes ami-e-s (spécialement celles et ceux de l'Ice Tea Club). Ma gratitude va aussi bien évidemment à Yann, qui a partagé mon quotidien et écouté avec patience – pendant plus de cinq ans – mes lamentations de doctorante.

Sommaire

Table des matières	IX
Table des abréviations	XXIII
Table des lois cantonales	XXXIII
Bibliographie	XLIII
Introduction	1
PREMIÈRE PARTIE	
Principes généraux de la représentation conventionnelle	5
Chapitre 1 : Sources	7
Chapitre 2 : Historique.....	25
Chapitre 3 : Définition, distinctions et rôle.....	41
Chapitre 4 : Procuration, acte au nom de la partie représentée et aperçu des effets	87
Chapitre 5 : Représentation conventionnelle et droits fondamentaux.....	133
Chapitre 6 : Droit de choisir d’être représenté	145
DEUXIÈME PARTIE	
Représenté·e, représentant·e et tiers	183
Chapitre 7 : Représenté·e	185
Chapitre 8 : Représentant·e	227
Chapitre 9 : Tiers	337
TROISIÈME PARTIE	
Traitement procédural différent en cas de représentation professionnelle	345
Introduction à la troisième partie	347
Chapitre 10 : Problématiques principales	349
Chapitre 11 : Conséquences d’une erreur et responsabilité de l’avocat·e	407
Chapitre 12 : Analyse critique	425
Conclusion	459
Index	469

Table des matières

Table des matières	IX
Table des abréviations	XXIII
Table des lois cantonales	XXXIII
Bibliographie	XLIII
I. Doctrine	XLIII
II. Documents officiels	LXXII
Introduction	1
PREMIÈRE PARTIE	
Principes généraux de la représentation conventionnelle	5
Chapitre 1	
Sources	7
I. Droit international	7
A. CEDH	8
1. Droit d'accès aux tribunaux	8
2. Égalité des armes	8
3. Droit d'être entendu en personne	9
B. Pacte ONU II	9
1. Droit d'accès aux tribunaux	9
2. Droit d'être entendu personnellement	10
II. Droit fédéral	10
A. Constitution fédérale	10
1. Garanties de procédure	10
a. Égalité des armes (art. 29 al. 1 Cst.)	11
b. Droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.)	11
c. Droit à l'assistance judiciaire (art. 29 al. 3 Cst.)	11
2. Partage des compétences	11
B. CPC	12
1. Règles sur la représentation	12
2. Partage des compétences	13
C. LTF	14
D. PCF	14
E. LP	15
F. CC	15
G. CO	16
H. LLCA	17

I.	LTFB.....	18
J.	LMI.....	19
III.	Droit cantonal	19
A.	Lois sur les avocat·e·s	19
1.	Activité de représentation de l'avocat·e	20
2.	Cercle des représentant·e·s professionnel·le·s autorisé·e·s	20
3.	Conditions pour représenter à titre non professionnel	21
4.	Conditions de formation et conditions personnelles pour accéder à la profession d'avocat·e.....	21
5.	Libre choix de l'avocat·e.....	21
6.	Représentant·e non autorisé·e	21
7.	Représentation par un·e avocat·e-stagiaire.....	21
B.	Lois cantonales concrétisant l'art. 68 al. 2 let. c et d CPC.....	22
1.	Agent·e·s d'affaires et agent·e·s juridiques breveté·e·s	22
2.	Mandataires professionnellement qualifié·e·s	23
IV.	Synthèse du chapitre 1	24
Chapitre 2		
Historique		25
I.	Moyen-Âge.....	25
II.	12 ^e siècle – 18 ^e siècle.....	26
III.	19 ^e siècle.....	28
A.	Réglementation de l'avocature	29
B.	Réglementation de la <i>Rechtsagentur</i>	30
IV.	Fin du 19 ^e siècle – 21 ^e siècle	31
A.	Accès des femmes à l'avocature et à la <i>Rechtsagentur</i>	31
B.	Essor de l'avocature.....	32
C.	Déclin de la <i>Rechtsagentur</i>	33
D.	Interdiction de la représentation en droit du travail	35
E.	Représentation devant le Tribunal fédéral	37
F.	Adoption et entrée en vigueur du CPC	38
V.	Synthèse du chapitre 2	39
Chapitre 3		
Définition, distinctions et rôle		41
I.	Définition.....	41
A.	Définition des termes	41
1.	« représentation »	41

2.	« conventionnelle »	42
a.	Actes faits avec des pouvoirs de représentation et dans la limite de ceux-ci	43
b.	Actes faits sans pouvoirs de représentation ou hors de la limite de ceux-ci	45
3.	Rattachement à la procédure civile	45
B.	Quelques caractéristiques	47
1.	Représentation active et passive	47
2.	Représentation directe	48
a.	Notion	48
b.	Représentation indirecte en procédure	49
c.	Excursus : distinction entre représentation indirecte et <i>Prozessstandschaft</i>	51
3.	Représentation facultative et volontaire	53
C.	Définition proposée	54
II.	Distinctions	54
A.	Concepts de droit matériel	54
1.	Représentation volontaire	54
a.	Notion	54
b.	Distinction	54
2.	Représentation légale	56
a.	Notion	56
b.	Distinction	57
3.	Représentation statutaire	58
a.	Notion	58
b.	Distinction	58
4.	Représentation commerciale	59
a.	Notion	59
b.	Distinction	60
5.	Mandat	63
a.	Notion	63
b.	Distinction	63
B.	Concepts de droit procédural	65
1.	Assistance	65
a.	Notion	65
b.	Distinction	66
2.	Assistance judiciaire	69
a.	Notion	69
b.	Distinction	70
3.	Représentation de l'enfant mineur·e en procédure	75
a.	Notion	75
b.	Distinction	76
4.	Représentation au sens de l'art. 449a CC	78
a.	Notion	78
b.	Distinction	79

5. <i>Prozessstandschaft</i>	80
a. Notion	80
b. Distinction	80
III. Rôle de la représentation conventionnelle	82
A. En général	82
B. S'agissant de la représentation à titre professionnel, en particulier par les avocats	83
IV. Synthèse du chapitre 3	85

Chapitre 4

Procuration, acte au nom de la partie représentée et aperçu des effets87

I. Procuration (pouvoirs de représentation).....	88
A. Précisions terminologiques	88
B. Principe	90
1. Octroi	90
a. Nature	90
b. Forme.....	92
2. Preuve	95
3. Étendue.....	99
a. Introduction	99
b. En général	100
c. Doutes sur l'étendue de la procuration.....	102
4. Extinction	103
a. Révocation des pouvoirs	103
b. Renonciation aux pouvoirs.....	105
c. Expiration	106
d. Liquidation de l'affaire concernée	106
e. Causes prévues à l'art. 35 CO.....	106
C. Exceptions.....	107
1. Ratification (art. 38 al. 1 CO).....	107
2. Protection de la bonne foi.....	110
a. Bonne foi du tiers.....	110
b. Bonne foi de la représentante ou du représentant (art. 37 al. 1 CO).....	113
D. Conséquences en cas d'absence de pouvoirs	114
II. Acte au nom de la partie représentée	116
A. Principe	116
B. Règles de droit matériel et application en procédure	117
1. Principe : manifestation du rapport de représentation	117
2. Exception : indifférence du tiers.....	118
III. Aperçu des effets principaux de la représentation	119
A. Imputation des actes et de la connaissance	119
1. Principe	119
2. Exception ?.....	121

B.	Dispense d'agir personnellement.....	123
C.	Notification à la représentante ou au représentant.....	124
D.	Remboursement des frais de représentation en cas de gain du procès... 126	
1.	Importance de la règle pour la représentation.....	126
2.	Dispositions applicables et principes.....	128
a.	CPC.....	128
b.	LTF.....	129
IV.	Synthèse du chapitre 4.....	130

Chapitre 5

Représentation conventionnelle et droits fondamentaux133

I.	Point de départ : l'accès à la justice.....	133
II.	Droit d'accès aux tribunaux.....	135
A.	Notion.....	135
B.	Liens avec la représentation conventionnelle.....	136
1.	Droit de se faire conseiller, défendre et représenter.....	136
2.	Droit de se défendre soi-même.....	137
III.	Égalité des armes.....	138
A.	Notion.....	138
B.	Liens avec la représentation conventionnelle.....	139
1.	Droit à l'égalité entre partie représentée et partie non représentée.....	139
2.	Droit à un·e représentant·e dans l'assistance judiciaire.....	140
IV.	Droit d'être entendu.....	141
A.	Notion.....	141
B.	Liens avec la représentation conventionnelle.....	142
1.	Droit d'être représenté et assisté.....	142
2.	Droit de s'exprimer personnellement en audience.....	143
V.	Synthèse du chapitre 5.....	144

Chapitre 6

Droit de choisir d'être représenté.....145

I.	Principe.....	145
II.	Exceptions.....	147
A.	Obligation d'agir personnellement.....	148
1.	Comparution personnelle en procédure de conciliation.....	148
a.	Principe.....	148
b.	Exceptions.....	149
c.	Assistance.....	151
d.	Conséquences en cas de représentation non autorisée.....	152

2.	Comparution personnelle en procédure matrimoniale.....	154
a.	Principe.....	154
b.	Exceptions.....	156
c.	Assistance.....	156
d.	Conséquences en cas de représentation non autorisée.....	156
3.	Comparution personnelle ordonnée par le tribunal.....	157
a.	Principe.....	157
b.	Exceptions.....	158
c.	Assistance.....	158
d.	Conséquences en cas de représentation non autorisée.....	158
4.	Autres cas.....	160
B.	Obligation de représentation.....	161
1.	Absence de capacité de postuler de la partie.....	161
a.	Principe.....	161
b.	Représentant·e·s autorisé·e·s.....	165
c.	Conséquences en cas de refus de nommer un·e représentant·e.....	165
2.	Obligation de désigner un domicile de notification.....	167
a.	Principe.....	167
b.	Représentant·e·s autorisé·e·s.....	168
c.	Conséquences en cas de refus de nommer un·e représentant·e.....	170
3.	Autres cas.....	171
III.	Aperçu de la situation dans les pays voisins.....	171
A.	Allemagne.....	171
1.	Principe.....	171
2.	Exceptions.....	171
a.	Obligation de comparution personnelle.....	171
b.	Obligation de représentation.....	172
3.	Synthèse de la situation en Allemagne.....	175
B.	France.....	175
1.	Principe.....	175
2.	Exceptions.....	176
a.	Obligation de comparution personnelle.....	176
b.	Obligation de représentation.....	176
3.	Synthèse de la situation en France.....	177
IV.	Discussion et synthèse du chapitre 6.....	178

DEUXIÈME PARTIE

Représenté·e, représentant·e et tiers.....183

Chapitre 7

Représenté·e.....185

I. Notion de représenté·e.....185

II. Partie.....185

A. Notion.....186

B.	Types de parties	186
1.	Parties principales	187
2.	Parties accessoires.....	188
3.	Dénonciation d'instance.....	188
C.	Autres participant·e·s à la procédure	189
1.	Représentant·e·s	190
2.	Témoins	191
3.	Expert·e·s.....	192
4.	Changement de statut.....	193
D.	Cas particulier : l'enfant mineur·e dans la procédure matrimoniale	194
III.	Capacités.....	196
A.	Capacité d'être partie.....	196
1.	Définition.....	197
2.	Conditions.....	197
a.	Jouissance des droits civils.....	198
b.	Capacité d'être partie reconnue par le droit fédéral.....	201
3.	Absence de capacité d'être partie.....	203
a.	Cas	203
b.	Conséquences.....	205
B.	Capacité d'ester	206
1.	Définition.....	207
2.	Conditions.....	210
a.	Capacité d'être partie	210
b.	Exercice des droits civils.....	210
c.	Entités juridiques auxquelles le droit reconnaît la capacité d'ester.....	215
3.	Absence de capacité d'ester.....	217
a.	Cas	217
b.	Conséquences.....	222
IV.	Synthèse du chapitre 7	224

Chapitre 8

Représentant·e.....	227	
I.	Notion.....	227
II.	Capacité de postuler.....	227
A.	Bref historique	228
B.	Définition.....	230
C.	Conditions.....	232
1.	Autorisation à représenter	233
2.	Capacité d'être partie	234
3.	Capacité d'ester	236
4.	Absence d'incapacité manifeste à procéder personnellement	237

D.	Conséquences d'une incapacité de postuler.....	239
1.	Principe	239
2.	Quelques particularités de la décision concernant la capacité de postuler d'un·e représentant·e.....	241
a.	Autorité compétente.....	241
b.	Recours et condition du préjudice difficilement réparable ou irréparable.....	245
III.	Représentation professionnelle et non professionnelle.....	249
A.	Distinction.....	249
1.	Critères proposés par la jurisprudence et la doctrine	250
a.	Lien de proximité.....	250
b.	Volonté de représenter dans un nombre indéterminé de cas	251
c.	Rémunération.....	252
d.	Qualifications professionnelles	253
2.	Critères distinguant le mandat onéreux, le mandat gratuit et l'acte de complaisance.....	253
3.	Test proposé	255
B.	Restrictions en matière de représentation professionnelle	255
IV.	Représentant·e·s autorisé·e·s	257
A.	Personnes de confiance	258
1.	Cantons concernés.....	258
2.	Domaine de compétence	259
3.	Conditions pour représenter	259
4.	Garanties	260
B.	Avocat·e·s.....	262
1.	Quelques chiffres.....	262
2.	Cantons concernés.....	262
3.	Domaine de compétence et monopole.....	263
a.	Monopole devant les instances cantonales	264
b.	Monopole devant le Tribunal fédéral	264
c.	Monopole devant le Tribunal fédéral des brevets	265
4.	Conditions pour représenter	265
a.	Exigences propres à chaque catégorie d'avocat·e·s	265
b.	Absence de conflit d'intérêts et indépendance	271
5.	Garanties	271
a.	Conditions d'accès à la profession.....	272
b.	Règles professionnelles.....	272
c.	Règles déontologiques	275
d.	Surveillance disciplinaire.....	276
e.	Règles contractuelles	277
C.	Agent·e·s d'affaires et agent·e·s juridiques breveté·e·s.....	278
1.	Genèse de l'art. 68 al. 2 let. b CPC.....	279
2.	Quelques chiffres.....	280
3.	Cantons concernés.....	281

4. Domaine de compétence	283
a. Au niveau cantonal.....	283
b. Au niveau fédéral	285
5. Conditions pour représenter.....	285
a. Condition de droit fédéral.....	285
b. Conditions de droit cantonal.....	285
6. Garanties.....	287
a. Conditions d'accès à la profession	287
b. Règles professionnelles	287
c. Règles déontologiques.....	289
d. Surveillance disciplinaire	290
e. Règles contractuelles.....	290
D. Représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 27 LP	290
1. Genèse de l'actuel art. 27 LP	291
2. Cantons concernés	292
3. Domaine de compétence	292
a. Au niveau cantonal.....	292
b. Au niveau fédéral	293
4. Conditions pour représenter.....	293
5. Garanties.....	293
a. Possibilité d'interdire la représentation en cas de justes motifs.....	294
b. Règles contractuelles.....	296
E. Mandataires professionnellement qualifié·e·s en matière de contrat de bail et de travail.....	296
1. Cantons concernés	297
2. Domaine de compétence	300
a. Au niveau cantonal.....	300
b. Au niveau fédéral	305
3. Conditions pour représenter.....	305
a. Conditions posées par le droit fédéral	305
b. Conditions posées par le droit cantonal	306
4. Garanties.....	309
F. Conseils en brevet.....	311
1. Genèse de la LCB et de l'art. 29 LTFB	311
2. Quelques chiffres.....	312
3. Domaine de compétence	313
4. Conditions pour représenter.....	313
5. Garanties.....	314
a. Conditions d'accès à la profession	314
b. Règles professionnelles	315
c. Règles déontologiques.....	315
d. Surveillance disciplinaire	317
e. Règles contractuelles.....	317
G. Avocat·e·s-stagiaires.....	317
1. Quelques chiffres.....	318
2. Cantons concernés	318

3. Domaine de compétence	320
4. Conditions pour représenter	320
a. Conditions posées par le droit fédéral	320
b. Conditions posées par le droit cantonal.....	321
5. Garanties	327
a. Responsabilité de l'avocat·e supervisant le stage.....	327
b. Conditions d'accès au stage	328
c. Règles professionnelles.....	328
d. Règles déontologiques	329
e. Surveillance disciplinaire.....	330
f. Règles contractuelles	330
H. Employé·e·s et gérant·e·s d'immeubles en procédure de conciliation .	331
1. Cantons concernés.....	331
2. Domaine de compétence	331
3. Conditions pour représenter	332
4. Garanties	333
V. Synthèse du chapitre 8	333

Chapitre 9

Tiers	337
I. Définition.....	337
II. Identification du tiers.....	338
A. Autorité de procédure civile.....	338
B. Partie adverse.....	338
C. Tierce personne.....	341
III. Synthèse du chapitre 9	343

TROISIÈME PARTIE

Traitement procédural différent en cas de représentation

professionnelle.....	345
-----------------------------	------------

Introduction à la troisième partie.....	347
--	------------

Chapitre 10

Problématiques principales.....	349
--	------------

I. Allégation de faits et proposition de preuves.....	349
A. Devoir d'interpellation simple	350
1. Champ d'application	350
2. Principe	350
3. En cas de représentation professionnelle	352
a. Jurisprudence	352
b. Avis doctrinaux.....	353

B.	Devoir d'interpellation renforcé ou accru.....	355
1.	Champ d'application.....	355
2.	Principe.....	355
3.	En cas de représentation professionnelle	356
a.	Jurisprudence	356
b.	Avis doctrinaux	358
C.	Maxime inquisitoire sociale.....	359
1.	Champ d'application.....	359
2.	Principe.....	361
3.	En cas de représentation professionnelle	363
a.	Message.....	363
b.	Jurisprudence	363
c.	Avis doctrinaux	365
D.	Maxime inquisitoire pure ou illimitée	367
1.	Champ d'application.....	367
2.	Principe.....	368
3.	En cas de représentation professionnelle	368
a.	Jurisprudence	368
b.	Avis doctrinaux	368
E.	Justification de la différence de traitement	369
1.	Evaluation de la négligence	369
2.	Accessibilité de la procédure	372
3.	Stratégie procédurale ?.....	373
II.	Délais de procédure	374
A.	Délai de recours ou d'appel, indication erronée ou absente	374
1.	Principe.....	374
2.	En cas de représentation professionnelle	376
a.	Jurisprudence	376
b.	Avis doctrinaux	380
c.	Justification de la différence de traitement	382
d.	Modification du CPC	383
B.	Droit de réplique inconditionnel	384
1.	Principe.....	384
2.	En cas de représentation professionnelle	384
a.	Jurisprudence	384
b.	Avis doctrinaux	386
c.	Justification de la différence de traitement	387
d.	Modification du CPC	388
III.	Voies de droit	389
A.	Acte introductif d'instance	389
1.	Principe.....	389
2.	En cas de représentation professionnelle	390
a.	Jurisprudence	390
b.	Avis doctrinaux	391
c.	Justification de la différence de traitement	391

B.	Voie de recours, indication correcte	391
1.	Principe	391
2.	En cas de représentation professionnelle	392
a.	Jurisprudence	392
b.	Avis doctrinaux	396
c.	Justification de la différence de traitement	397
C.	Voie de recours, indication erronée ou absente (renvoi)	398
IV.	Forme de l'acte	398
A.	Acte écrit ou électronique	399
1.	Principe	399
2.	En cas de représentation professionnelle	399
a.	Jurisprudence	399
b.	Avis doctrinaux	402
c.	Justification de la différence de traitement	403
V.	Synthèse du chapitre 10	404

Chapitre 11

Conséquences d'une erreur et responsabilité de l'avocat·e.....407

I.	Conséquences potentielles d'une erreur	407
A.	Pour la partie	407
1.	Perte (de tout ou partie) d'un procès	407
B.	Pour la représentante ou le représentant	408
1.	Condamnation aux frais de la procédure	408
2.	Responsabilité contractuelle	410
3.	Extinction du droit aux honoraires	411
4.	Sanction disciplinaire	412
5.	Sanction associative	412
II.	Responsabilité de l'avocat·e	413
A.	Conditions de la responsabilité	414
a.	Violation d'une obligation contractuelle	414
b.	Domage	417
c.	Lien de causalité	419
d.	Faute	420
B.	Inconvénients du procès en responsabilité	421
III.	Synthèse du chapitre 11	422

Chapitre 12

Analyse critique425

I.	Avantages et inconvénients du système	425
A.	Avantages	425
1.	Qualité de la justice	425

2.	Cohérence avec les principes du droit des obligations	427
a.	Imputation	427
b.	Prise en compte des compétences des professionnels	428
B.	Inconvénients	429
1.	Absence de contrôle de la partie	429
2.	Sentiment d'injustice	429
3.	Remède pas entièrement satisfaisant	430
4.	Importance faible de l'erreur du tribunal	431
5.	Manque de cohérence de la jurisprudence	431
a.	S'agissant de l'indication erronée du délai d'appel ou de recours	431
b.	S'agissant de la contestation d'une décision par la mauvaise voie de droit	433
C.	Discussion	434
II.	Admissibilité au regard des garanties de procédure	435
A.	Égalité des armes	435
1.	Art. 6 par. 1 CEDH	435
a.	Principes généraux	435
b.	Jurisprudence en lien avec les cas examinés au chapitre 10	436
2.	Art. 29 al. 1 Cst.	438
3.	Discussion et application à la problématique	439
B.	Formalisme excessif	442
1.	Art. 6 par. 1 CEDH	442
a.	Principes généraux	442
b.	Jurisprudence en lien avec les cas examinés au chapitre 10	443
2.	Art. 29 al. 1 Cst.	445
a.	Principes généraux	445
b.	Abus de droit	447
3.	Discussion et application à la problématique	447
a.	Test proposé	448
b.	Remarques sur le test et exemple pratique	450
III.	Questions choisies	452
A.	Le tribunal doit-il corriger une erreur uniquement si celle-ci ne peut pas être redressée par un procès en responsabilité ?	452
B.	Faut-il traiter les parties de la même manière lorsqu'une partie laïque agit seule face à une partie représentée professionnellement ? ...	454
C.	Le type de représentant·e choisi·e par la partie doit-il être pris en compte ?	455
IV.	Synthèse du chapitre 12	457
	Conclusion	459
I.	Héritage historique	459
II.	Importance du CO	462
III.	Relation tripartite	463

IV. Différence de traitement entre partie représentée professionnellement et partie laïque procédant seule.....	464
V. Pistes d'amélioration	466
VI. Remarque finale.....	467
Index	469

Table des abréviations

a[<i>sigle loi</i>]	ancien·ne
Abs.	Absatz, Absätze (=alinéa[s])
ACBSE	Association des conseils en brevets suisses et européens de profession libérale
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aCSD	Code suisse de déontologie du 10 juin 2005
aCst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (aujourd'hui abrogée)
AELE	Association européenne de libre-échange
AG	Argovie
AG/[<i>sigle canton</i>]	<i>Appellationsgericht</i> du canton indiqué
AI	Appenzell Rhodes-Intérieures
al.	alinéa(s)
All.	Allemagne
AP-[<i>sigle loi</i>]	avant-projet
AR	Appenzell Rhodes-Extérieures
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1979 (BGBl. I S. 853, 1036), das zuletzt durch Artikel 17 des Gesetzes vom 8. Oktober 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 272) geändert worden ist (Allemagne)
art.	article(s)
ASCPI	Association Suisse des Conseils en Propriété Industrielle
ASLOCA	Association suisse des locataires
AT	Allgemeiner Teil (= partie générale)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BE	Berne

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909 ; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 25. Oktober 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 294) geändert worden ist (Allemagne)
BGBI	Bundesgesetzblatt (« Journal officiel fédéral », équivalent allemand du Recueil officiel suisse)
BGC/NE	Bulletin du Grand Conseil neuchâtelois
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (= LLCA)
BGG	Bundesgerichtsgesetz (= LTF)
BGH	Bundesgerichtshof (Allemagne)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BL	Bâle-Campagne
BO/CE	Bulletin officiel du Conseil des États
BO/CN	Bulletin officiel du Conseil national
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-8, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 10. März 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 64) geändert worden ist (Allemagne)
BS	Bâle-Ville
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung (= Cst.)
c.	contre
CAN	Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CC-Fr.	Code civil des Français
CCom	Code de commerce (France)
CCons	Code de la consommation (France)

CCPR	United Nations Covenant on Civil and Political Rights (= Pacte ONU II)
CdE	Conseil de l'Europe
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme, RS 0.101)
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre(s)
CHF	francs suisses
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CJ/[sigle canton]	Cour de justice du canton indiqué
CN	Conseil national
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
comp.	comparer
cons.	considérant(s)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPC-Fr.	Code de procédure civile (France)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CPra	Commentaire pratique
CR	Commentaire romand
CS/[sigle canton]	Cour suprême du canton indiqué
CSD	Code suisse de déontologie du 9 juin 2023
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DB	Revue Droit du bail

DC	Droit de la construction
DFI	Département fédéral de l'intérieur
dir.	directeur, directrice
DK	Dike Kommentar
DRiG	Deutsches Richtergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. April 1972 (BGBl. I S. 713), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2154) geändert worden ist (Allemagne)
EB	Ergänzungsband
éd.	édition(s)
édit.	éditeur(s), editrice(s)
epi	Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets
et al.	<i>et alii</i> (et autres)
etc.	<i>et cetera</i>
f.	<i>folgend</i> (= s.)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 9a des Gesetzes vom 19. Juni 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 155) geändert worden ist (Allemagne)
FamPra.ch	La pratique du droit de la famille
FF	Feuille fédérale
FHB	Fachhandbuch
FICPI	Fédération Internationale des Conseils en Propriété Intellectuelle
FR	Fribourg
Fr.	France

FRA	Fundamental Rights Agency (= Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne)
FSA	Fédération Suisse des Avocats
GC	Grande Chambre de la CourEDH
GE	Genève
GL	Glaris
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag (= gestion d'affaires sans mandat)
GR	Grisons
HAP	Handbücher für die Anwaltspraxis
HG/[sigle canton]	<i>Handelsgericht</i> du canton indiqué
IECL	International Encyclopedia of Comparative Law
Intro.	Introduction
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (= LDIP)
JdT	Journal des Tribunaux
JU	Jura
JZ	JuristenZeitung
KG/[sigle canton]	<i>Kantonsgericht</i> du canton indiqué
KUKO	Kurzkommentar
LCBr	Loi sur les conseils en brevets du 20 mars 2009 (RS 935.62)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
LEFin	Loi fédérale sur les établissements financiers du 15 juin 2018 (RS 954.1)
LeGes	Législation & Évaluation
let.	lettre(s)

LFus	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (RS 221.301)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LIMF	Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés du 19 juin 2015 (RS 958.1)
lit.	littera (= let.)
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (RS 935.61)
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (RS 943.02)
LN	Loi sur la nationalité suisse du 20 juin 2014 (RS 141.0)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPart	Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 18 juin 2004 (RS 211.231)
LPCC	Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 (RS 951.31)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RS 235.1)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (RS 830.1)
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (RS 823.11)
LTD	Loi fédérale sur le travail à domicile du 12 décembre 1940 (loi aujourd'hui abrogée)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LTFa	Loi fédérale du 18 juin 1914 sur le travail dans les fabriques (RS 821.41)

LTFB	Loi sur le Tribunal fédéral des brevets du 20 mars 2009 (RS 173.41)
LTI	Loi fédérale sur les titres intermédiés du 3 octobre 2008 (RS 957.1)
LU	Lucerne
mod.	modifié·e
mp	mietrechtspraxis
N	numéro marginal, numéros marginaux
nbp	note(s) de bas de page
NE	Neuchâtel
NHQR	Netherlands Quarterly of Human Rights
no	numéro(s)
Nr.	Nummer
NW	Nidwald
OCBr	Ordonnance sur les conseils en brevets du 11 mai 2011 (RS 935.621)
OCEI-PCPP	Ordonnance sur la communication électronique dans le cadre de procédures civiles et pénales et de procédures en matière de poursuite pour dettes et de faillite du 18 juin 2010 (RS 272.1)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OG/[sigle canton]	<i>Obergericht</i> du canton indiqué
OJ	Loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (aujourd'hui abrogée)
ONU	Organisation des Nations Unies
OR	Obligationenrecht (= CO)
ORAb	Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse du 20 novembre 2013 (RS 221.331)
ORC	Ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (RS 221.411)

OSCE/ODIHR	Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
OW	Obwald
p.	page(s)
P-[sigle loi]	projet
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)
par.	paragraphe(s)
PC	Petit commentaire
PCEF	Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 273)
PJA	Pratique Juridique Actuelle
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
qqn	quelqu'un
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
REAS	Responsabilité et Assurance
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RMA	Revue de la protection des mineurs et des adultes
RNRF	Revue Suisse du notariat et du registre foncier
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RO/[sigle canton]	Recueil officiel du canton indiqué

RPflG	Rechtspflegengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. April 2013 (BGBl. I S. 778, 2014 I S. 46), das zuletzt durch Artikel 20 des Gesetzes vom 22. Februar 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 51) geändert worden ist (Allemagne)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS/[sigle canton]	Recueil systématique du canton indiqué
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RTFB	Règlement du Tribunal fédéral des brevets du 28 septembre 2011 (RS 173.413.1)
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	et suivant·e
S.	Seite (= page)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (= LP)
SG	Saint-Gall
SGK	St. Galler Kommentar
SH	Schaffhouse
SHK	Stämpflis Handkommentar
SICAF	société d'investissement à capital fixe
SICAV	société d'investissement à capital variable
SJ	la Semaine Judiciaire
SK	Schulthess Kommentar
SO	Soleure
ss	et suivant·e·s
SZ	Schwytz
TA/TI	<i>Tribunale d'appello</i> du canton du Tessin
TC/[sigle canton]	Tribunal cantonal du canton indiqué

TD/[sigle canton]	Tribunal de district du canton indiqué
TF	Tribunal fédéral
TFB	Tribunal fédéral des brevets
TG	Thurgovie
TI	Tessin
U.N.	United Nations (= ONU)
U.S.	United States (= États-Unis)
UE	Union européenne
UR	Uri
VD	Vaud
Vol.	Volume
VS	Valais
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZG	Zoug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (= CC)
ZH	Zurich
ZPO	Zivilprozessordnung (= CPC)
ZPO-All.	Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202 ; 2006 I S. 431 ; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 8. Oktober 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 272) geändert worden ist (Allemagne)

Table des lois cantonales

Appenzell Rhodes-Extérieures

AnwG/AR	Gesetz über die Ausübung des Anwaltsberufes (Anwaltsgesetz) du 11 avril 2005 (RS/AR 145.52)
ZPO/AR	Zivilprozessordnung für den Kanton Appenzell Ausser Rhoden du 27 avril 1980 (loi aujourd'hui abrogée)

Appenzell Rhodes-Intérieures

aGOG/AI	Gerichtsorganisationsgesetz du 25 avril 1999 (loi aujourd'hui abrogée)
AnwG/AI	Anwaltsgesetz du 28 avril 2002 (RS/AI 177.000)
AnwKGO/AI	Geschäftsordnung der Anwaltskammer du 11 juin 2003 (RS/AI 177.101)

Argovie

AnwV/AG	Anwaltsverordnung du 18 mai 2005 (RS/AG 290.111)
EG BGFA/AG	Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte du 2 novembre 2004 (RS/AG 290.100)
EG ZPO/AG	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung du 23 mars 2010 (RS/AG 221.200)
GOG/AG	Gerichtsorganisationsgesetz du 6 décembre 2011 (RS/AG 155.200)
ZPO/AG	Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) du 18 décembre 1984 (loi aujourd'hui abrogée)

Bâle-Campagne

AnwG/BL	Anwaltsgesetz Basel-Landschaft du 25 octobre 2001 (RS/BL 178)
---------	---

VPO/BL Gesetz über die Verfassungs- und
Verwaltungsprozessordnung (RS/BL 271)

ZPO/BL Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung (ZPO) du
21 septembre 1961 (loi aujourd'hui abrogée)

Bâle-Ville

AdvG/BS Advokaturgesetz du 15 mai 2002 (RS/BS 291.100)

ZPO/BS Zivilprozessordnung du 8 février 1875 (loi aujourd'hui
abrogée)

Berne

CPC/BE Code de procédure civile du canton de Berne du
7 juillet 1918 (loi aujourd'hui abrogée)

DDT/BE Décret sur les tribunaux du travail du 9 novembre 1971
(décret aujourd'hui abrogé)

LA/BE Loi sur les avocats et les avocates du 28 mars 2006
(RS/BE 168.11)

LiCPM/BE Loi portant introduction du code de procédure civile, du
code de procédure pénale et de la loi sur la procédure
pénale applicable aux mineurs du 11 juin 2009
(RS/BE 271.1)

OExA/BE Ordonnance sur l'examen d'avocat du 25 octobre 2006
(RS/BE 168.221.1)

Fribourg

CPC/FR Code de procédure civile du 28 avril 1953 (loi
aujourd'hui abrogée)

LAv/FR Loi sur la profession d'avocat du 12 décembre 2002
(RS/FR 137.1)

LJ/FR Loi sur la justice du 31 mai 2010 (RS/FR 130.1)

LJP/FR Loi sur la juridiction des prud'hommes du
22 novembre 1972 (loi aujourd'hui abrogée)

Genève

aLJP/GE	Loi sur la juridiction des prud'hommes du 30 mars 1963 (loi aujourd'hui abrogée)
LaCC/GE	Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 (RS/GE E 1 05)
LaLP/GE	Loi d'application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 29 janvier 2010 (RS/GE E 3 60)
LJP/GE	Loi sur la juridiction des prud'hommes (juridiction du travail) du 25 février 1999 (loi aujourd'hui abrogée)
LOJ/GE	Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (RS/GE E 2 05)
LPAA/GE	Loi réglementant la profession d'agent d'affaires du 2 novembre 1927 (loi aujourd'hui abrogée)
LPAv/GE	Loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (RS/GE E 6 10)
LTPH/GE	Loi sur le Tribunal des prud'hommes du 11 février 2010 (RS/GE E 3 10)
RAJ/GE	Règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale du 28 juillet 2010 (RS/GE E 2 05.04)
RPAv/GE	Règlement d'application de la loi sur la profession d'avocat du 7 décembre 2010 (RS/GE E 6 10.01)

Glaris

AnwG/GL	Anwaltsgesetz des Kantons Glarus du 5 mai 2002 (RS/GL III I/1)
EG ZPO/GL	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung du 2 mai 2010 (RS/GL III C/1)
GOG/GL	Gerichtsorganisationsgesetz du 5 septembre 2021 (RS/GL III A/2)

RAnwP/GL Reglement über die Anwaltsprüfung du 3 avril 2007
(RS/GL III I/3)

ZPO/GL Zivilprozessordnung des Kantons Glarus du 6 mai 2001
(loi aujourd'hui abrogée)

Grisons

AnwG/GR Anwaltsgesetz du 14 février 2006 (RS/GL 310.100)

EGz ZPO/GR Einführungsgesetz zur Schweizerischen
Zivilprozessordnung du 16 juin 2010 (RS/GR 320.100)

Jura

CPC/JU Code de procédure civile de la République et Canton du
Jura du 9 novembre 1978 (loi aujourd'hui abrogée)

LAv/JU Loi concernant la profession d'avocat du
3 septembre 2003 (RS/JU 188.11)

LCPH/JU Loi instituant le Conseil de prud'hommes du
30 juin 1983 (RS/JU 182.34)

LTBLF/JU Loi instituant le Tribunal des baux à loyer et à ferme du
30 juin 1983 (RS/JU 182.35)

Lucerne

AGG/LU Gesetz über das Arbeitsgericht du 8 mars 1977 (loi
aujourd'hui abrogée)

AnwG/LU Gesetz über das Anwaltspatent und die Parteivertretung
(Anwaltsgesetz) du 4 mars 2002 (RS/LU 280)

EG SchKG/LU Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über
Schuldbetreibung und Konkurs du 22 octobre 1996
(RS/LU 290)

JusG/LU Gesetz über die Organisation der Gerichte und
Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen
Verfahren (Justizgesetz) du 10 mai 2010 (RS/LU 260)

VAnwP/LU	Verordnung über das Anwaltspraktikum und die für die Ausübung des Anwaltsberufes erforderlichen Prüfungen du 16 mai 2002 (RS/LU 282)
VPBKS/LU	Verordnung über die Prüfung der Betreibungs- und Konkursbeamten sowie der Sachwalter du 11 novembre 1996 (RS/LU 64)
ZPO/LU	Gesetz über die Zivilprozessordnung du 27 juin 1994 (loi aujourd'hui abrogée)

Neuchâtel

CPC/NE	Code de procédure civile du 30 septembre 1991 (loi aujourd'hui abrogée)
LAJ/NE	Loi sur l'assistance judiciaire du 28 mai 2019 (RS/NE 161.2)
LA _v /NE	Loi sur la profession d'avocat ou d'avocate du 19 juin 2002 (RS/NE 165.10)
LI-CO/NE	Loi d'introduction du code des obligations du 27 janvier 2010 (RS/NE 224.1)
LJPH/NE	Loi sur la nomination et la juridiction des prud'hommes du 23 mai 1951 (loi aujourd'hui abrogée)
OJN/NE	Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise du 27 janvier 2010 (RS/NE 161.1)

Nidwald

AnwG/NW	Gesetz über die Ausübung des Anwaltsberufes (Kantonales Anwaltsgesetz) du 4 février 2004 (RS/NW 267.1)
ZPO/NW	Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) du 20 octobre 1999 (loi aujourd'hui abrogée)

Obwald

AnwG/OW	Gesetz über die Ausübung des Anwaltsberufes du 24 mai 2002 (RS/OW 134.4)
JRG/OW	Gesetz über die Justizreform du 21 mai 2010
RAnwPR/OW	Reglement betreffend die Anwaltsprüfung und das Rechtspraktikum du 23 août 2002 (RS/OW 134.411)
VV Schkg/OW	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs du 26 mai 1913 (ordonnance aujourd'hui abrogée)
ZPO/OW	Verordnung über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) du 9 mars 1973 (loi aujourd'hui abrogée)

Saint-Gall

AnwG/SG	Anwaltsgesetz du 11 novembre 1993 (RS/SG 963.70)
GerG/SG	Gerichtsgesetz du 2 avril 1987 (RS/SG 941.1)
HonO/SG	Honorarordnung du 22 avril 1994 (RS/SG 963.75)
PBR/SG	Prüfungs- und Bewilligungsreglement für Rechtsanwälte und Rechtsagenten du 22 avril 1994 (RS/SG 963.73)
ZPG/SG	Zivilprozessgesetz du 20 décembre 1990 (loi aujourd'hui abrogée)

Schaffhouse

AnwG/SH	Gesetz über das Anwaltswesen du 17 mai 2004 (RS/SH 173.800)
AnwV/SH	Verordnung des Obergerichts über das Anwaltswesen (Anwaltsverordnung) du 23 août 2002 (RS/SH 173.812)
EG SchkG/SH	Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs du 23 août 1976 (loi aujourd'hui abrogée)

JG/SH	Justizgesetz du 9 novembre 2009 (RS/SH 173.200)
ZPO/SH	Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen du 3 septembre 1951 (loi aujourd'hui abrogée)

Schwyz

AnwG/SZ	Kantonales Anwaltsgesetz du 29 mai 2002 (RS/SZ 280.110)
AnwR/SZ	Anwaltsreglement du 14 janvier 2003 (RS/SZ 280.211)
ZPO/SZ	Zivilprozessordnung du 25 octobre 1974 (loi aujourd'hui abrogée)

Soleure

AGG/SO	Gesetz über die Arbeitsgerichte du 20 mai 1973 (loi aujourd'hui abrogée)
AnwG/SO	Gesetz über die Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen (Anwaltsgesetz) du 10 mai 2000 (RS/SO 127.10)
JPV/SO	Juristische Prüfungsverordnung du 4 juillet 2000 (RS/SO 128.213)
ZPO/SO	Zivilprozessordnung du 11 septembre 1966 (loi aujourd'hui abrogée)

Tessin

CPC/TI	Codice di procedura civile du 17 février 1971 (loi aujourd'hui abrogée)
LACPC/TI	Legge di applicazione del codice di diritto processuale civile svizzero du 24 juin 2010 (RS/TI 270.100)
LAvv/TI	Legge sull'avvocatura du 13 février 2012 (RS/TI 951.100)
RAvv/TI	Regolamento sull'avvocatura du 18 décembre 2012 (RS/TI 951.110)

Thurgovie

AnwG/TG	Anwaltsgesetz du 19 décembre 2001 (RS/TG 176.1)
AnwV/TG	Verordnung des Obergerichts zum Anwaltsgesetz (Anwaltsverordnung) du 13 juin 2002 (RS/TG 176.11)
VZSR/TG	Verordnung des Obergerichts über die Zivil- und Strafrechtspflege du 27 mai 2010 (RS/TG 271.11)
ZPO/TG	Gesetz über die Zivilrechtspflege (Zivilprozessordnung) du 6 juillet 1988 (loi aujourd'hui abrogée)

Uri

AnwV/UR	Anwaltsverordnung du 13 juin 2001 (RS/UR 9.2321)
RBVSA/UR	Reglement über die berufsmässige Vertretung in Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden vor richterlichen Behörden du 22 mars 2011 (RS/UR 9.4225)
EG SchKG/UR	Gesetz über die Einführung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs du 1 ^{er} décembre 1996 (RS/UR 9.2421)
aEG SchKG/UR	Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs du 3 mai 1891 (loi aujourd'hui abrogée)
ZPO/UR	Zivilprozessordnung du 23 mars 1994 (loi aujourd'hui abrogée)

Valais

LACC/VS	Loi d'application du code civil suisse du 24 mars 1998 (RS/VS 211.1)
LcTr/VS	Loi cantonale sur le travail du 12 mai 2016 (RS/VS 822.1)

aLcTr/VS	Loi cantonale sur le travail du 16 novembre 1966 (loi aujourd'hui abrogée)
LPAv/VS	Loi sur la profession d'avocat pratiquant la représentation en justice du 6 février 2001 (RS/VS 177.1)
RLPav/VS	Règlement concernant la loi sur la profession d'avocat du 20 février 2002 (RS/VS 177.101)

Vaud

CPC/VD	Code de procédure civile du 14 décembre 1966 (loi aujourd'hui abrogée)
CDPJ/VD	Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (RS/VD 211.02)
LJB/VD	Loi sur la juridiction en matière de bail du 9 novembre 2010 (RS/VD 177.11)
LJT/VD	Loi sur la juridiction du travail du 12 janvier 2010 (RS/VD 173.61)
aLJT/VD	Loi sur la juridiction du travail du 17 mai 1999 (loi aujourd'hui abrogée)
LOJV/VD	Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 (RS/VD 173.01)
LPAg/VD	Loi sur la profession d'agent d'affaires breveté du 20 mai 1957 (RS/VD 179.11)
LPAv/VD	Loi sur la profession d'avocat du 9 juin 2015 (RS/VD 177.11)
LVLp/VD	Loi d'application dans le Canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 18 mai 1955 (RS/VD 280.05)
RAJ/VD	Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 (RS/VD 211.02.3)
REAg/VD	Règlement concernant les épreuves pour l'obtention du brevet de capacité d'agent d'affaires breveté du 20 avril 1982 (RS/VD 179.11.4)

RLPAg/VD	Règlement d'application de la loi du 20 mai 1957 sur la profession d'agent d'affaires breveté du 18 septembre 2013 (RS/VD 179.11.1)
ROTC/VD	Règlement organique du Tribunal cantonal du 13 novembre 2007 (RS/VD 173.31.1)
TDC/VD	Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 (RS/VD 270.11.6)

Zoug

EG BGFA/ZG	Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte du 25 avril 2002 (RS/ZG 163.1)
GOG/ZG	Gesetz über die Organisation der Zivil- und Strafrechtspflege (Gerichtsorganisationsgesetz) du 26 août 2010 (RS/ZG 161.1)
ZPO/ZG	Zivilprozessordnung für den Kanton Zug du 3 octobre 1940 (loi aujourd'hui abrogée)

Zurich

AnwG/ZH	Anwaltsgesetz du 17 novembre 2003 (RS/ZH 215.1)
GOG/ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess du 10 mai 2010 (RS/ZH 211.1)
VFPAnwB/ZH	Verordnung des Obergerichts über die Fähigkeitsprüfung für den Anwaltsberuf du 21 juin 2006 (RS/ZH 215.11)
ZPO/ZH	Zivilprozessordnung du 13 juin 1976 (loi aujourd'hui abrogée)

Bibliographie

I. Doctrine

ABBET | ABBET STÉPHANE, Le principe de la bonne foi en procédure civile, SJ 2010 II p. 221 ss

Abrégé CC-AUTEUR·E | MONTAVON PASCAL/BALLENEGGER CÉDRIC/REICHLIN JEREMY/DAPPLES ASTRID/MAILLARD MATHILDE/MONTAVON MICHAEL, Abrégé de droit civil : art. 1^{er} à 640 CC / LPart / LPD / LN, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2020

AEBI-MÜLLER | AEBI-MÜLLER REGINA, Mangelhafte Prozessführung durch die Parteien = Prozessverlust? – Möglichkeiten und Grenzen gerichtlicher Hilfestellungen, unter besonderer Berücksichtigung familienrechtlicher Prozesse, in : Bommer Felix/Berti Stephen V. (édit.), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche : Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zurich/Bâle/Genève 2011

BACHOFNER, Mieterausweisung | BACHOFNER EVA, Die Mieterausweisung : Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen, thèse Bâle, Zurich/Saint-Gall 2019

BACHOFNER, Mietrechtlich Verfahren | BACHOFNER EVA, Das mietrechtliche Verfahren inklusive Schlichtungsverfahren bei Wohn- und Geschäftsraummiete, in : Eichel Florian/Hurni Christoph/Markus Alexander R. (édit.), Der soziale Zivilprozess : die Grundlagen des « vereinfachten Verfahrens » und seine Anwendungsfelder in der Praxis, Berne 2023

BAUMGARTNER et al. | BAUMGARTNER SAMUEL/DOLGE ANNETTE/MARKUS ALEXANDER R./SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessrecht : mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10^e éd., Berne 2018

BEINERT | BEINERT JÖRG, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht, thèse Bâle 1963

BERENSTEIN | BERENSTEIN ALEXANDRE, La juridiction des prud'hommes : aperçu historique, SJ 1984 p. 115 ss

BERGER et al. | BERGER BERNHARD/GÜNGERICH ANDREAS/HURNI CHRISTOPH/STRITTMATTER RETO, Zivilprozessrecht : Unter Berücksichtigung der bernischen und zürcherischen Einführungsgesetzgebung, 2^e éd., Berne 2021

BERGERFURTH | BERGERFURTH BRUNO, Der Anwaltszwang und seine Ausnahmen : eine systematische Darstellung für die Praxis, 2^e éd., Bielefeld 1988

BERNARD | BERNARD FRÉDÉRIC, Monopole de la représentation en justice et liberté économique, in : Bohnet François/Chappuis Benoît/Schiller Kaspar/Schumacher Benjamin (édit.), Le présent et l'avenir de la profession d'avocat·e : mélanges pour le 125^e anniversaire de la Fédération suisse des avocats (FSA), Berne 2023

BERTI, Prozessführungsmandat | BERTI STEPHEN V., Prozessführungsmandat und die Sorge um den Rechtsschutzanspruch mit einem Exkurs über die Meta-Advokatur, in : WERRO FRANZ/FELLMANN WALTER/SCHWANDER IVO/MAZZUCHELLI GORAN/BERTI STEPHEN V./BELLANGER FRANÇOIS/ POSTIZZI MARIO, Il contratto di mandato nell'ordinamento giuridico : atti della giornata di studio del 13 giugno 2008, Bâle 2009

BERTI, Zivilprozessordnung | BERTI STEPHEN V., Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2011

BK ZGB-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL | AFFOLTER-FRINGELI KURT/VOGEL URS, Die elterliche Sorge/der Kindesschutz, art. 296-317 ZGB ; Das Kindesvermögen, art. 318-327 ZGB ; Minderjährige unter Vormundschaft, art. 327a-327c ZGB, Berner Kommentar, Berne 2016

BK ZPO-AUTEUR·E | Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I : art. 1-149 ZPO et Band II : art. 150-352 ZPO, Berner Kommentar, Berne 2012

BK-BUCHER | BUCHER EUGEN, Die natürlichen Personen, art. 11-26 ZGB, Berner Kommentar, 3^e éd., Berne 1976

BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER | BUCHER EUGEN/AEBI-MÜLLER REGINA E., Die natürlichen Personen, art. 11-19d ZGB, Berner Kommentar, 2^e éd., 2017

BK-FELLMANN | FELLMANN WALTER, Der einfache Auftrag, art. 394-406 OR, Berner Kommentar, 4^e éd., Berne 1992

BK-RAINER KÜNZLE | RAINER KÜNZLE HANS, Die Willensvollstrecker, art. 517-518 ZGB, Berner Kommentar, Berne 2011

BK-ZÄCH/KÜNZLER | ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Stellvertretung, art. 32-40 OR, Berner Kommentar, 2^e éd., Berne 2014

BOHNET, Allégation et contestation | BOHNET FRANÇOIS, L'allégation des faits et leur contestation en procédure civile : principes et modalités, in : Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (édit.), Dix ans de Code de procédure civile, Bâle/Neuchâtel 2020

BOHNET, Alléguer et conclure | BOHNET FRANÇOIS, Alléguer et conclure en procédure matrimoniale, in : Fountoulakis Christiana/Jungo Alexandra (édit.), La procédure en droit de la famille, Genève 2020

BOHNET, Conflits d'intérêts | BOHNET FRANÇOIS, Conflits d'intérêts de l'avocat et qualité pour recourir du client et de son adversaire : derniers développements, RSJ 2014 p. 234 ss

BOHNET, Consortit e nécessaire mati rielle | BOHNET FRANÇOIS, Le traitement procédural de la consorité nécessaire mati rielle : un raisonnement en deux étapes, RSPC 2022 p. 189 ss

BOHNET, Défenses | BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II p. 185 ss

BOHNET, Dialogue | BOHNET FRANÇOIS, Le dialogue entre les règles professionnelles et les règles déontologiques de l'avocat:e, in : Bohnet François/Chappuis Benoît/Schiller Kaspar/Schumacher Benjamin ( dit.), Le présent et l'avenir de la profession d'avocat:e : mélanges pour le 125  anniversaire de la Fédération suisse des avocats (FSA), Berne 2023

BOHNET, Droit de réplique | BOHNET FRANÇOIS, Le droit de réplique en procédure civile, in : Bohnet François ( dit.), Le droit de réplique, Bâle/Neuchâtel 2013

BOHNET,  critures, maximes et débats | BOHNET FRANÇOIS,  critures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social, in : Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie ( dit.), Le procès civil social, Bâle/ Neuchâtel 2018

BOHNET, Note 1P.254/2005 | BOHNET FRANÇOIS, Recevabilité d'un acte adressé par e-mail et preuve de son envoi, Note relative à l'arrêt du TF 1P.254/2005 du 30 août 2005, RSPC 2006 p. 29 ss

BOHNET, Note 4A_436/2015 | BOHNET FRANÇOIS, Note relative à l'arrêt du TF 4A_436/2015 du 17 mai 2016, RSPC 2016 p. 434 s.

BOHNET, Note 4D_2/2013 | BOHNET FRANÇOIS, Note relative à l'arrêt du TF 4D_2/2013 du 1 r mai 2013, RSPC 2013 p. 296

BOHNET, Note 5A_289/2014 | BOHNET FRANÇOIS, Note relative à l'arrêt du TF 5A_289/2014 du 21 octobre 2014, RSPC 2015 p. 16 s.

BOHNET, Note 5A_401/2007 | BOHNET FRANÇOIS, Note relative à l'arrêt du TF 5A_401/2007 du 29 août 2007, RSPC 2008 p. 22

BOHNET, Note 5D_142/2017 | BOHNET FRANÇOIS, Note relative à l'arrêt du TF 5D_142/2017 du 24 avril 2018, RSPC 2018 p. 359

BOHNET, Note ATF 139 III 249 | BOHNET FRANÇOIS, Note relative à l'ATF 139 III 249, DB 2013 p. 48

BOHNET, Note *Rivera Vazquez et Calleja Delsordo c. Suisse* | BOHNET FRANÇOIS, L'incapacité de postuler, le contradictoire, les dépens et la CEDH, Note relative à l'arrêt de la CourEDH *Rivera Vazquez et Calleja Delsordo c. Suisse* du 22 janvier 2019, no 65048/13, DB 2019 p. 59 (note aussi publiée dans la Newsletter bail.ch février 2019)

BOHNET, Parties et capacité | BOHNET FRANÇOIS, Les parties et leur capacité (d'être partie, d'ester et de postuler) en procédure civile suisse : clarifications terminologiques et dogmatiques, RSPC 2018 p. 69 ss

BOHNET, Pluralisme | BOHNET FRANÇOIS, Le pluralisme des professions juridiques en Suisse, in : Thévenaz Alain (édit.), Les professions juridiques, Travaux du groupe suisse de l'Association Henri Capitant, Vol. I, Berne 2012

BOHNET, Procédure civile | BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 3^e éd., Bâle/Neuchâtel 2021

BOHNET, Professions | BOHNET FRANÇOIS, Professions d'avocat·e, de notaire et de juge, 4^e éd., Bâle/Neuchâtel 2021

BOHNET, Prozessführungsrecht | BOHNET FRANÇOIS, *Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft, Sachlegitimation* et qualité pour agir : Plaidoyer pour un réexamen conceptuel et terminologique, RSPC 2017 p. 465 ss

BOHNET, Représentation non professionnelle | BOHNET FRANÇOIS, La représentation en justice à titre non professionnel ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_289/2014, Newsletter DroitMatrimonial.ch janvier 2015

BOHNET, Responsabilité | BOHNET FRANÇOIS, La responsabilité professionnelle de l'avocat au regard de son devoir général de diligence : 25 ans déjà, in : Guillod Olivier/Müller Christoph (édit.), Pour un droit équitable, engagé et chaleureux : Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, Bâle/Neuchâtel 2011

BOHNET, Retour vers le futur | BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile suisse : plaider pour un retour vers le futur, in : Zen-Ruffinen Piermarco (édit.), Le temps et le droit : recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008, Bâle 2008

BOHNET/BRÜGGER | BOHNET FRANÇOIS/BRÜGGER NICOLAS, La notification en procédure civile suisse, RDS 2010 I p. 291 ss

BOHNET/CONOD, Bail et procédure | BOHNET FRANÇOIS/CONOD PHILIPPE, Bail et procédure civile suisse : premiers développements, in : Bohnet François (édit.), 17^e Séminaire sur le droit du bail, Bâle/Neuchâtel 2012

BOHNET/CONOD, Droit du bail | BOHNET FRANÇOIS/CONOD PHILIPPE, Droit du bail : fond et procédure, 2^e éd., Bâle/Neuchâtel 2021

BOHNET/ECKLIN, Avocat et assurance | BOHNET FRANÇOIS/ECKLIN MICHAEL, Avocat et assurance de la protection juridique, in : Carron Blaise/Müller Christoph (édit.), 2^e Journée des droits de la consommation et de la distribution : assurance de protection juridique, clauses contractuelles abusives, nouveautés législatives et jurisprudentielles, Bâle/Neuchâtel 2016

BOHNET/ECKLIN, Représentation | BOHNET FRANÇOIS/ECKLIN MICHAEL, La représentation en procédure civile suisse, RDS 2018 I p. 327 ss

BOHNET/FITZI | BOHNET FRANÇOIS/FITZI FRÉDÉRIC, Le cadre procédural de l'expertise judiciaire en matière civile, in : Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (édit.), L'expertise en procédure, Bâle/Neuchâtel 2022

BOHNET/JEANNIN | BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, RDS 2015 I p. 223 ss

BOHNET/JÉQUIER, Entreprise et personne morale | BOHNET FRANÇOIS/JÉQUIER GUILLAUME, L'entreprise et la personne morale en procédure civile, in : Bohnet François/Hari Olivier (édit.), La personne morale et l'entreprise en procédure, Bâle/Neuchâtel 2014

BOHNET/JÉQUIER, Note 4A_415/2014 | BOHNET FRANÇOIS/JÉQUIER GUILLAUME, Note relative à l'arrêt du TF 4A_415/2014 du 12 janvier 2015 (destiné à la publication), RSPC 2015 p. 127 s.

BOHNET/MARTENET | BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009

BOHNET/MELCARNE, Levée du secret | BOHNET FRANÇOIS/MELCARNE LUCA, La levée du secret professionnel de l'avocat en vue du recouvrement de ses créances d'honoraires, SJ 2020 II p. 29 ss

BOHNET/MELCARNE, Secret professionnel | BOHNET FRANÇOIS/MELCARNE LUCA, Le secret professionnel du médecin, de l'avocat, du notaire et de l'agent d'affaires dans la poursuite pour dettes : recouvrement des créances, devoir de renseigner et de remettre, JdT 2020 II p. 31 ss

BOHNET/PERCASSI, Note 5A_485/2020 | BOHNET FRANÇOIS/PERCASSI MARIE-LAURE, L'autorité compétente pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat en cas de conflit d'intérêts, Note relative à l'arrêt du TF 5A_485/2020 du 25 mars 2021 (destiné à la publication), RSPC 2021 p. 301 s.

BOHNET/PERCASSI, Prozessstandschaft | BOHNET FRANÇOIS/PERCASSI MARIE-LAURE, La qualité du parent pour affirmer en son propre nom le droit à l'entretien de l'enfant (*Prozessstandschaft*) dans les procédures du droit de la famille, FamPra.ch 2021 p. 638 ss

BOHNET/SCHALLER | BOHNET FRANÇOIS/SCHALLER JULITTE, projet 2020 de révision du code de procédure civile : Plaidoyer pour la jurisprudence, SJ 2020 II p. 189 ss

BOHNET/VARIN | BOHNET FRANÇOIS/VARIN SIMON, La nullité d'une décision rendue contre un « collectif » et des personnes indéterminées et l'imputation des frais de procédure à leurs mandataires, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5D_78/2022, 5D_79/2022, Newsletter immodroit.ch janvier 2023

BOLZE | BOLZE ANTOINE, Réforme de la procédure civile : extension de la représentation obligatoire par un avocat et procédure sans audience, Dalloz actualité, 19 décembre 2019, disponible sur <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/reforme-de-procedure-civile-extension-de-representation-obligatoire-par-un-avocat-et-procedure> (consulté le 30 septembre 2023)

BORTOLUZZI/PIAU/WICKERS | BORTOLUZZI STÉPHANE/PIAU DOMINIQUE/WICKERS THIERRY, Règles de la profession d'avocat, 17^e éd., Paris 2022

BOVARD | BOVARD PIERRE-ANDRÉ, Les agents d'affaires brevetés vaudois : Coup d'œil sur le passé, Lausanne 1956

BRAUN | BRAUN JOHANN, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Tübingen 2014

BRÜLLHARDT/PÜNTENER | BRÜLLHARDT BEAT/PÜNTENER RICHARD, Entwicklungen und offene Fragen im mietrechtlichen Prozessverfahren, mp 2022 p. 79 ss

BRUNNER/HENN/KRIESI | BRUNNER ALEXANDER/HENN MATTHIAS-CHRISTOPH/KRIESI KATHRIN, Anwaltsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2015

- BRUNS | BRUNS RUDOLF**, Zivilprozessrecht : Eine systematische Darstellung, 2^e éd., Munich 1979
- BSK BGG-AUTEUR·E | Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (édit.)**, Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2018
- BSK BV-AUTEUR·E | Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (édit.)**, Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015
- BSK IPRG-AUTEUR·E | Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (édit.)**, Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2021
- BSK OR I-AUTEUR·E | Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (édit.)**, Obligationenrecht I : art. 1-529 OR, Basler Kommentar, 7^e éd., Bâle 2019
- BSK SchKG EB-AUTEUR·E | Staehelin Daniel/Bauer Thomas (édit.)**, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs : Ergänzungsband zur zweiten Auflage, Basler Kommentar, Bâle 2016
- BSK SchKG I-AUTEUR·E | Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (édit.)**, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, art. 1-158 SchKG, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2021
- BSK ZGB I-AUTEUR·E | Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (édit.)**, Zivilgesetzbuch I : art. 1-456 ZGB, Basler Kommentar, 7^e éd., Bâle 2022
- BSK ZPO-AUTEUR·E | Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (édit.)**, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2017
- BUCHER, Obligationenrecht | BUCHER EUGEN**, Schweizerisches Obligationenrecht : Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2^e éd., Zurich 1988
- BÜHLER/EDELMANN/KILLER | BÜHLER ALFRED/EDELMANN ANDREAS/KILLER ALBERT**, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung : Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984, 2^e éd., Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998
- CADIET/JEULAND | CADIET LOÏC/JEULAND EMMANUEL**, Droit judiciaire privé, 9^e éd., Paris 2016
- CARRON | CARRON BLAISE**, La représentation civile volontaire dans les actes authentiques, RNR 2018 p. 69 ss

CARRON/WESSNER | CARRON BLAISE/WESSNER PIERRE, Droit des obligations : Partie générale, Vol. I : les concepts généraux et la représentation – l'enrichissement illégitime – la relation précontractuelle, Berne 2022

CHAINAIS et al. | CHAINAIS CÉCILE/FERRAND FRÉDÉRIQUE/MAYER LUCIE/GUINCHARD SERGE, Procédure civile : Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage, 35^e éd., Paris 2020

CHAIX | CHAIX FRANÇOIS, La procédure ordinaire (art. 219-242 CPC), in : Foëx Bénédicte/Jeandin Nicolas (édit.), Le Code de procédure civile : aspects choisis, Genève/Zurich/Bâle 2011

CHAPPUIS, Autorité compétente | CHAPPUIS BENOÎT, TF, 5A_485/2020 (destiné à publication) : autorité compétente pour statuer sur la capacité de postuler de l'avocat en procédure civile, Revue de l'avocat 2021 p. 383 ss

CHAPPUIS, Conflit d'intérêts et secret | CHAPPUIS BENOÎT, Conflit d'intérêts et secret : le point sur la jurisprudence, Revue de l'avocat 2015 p. 171 ss

CHAPPUIS, Profession d'avocat | CHAPPUIS BENOÎT, La profession d'avocat, Tome I : Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016

CHAPPUIS, Responsabilité | CHAPPUIS BENOÎT, La responsabilité de l'avocat – Thèmes choisis, in : Pichonnaz Pascal/Werro Franz (édit.), La pratique contractuelle 5, Symposium en droit des contrats, Genève/Zurich/Bâle 2016

CHAPPUIS/GURTNER | CHAPPUIS BENOÎT/GURTNER JÉRÔME, La profession d'avocat, Genève/Zurich/Bâle 2021

CHAPPUIS/PELLATON | CHAPPUIS BENOÎT/PELLATON NICOLAS, Conflits d'intérêts : autorité compétente pour en juger et voies de recours, Revue de l'avocat 2012 p. 316 ss

CHAPPUIS/STEINER | CHAPPUIS BENOÎT/STEINER ALEXANDRE, Le secret de l'avocat dans le CPP et le CPC : entre divergence et harmonie, Revue de l'avocat 2017 p. 87 ss

CHK OR I-AUTEUR·E | Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (édit.), Obligationenrecht : Allgemeine Bestimmungen, art. 1-183 OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016

CHK OR III-AUTEUR·E | Huguenin Claire/Müller-Chen Markus (édit.), Vertragsverhältnisse Teil 2 : Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft (Art. 319-529 OR), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016

CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER | Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (édit.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung : art. 1-408 ZPO, Zurich/Bâle/Genève 2021

CHOFFAT, Curatelle de représentation | CHOFFAT GUILLAUME, La curatelle de représentation du mineur dans les procédures de droit de la famille, Plaidoyer 2/2023 p. 32 ss

CHOFFAT, Panorama | CHOFFAT GUILLAUME, Panorama sur les curatelles de protection du mineur et les mesures de protection moins incisives (2^e partie), Revue de l'avocat 2017 p. 411 ss

Commentaire LTF-AUTEUR·E | AUBRY GIRARDIN FLORENCE/DONZALLAZ YVES/DENYS CHRISTIAN/BOVEY GRÉGORY/FRÉSARD JEAN-MAURICE, Commentaire de la LTF (Loi sur le Tribunal fédéral), 3^e éd., Berne 2022

Commentario CPC-AUTEUR·E | TREZZINI FRANCESCO/FORNARA STEFANO/COCCHI BRUNO/BERNASCONI GIORGIO A./VERDA CHIOCCHETTI FRANCESCA, Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), Vol. I : art. 1-196 CPC et Vol. 2 : art. 197-408 CPC, 2^e éd., Pregassona 2017

CommFam Protection de l'adulte-AUTEUR·E | Leuba Audrey/Stettler Martin/Büchler Andrea/Häfeli Christoph (édit.), Protection de l'adulte, CommFam, Berne 2013

CPra Matrimonial-AUTEUR·E | Bohnet François/Guillod Olivier (édit.), Droit matrimonial : Fond et procédure, Commentaire pratique, Bâle 2016

CR CC I-AUTEUR·E | Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte (édit.), Code civil I : art. 1-359 CC, Commentaire Romand, Bâle 2010

CR CO I-AUTEUR·E | Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), Code des obligations I, Vol. I : art. 1-252 CO – partie générale, contrats innommés, vente et donation et Vol. II : art. 253-529 CO – autres contrats, Commentaire romand, 3^e éd., Bâle 2021

CR CO II-AUTEUR·E | Tercier Pierre/Amstutz Marc/Trigo Trindade Rita (édit.), Code des obligations II : art. 530-1186 CO, art. 120-141 LIMF, ORAb, avec des introductions à la LFus et la LTI, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2017

CR CP II-AUTEUR·E | Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (édit.), Code pénal II : art. 111-392 CP, Commentaire Romand, Bâle 2017

CR CPC-AUTEUR·E | BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, Code de procédure civile, Commentaire Romand, 2^e éd., Bâle 2019

CR Cst.-AUTEUR·E | Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), Constitution fédérale, Vol. I : Préambule – art. 80 Cst., Commentaire romand, Bâle 2021

CR LLCA-AUTEUR·E | Valticos Michel/Reiser Christian M./Chappuis Benoît/Bohnet François (édit.), Loi sur les avocats : Commentaire de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA), Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2022

DAVID/KÜMIN, propos de BRÖNNIMANN et HURNI | DAVID GJON/KARL KÜMIN, « Gerichte legen Regeln schärfer aus als nötig », entretien avec BRÖNNIMANN JÜRGEN et HURNI CHRISTOPH, Plädoyer 5/2019 p. 8 ss

DETTERBECK | DETTERBECK STEFFEN, Streitgegenstand, Justizgewährungsanspruch und Rechtsschutzanspruch, Archiv für die civilistische Praxis 1992 p. 325 ss

DIAGNE | DIAGNE YERO, Quelques réflexions sur l'assistance des parties à l'audience de conciliation (art. 204 al. 2 CPC), JdT 2011 II p. 466 ss

DIETSCHY, Conflits de travail | DIETSCHY PATRICIA, Conflits de travail en procédure civile suisse, thèse Neuchâtel, Bâle/Neuchâtel 2011

DIETSCHY, Devoir d'interpellation | DIETSCHY PATRICIA, Le devoir d'interpellation du tribunal et la maxime inquisitoire sous l'empire du Code de procédure civile suisse, RSPC 2011 p. 82 ss

DIETSCHY, Note 4A_522/2008 | DIETSCHY PATRICIA, Note relative à l'arrêt du TF 4A_522/2008 du 3 septembre 2008, RSPC 2010 p. 15

DIETSCHY, procédure simplifiée | Dietschy Patricia, Le déroulement de la procédure simplifiée, in : Bohnet François (édit.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010

DIETSCHY-MARTENET, Bail à loyer et procédure civile | DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Bail à loyer et procédure civile, Bâle 2018

DIETSCHY-MARTENET, Fors, frais et représentation | DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Fors, frais et représentation dans le procès civil social, in : Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (édit.), Le procès civil social, Bâle/Neuchâtel 2018

DIGGELMANN/ISLER | DIGGELMANN PETER/ISLER MARTINA, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess, RSJ 2015 p. 141 ss

DK BGG-AUTEUR·E | SPÜHLER KARL/AEMISEGGER HEINZ/DOLGE ANNETTE/
VOCK DOMINIK, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Praxiskommentar, 2^e éd.,
Zurich/Saint-Gall 2013

DK ZPO-AUTEUR·E | Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo
(édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Band I : art. 1-196 et
Band II : art. 197-408, Kommentar, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2016

DONZALLAZ | DONZALLAZ YVES, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire,
Berne 2008

DROZ | DROZ JOHAN, La substitution dans le contrat de mandat, thèse Genève,
Genève/Zurich/Bâle 2008

DUBEY | DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux, Vol. II : Libertés, garanties de
l'État de droit, droits sociaux et politiques, Bâle 2018

DUNAND/PICHONNAZ | DUNAND JEAN-PHILIPPE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit
romain de A à Z, Genève/Zurich/Bâle 2018

ECKLIN | ECKLIN MICHAEL, Note relative à l'arrêt du TF 5A_541/2015
du 14 janvier 2016, RSPC 2016 p. 225

EGGER | EGGER DAVID, Die Stellung der Organe im Zivilprozess, thèse Zurich,
Zurich/Saint-Gall 2014

ENGEL, Contrats | ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse : Traité des contrats
de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société
simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, 2^e éd.,
Berne 2000

ENGEL, Obligations | ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse :
Dispositions générales du CO, 2^e éd., Berne 1997

EUGSTER | EUGSTER CARLA, Die Rechtsagentur in den Kantonen der
Schweizerischen Eidgenossenschaft, thèse Zurich, Uster 1938

Famkomm Scheidung I-AUTEUR·E | Fankhauser Roland (édit.), Scheidung,
Band II : Anhänge, FamKomm, 4^e éd., Berne 2022

FELLMANN, Anwaltsrecht | FELLMANN WALTER, Anwaltsrecht, 2^e éd.,
Berne 2017

FELLMANN, Fehlerhafte Rechtsberatung und Prozessführung | FELLMANN
WALTER, Haftung für fehlerhafte Rechtsberatung und Prozessführung, in : Jung
Peter (édit.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Berne 2007

FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht | FELLMANN WALTER, Gerichtliche Fragepflicht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in : Fellmann Walter/Weber Stephan (édit.), Haftpflichtprozess 2009 – Schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel, Zurich/Bâle/Genève 2009

FELLMANN, Haftung | FELLMANN WALTER, Die Haftung des Anwaltes, in : Fellmann Walter/Huguenin Jacobs Claire/Poledna Tomas/Schwarz Jörg (édit.), Schweizerisches Anwaltsrecht – Droit suisse des avocats – Diritto svizzero degli avvocati, Berne 1998

FELLMANN/BURGER | FELLMANN WALTER/BURGER YVONNE, Das Verbot von Interessenkollisionen und seine Durchsetzung im Prozess, *Revue de l'avocat* 2020 p. 14 ss

FELLMANN/WEY | FELLMANN WALTER/WEY RAINER, Ein Herz für Anwälte ? Kritische Anmerkungen zu BGE 134 III 534, *REAS* 2009 p. 29 ss

FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht-AUTEUR·E | Fountoulakis Christiana/Affolter-Fringeli Kurt/Biderbost Yvo/Steck Daniel (édit.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht : Expertenwissen für die Praxis, Zurich/Bâle/Genève 2016

FHB ZPO-AUTEUR·E | Haas Ulrich/Marghitola Reto (édit.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zurich 2020

FIDEK | FIDEK ALOIS, Das Berufsrecht der Anwälte und Rechtsagenten im Kanton St. Gallen, thèse Zurich, Saint-Gall 1951

FINK | FINK STEFAN, Private Zeugenbefragung im Zivilprozess, thèse Zurich 2015

FITZI/WOJCIK | FITZI FRÉDÉRIC/WOJCIK YAN, Les conséquences procédurales du défaut de tentative effective de conciliation, Note relative à l'arrêt du TF 5A_87/2022 du 2 novembre 2022 (destiné à la publication), *RSPC* 2023 p. 86 ss

FOUNTOULAKIS/GAIST | FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/GAIST CHRISTINA, Les mesures personnelles anticipées : les directives anticipées du patient et le mandat pour cause d'inaptitude, *FamPra.ch* 2012 p. 867 ss

FOURNIER, Imputation | FOURNIER ANNICK, L'imputation de la connaissance : Étude de droit privé suisse, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2021

- FOURNIER, Personne morale** | FOURNIER ANNICK, Comment déterminer la connaissance d'une personne morale ?, RSJ 2022 p. 1187 ss
- FRANCIONI** | FRANCIONI FRANCESCO, The Rights of Access to Justice under Customary International Law, in : Francioni Francesco (édit.), Access to Justice as a Human Right, New York/Oxford 2007
- FRANK/STRÄULI/MESSMER** | FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3^e éd., Zurich 1997
- FRECH** | FRECH SIBYLLE, Die Schlichtungsbehörde – eine Erfolgsgeschichte ?, Revue de l'avocat 2015 p. 23 ss
- FRITZSCHE** | FRITZSCHE HANS, Les procès entre particuliers, in : Lévy-Ullmann Henri/Mirkine-Guetzévitch Boris (édit.), La vie juridique des peuples, Vol. VI : Suisse, Paris 1935
- FRÖHLICH** | FRÖHLICH STEPHAN, Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Zurich, Berne 2014
- FUX** | FUX ROLAND, Die Walliser Zivilprozessordnung, Ein Handbuch für Praktiker, Leuk-Stadt 1988
- GALLEY** | GALLEY MARIE-JOSÉE ALEX, Les juridictions du travail en Suisse, thèse Genève, Zurich/Bâle/Genève 2003
- GASSER/RICKLI** | GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2014
- GAUCH/SCHLUEP/SCHMID** | GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020
- GEERING** | GEERING FLORIAN, Do You Need a Lawyer ?, « Justice – Justiz – Giustizia » 2021/4
- GEISSBÜHLER/BARTH** | GEISSBÜHLER GRÉGOIRE/BARTH TANO, Comparution personnelle des parties pour la personne morale, Revue de l'avocat 2022 p. 136 ss
- GERARDS/GLAS** | GERARDS JANNEKE H./GLAS LIZE R., Access to justice in the European Convention on Human Rights system, NHQR 2017 p. 11 ss
- GILLIAUX** | GILLIAUX PASCAL, Droit(s) européen(s) à un procès équitable, Bruxelles 2012

GRABENWARTER | GRABENWARTER CHRISTOPH, European Convention on Human Rights, Commentary, Munich/Oxford/Baden-Baden/Bâle 2014

GRAEF | GRAEF RALPH OLIVER, Die Notwendigkeit des Anwaltszwangs in § 78 I ZPO : Eine rechtsvergleichende Standortbestimmung am Beispiel Englands, Zeitschrift für Rechtspolitik 1995 p. 450 ss

GRIEDER | GRIEDER THOMAS, Schadenersatz und Honorarreduktion : Eine praktische Abgrenzungsproblematik im Auftragsrecht am Beispiel des Zahnarztvertrages, PJA 2008 p. 1509 ss

GRISEL | GRISEL ANDRÉ, La surcharge des Cours suprêmes et les moyens d'y remédier (Rapport général présenté à Budapest, en août 1978, au X^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé), ZBI 79/1978 p. 373 ss

GRODECKI/JEANDIN | GRODECKI STÉPHANE/JEANDIN NICOLAS, Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts, SJ 2015 II p. 107 ss

GROLIMUND/BACHOFNER | GROLIMUND PASCAL/BACHOFNER EVA, Die Klagebewilligung als Prozessvoraussetzung – Zum Obligatorium des Schlichtungsverfahrens und zum persönlichen Erscheinen an der Schlichtungsverhandlung, in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (édit.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zurich/Bâle/Genève 2016

GRONER | GRONER ROGER, Beweisrecht : Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Berne 2011

GUHL et al. | GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN-NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht : mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9^e éd., Zurich 2000

Guinchard-CAYROL | CAYROL NICOLAS, Assistance et représentation des parties (Chapitre 281), in: Guinchard Serge (dir.), Droit et pratique de la procédure civile : Droit interne et européen, 10^e éd., Paris 2021

GULDENER | GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zurich 1979

GYGAX/ZUFFEREY/GABRIEL | GYGAX PASCAL/ZUFFEREY SANDRINE/GABRIEL UTE, Le cerveau pense-t-il au masculin ?, Paris 2021

HABSCHEID, Droit judiciaire | HABSCHEID WALTER J., Droit judiciaire privé suisse, 2^e éd., Genève 1981

HABSCHEID, Zivilprozessrecht | HABSCHEID WALTER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2^e éd., Bâle 1990

HAEFLIGER | HAEFLIGER ARTHUR, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich : zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Berne 1985

HAEGI | HAEGI URS, Aus- und Weiterbildung der Anwältinnen und Anwälte, RDS 2017 II p. 85 ss

HALDY | HALDY ANTOINETTE, La capacité d'être partie, la capacité d'ester en justice et la représentation des parties, RSPC 2013 p. 523 ss

HANGARTNER | HANGARTNER YVO, commentaire de l'arrêt 1C_142/2012, PJA 2013 p. 621 ss

HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN | BÜHLMANN ANTON, Vertretung der Partei vor Behörden und Gerichten (§ 12), in : Müller Jürg P. (édit.), Wohn- und Geschäftsraummiete : Beraten und Prozessieren im Immobiliarmietrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bâle 2016

HASENBÖHLER | HASENBÖHLER FRANZ, Das Beweisrecht der ZPO, Band II : Die Beweismittel, Zurich/Bâle/Genève 2019

HÄUSLER | HÄUSLER ADRIAN, La procuration et le tiers : évolution du droit suisse, RSJ 2021 p. 282 ss

HEINZMANN, Intervention | HEINZMANN MICHEL, L'intervention, la dénonciation d'instance et l'appel en cause, in : Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (édit.), Dix ans de Code de procédure civile, Bâle/Neuchâtel 2020

HEINZMANN, Juridiction prud'homale | HEINZMANN MICHEL, La situation actuelle de la juridiction prud'homale en Suisse, PCEF 2013 p. 21 ss

HEINZMANN, Procédure simplifiée | HEINZMANN MICHEL, La procédure simplifiée : Une émanation du procès civil social, thèse d'habilitation Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2018

HERZIG, Partei- und Prozessfähigkeit | HERZIG CHRISTOPHE A., Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör, PJA 2013 p. 182 ss

HERZIG, Prozesstandschaft | HERZIG CHRISTOPHE A., Prozesstandschaft im Kindesunterhaltsrecht – quo vadis ?, in : Eitel Paul/Zeiter Alexandra (édit.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts : Liber amicarum für Alexandra Rumo-Jungo, Zurich 2014

HESS | HESS PETER, Das Anwaltsmonopol, thèse Zurich 1957

HIRSCH | HIRSCH LAURENT, Le procès manqué, in : Chappuis Christine/Winiger Bénédicte (édit.), Les causes du dommage, Journée de la responsabilité civile 2006, Genève/Zurich/Bâle 2007

HK EMRK-AUTEUR·E | Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (édit.), EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4^e éd., Bâle 2017

HOFER/HRUBESCH | HOFER SIBYLLE/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Einleitungsartikel und Personenrecht, 2^e éd., Berne 2012

HOFMANN/LÜSCHER | HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, 3^e éd., Berne 2023

HOFSTETTER | HOFSTETTER JOSEF, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, 2^e éd., Bâle 2000

HOHL, Tome I | HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome I : Introduction et théorie générale, 2^e éd., Berne 2016

HOHL, Tome II | HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome II : Compétence, délais, procédures et voies de recours, 2^e éd., Berne 2010

HONEGGER-MÜNTENER | HONEGGER-MÜNTENER PATRICK, Konversion von Rechtsmitteln nach der ZPO : Ein kritischer Diskussionsbeitrag, PJA 2022 p. 939 ss.

HUBER-LEHMANN | HUBER-LEHMANN MELANIE, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Fribourg, Zurich/Saint-Gall 2018

HUG/PAPADOPOULOS | HUG DARIO/PAPADOPOULOS LYSANDRE, Un droit à l'anonymat de l'avocat « défaillant » devant le Tribunal fédéral ?, Revue de l'avocat 2019 p. 167 ss

HUGUENIN | HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht : Allgemeiner und Besonderer Teil, 3^e éd., Zurich 2019

HUNSPERGER/WICKI | HUNSPERGER RETO/WICKI JODOK, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, PJA 2013 p. 975

HURNI/HOFMANN | HURNI BAPTISTE/HOFMANN DAVID, Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, Revue de l'avocat 2023 p. 209 ss

IECL XVI-AUTEUR·E | Cappelletti Mauro (édit.), Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Tübingen/Leiden/Boston 2014

JACQUEMOUD-ROSSARI | JACQUEMOUD-ROSSARI LAURA, Les parties et les actes des parties ; le défaut ; la notification et les délais, in : Lukic Suzana (édit.), Le Projet de Code de procédure civile fédérale, Lausanne 2008

JEANDIN | JEANDIN NICOLAS, Parties au procès : Mouvement et (r)évolution : Précis en vue du Code fédéral de procédure civile actuellement en préparation, Zurich/Bâle/Genève 2003

JEANDIN/PEYROT | JEANDIN NICOLAS/PEYROT AUDE, Précis de procédure civile, Zurich 2015

JEANNIN | JEANNIN PASCAL, La preuve en droit du bail : Loyers, défauts et résiliation de baux d'habitations et de locaux commerciaux à l'aune des questions probatoires, thèse Neuchâtel, Bâle/Neuchâtel 2022

JÉQUIER, Délégation | JÉQUIER GUILLAUME, La délégation de la conduite du procès civil à une autre autorité, spécialement en matière de capacité de postuler de l'avocat, RSPC 2019 p. 203 ss

JÉQUIER, Tiers | JÉQUIER GUILLAUME, Tiers et procédure civile suisse, in : Thévenaz Alain (édit.), Les tiers, Berne 2018

JORDAN | JORDAN ROMAIN, Conflit d'intérêts de l'avocat et compétence, Plaidoyer 6/2018 p. 38 ss

KIENER | KIENER REGINA, Zugang zur Justiz, RDS 2019 II p. 5 ss

KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH | KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3^e éd., Berne 2018

KLEIN | KLEIN JEAN-PHILIPPE, Streiflichter auf das Schweizer Stellvertretungsrecht, BJM 2022 p. 1 ss

KLEY-STRULLER | KLEY-STRULLER ANDREAS, Der Beruf des patentierten Rechtsagenten nach dem neuen sanktgallischen Anwaltsgesetz, RSJ 1995 p. 446 ss

KOHLER-VAUDAUX | KOHLER-VAUDAUX MARYAM, Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître, thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2006

KOLLER | KOLLER ALFRED, OR AT, Band I : Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 5^e éd., Berne 2023

Krüger/Rauscher-AUTEUR·E | Krüger Wolfgang/Rauscher Thomas (édit.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung : ZPO, Band 1 : §§ 1-354, 6^e éd., Munich 2020

KUKO ZPO-AUTEUR·E | Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (édit.), Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3^e éd., Bâle 2021

KUMMER M. | KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts : nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4^e éd., Berne 1984

KUMMER R. P. | KUMMER RAPHAEL PATRICE, Die Stellung von Begleitpersonen im Rahmen der Schlichtungsverhandlung, Jusletter 10 septembre 2018

LACHAT/LACHAT | LACHAT DAVID/LACHAT BORIS, Procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2019

LANTER | LANTER MARKUS, Formeller Charakter des Replikrechts – Herkunft und Folgen, ZBI 113/2012 p. 167

LEUENBERGER | LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2011 – 1. Teil : Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, RJB 2013 p. 233 ss

LEUENBERGER/UFFER-TOBLER | LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2^e éd., Berne 2016

LEUTHOLD/SCHWEIGHAUSER | LEUTHOLD URSULA/SCHWEIGHAUSER JONAS, Beistandschaft und Kindesvertretung im Kindesschutz – Rolle, Aufgaben und Herausforderungen in der Zusammenarbeit, RMA 2016 p. 463 ss

LEWIN | LEWIN RENÉ, Das Handeln des Anwalts ohne Vollmacht, RSJ 1923-1924 p. 37 ss

LIEBER | LIEBER VIKTOR, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung, in : Lieber Viktor/Rehberg Jörg/Walder Hans Ulrich/Wegmann Paul (édit.), Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zurich 1997

LIENHARD | LIENHARD ANDREAS, Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Zurich, Zurich/Saint-Gall 2013

LIENHARD/MORDASINI-ROHNER | LIENHARD ANDREAS/MORDASINI-ROHNER CLAUDIA M., Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime, PJA 2015 p. 1635 ss

LOMBARDINI | LOMBARDINI CARLO, La responsabilité civile de l'avocat vis-à-vis des clients, in : Jeanneret Vincent/Hari Olivier (édit.), Défis de l'avocat au XXI^e siècle : Mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger, Genève 2008

LÖTSCHER | LÖTSCHER CORDULA, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess : Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, thèse Bâle 2016

LÜCHINGER | LÜCHINGER ADOLF, Reform der Zivilgerichtsbarkeit des Bundes, in : Schweizer Rainer J. (édit.), Reform der Bundesgerichtsbarkeit, Zurich 1995

LUMINATI | LUMINATI MICHELE, Lina Graf : erste Anwältin der Schweiz ?, in : Müller Karin/SchwarzJörg (édit.), Auf zu neuen Ufern !, Festschrift für Walter Fellmann, Berne 2021

LÜSCHER | LÜSCHER CHRISTIAN, L'accès facilité à la justice dans le CPC révisé, Revue de l'avocat 2023 p. 204 ss

MAHON | MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, Vol. II, 3^e éd., Bâle/Neuchâtel 2015

MAIER/MÜHLEMANN | MAIER PHILIPP/MÜHLEMANN KIM, Entschädigung berufsmässiger Vertretung im Zivilprozess, PJA 2021 p. 754 ss

MAISSEN/PURTSCHERT/RUSCH | MAISSEN EVA/PURTSCHERT TINA/RUSCH ARNOLD F., Unentgeltliche Hilfeleistung : GoA, Gefälligkeit oder unentgeltlicher Auftrag ?, Jusletter 9 septembre 2013

MALINVERNI et al. | MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, Droit constitutionnel suisse, Vol. II : Les droits fondamentaux, 4^e éd., Berne 2021

MALINVERNI | MALINVERNI GIORGIO, La Convention européenne des droits de l'homme et le procès civil : Le champ d'application de l'art. 6 CEDH et ses garanties en matière civile, Plaidoyer 6/2016 p. 45 ss

MATILE, Droit romain | MATILE GEORGES-AUGUSTE, De l'autorité du droit Romain, de la coutume de Bourgogne et de la Caroline, dans la Principauté de Neuchâtel, Neuchâtel 1838

MATILE, Notes de cours | MATILE GEORGES-AUGUSTE, Notes de cours, in : Bohnet François (édit.), Procédure civile coutumière neuchâtelaise, Bâle/Neuchâtel 2020

MATTI | MATTI HANS, Zivilprozessrecht, Zurich 1939

MAURON | MAURON BENOÎT, Interdiction de postuler et liberté économique de l'avocat, *Revue de l'avocat* 2022 p. 439 ss

MAZOU | MAZOU MIRIAM, Les femmes et la profession d'avocate, *Revue de l'avocat* 2023 p. 127 ss

MEIER P. | MEIER PHILIPPE, Droit de la protection de l'adulte : Articles 360-456 CC, 2^e éd., Genève/Zurich 2022

MEIER R. | MEIER RAOUL A., Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Bâle 2015

MEIER I. | MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht : eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zurich/Bâle/Genève 2010

MEIER/DE LUZE | MEIER PHILIPPE/DE LUZE ESTELLE, Droit des personnes : Articles 11-89a CC, Genève/Zurich/Bâle 2014

MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE | MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht : mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12^e éd., Berne 2018

MERKT/CHAPPUIS | MERKT BENOÎT/CHAPPUIS BENOÎT, Profession d'avocat et loi sur le marché intérieur, *Revue de l'avocat* 2017 p. 292 ss

MERZ | MERZ BARBARA, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung : Gesetz über die Zivilrechtspflege (Zivilprozessordnung) vom 6. Juli 1988, in Kraft gesetzt auf den 1. Januar 1989, mit Revisionen per 1. September 1997, 1. Januar 2000 und 1. Januar 2003, 2^e éd., Berne 2007

MORDASINI-ROHNER | MORDASINI-ROHNER CLAUDIA M., Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Bâle 2013

MÜLLER C. | MÜLLER CHRISTOPH, Contrats de droit suisse : Présentation systématique des contrats les plus importants en pratique, Berne 2021

MÜLLER J. S. | MÜLLER JANINE STEFANIE, Die Rechtsstellung des Anlegeraktionärs der SICAV : unter besonderer Berücksichtigung des Publikumsanlegers, thèse Berne, Zurich/Saint-Gall 2018

MÜLLER P. | MÜLLER PIERRE, Le principe de la proportionnalité, RDS 1978 II p. 197 ss

MÜLLER T. | MÜLLER THOMAS, Die Haftung des Anwaltes – ausgewählte Aspekte, *Revue de l'avocat* 2015 p. 459 ss

MÜLLER/EGLI | MÜLLER LUKAS/EGLI DÉsirÉE, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_485/2020 vom 25. März 2021 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B., Keine Postulationsfähigkeit des Anwalts im Prozess bei Verletzung der Interessenkonfliktregeln, PJA 2021 p. 1061 ss

MÜLLER/OBRIST/ODERMATT | MÜLLER LUKAS/OBRIST SANDRO E./ODERMATT PATRICK, Streitpunkt Parteientschädigung: Das Kriterium der Notwendigkeit bei berufsmässiger Vertretung zur Bestimmung der Parteientschädigung, PJA 2018 p. 979

NÄF | NÄF RUTH, Die Prozessvollmacht des gewillkürten und des nach Privatrecht bestellten gesetzlichen Vertreters im zürcherischen Zivilprozess, thèse Zurich 1952

NOVIER, Capacité de postuler | NOVIER MERCEDES, Capacité de postuler de l'avocat ?, *Plaidoyer* 2/2015 p. 17

NOVIER, Conditions de formation | Novier Mercedes, Conditions de formation de l'avocat: apports de la jurisprudence récente, in: Bohnet François/Chappuis Benoît/Schiller Kaspar/Schumacher Benjamin (édit.), *Le présent et l'avenir de la profession d'avocat·e: mélanges pour le 125^e anniversaire de la Fédération suisse des avocats (FSA)*, Berne 2023

NOWAK | NOWAK MANFRED, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, *CCPR Commentary*, 2^e éd., Kehl 2005

OFK BV-BIAGGINI | BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2^e éd., Zurich 2017

OFK OR-AUTEUR·E | Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (édit.), OR Kommentar: Schweizerisches Obligationenrecht, 4^e éd., Zurich 2023

OFK ZGB-AUTEUR·E | Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (édit.), ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4^e éd., Zurich 2021

OFK ZPO-AUTEUR·E | Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO Kommentar, 2^e éd., Zurich 2015

PAHUD DE MORTANGES | PAHUD DE MORTANGES RENÉ, *Histoire du droit suisse*, Zurich/St-Gall 2023

PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE | PAHUD DE MORTANGES RENÉ/PRÊTRE ALAIN, *Anwaltschaftsgeschichte der Schweiz*, Zurich 1998

PC CPC-AUTEUR·E | Chabloz Isabelle/Dietschy-Martinet Patricia/Heinzmann Michel (édit.), *Code de procédure civile, Petit commentaire*, Bâle 2020

PELLATON | NICOLAS PELLATON, *La recevabilité des recours au Tribunal fédéral portant sur la capacité de postuler de l'avocat*, *Revue de l'Avocat* 2012 p. 50 ss

PERCASSI, Actes | PERCASSI MARIE-LAURE, *Les actes des parties en procédure civile suisse : notion et destinataires à la lumière d'un arrêt récent du Tribunal fédéral (TF 5A_568/2020, publication ATF prévue)*, *RSPC* 2022 p. 97 ss

PERCASSI, Capacité de postuler | PERCASSI MARIE-LAURE, *La capacité de postuler de l'avocat·e pratiquant la représentation en procédure civile*, in : Bohnet François/Chappuis Benoît/Schiller Kaspar/Schumacher Benjamin (édit.), *Le présent et l'avenir de la profession d'avocat·e : mélanges pour le 125^e anniversaire de la Fédération suisse des avocats (FSA)*, Berne 2023

PERCASSI, Note 4A_124/2018 | PERCASSI MARIE-LAURE, *Note relative à l'arrêt du TF 4A_124/2018 du 27 avril 2018*, *RSPC* 2018 p. 407 s.

PERCASSI, Note 4A_145/2021 | PERCASSI MARIE-LAURE, *Note relative à l'arrêt du TF 4A_145/2021 du 27 octobre 2021*, *RSPC* 2022 p. 270 s.

PERCASSI, Note 4A_25/2022 | PERCASSI MARIE-LAURE, *Note relative à l'arrêt du TF 4A_25/2022 du 11 février 2022*, *DB* 2022 p. 71

PERCASSI, Note 4A_404/2020 | PERCASSI MARIE-LAURE, *Capacité de postuler et préjudice difficilement réparable*, *Note relative à l'arrêt du TF 4A_404/2020 du 17 septembre 2020*, *RSPC* 2020 p. 579 s.

PERCASSI, Note 4A_573/2021 | PERCASSI MARIE-LAURE, *Indication erronée des voies de droit, bonne foi et représentation professionnelle*, *Note relative à l'arrêt du TF 4A_573/2021 du 17 mai 2022*, *RSPC* 2022 p. 393 ss

PERCASSI, Note 5A_279/2019 | PERCASSI MARIE-LAURE, *Note relative à l'arrêt du TF 5A_279/2019 du 30 juillet 2019*, *RSPC* 2019 p. 403

PERCASSI, Note 5A_395/2019 | PERCASSI MARIE-LAURE, *Note relative à l'arrêt du TF 5A_395/2019 du 16 décembre 2019*, *RSPC* 2020 p. 118

PERCASSI, Note 5A_448/2020 | PERCASSI MARIE-LAURE, *La capacité d'ester et les novas*, *Note relative à l'arrêt du TF 5A_448/2020 du 18 février 2021*, *RSPC* 2021 p. 294

PERCASSI, Note 5A_469/2019 | PERCASSI MARIE-LAURE, Le réexamen de la capacité de postuler par l'autorité de recours ou d'appel, Note relative à l'arrêt du TF 5A_469/2019 du 17 novembre 2020, RSPC 2021 p. 100 s.

PERCASSI, Note 5A_803/2019 | PERCASSI MARIE-LAURE, La représentation passive ou l'élection de domicile en Suisse, Note relative à l'arrêt du TF 5A_803/2019 du 3 avril 2020, RSPC 2020 p. 357 s.

PERROUD | PERROUD VÉRONIQUE, Les maximes de procédure en droit du travail, in : Wyler Rémy (édit.), Panorama II en droit du travail : Recueil d'études réalisées par des praticiens, Berne 2012

PERRUCHOUD | PERRUCHOUD EDMOND C., La communauté dans la copropriété ordinaire : Étude portant principalement sur la copropriété foncière, thèse Genève, Zurich/Saint-Gall 2006

POLEDNA | POLEDNA TOMAS, Anwaltsmonopol und Zulassung zum Anwaltsberuf : Streiflichter in vier Thesen, in : Fellmann Walter/Huguenin Jacobs Claire/Poledna Tomas/Schwarz Jörg (édit.), Schweizerisches Anwaltsrecht – Droit suisse des avocats – Diritto svizzero degli avvocati, Berne 1998

PRADERVAND-KERNEN | PRADERVAND-KERNEN MARYSE, La position juridique de l'enfant dans la procédure civile, à l'aune de quelques questions particulières, FamPra.ch 2016 p. 339 ss

Prütting/Gehrlein-AUTEUR | Prütting Hanns/Gehrlein Markus (édit.), ZPO Kommentar, 11^e éd., Cologne 2019

PÜNTENER | PÜNTENER RICHARD, Zivilprozessrecht für die Mietrechtspraxis, Bâle 2016

REETZ/FRANCESCHETTI | REETZ PETER/FRANCESCHETTI LORENA, Das Replikrecht im Zivilprozess, in : Fellmann Walter/Weber Stephan (édit.), Haftpflichtprozess 2014 – Eisenbahn- und Grundeigentümerhaftung, Insassenversicherung, vorsorgliche Beweisführung, Zwischenentscheid, Replikrecht, Teilklage, unbezifferte Forderungsklage und Stufenklage, Zurich 2014

REISER/VALTICOS | REISER CHRISTIAN M./VALTICOS MICHEL, Il faut sauver l'art. 43 al. 3 LPAV/GE ! : Les conflits d'intérêts et la commission du barreau, La Lettre du Conseil N°66 2018 p. 56 ss

RÉTORNAZ, Capacités | RÉTORNAZ VALENTIN, La capacité d'être partie, la capacité d'ester, la capacité de revendiquer, thèse de licence, Neuchâtel 2003

RÉTORNAZ, Formalisme excessif | RÉTORNAZ VALENTIN, L'interdiction du formalisme excessif en procédure civile, thèse Neuchâtel, Bâle/Neuchâtel 2014

RÉTORNAZ, Note 5D_94/2017 | RÉTORNAZ VALENTIN, Note relative à l'arrêt du TF 5D_94/2017 du 15 décembre 2017, RSPC 2018 p. 98 s.

REY/WILDHABER | REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2018

ROSENBERG, Lehrbuch | ROSENBERG LEO, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 1^{re} éd., Berlin 1927

ROSENBERG, Stellvertretung | ROSENBERG LEO, Stellvertretung im Prozess : Auf der Grundlage und unter eingehender, vergleichender Darstellung der Stellvertretungslehre des bürgerlichen Rechts nebst einer Geschichte der prozessualischen Stellvertretung, Berlin 1908

ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD | ROSENBERG LEO/SCHWAB KARL HEINZ/GOTTWALD PETER, Zivilprozessrecht, 18^e éd., Munich 2018

RÜETSCHI/VETTER | RÜETSCHI DAVID/VETTER MEINRAD, Vertretung vor den aargauischen Zivilgerichten nach der neuen Zivilprozessordnung : eine Auslegeordnung, in : Aargauischen Juristenverein (édit.), Festschrift 75 Jahre Aargauischer Juristenverein 1936-2011, Zurich/Bâle/Genève 2011

RUSCH/FISCHBACHER | RUSCH ARNOLD F./FISCHBACHER ADRIAN, Entschädigung des anwaltlichen Prozessierens in eigener Sache und verwandter Formen, PJA 2019 p. 686 ss

RUSSO | RUSSO ALFIO, Les modes de désignation des juges : Étude de droit constitutionnel suisse et comparé, thèse Neuchâtel, Bâle/Neuchâtel 2021

Saenger/Ullrich/Siebert-AUTEUR | Saenger Ingo/Ullrich Christoph/Siebert Oliver (édit.), ZPO, Kommentiertes Prozessformularbuch, 5^e éd, Baden-Baden 2022

SANDOZ | SANDOZ BASTIEN, La conciliation, in : Bohnet François (édit.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour le praticien, Neuchâtel 2010

SARBACH | SARBACH MARTIN, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, thèse Berne 2003

SCHABAS | SCHABAS WILLIAM A., The European Convention on Human Rights, A Commentary, Oxford 2015

SCHALLER/MAHON | SCHALLER ROXANNE/MAHON PASCAL, Le droit de réplique : un aller-retour sans fin entre Strasbourg et Lausanne ?, in : Bohnet François (édit.), Le droit de réplique, Bâle/Neuchâtel 2013

SCHILLER, Bedeutung des Anwalts | SCHILLER KASPAR, Die Bedeutung des Anwalts für den Rechtsstaat, in : Bohnet François/Chappuis Benoît/Schiller Kaspar/Schumacher Benjamin (édit.), Le présent et l'avenir de la profession d'avocat·e : mélanges pour le 125^e anniversaire de la Fédération suisse des avocats (FSA), Berne 2023

SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht | SCHILLER KASPAR, Schweizerisches Anwaltsrecht : Grundlagen und Kernbereich, Zurich/Bâle/Genève 2009

SCHILLER/NATER | SCHILLER KASPAR/NATER HANS, Die berufsrechtlichen Sorgfaltspflichten der Anwälte nach art. 12 lit. a BGFA gehen nicht weiter als die auftragsrechtlichen, RSJ 2019 p. 42 ss

SCHMID | SCHMID MARKUS, Klippen des Haftpflichtprozesses wegen Anwaltsfehlern, insbesondere Schaden- und Kausalzusammenhang, in : Weber Stephan/Fellmann Walter (édit.), Haftpflichtprozess 2017 – Anwaltshaftung : Aspekte der Haftungs begründung, des Schadens, der Versicherung, des Verfahrens und der Prävention, Zurich/Bâle/Genève 2017

SCHRANK | SCHRANK CLAUDE, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), thèse Bâle 2015

SCHUMACHER | RAINER SCHUMACHER, Fristenlauf im Rechtsmittelverfahren gegen im summarischen Verfahren ergangene Entscheide, Commentaire relatif à l'arrêt du TF 5A_378/2012, DC 2013 p. 132 ss

SCHUMANN | SCHUMANN EKKEHARD, Internationale Zuständigkeit : Besonderheiten, Wahlfeststellung, doppelrelevante Tatsachen, in : Habscheid Walther J./Schwab Karl Heinz (édit.), Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag, Münster 1987

SCHWANDER | SCHWANDER IVO, Commentaire relatif à l'arrêt du TF 5A_561/2016 du 22 septembre 2016, PCEF 2017 p. 201

SCHWEIZER | SCHWEIZER PHILIPPE, Note relative à l'arrêt du TF 5A_401/2007 du 29 août 2007, RSPC 2008 p. 22 s.

SCHWENZER/FOUNTOULAKIS | SCHWENZER INGBORG/FOUNTOULAKIS
CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht : Allgemeiner Teil, 8^e éd.,
Berne 2020

SCYBOZ | SCYBOZ PIERRE, Les parties et leurs représentants dans le Code de
procédure civile suisse du 19 décembre 2008 – Bref aperçu, Revue de
l'Avocat 2009 p. 13 ss

SEILER | SEILER BENEDIKT, Die Berufung nach ZPO, thèse Bâle 2010, édition
remaniée, Zurich/Bâle/Genève 2013

SENN | SENN DANIEL, Die Beteiligung wirkungsbetroffener Dritter im
Zivilprozess, dargestellt am Beispiel der Anfechtung von
Generalversammlungsbeschlüssen gemäss art. 706 f. OR, Zurich/Bâle/
Genève 2018

SGK BV-AUTEUR·E | Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer
Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), Die Schweizerische Bundesverfassung,
Band I : art. 1-93 BV, St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/Saint-Gall 2014

SHK BGG-AUTEUR·E | Seiler Hansjörg/von Werdt Nicolas/Güngerich
Andreas/Oberholzer Niklaus (édit.), Bundesgerichtsgesetz (BGG) :
Bundesgesetz über das Bundesgericht, Stämpflis Handkommentar, 2^e éd.,
Berne 2015

SHK LPCC-AUTEUR·E | FTB Avocats SA/Kellerhals Anwälte (édit.), Loi sur
les placements collectifs (LPCC), Stämpflis Handkommentar, Berne 2012

SHK ZPO-AUTEUR·E | Baker & McKenzie (édit.), Schweizerische
Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpflis Handkommentar, Berne 2010

SIEBENHAAR | SIEBENHAAR HERMANN, Vertreter des Vertreters ?, AcP 1963
p. 354 ss

SIX | SIX JANN, Richterliche Fragepflicht, in : Aargauischen Juristenverein
(édit.), Festschrift 75 Jahre Aargauischer Juristenverein 1936-2011,
Zurich/Bâle/Genève 2011

SK AnwG-AUTEUR·E | Fellmann Walter/Zindel Gaudenz G. (édit.),
Kommentar zum Anwaltsgesetz : Bundesgesetz über die Freizügigkeit der
Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), Schulthess
Kommentar, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2011

SK Schkg-AUTEUR·E | Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (édit.),
Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG,
Schulthess Kommentar, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017

SK ZPO-AUTEUR·E | Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Schulthess Kommentar, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016

SPÜHLER | SPÜHLER KARL, Note relative à l'arrêt du KG/GR ZK2 2021 53 du 24 mars 2022, CAN 2022 Nr. 38 p. 164

STAEHELIN, SchKG Vertretung | STAEHELIN ERNST, (Berufsmässige) Vertretung durch jedermann in SchKG-Summarverfahren ?, *Revue de l'Avocat* 2014 p. 17 ss

STAEHELIN, Standesregeln | STAEHELIN ERNST, Die anwaltsrechtlichen Standesregeln – Genese und Vollzug, *LeGes* 2006/3 p. 19 ss

STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-AUTEUR·E | STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht : unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2019

Stein/Jonas-AUTEUR | Stein Friedrich/Jonas Martin (édit.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2 : §§ 78 – 147, 23^e éd., Tübingen 2016

SUTTER | SUTTER PATRICK, Das Recht auf Parteientschädigung ist unabhängig von der Frage der Notwendigkeit der berufsmässigen Vertretung, *Revue de l'Avocat* 2018 p. 214 ss

SUTTER-SOMM | SUTTER-SOMM THOMAS, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich 2017

TAPPY, CPC et LP | TAPPY DENIS, D'une loi à l'autre : renvois et réserves entre le CPC et la LP, *JdT* 2022 II p. 4 ss

TAPPY, Défaut | TAPPY DENIS, Les décisions par défaut : les voies de droit et les remèdes aux décisions par défaut, in : Bohnet François (édit.), *Procédure civile suisse : les grands thèmes pour le praticien*, Neuchâtel 2010

TAPPY, Le procès civil | TAPPY DENIS, Le procès civil : acquis, questions restant ouvertes et nouveaux problèmes selon le CPC et la LTF notamment au regard de la jurisprudence des deux dernières années, in : Furrer Andreas (édit.), *Aktuelle Anwaltspraxis – La pratique de l'avocat* 2013, Berne 2013

TAPPY, Mesures protectrices | TAPPY DENIS, La procédure de mesures protectrices de l'union conjugale selon le nouveau Code de procédure civile suisse : constantes et nouveautés, in : Büchler Andrea/Müller-Chen Markus (édit.), *Private Law : national – global – comparative*, *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Berne 2011

TERCIER/BIERI/CARRON | TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016

TERCIER/PICHONNAZ | TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 6^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2019

TEREKHOV | TEREKHOV ARTUR, Von den Vorzügen der art. 68 Abs. 2 lit. b und d ZPO, PCEF 51/2020 p. 250 ss

THEURILLAT | THEURILLAT PIERRE, « Monopole » et libre circulation de l'avocat, RJJ 1994 p. 199 ss

URECH | URECH HANS, Der Rechtsanwaltskandidat, thèse Zurich 1948

VETTER/ALBERT | VETTER MEINRAD/ALBERT ELIANE, Wann ist die Einreichung einer Kostennote sinnvoll ?, RSJ 2021 p. 310 ss

VOGEL | VOGEL OSCAR, Grundriss des Zivilprozessrecht, 1^{re} éd., Berne 1984

VON MOOS | VON MOOS GUIDO, Die Haftung des Vertreters ohne Vollmacht nach art. 39 OR, thèse Saint-Gall, Zurich/Saint-Gall 2017

VON TUHR | VON TUHR ANDREAS, Partie générale du Code fédéral des Obligations, Vol. I, 1^{re} éd., traduction française par DE TORRENTÉ MAURICE/THILO EMILE, Lausanne 1929

WACH | WACH ADOLF, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Leipzig 1885

WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER | WALDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Zivilprozessrecht : nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5^e éd., Zurich 2009

WEBER-DÜRLER, Falsche Auskünfte | WEBER-DÜRLER BEATRICE, Falsche Auskünfte von Behörden (Erweiterte Fassung eines am 16. November 1989 vor dem Zürcherischen Juristenverein und am 21. November 1989 vor dem Luzerner Juristenverein gehaltenen Vortrags), ZBI 92/1991 p. 1

WEBER-DÜRLER, Neuere Entwicklung | WEBER-DÜRLER BEATRICE, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, ZBI 103/2002 p. 281 ss

WERMELINGER | WERMELINGER AMÉDÉO, Das Stockwerkeigentum, SVIT Kommentar, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014

WERRO | WERRO FRANZ, Le mandat et ses effets : une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations : analyse critique et comparative, thèse Fribourg 1993

WESSNER | WESSNER PIERRE, La responsabilité professionnelle de l'avocat au regard de son devoir général de diligence, RJN 1986 p. 10 ss

Wieczorek/Schütze-AUTEUR | Wieczorek Bernhard/Schütze Rolf A. (édit.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, Band 2, §§ 50-127a, 5^e éd., Berlin/Boston 2022

WILDHABER BOHNET | WILDHABER BOHNET STÉPHANIE, Le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, Jusletter du 23 septembre 2013

WILLISEGGER | WILLISEGGER DANIEL, Grundstruktur des Zivilprozesses : Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zurich 2012

WIPF | WIPF THOMAS, Das Anwaltsmonopol und dessen Umschreibung, RSJ 2001 p. 89 ss

WOLFFERS | WOLFFERS FELIX, Der Rechtsanwalt in der Schweiz : seine Funktion und öffentlich-rechtliche Stellung, thèse Berne, Zurich 1986

WUFFLI | WUFFLI DANIEL, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Berne, Zurich 2015

WUFFLI/FUHRER | WUFFLI DANIEL/FUHRER DAVID, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zurich/Saint-Gall 2019

WYSS | WYSS HANS-PETER, Prozessführung unter angemasstem Namen im zürcherischen Zivilprozess, thèse Zurich 1957

WYTENBACH | WYTENBACH MICHAEL, Formelle, materielle und faktische Organe : einheitlicher Organbegriff ?, thèse Bâle 2012

YERSIN | YERSIN DANIELLE, Le nouveau droit matrimonial et ses conséquences fiscales, RDAF 1987 p. 317 ss

ZÄHNDLER | ZÄHNDLER AIMO JAN, Die Auferlegung von Gerichtskosten an Parteivertreter : Unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, « Justice – Justiz – Giustizia » 2015/2

ZELLWEGER | ZELLWEGER JAKOB, Patenzivilprozessrecht, PCEF 2013 p. 276 ss

ZK-KLEIN | KLEIN JEAN-PHILIPPE, art. 32-40 OR : Stellvertretung, Zürcher Kommentar, 3^e éd., Zurich 2020

ZOGG, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess | ZOGG SAMUEL, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, FamPra.ch 2017 p. 404 ss

ZOGG, Selbständige Unterhaltsklagen | ZOGG SAMUEL, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange – verfahrensrechtliche Fragen, FamPra.ch 2019 p. 1 ss

Zöller-AUTEUR | Zöller Richard et al., ZPO, Kommentar, 33^e éd., Cologne 2020

ZOTSANG | ZOTSANG DHEDEN C., Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2015

ZPO Rechtsmittel-AUTEUR·E | KUNZ OLIVER M./HOFFMANN-NOWOTNY URS H./STAUBER DEMIAN, ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den art. 308-327a ZPO, Bâle 2013

ZUCK | ZUCK RÜDIGER, Postulationsfähigkeit und Anwaltszwang, JZ 1993 p. 500 ss

ZUFFEREY | ZUFFEREY MATHIEU, La représentation indirecte, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2018

ZÜRCHER | ZÜRCHER EMIL, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zurich 1920

II. Documents officiels

BOURDOULEIX | BOURDOULEIX GILLES, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 1709) portant fusion des professions d'avocat et d'avoué près les cours d'appel, Paris, Assemblée nationale, 23 septembre 2009, n°1931

Comité des droits de l'homme | Comité des droits de l'homme, Observation générale n°32, Genève 2007

DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU | DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU, Réforme de la procédure civile, Décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile

FRA | Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, L'accès à la justice en Europe : présentation des défis à relever et des opportunités à saisir, Luxembourg 2010

FRA/CdE | Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne/Conseil de l'Europe, Manuel de droit européen en matière d'accès à la justice, Luxembourg 2016

Message art. 27 LP | Message du 29 octobre 2014 concernant la modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (représentation professionnelle dans une procédure d'exécution forcée), FF 2014 p. 8505 ss

Message CC enfant | Message du 29 novembre 2013 concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant), FF 2014 p. 511 ss

Message CC protection de l'adulte, personnes et filiation | Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 p. 6635 ss

Message CO | Message du 25 août 1967 concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail), FF 1967 II p. 249 ss

Message CPC | Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 p. 6841 ss

Message JusG/LU | Message du 1^{er} mai 2018 du Regierungsrat du canton de Lucerne « Organisationsentwicklung 2017 der Luzerner Gerichte », B 127

Message Justiz/AG | Message du 9 juillet 1997 du Regierungsrat du canton d'Argovie « Gesetz und Dekret über Massnahmen zur Erneuerung der Justiz » 97.003717 (7360)

Message Justiz/OW | Message du 25 août 2009 du Sicherheits- und Justizdepartements du canton d'Obwald « zum Entwurf eines Gesetzes über die Justizreform, eines Gesetzes über den Schutz bei häuslicher Gewalt sowie eines Nachtrags zur Kantonsverfassung »

Message LCB | Message du 7 décembre 2007 concernant la loi sur les conseils en brevets, FF 2008 p. 327 ss

Message LLCA | Message du 28 avril 1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA), FF 1999 p. 5331 ss

Message LTF | Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 p. 4000 ss

Message LTFB | Message du 7 décembre 2007 concernant la loi sur le Tribunal fédéral des brevets, FF 2008 p. 373 ss

Message modification CPC | Message du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), FF 2020 p. 2607 ss

Message modification LLCA | Message du 26 octobre 2005 concernant la modification de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, FF 2005 p. 6207 ss

OSCE/ODIHR | OSCE/ODIHR, Legal Digest of International Fair Trial Rights, Varsovie 2012

Rapport CPC mod. | Rapport explicatif du 2 mars 2018 relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité)

RASS-MASSON/ROUAS | RASS-MASSON NATHY/ROUAS VIRGINIE, Effective access to justice, Study for the PETI Committee, PE 596.818, novembre 2017

St. Galler Rechtsagentenverband | St. Galler Rechtsagentenverband, Verband's Doku, 27 septembre 2018

Introduction

La représentation conventionnelle est une institution essentielle de la procédure civile : les parties impliquées dans un procès font très souvent appel à des tiers pour effectuer des actes de procédure à leur place. Les avocat·e·s, représentant·e·s en justice par excellence, sont des figures indissociables du contentieux judiciaire et l'on ne saurait concevoir une justice sans les membres de cette profession. 1

Il fut cependant un temps où la présence de représentant·e·s dans un procès était mal vue, parfois même interdite par les lois de procédure. En conséquence, les parties pouvaient – voire devaient – agir par elles-mêmes. Bien que la représentation conventionnelle ait par la suite gagné en considération, la faculté d'agir en justice sans représentation n'a jamais été enlevée aux parties. Il en résulte désormais une spécificité suisse : toute partie à une procédure civile peut en principe choisir librement de procéder seule ou d'être représentée, et ce jusque devant le Tribunal fédéral. 2

En conséquence, les lois de procédure civile ont été élaborées de façon à permettre aux parties qui le souhaitent d'agir sans représentation. Les tribunaux doivent donc faire en sorte de respecter cet objectif en appliquant les règles de procédure. Il en découle que, lorsqu'une partie sans connaissances juridiques agit face à une partie représentée professionnellement, la première est parfois aidée par le tribunal alors que la deuxième ne l'est pas. Cela soulève plusieurs interrogations, notamment quant à l'égalité entre les parties et la sévérité dont font parfois preuve les tribunaux à l'égard des représentant·e·s professionnel·le·s. 3

Malgré l'importance de la représentation conventionnelle et des questions qui l'entourent, ce sujet n'a jamais fait l'objet d'une étude circonstanciée en procédure civile suisse. Le but premier de la présente thèse est d'y remédier en examinant en détail les règles qui s'appliquent à cette activité. 4

Notre travail poursuit également un deuxième objectif, qui est d'analyser les situations dans lesquelles une partie sans connaissances juridiques est traitée différemment par les tribunaux selon qu'elle est représentée professionnellement ou non. Cette problématique, régulièrement évoquée dans la jurisprudence et la doctrine, mérite un examen global qui fait actuellement défaut. 5

La thèse se divise en trois parties. 6

- 7 La première partie vise à poser les bases et exposer les principes fondamentaux en matière de représentation conventionnelle en procédure civile suisse. Elle débutera par une présentation des bases légales applicables en la matière, puis offrira un aperçu des grandes étapes historiques de cette institution. Il s'agira ensuite de définir la notion de représentation conventionnelle, de la distinguer de concepts proches et de mettre en évidence son rôle dans le procès civil. Les deux conditions permettant à la représentation conventionnelle de produire des effets – à savoir l'octroi d'une procuration et la déclaration de l'accomplissement des actes au nom de la partie représentée – seront ultérieurement exposées, et ces effets seront brièvement décrits. Après avoir défini les liens entre représentation conventionnelle et droits fondamentaux, cette première partie sera clôturée avec un chapitre consacré au droit de la partie de choisir d'être représentée.
- 8 La deuxième partie se concentrera sur les trois entités qui sont nécessairement parties au rapport de représentation conventionnelle – à savoir un·e représenté·e, un·e représentant·e et un tiers.
- 9 La troisième partie aura pour but d'examiner les situations dans lesquelles une partie laïque est traitée différemment selon qu'elle est représentée professionnellement ou non en cas d'erreur. Il conviendra d'abord de présenter quelques-unes de ces hypothèses. Nous exposerons ensuite les conséquences que l'erreur commise par un·e représentant·e peut avoir pour la partie, ainsi que les conditions permettant à cette dernière d'obtenir réparation du dommage subi par la voie de l'action en responsabilité. Enfin, nous analyserons et poserons un regard critique sur le système voulant que les tribunaux se montrent plus sévères – dans certains cas – face à une partie représentée professionnellement.
- 10 Nous précisons que le texte qui suit est écrit en langage inclusif – c'est-à-dire que nous avons utilisé des formes neutres (« une partie »), des formes contractées (« un·e représentant·e ») ou, lorsque cela nous a paru plus approprié, des doublets (« les lectrices et les lecteurs »). Ce choix est motivé par les raisons suivantes.
- 11 Des études ont montré que les mots au masculin engendrent des représentations masculines¹. Autrement dit, face à un terme masculin (par exemple « l'avocat »), notre cerveau l'interprète comme un masculin spécifique (à savoir qu'il se représente un homme avocat), et non comme un masculin générique (c'est-à-dire un terme qui engloberait une personne exerçant l'avocature, quel

¹ GYGAX/ZUFFEREY/GABRIEL, p. 67 ss.

que soit son genre)². L'utilisation du masculin pour les noms de métiers, couplée (parfois) avec les stéréotypes de genre de certaines professions, engendre donc des représentations masculines de ces métiers³. Le fait d'utiliser un langage inclusif permet d'atténuer les interprétations masculines qui nous viennent sinon spontanément à l'esprit⁴.

La présente thèse fait référence à de nombreux métiers dont les membres pratiquent la représentation en justice⁵. En outre, de nombreuses opinions doctrinales sont citées dans le texte. Pour les motifs évoqués au paragraphe précédent, les noms de métiers, de même que le mot « auteur·e », sont par conséquent rédigés de manière inclusive.

12

² Voir GYGAX/ZUFFEREY/GABRIEL, p. 67 ss.

³ GYGAX/ZUFFEREY/GABRIEL, p. 98 ss.

⁴ GYGAX/ZUFFEREY/GABRIEL, p. 109 ss.

⁵ Voir N 772 ss.

Première Partie :

Principes généraux de la représentation conventionnelle

Chapitre 1 : Sources

La représentation conventionnelle, aussi appelée représentation en justice ou en procédure, ne connaît pas de réglementation propre en procédure civile suisse⁶. Seule une disposition du CPC – l’art. 68 – y est entièrement consacrée. À celle-ci s’ajoutent divers articles se rapportant indirectement à ce concept, qui figurent dans le CPC ainsi que dans d’autres lois, notamment la LTF, la LP, la PCF ou encore la LDIP. La représentation conventionnelle a pour caractéristique d’être régie de manière non exhaustive – la loi étant muette à l’égard de certains de ses aspects importants, notamment sa définition – et fragmentée – ses sources se situant dans divers domaines du droit. 13

Le présent chapitre a pour but de présenter les diverses dispositions légales régissant ce concept. Les textes internationaux seront d’abord exposés (I), puis les sources de droit fédéral (II) et enfin les lois et règlements cantonaux pertinents (III). 14

I. Droit international

Aucun instrument de droit international ratifié par la Suisse ne régleme spécifiquement la représentation conventionnelle en matière de procédure civile. Toutefois, certains textes internationaux applicables dans notre pays contiennent des garanties procédurales se rapportant à la thématique de la représentation en justice, les plus importants étant la CEDH (A) et le Pacte ONU II (B). 15

Les droits fondamentaux contenus dans ces deux traités sont d’application directe en Suisse et protègent de ce fait les particuliers de la même manière que la Constitution fédérale⁷. 16

La présentation qui suit se limite à mettre en évidence les principales dispositions de droit international liées au sujet d’étude. Les liens entre les droits fondamentaux prévus par la CEDH et le Pacte ONU II et la représentation conventionnelle seront approfondis ci-dessous au chapitre 5 (N 402 ss). 17

⁶ Contrairement aux droits allemand et français ; voir N 532 et N 546.

⁷ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 2 N 26, 28 et 43.

A. CEDH

- 18 L'art. 6 CEDH garantit le droit à un procès équitable. Seul le paragraphe 1 est applicable aux causes civiles, les paragraphes 2 et 3 ne concernant que les affaires pénales⁸.
- 19 Plusieurs principes en lien avec la représentation en procédure civile se dégagent de la jurisprudence de la CourEDH au sujet de l'art. 6 par. 1 CEDH. Ils peuvent être rattachés aux garanties suivantes, qui découlent toutes de la disposition précitée.

1. Droit d'accès aux tribunaux

- 20 Le droit d'accès est pertinent quant aux possibilités de se faire représenter et de se défendre soi-même⁹. Dans ce cadre, la CourEDH a reconnu que l'art. 6 par. 1 CEDH obligeait parfois les États à permettre aux justiciables de bénéficier de l'assistance d'un·e avocat·e¹⁰. En outre, elle a jugé que l'obligation de représentation devant les tribunaux de dernière instance existant dans certains pays était – sauf circonstance particulière¹¹ – compatible avec le droit d'accès à la justice¹².

2. Égalité des armes

- 21 C'est à la lumière du principe de l'égalité des armes que la CourEDH détermine l'admissibilité d'une différence de traitement entre partie représentée et non représentée¹³. En matière d'aide judiciaire¹⁴, l'égalité des armes commande

⁸ GRABENWARTER, art. 6 N 2.

⁹ FRA/CdE, pp. 81 ss et 97 ss.

¹⁰ Arrêt de la CourEDH *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A no 32, § 26 ; arrêt de la CourEDH *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A no 18, § 40 ; FRA/CdE, p. 82.

¹¹ Arrêt de la CourEDH *Maširević c. Serbie* du 11 février 2014, no 30671/08, § 46 à 52.

¹² Arrêt de la CourEDH *Staroszczyk c. Pologne* du 22 mars 2007, no 59519/00, § 128 ; arrêt de la CourEDH *Gillow c. Royaume-Uni* du 24 novembre 1986, série A no 109, § 69.

¹³ Arrêt de la CourEDH *Cruz de Carvalho c. Portugal* du 10 juillet 2007, no 18223/04, § 19 à 27.

¹⁴ Le terme d'« aide judiciaire » (parfois également « aide juridictionnelle ») utilisé par la CourEDH correspond à la notion suisse d'assistance judiciaire. Pour la distinction entre représentation conventionnelle et assistance judiciaire, voir N 215 ss.

également de prendre en compte la représentation de la partie adverse pour déterminer si l'assistance d'un·e représentant·e doit être octroyée à une partie¹⁵.

3. Droit d'être entendu en personne

L'art. 6 par. 1 CEDH garantit à la partie le droit d'être entendue personnellement dans certaines circonstances¹⁶. 22

B. Pacte ONU II

L'art. 14 Pacte ONU II offre des garanties similaires à celles de l'art. 6 CEDH. Seul le paragraphe 1 est applicable aux procédures civiles, le reste de la disposition se rapportant aux affaires pénales¹⁷. 23

L'art. 14 par. 1 Pacte ONU II fonde le droit à un procès équitable¹⁸. Celui-ci inclut les principes suivants, pertinents en matière de représentation conventionnelle. 24

1. Droit d'accès aux tribunaux

Pour assurer l'égalité d'accès à la justice, la présence d'un·e représentant·e est souvent déterminante¹⁹. Dans ce contexte, l'art. 14 par. 1 Pacte ONU II impose parfois aux États d'octroyer une aide juridictionnelle à la partie qui n'a pas les moyens de financer sa représentation²⁰. 25

¹⁵ Arrêt de la CourEDH *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005, no 68416/01, CEDH 2005-II, § 59 à 72 ; SCHABAS, p. 285.

¹⁶ Arrêt de la CourEDH *Insanov c. Azerbaïdjan* du 14 mars 2013, no 16133/08, § 142 ; arrêt de la CourEDH *Vladimir Vassilyev c. Russie* du 10 janvier 2012, no 28370/05, § 76.

¹⁷ Comité des droits de l'homme, § 3.

¹⁸ ATF 131 II 169 cons. 2.2.3 ; Communication du Comité des droits de l'homme *Robinson c. Jamaïque* du 29 mars 2000, no 731/1996, § 9.4 ; Communication du Comité des droits de l'homme *Dieter Wolf c. Panama* du 27 juillet 1989, no 289/1988, § 6.6.

¹⁹ Comité des droits de l'homme, § 10.

²⁰ NOWAK, art. 14 N 13.

2. Droit d'être entendu personnellement

- 26 Selon l'expression utilisée par le Comité des droits de l'homme, l'art. 14 par. 1 Pacte ONU II « peut comporter » le droit de participer en personne à une audience²¹.

II. Droit fédéral

A. Constitution fédérale

- 27 La Constitution fédérale (Cst.) contient diverses dispositions liées à la représentation conventionnelle.

1. Garanties de procédure

- 28 L'art. 29 Cst. énonce des garanties générales de procédure. Elles s'appliquent dans les procédures administratives et judiciaires, au niveau cantonal comme fédéral²². Leur rôle est d'assurer un niveau de protection minimal pour les justiciables²³. En procédure civile, elles sont aujourd'hui concrétisées par divers articles du CPC²⁴ (voir par exemple art. 53 CPC pour le droit d'être entendu ou art. 117 ss CPC pour le droit à l'assistance judiciaire).
- 29 Cette disposition consacre notamment les droits suivants, pertinents pour le sujet traité. Précisons que les liens entre la représentation conventionnelle et les droits fondamentaux, qui comprennent les garanties de procédure prévues par la Constitution, seront approfondis au chapitre 5 (N 402 ss).

²¹ Communication du comité des droits de l'homme *Zouhair Ben Said c. Norvège* du 29 mars 2000, no 767/1997, § 11.3 ; NOWAK, art. 14 N 11.

²² MAHON, N 172.

²³ OFK BV-BIAGGINI, art. 29 N 6 ; BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, art. 29 Cst. N 1 ; BSK BV-WALDMANN, art. 29 N 6 ; voir aussi DUBEY, N 3998 ; nuancé : SGK BV-STEINMANN, art. 29 N 7.

²⁴ BOHNET, Procédure civile, N 56 ; BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, art. 29 Cst. N 5.

a. Égalité des armes (art. 29 al. 1 Cst.)²⁵.

Il résulte notamment de l'égalité des armes que la représentation de la partie adverse est un critère à examiner pour déterminer si une partie a droit à l'assistance judiciaire²⁶. 30

b. Droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.)²⁷.

Le droit d'être entendu est composé de plusieurs garanties, l'une d'entre elles étant le droit de se faire représenter et assister²⁸. 31

c. Droit à l'assistance judiciaire (art. 29 al. 3 Cst.)²⁹.

L'assistance judiciaire peut, selon les circonstances, offrir la possibilité d'être représentée à une partie qui n'en a pas les moyens³⁰. 32

2. Partage des compétences

L'art. 122 Cst. règle le partage des compétences entre cantons et Confédération dans le domaine du droit civil³¹. Il octroie la compétence de légiférer en procédure civile à la Confédération (al. 1) et laisse l'organisation judiciaire et l'administration de la justice aux cantons (al. 2). 33

La règle posée à l'art. 122 Cst. n'est pas absolue. Premièrement, la législation fédérale peut contenir des exceptions à ce principe et réglementer des aspects 34

²⁵ ATF 133 I 1 cons. 5.3.1, JdT 2008 I 339 ; SGK BV-STEINMANN, art. 29 N 41.

²⁶ Arrêt du TF 5A_244/2014 du 25 juin 2014 cons. 4.2.1 ; arrêt du TF 4A_20/2011 du 11 avril 2011 cons. 8.2.2 ; arrêt du TF 5P.207/2003 du 7 août 2003 cons. 1 ; DUBEY, N 4026.

²⁷ ATF 140 I 99 cons. 3.4, JdT 2014 I 211 ; SGK BV-STEINMANN, art. 29 N 56.

²⁸ ATF 132 V 443 cons. 3.3 ; ATF 119 Ia 260 cons. 6a ; ATF 105 Ia 288 cons. 2b ; OFK BV-BIAGGINI, art. 29 N 24 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 3 ; DUBEY, N 4082 ; SGK BV-STEINMANN, art. 29 N 56.

²⁹ Pour la distinction entre représentation conventionnelle et assistance judiciaire, voir N 215 ss.

³⁰ SGK BV-STEINMANN, art. 29 N 70 ; BSK BV-WALDMANN, art. 29 N 72.

³¹ ATF 140 III 155 cons. 4.3.

entrant dans le domaine de compétence des cantons³². Deuxièmement, la Confédération a la possibilité de prévoir des réserves autorisant les cantons à légiférer sur certaines questions de compétence d'ordinaire fédérale³³.

- 35 La présentation de cette répartition des compétences est indispensable pour comprendre la réglementation légale de la représentation en procédure civile. Le sujet traité est en effet régi tant par des lois fédérales de procédure (N 36 ss) que par des lois cantonales d'organisation judiciaire (N 70 s.). De plus, l'art. 68 CPC – disposition topique relative à la représentation conventionnelle – contient lui-même des réserves expresses en faveur du droit cantonal³⁴.

B. CPC

1. Règles sur la représentation

- 36 Le CPC a pour but principal de régler la procédure en matière civile devant les instances cantonales³⁵. Au niveau fédéral, celle-ci est organisée par d'autres lois, en particulier la LTF et la PCF pour la procédure devant le Tribunal fédéral (N 42 ci-dessous)³⁶.
- 37 Par contraste avec les codes de procédure allemand³⁷ et français³⁸, et certains anciens codes cantonaux³⁹, le CPC réglemeute peu la représentation conventionnelle. Il ne contient qu'une disposition entièrement dédiée à ce sujet,

³² ATF 140 III 155 cons. 4.3 ; Message CPC, FF 2006 p. 6875 ; BSK BV-GÖKSU, art. 122 N 31 ss ; CR CPC-HALDY, art. 3 N 2 ss ; BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, art. 122 Cst. N 12 ; SGK BV-LEUENBERGER, art. 122 N 26.

³³ Arrêt du TF 4C_1/2013 du 25 juin 2013 cons. 4.2 ; BSK BV-GÖKSU, art. 122 N 29 ; BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, art. 122 Cst. N 9.

³⁴ Arrêt du TF 6B_1167/2020 du 3 décembre 2020 cons. 4.5.3 ; BSK BV-GÖKSU, art. 122 N 29 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 22 ; HOHL, Tome I, N 96 ; BSK ZPO-KARLEN/HÄNNI, art. 122 Cst. N 9.

³⁵ BK ZPO-BERGER, art. 1 N 6 ; BOHNET, Procédure civile, N 61 ; LEUENBERGER/UFFERTOBTLER, N 1.18.

³⁶ BK ZPO-BERGER, art. 1 N 6 ; SHK ZPO-SCHENKER, art. 1 N 1.

³⁷ Le ZPO-All. consacre un titre complet à la représentation et l'assistance, comprenant seize articles (§ 78 à 90 ZPO-All.).

³⁸ Le CPC-Fr. consacre lui aussi un titre à la représentation et l'assistance, composé de dix articles (art. 411 à 420 CPC-Fr.). Il possède en outre une section de trois articles sur la défense en procédure (art. 18 à 20 CPC-Fr.).

³⁹ Parmi les cantons qui réglementaient cette matière de manière détaillée, citons notamment Appenzell Rhodes-Intérieures (art. 31 à 31g aGOG/AI), Neuchâtel (art. 44 à 52 CPC/NE), et Schaffhouse (art. 100 à 107 ZPO/SH).

l'art. 68 CPC, qui ne le traite toutefois que sous certains aspects : l'alinéa 1 concerne le principe de la représentation, l'alinéa 2 les représentant·e·s professionnel·le·s autorisé·e·s, l'alinéa 3 la procuration et l'alinéa 4 la comparution personnelle. Cet article a par ailleurs pour particularité de réserver aux cantons la compétence d'autoriser la représentation par les agents d'affaires et les agents juridiques breveté·e·s ainsi que par les mandataires professionnellement qualifié·e·s⁴⁰.

De plus, le CPC consacre deux dispositions – les art. 66 et 67 – aux capacités d'être partie et d'ester, notions indissociables de la représentation en procédure⁴¹. L'art. 69 CPC, qui porte sur l'incapacité de procéder des parties, concerne lui aussi le thème étudié⁴². 38

Outre les dispositions précitées, quelques autres articles du CPC règlent des questions, plus spécifiques, relatives à représentation. On peut notamment citer les art. 95 al. 3 (défraiement d'un·e représentant·e professionnel·le compris dans les dépens), 137 (notification à la représentante ou au représentant) ou encore 204 CPC (assistance et représentation en conciliation). 39

2. Partage des compétences

Les art. 3 et 4 CPC expriment la règle énoncée à l'art. 122 al. 2 Cst. selon laquelle la législation sur l'organisation de la justice est du ressort des cantons (N 33 ss)⁴³. L'art. 3 CPC rappelle le principe général de partage des compétences⁴⁴, alors que l'art. 4 al. 1 CPC précise qu'il revient aux cantons de réglementer la compétence matérielle et fonctionnelle des tribunaux⁴⁵. 40

Certaines normes pertinentes pour le sujet se situent dans le domaine de compétence cantonal délimité par les dispositions du CPC susmentionnées. En particulier, la faculté des cantons de déterminer la compétence matérielle de leurs tribunaux leur permet d'instituer des juridictions spéciales pour les affaires 41

⁴⁰ ATF 141 II 280 cons. 6 ; HOHL, Tome I, N 96.

⁴¹ À ce sujet, voir N 603 ss et 628 ss.

⁴² À ce sujet, voir N 500 ss.

⁴³ Message CPC, FF 2006 p. 6875 ; CR CPC-HALDY, art. 3 N 1 et art. 4 N 1 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 8.

⁴⁴ Message CPC, FF 2006 p. 6875 ; BK ZPO-BERGER, art. 3 N 1 ; DK ZPO-BRUNNER, art. 3 N 4 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 1.47 ; BSK ZPO-VOCK/NATER, art. 3 N 1.

⁴⁵ OFK ZPO-GORDON, art. 4 N 1 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-GROLIMUND, § 9 N 3 et 22.

de droit du bail et de droit du travail⁴⁶. Or devant ces deux types de tribunaux, une catégorie particulière de personnes, les mandataires professionnellement qualifié·e·s, peuvent être autorisé·e·s à pratiquer la représentation à titre professionnel (en plus des avocats ; voir art. 68 al. 2 let. d CPC)⁴⁷.

C. LTF

- 42 La LTF régit la procédure sur recours devant le Tribunal fédéral⁴⁸. Celui-ci fonctionne en tant que juridiction suprême et traite notamment dans ce cadre des affaires civiles de dernière instance⁴⁹.
- 43 La LTF contient quelques articles touchant à la représentation conventionnelle. Parmi ces dispositions, l'une d'entre elles – l'art. 40 LTF – traite directement du sujet. Elle indique les représentant·e·s autorisé·e·s et règle la question de leur procuration, de sorte qu'elle se présente comme le pendant, en matière de procédure devant le Tribunal fédéral, de l'art. 68 al. 2 et 3 CPC⁵⁰. L'art. 41 LTF touche également à la thématique de la représentation en procédure, puisqu'il concerne l'incapacité de procéder de la partie. Il est l'équivalent de l'art. 69 CPC⁵¹.

D. PCF

- 44 La PCF s'applique lorsque le Tribunal fédéral est saisi par la voie de l'action dans une affaire civile⁵². Elle s'applique également par analogie dans les autres procédures devant le Tribunal fédéral lorsque la LTF ne contient pas de dispositions spécifiques (art. 71 LTF)⁵³.

⁴⁶ CR CPC-HALDY, art. 4 N 2 ; SHK ZPO-HÄRTSCH, art. 4 N 6 ; SK ZPO-WEY, art. 4 N 2.

⁴⁷ SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 5 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 21 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 9c ; voir également BOHNET, Procédure civile, N 441 ; GASSER/RICKLI, art. 68 N 7 ; HOFMANN/LÜSCHER p. 111. Pour des précisions au sujet des mandataires professionnellement qualifié·e·s, voir N 891 ss.

⁴⁸ HOHL, Tome I, N 99 et 101 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 1.31 et 1.44.

⁴⁹ HOHL, Tome I, N 99 et 101.

⁵⁰ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 11 et 12.

⁵¹ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 1.

⁵² Art. 1 al. 1 PCF et art. 120 al. 3 LTF ; BOHNET, Procédure civile, N 62 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 3 ; MEIER I., p. 27.

⁵³ Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 71 N 6 ss ; BSK BGG-GELZER, art. 71 N 1 ss.

Dans ce cadre, la représentation devant la Haute Cour est régie par l'art. 18 PCF. Cette disposition composée de trois alinéas présente la caractéristique de posséder deux alinéas comportant des renvois : son alinéa 1 renvoie à l'art. 40 LTF s'agissant des représentant·e·s autorisé·e·s et son alinéa 2 se réfère au Code des obligations pour ce qui est des effets de la procuration. 45

L'art. 14 PCF mérite également d'être mentionné. Il traite de la capacité d'ester en justice, notion liée à la thématique qui nous occupe⁵⁴. En revanche, la capacité d'être partie ne fait pas l'objet d'un article spécifique dans la PCF. 46

E. LP

La LP régit l'exécution forcée des dettes d'argent ; suivant les cas, cette matière peut être soumise à la procédure judiciaire ou à la procédure administrative⁵⁵. 47

Lorsqu'elle est judiciaire, la procédure en matière de poursuites pour dettes et faillite est réglementée par le CPC (art. 1 let. c CPC)⁵⁶. Dans cette hypothèse, si la procédure sommaire s'applique à l'affaire selon l'art. 251 CPC, l'art. 27 LP détermine les représentant·e·s autorisé·e·s – et ce en vertu du renvoi prévu par l'art. 68 al. 2 let. c CPC⁵⁷. 48

F. CC

Les concepts procéduraux de capacité d'être partie et de capacité d'ester – préalables nécessaires à la représentation conventionnelle⁵⁸ – sont ancrés dans le droit matériel⁵⁹. Ils sont en effet liés à la jouissance des droits civils pour le premier et à l'exercice des droits civils pour le second, tous deux réglementés 49

⁵⁴ Au sujet de la capacité d'ester, voir N 628 ss.

⁵⁵ HOFMANN/LÜSCHER, p. 5 s. ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 1.27 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-STAEHELIN D., § 7 N 5 ss.

⁵⁶ BOHNET, Procédure civile, N 68 ; CR CPC-HALDY, art. 1 N 17 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 5 s.

⁵⁷ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 19 s. ; BOHNET, Procédure civile, N 439 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 111. À ce sujet, voir N 869 ss.

⁵⁸ Voir N 603 et N 628 s.

⁵⁹ BOHNET, Procédure civile, N 398 et 422 ; HOHL, Tome I, N 686 et 704 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-GROLIMUND, § 13 N 11.

par le CC⁶⁰. La jouissance des droits civils est l'objet des art. 11 et 53 CC⁶¹, alors que l'exercice des droits civils est régi par les art. 12 à 19d ainsi que 54 et 55 CC⁶².

G. CO

- 50 Le CO régit deux domaines liés à la représentation en procédure civile.
- 51 Le premier domaine est celui de la représentation volontaire, objet des art. 32 à 40 CO. Ces dispositions s'appliquent pour compléter la réglementation sur la représentation en procédure⁶³. L'art. 18 PCF, qui régit la représentation des parties en matière d'action directe devant le Tribunal fédéral⁶⁴, opère du reste à son deuxième alinéa un renvoi exprès aux dispositions du CO s'agissant de l'étendue et l'extinction des pouvoirs d'un·e représentant·e. De manière analogue, certains anciens codes de procédure contenaient également des renvois au CO⁶⁵.
- 52 Le second domaine est celui du mandat (art. 394 à 406 CO). En effet, représentant·e conventionnel·le et représenté·e sont en général lié·e·s par un contrat de mandat⁶⁶. Dans ce cadre, l'art. 396 CO est particulièrement important ; il pose la présomption que le contrat de mandat inclut l'octroi des pouvoirs de représentation nécessaires à son exécution (al. 2)⁶⁷. En outre, cette

⁶⁰ Art. 66 et 67 al. 1 CPC ; ATF 142 III 782 cons. 3.1.2 ; ATF 117 II 494, cons. 2 ; Message CPC, FF 2006 p. 6893 ; voir également BOHNET, Parties et capacité, p. 75 ss ; MEIER I., p. 141 ss ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-GROLIMUND, § 13 N 1 ss.

⁶¹ HOHL, Tome I, N 685 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 100 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 7 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-GROLIMUND, § 13 N 2.

⁶² ATF 141 III 80 cons. 1.3 ; ATF 118 Ia 236 cons. 2a ; GASSER/RICKLI, art. 67 N 1.

⁶³ Arrêt du TF 5A_26/2011 du 30 mai 2011 cons. 2 ; arrêt du TF 4A_11/2009 du 27 mars 2009 cons. 4.1 ; ZK-KLEIN, Intro. art. 32-40 N 109 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 17 ; OFK OR-SCHÖBI, art. 32 N 2 ; BSK OR I-WATTER, art. 32 N 7 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 84 ss ; voir également KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 5.

⁶⁴ Voir N 44.

⁶⁵ Il s'agissait des codes de procédure civile des cantons d'Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 62 al. 1 ZPO/AR), d'Argovie (§ 70 al. 2 ZPO/AG), du Tessin (art. 65 al. 1 CPC/TI) et de Zurich (§ 37 ZPO/ZH).

⁶⁶ SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 3 ; MATTI, p. 1069 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 12. Pour des précisions au sujet de cette relation, voir N 198 ss.

⁶⁷ BK-FELLMANN, art. 396 N 12, 46 ss ; HOFSTETTER, p. 47 s. ; CR CO I-WERRO, art. 396 N 9 ; voir également OFK OR-BÜHLER, art. 396 N 2 ; CHK OR III-GEHRER CORDEY/GIGER, art. 396 N 6 ; HUGUENIN, N 3241 ; MÜLLER C., N 2656 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4402 ss.

disposition exige l'octroi d'un pouvoir de représentation spécial pour quelques actes spécifiques, dont certains sont parfois rencontrés en procédure (al. 3)⁶⁸.

H. LLCA

La représentation est étroitement liée au métier d'avocat·e. Il s'agit des seul·e·s 53
professionnel·le·s admis·es à représenter les parties en matière civile tant au
niveau cantonal⁶⁹ que fédéral⁷⁰, sans égard au type de procédure applicable⁷¹.
Dans ce contexte, la LLCA définit qui sont les avocat·e·s autorisé·e·s à pratiquer
la représentation en procédure⁷².

La LLCA régleme la profession d'avocat·e et a pour but de garantir la libre 54
circulation en Suisse pour l'exercice de la représentation en justice⁷³. Dans ce
cadre, cette loi fixe les exigences permettant aux avocat·e·s d'obtenir la
reconnaissance de leur titre au niveau national et ainsi représenter des parties
dans n'importe quel canton. L'avocat·e doit pour ce faire être inscrit·e dans un
registre cantonal (art. 4 et 5 LLCA), ce qui suppose la satisfaction de conditions
de formation (art. 7 LLCA) et de conditions personnelles (art. 8 LLCA)
minimales⁷⁴. La LLCA fixe en outre les exigences permettant aux avocat·e·s
ressortissant·e·s d'un État membre de l'UE ou de l'AELE de représenter des
parties en Suisse sans être inscrit·e·s au registre en Suisse (art. 21 ss LLCA).

Plusieurs dispositions de cette loi font référence à la représentation par les 55
avocat·e·s⁷⁵; en particulier, l'art. 2 al. 1 LLCA mentionne la pratique de cette
activité « dans le cadre d'un monopole ». Ce monopole de représentation n'est

⁶⁸ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 3; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 14a. À ce sujet, voir N 305 ss.

⁶⁹ Art. 68 al. 2 let. a CPC; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 13; MEIER I., p. 541.

⁷⁰ Art. 40 al. 1 LTF; arrêt du TF 5A_441/2022 du 25 novembre 2022 cons. 1.2.1; arrêt du TF 4D_2/2013 du 1^{er} mai 2013 cons. 2.2.1; MEIER I., p. 541.

⁷¹ Art. 68 al. 2 let. a CPC; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 13; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 7; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 10.

⁷² Voir les art. 68 al. 2 let. a CPC et 40 al. 1 LTF, qui renvoient directement à la LLCA.

⁷³ CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD, art. 1 N 48 et 50; STAEHELIN, Standesregeln, p. 22.

⁷⁴ BOHNET, Professions, N 5; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 108, 109 et 118; CR LLCA-CHAPPUIS/CHÂTELAIN, art. 7 N 1 et 2; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, N 158 et 162.

⁷⁵ Voir les art. 2, 3, 4, 6, 14, 21, 27 et 28 LLCA.

cependant pas délimité par la LLCA, mais par les lois de procédure (en matière civile par les art. 68 al. 2 CPC et 40 al. 1 LTF)⁷⁶.

- 56 L'art. 3 LLCA réserve certaines compétences aux cantons. Cette disposition leur permet de fixer leurs exigences pour délivrer le brevet d'avocat·e⁷⁷. Elles peuvent être plus strictes que celles prévues par les art. 7 et 8 LLCA, qui fixent les conditions minimales⁷⁸. Ces dernières demeurent les seules pertinentes pour reconnaître un brevet obtenu dans un autre canton dans le cadre de la libre circulation⁷⁹. L'art. 3 al. 2 LLCA donne par ailleurs la possibilité aux cantons de prévoir un brevet non conforme aux exigences des art. 7 et 8 LLCA, valable uniquement pour la représentation devant les autorités de leur propre territoire⁸⁰.

I. LTFB

- 57 La LTFB réglemente la procédure devant le Tribunal fédéral des brevets. Ce dernier connaît en principe des affaires de première instance en matière de brevets⁸¹. Il s'agit d'un tribunal fédéral spécial compétent pour tout le territoire national⁸², ce qui constitue une exception au principe selon lequel l'organisation judiciaire relève des cantons⁸³.

⁷⁶ BOHNET/MARTENET, N 227 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 110 s.

⁷⁷ ATF 134 II 329 cons. 5.1 ; arrêt du TF 2C_887/2020 du 18 août 2021 cons. 4.1 et 6.2 ; BOHNET, Professions, N 5 ; CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD, art. 1 N 45 et art. 3 N 4 ; HOHL, Tome II, N 68 ; NOVIER, Conditions de formation, p. 230.

⁷⁸ Art. 3 al. 1 LLCA ; Message LLCA, FF 1999 p. 5362 et 5364 ; voir également BOHNET, Professions, N 5 ; CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD, art. 2 N 5 et art. 3 N 8 ss.

⁷⁹ Message LLCA, FF 1999 p. 5362 et 5364.

⁸⁰ ATF 141 II 280 cons. 7.1 ; voir également BOHNET, Professions, N 5 ; CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD, art. 3 N 18.

⁸¹ Art. 1 LTFB ; Message LTFB, FF 2008 p. 374 et 388 ; arrêt du TFB O2012_021 du 7 juin 2012 cons. 15.1 ; voir également MEIER I., p. 67. Par exception à cette règle, une action civile ayant un lien de connexité avec des brevets peut être intentée, à choix, devant un tribunal cantonal ou devant le Tribunal fédéral des brevets (art. 26 al. 2 LTFB ; Message LTFB, FF 2008 p. 400 ; BOHNET, Procédure civile, N 125 ; MEIER I., p. 67 ; ZELLWEGGER, p. 283).

⁸² Message LTFB, FF 2008 p. 374 ; BOHNET, Procédure civile, N 124.

⁸³ BK ZPO-BERGER, art. 4 N 2.

Devant cette autorité judiciaire, outre les avocat·e·s, une catégorie particulière de professionnel·le·s est autorisée à pratiquer la représentation : les conseils en brevets⁸⁴. Leur activité est régie par l'art. 29 LTFB, la LCB et l'OCBr. 58

J. LMI

La LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 LMI). Elle s'applique parfois à la profession d'avocat·e parallèlement à la LLCA, par exemple s'agissant des conditions permettant à un·e avocat·e d'engager des stagiaires⁸⁵ ou de l'admissibilité d'organiser une étude d'avocat·e·s sous la forme d'une personne morale⁸⁶. 59

Par contre, la LMI est inapplicable aux représentant·e·s au sens des art. 68 al. 2 let. b et d CPC, à savoir les agents d'affaires, les agents juridiques breveté·e·s et les mandataires professionnellement qualifié·e·s⁸⁷. 60

III. Droit cantonal

Certaines lois cantonales possèdent elles aussi leur importance en matière de représentation conventionnelle. C'est en particulier le cas des lois relatives à la réglementation de la profession d'avocat·e (A) et de celles mettant en œuvre les réserves en faveur du droit cantonal prévues à l'art. 68 al. 2 let. b et d CPC (B). 61

A. Lois sur les avocat·e·s

Tous les cantons ont édicté des lois sur la profession d'avocat·e (souvent accompagnées d'ordonnances ou de règlements). Elles complètent la LLCA, qui contient plusieurs réserves en faveur du droit cantonal⁸⁸. On trouve dans ces 62

⁸⁴ Art. 29 al. 1 LTFB ; Message LTFB, FF 2008 p. 402 ss ; ATF 143 III 28 cons. 2.2.2 ; voir également MEIER I., p. 544 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 68 N 27 ; ZELLWEGE, p. 285 s. Concernant la représentation par les conseils en brevets, voir N 925 ss.

⁸⁵ ATF 134 II 329 ; MERKT/CHAPPUIS, p. 296.

⁸⁶ ATF 144 II 147 cons. 4.

⁸⁷ ATF 141 II 280 cons. 4 à 8.

⁸⁸ BOHNET/MARTENET, N 247 ss.

lois des dispositions directement liées à la représentation en procédure, relatives aux divers sujets suivants.

1. Activité de représentation de l'avocat·e

- 63 Certaines lois rappellent que l'un des rôles de l'avocat·e est de représenter les parties en justice⁸⁹.

2. Cercle des représentant·e·s professionnel·le·s autorisé·e·s

- 64 Toutes les législations cantonales sur les avocat·e·s (à l'exception de celle d'Appenzell Rhodes-Intérieures) font mention des professionnel·le·s admis·es à représenter les parties devant les tribunaux civils. À cet effet, on distingue trois manières de présenter la situation :

- certaines lois expriment le principe du monopole des avocat·e·s, en réservant parfois les exceptions légales de manière générale⁹⁰ ;
- d'autres lois évoquent aussi le principe du monopole des avocat·e·s et formulent expressément les exceptions à celui-ci. Ainsi, elles nomment les professionnel·le·s autres que les avocat·e·s habilité·e·s à pratiquer la représentation et énoncent leurs domaines de compétence⁹¹ ;
- enfin, quelques lois se contentent de mentionner que l'étendue du monopole des avocat·e·s est définie dans d'autres lois⁹².

⁸⁹ Art. 1 LPAv/GE ; art. 3 LAv/JU ; art. 10 LAv/NE ; art. 8 AnwG/SG ; art. 5 LPAv/VD ; § 3 EG BGFA/ZG ; § 10 AnwG/ZH.

⁹⁰ Art. 7 LA/BE ; art. 2 LPAv/GE ; art. 3 al. 1 AnwG/GL ; art. 3 AnwG/GR ; art. 3 al. 2 LAv/JU ; § 6 AnwG/LU ; art. 2 LAv/NE ; art. 4 AnwG/NW ; art. 2 AnwG/OW ; art. 2 AnwG/SH ; § 2 KAnwG/SZ ; art. 2 al. 1 LAv/TI ; § 3 AnwG/TG ; art. 2 AnwV/UR ; art. 2 al. 1 LPAv/VS ; § 3 al. 2 EG BGFA/ZG.

⁹¹ Art. 3 al. 1 let. a à c AnwG/AR ; § 4 AnwG/BL ; § 4 AdvG/BS ; art. 10 à 13 AnwG/SG ; § 2 et 3 AnwG/SO ; § 11 AnwG/ZH.

⁹² § 2 al. 1 EG BGFA/AG ; art. 2 al. 2 LAv/FR ; art. 6 LPAv/VD.

3. Conditions pour représenter à titre non professionnel

Quelques cantons posent des exigences pour qu'une personne n'exerçant pas à titre professionnel puisse représenter une partie⁹³. 65

4. Conditions de formation et conditions personnelles pour accéder à la profession d'avocat·e

En matière de conditions de formation, les cantons sont notamment compétents pour fixer les règles relatives au stage et à l'obtention du brevet d'avocat·e⁹⁴. 66

5. Libre choix de l'avocat·e

Les lois cantonales de Bâle-Campagne, Bâle-Ville et Genève sur la profession d'avocat·e expriment le principe de la liberté de choisir sa ou son représentant·e⁹⁵. 67

6. Représentant·e non autorisé·e

Certaines lois contiennent des dispositions pénales visant à sanctionner la personne qui exerce les activités réservées à l'avocat·e (dont la représentation fait en principe partie) sans y être autorisée⁹⁶. 68

7. Représentation par un·e avocat·e-stagiaire

Tous les cantons réglementent l'intervention des avocat·e·s-stagiaires en procédure⁹⁷. Certaines lois autorisent explicitement la représentation par un·e 69

⁹³ § 3 al. 1 AnwG/BL ; § 3 al. 1 AdvG/BS ; art. 11 al. 1 let. a EGz ZPO/GR. Au sujet de ces dispositions et de leur admissibilité, voir N 779 ss.

⁹⁴ Art. 3 al. 1 LLCA ; BOHNET/MARTENET, N 260.

⁹⁵ § 2 AnwG/BL ; § 2 AdvG/BS ; art. 3 LPAv/GE.

⁹⁶ § 18 EG BGFA/AG ; art. 44 al. 1 let. a LA/BE ; art. 51 let. b LPAv/GE ; art. 15 AnwG/GR ; art. 23 AnwG/OW ; art. 37 AnwG/SG ; art. 29 LAvv/TI ; § 25 AnwG/TG ; art. 18 let. a LPAv/VS ; art. 10 LPAv/VD.

⁹⁷ Pour des détails concernant la représentation par les avocat·e·s-stagiaires, voir N 945 ss.

avocat·e-stagiaire⁹⁸, tandis que d'autres se limitent à indiquer que les stagiaires peuvent intervenir devant les tribunaux⁹⁹ ou exercer l'activité monopolistique de l'avocat·e¹⁰⁰.

B. Lois cantonales concrétisant l'art. 68 al. 2 let. c et d CPC

- 70 Comme exposé ci-dessus (N 37), l'art. 68 al. 2 let. b et d CPC octroie aux cantons la faculté d'autoriser la représentation professionnelle par les agents juridiques et les agents d'affaires breveté·e·s ainsi que les mandataires professionnellement qualifié·e·s¹⁰¹. Les cantons qui ont choisi de faire usage de cette compétence y ont procédé en adoptant différents types de lois.

1. Agent·e·s d'affaires et agent·e·s juridiques breveté·e·s

- 71 Parmi les cantons connaissant la représentation par des agent·e·s d'affaires ou des agent·e·s juridiques breveté·e·s, Vaud réglemente la profession concernée dans une loi et des règlements spécifiques¹⁰². Lucerne le fait dans une loi d'introduction à la LP¹⁰³ et Saint-Gall dans une loi sur la profession d'avocat·e¹⁰⁴.

⁹⁸ § 3 EG BGFA/AG ; art. 15 AnwG/AI ; art. 8 LA/BE ; § 6 AnwG/BL ; § 6 AdvG/BS ; art. 22 LAv/FR ; art. 3 al. 2 AnwG/GL ; § 3 al. 3 AnwG/LU ; art. 12 LAv/NE ; art. 5 AnwG/NW ; art. 5 AnwG/OW ; art. 18 AnwG/SG *cum* art. 21 PBR/SG ; art. 7 AnwG/SH ; § 4 AnwR/SZ ; § 10 AnwG/SO ; art. 2 al. 2 LAvv/TI ; art. 2 al. 3 AnwV/UR ; art. 7 LPAv/VS ; art. 28 LPAv/VD ; § 2 al. 2 EG BGFA/ZG.

⁹⁹ Art. 9 al. 1 AnwG/AR ; art. 33 LPAv/GE ; art. 8 al. 1 AnwG/GR ; art. 34 al. 1 LAv/JU ; § 13 al. 1 AnwG/TG.

¹⁰⁰ § 5 AnwG/ZH.

¹⁰¹ ATF 141 II 280 cons. 6.3 ; HOHL, Tome I, N 96 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 18 ; SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 8.

¹⁰² Dans le canton de Vaud, la profession d'agent·e d'affaires breveté·e est régie par la LPAg/VD, le REAg/VD et le RLPAg/VD.

¹⁰³ À Lucerne, la profession de *Sachwalter·in* est l'objet des § 18 ss EG SchKG/LU.

¹⁰⁴ Dans le canton de Saint-Gall, la profession de *Rechtsagent·in* est réglementée par l'AnwG/SG, le PBR/SG et la HonO/SG.

2. Mandataires professionnellement qualifié·e·s

La représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s est prévue, selon les cantons, dans des lois relatives à des sujets aussi divers que : 72

- l’organisation judiciaire cantonale¹⁰⁵ ;
- les juridictions spéciales en droit du bail¹⁰⁶ ou du travail¹⁰⁷ ;
- l’application du CPC¹⁰⁸ ;
- l’application du CO¹⁰⁹ ;
- l’application du CC¹¹⁰ ;
- la profession d’avocat·e¹¹¹ ;

Quant aux juridictions spéciales dans les domaines du bail et du travail, nécessaires pour autoriser la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s, elles sont créées par des lois d’organisation judiciaires générales¹¹², des lois concernant les juridictions spéciales en matière de droit du bail¹¹³ ou de droit du travail¹¹⁴ ou encore des lois d’introduction au CPC¹¹⁵. Certains cantons ne tiennent toutefois pas compte de cette obligation : ils autorisent ainsi ce type de représentant·e·s sans avoir adopté de dispositions instituant des tribunaux spéciaux¹¹⁶. 73

¹⁰⁵ Art. 129 LJ/FR ; § 83 JusG/LU ; art. 68 al. 1 JG/SH ; art. 36 al. 2 et 3 CDPJ/VD ; § 62 al. 2 ch. 2 et 3 VZSR/TG ; § 100 GOG/ZG.

¹⁰⁶ Art. 32 al. 2 let. b LTBLF/JU ; art. 11 LJB/VD.

¹⁰⁷ Art. 26 al. 2 let. b LCPH/JU ; art. 45 LcTr/VS. Le canton d’Uri possède un règlement spécifique sur la représentation dans les causes de droit du travail (RBVSA/UR).

¹⁰⁸ § 18 al. 1 et 2 EG ZPO/AG ; art. 9 al. 2 LiCPM/BE ; art. 15 al. 2 EG ZPO/GL ; art. 11 al. 1 let. c EGz ZPO/GR ; art. 12 al. 1 LACPC/TI.

¹⁰⁹ Art. 7 et 7a LI-CO/NE.

¹¹⁰ Art. 15 LaCC/GE ; art. 85 LACC/VS.

¹¹¹ Art. 3 al. 1 let. a et c AnwG/AR ; art. 12 al. 1 let. a AnwG/SG ; § 3 al. 1 AnwG/SO ; § 11 al. 2 let. a AnwG/ZH.

¹¹² § 50 al. 1 et 53 GOG/AG ; art. 3 al. 1 let. b et 56 s. LJ/FR et art. 3 al. 1 let. c et 54 s. LJ/FR ; art. 1 let. b ch. 2 et 88 LOJ/GE et art. 1 let. e LOJ/GE ; § 3 al. 2 let. c, 23 al. 1 let. b et 32 JusG/LU ; art. 17a OJN/NE ; art. 2 al. 1 ch. 1 let. e et al. 2 let. 1 LOJV/VD ; § 3 al. 1 let. a GOG/ZH.

¹¹³ LTBLF/JU ; art. 3 ss LJB/VD.

¹¹⁴ LTPH/GE ; LCPH/JU ; art. 38 ss LcTr/VS.

¹¹⁵ Art. 9 al. 2 LiCPM/BE.

¹¹⁶ Sur cette question, voir N 893 ss et N 899

IV. Synthèse du chapitre 1

- 74 Ce premier chapitre a permis d'exposer les différentes sources juridiques de la représentation conventionnelle. Elles sont de trois niveaux : internationales, fédérales et cantonales.
- 75 Les sources internationales posent les grands principes en la matière. Ceux-ci seront exposés plus en détail au chapitre 5, qui traite des liens entre la représentation conventionnelle et les droits fondamentaux.
- 76 Les sources fédérales sont les plus importantes. D'une part, les lois de procédure civile autorisent la représentation conventionnelle et définissent le cercle des personnes autorisées à la pratiquer. D'autre part, des lois plus générales – notamment le CC, le CO et la LLCA – viennent compléter la réglementation dans cette matière.
- 77 Enfin, dans la mesure où les cantons disposent d'une compétence en matière de représentant·e·s autorisé·e·s, un certain nombre de lois cantonales sont également pertinentes en matière de représentation conventionnelle.

Chapitre 2 : Historique

La représentation en justice, interdite au Moyen-Âge, a progressivement été admise jusqu'à devenir aujourd'hui un élément essentiel du procès civil. L'évolution dans le temps de cette activité est indissociable de celle de l'avocature et la *Rechtsagentur* : ces professions sont apparues et se sont développées en lien avec la représentation. La chronologie qui suit retrace donc également l'historique de ces métiers. 78

L'écriture épiciène n'est pas utilisée dans l'entier de la partie historique car, comme on le verra¹¹⁷, les femmes ont longtemps été exclues de l'avocature et de la *Rechtsagentur*. 79

I. Moyen-Âge

Au Moyen-Âge, la procédure est orale¹¹⁸ et très formaliste¹¹⁹. Les parties doivent généralement comparaître personnellement et ne peuvent pas être représentées¹²⁰. ROSENBERG nous apprend que les *leges barbarorum* (à l'exception de la *Lex Visigothorum*) ne contenaient pas de dispositions relatives à la représentation procédurale¹²¹ et relève qu'il existait cependant des exceptions autorisant celle-ci à des conditions particulières¹²². Ces éléments démontrent qu'en principe, la représentation en justice n'était pas admise¹²³. 80

L'assistance par un « avant-parlier » (ou parlier, amparlier, *Vorsprecher* ou *Fürsprecher*¹²⁴) est toutefois autorisée, voire imposée¹²⁵. L'avant-parlier est un 81

¹¹⁷ N 96 ss.

¹¹⁸ BOHNET, Retour vers le futur, p. 12 ; BOHNET/MARTENET, N 24.

¹¹⁹ BOHNET/MARTENET, N 24 ; voir également PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 13.

¹²⁰ BOHNET, Retour vers le futur, p. 12 ; BOHNET/MARTENET, N 24 ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 14 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 434 ss ; ZÜRCHER, p. 1 ; voir également BOHNET, Pluralisme, p. 20.

¹²¹ ROSENBERG, Stellvertretung, p. 434 ss.

¹²² ROSENBERG, Stellvertretung, p. 436 ss.

¹²³ ROSENBERG, Stellvertretung, p. 436 s.

¹²⁴ BOHNET/MARTENET, N 24 ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 12 ss (qui précisent que, contrairement au *Vorsprecher*, le *Fürsprecher* ne se contentait pas d'exprimer les déclarations de la partie en la forme requise, mais exposait les arguments subjectifs de la partie) ; voir également BOHNET, Retour vers le futur, p. 12 ; ZÜRCHER, p. 1 y compris npb 1.

¹²⁵ BOHNET/MARTENET, N 24 ; BOHNET, Retour vers le futur, p. 12 ; ZÜRCHER, p. 1.

membre du tribunal¹²⁶ (ou parfois un proche de la partie¹²⁷). Son rôle est d'exprimer correctement les formules utilisées en audience¹²⁸. Il exerce cette activité soit par devoir civique, soit en raison d'une fonction officielle¹²⁹.

- 82 Initialement, l'avant-parlier n'était pas membre d'une profession et n'avait pas nécessairement de connaissances juridiques¹³⁰. Cette activité restera réservée aux proches jusqu'au 19^e siècle dans les cantons d'Appenzell Rhodes-Intérieures et de Schaffhouse¹³¹.

II. 12^e siècle – 18^e siècle

- 83 Le 12^e siècle est témoin de la réception du droit romain en Europe¹³². Sous cette influence, la représentation en justice devient peu à peu autorisée¹³³.
- 84 Les « avocats » et les « procureurs » font leur apparition¹³⁴ ; ils tirent leur origine des *advocati* et des *procuratores* romains¹³⁵. Leurs tâches respectives sont différentes : en principe, les uns étaient chargés de défendre et d'assister les parties en audience, et les autres de représenter les parties et de préparer les actes de procédure¹³⁶. En Romandie et au Tessin, plusieurs écrits mentionnent les avocats, parfois également les procureurs, entre le 14^e et le 19^e siècle¹³⁷. En

¹²⁶ BOHNET/MARTENET, N 24 ; FRITZSCHE, p. 21 nbp 6 ; PAHUD DE MORTANGES, p. 131.

¹²⁷ BOHNET, Retour vers le futur, p. 12.

¹²⁸ BOHNET, Retour vers le futur, p. 12 ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 13 s. ; voir également BOHNET/MARTENET, N 24 ; ZÜRCHER, p. 1 s.

¹²⁹ BOHNET, Retour vers le futur, p. 12 ; voir également BOHNET/MARTENET, N 24 ; ZÜRCHER, p. 1.

¹³⁰ BOHNET/MARTENET, N 24 ; BOHNET, Retour vers le futur, p. 12.

¹³¹ BOHNET/MARTENET, N 26.

¹³² BOHNET/MARTENET, N 29 ; BOHNET, Retour vers le futur, p. 12.

¹³³ PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 17 ss, en particulier p. 21 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 472 ss ; voir également BOVARD, p. 11.

¹³⁴ BOHNET/MARTENET, N 29 ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 17 ; voir également ROSENBERG, Stellvertretung, p. 472 (qui évoque uniquement les *procuratores*).

¹³⁵ BOHNET/MARTENET, N 29 ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 17.

¹³⁶ BOHNET/MARTENET, N 29 ; MATILE, Notes de cours, N 81 s. ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 24 ; voir également DUNAND/PICHONNAZ, p. 14 et 145. Cette dissociation entre les activités de représentation et d'assistance existe encore dans certains pays, par exemple en Espagne, où les *abogados* assistent les parties et les *procuradores* les représentent (art. 1 al. 2 et 3 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales).

¹³⁷ BOHNET/MARTENET, N 33 ss ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 20 s. ; voir également, pour Neuchâtel, MATILE, Notes de cours, N 81 s.

Suisse alémanique, les premières sources évoquant les avocats datent du 16^e siècle¹³⁸.

Les *Fürsprecher*¹³⁹ sont maintenus dans certains cantons suisses allemands¹⁴⁰, de même que les parliers à Neuchâtel¹⁴¹. Quelques régions – dont Morat et Berne – obligent même les parties à faire appel à un *Fürsprecher* lorsqu'elles se présentent devant un tribunal¹⁴². Il semble toutefois que cette règle n'était pas généralisée en Suisse¹⁴³. 85

À Neuchâtel, MATILE relate que les avocats, influencés par le droit romain et porteurs d'idées nouvelles, étaient mal vus¹⁴⁴ ; ainsi, il écrit : « Notre peuple était accoutumé au parlier, il l'envisageait de même que les juges, comme le seul qui pût porter la parole dans l'enceinte sacrée de la justice. Son attachement aux anciennes institutions, qui lui faisait répugner à tout ce qui pouvait les changer, devait avoir pour résultat de lui faire voir de mauvais œil des hommes qui se servaient souvent d'un langage étranger, et dont la tendance était d'introduire des usages nouveaux »¹⁴⁵. 86

Parallèlement, diverses autres professions émergent. Elles sont appelées, suivant les époques et les lieux, agents d'affaires, *Rechtsagenten*, *Geschäftsagenten*, *Schuldenbote*, *Betreibungsagenten*, *Gisler* ou encore *Sachwalter*¹⁴⁶. À Lucerne, on trouve des *Schuldenboten* et des *Gisler* au 15^e siècle déjà¹⁴⁷. Le rôle est de servir d'intermédiaire entre les personnes créancières et les tribunaux¹⁴⁸. 87

¹³⁸ BOHNET/MARTENET, N 39.

¹³⁹ Sur cette notion, voir N 81.

¹⁴⁰ Voir BOHNET/MARTENET, N 40.

¹⁴¹ BOHNET/MARTENET, N 35 ; MATILE, Droit romain, p. 66 s.

¹⁴² PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 36.

¹⁴³ PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 36.

¹⁴⁴ MATILE, Droit romain, p. 67 ; MATILE, Notes de cours, N 81 ; voir également PAHUD DE MORTANGES, p. 132.

¹⁴⁵ MATILE, Droit romain, p. 67.

¹⁴⁶ EUGSTER, p. 15 ss.

¹⁴⁷ EUGSTER, p. 26.

¹⁴⁸ EUGSTER, p. 26.

III. 19^e siècle

- 88 La représentation est généralement facultative au 19^e siècle. Plusieurs codes de procédure de cette période, notamment ceux d'Argovie¹⁴⁹, de Berne¹⁵⁰, de Bâle-Ville¹⁵¹, des Grisons¹⁵², de Neuchâtel¹⁵³, de Saint-Gall¹⁵⁴, de Schaffhouse¹⁵⁵, de Schwyz¹⁵⁶ ou encore de Zurich¹⁵⁷, voire certaines constitutions cantonales¹⁵⁸, prévoyaient que les parties avaient le droit de conduire seules le procès ou par l'intermédiaire d'un représentant. En 1847-1848, MATILE enseignait dans ses cours de procédure civile que tout homme pouvait « défendre sa cause devant le tribunal sans avoir besoin de recourir au ministère d'un avocat ou d'un procureur »¹⁵⁹. Le principe de représentation facultative ne sera jamais remis en question ; il est toujours valable aujourd'hui et se présente désormais comme une spécificité de la procédure civile suisse¹⁶⁰.
- 89 À cette époque, plusieurs cantons réglementent les professions dont les membres pratiquent la représentation en justice. En effet, il arrivait que des individus sans qualifications professionnelles offrent leurs services dans le domaine judiciaire et exploitent ainsi la confiance du public¹⁶¹. BOVARD nous apprend que ce problème existait depuis de nombreuses années ; il expose : « Aussi l'histoire judiciaire du pays est-elle remplie, pendant tout le cours du XVII^e et la première moitié du XVIII^e, de « Mandats souverains » qui ont essentiellement pour thème la protection des plaideurs contre leurs propres égarements, puis contre toute une catégorie de gens peu scrupuleux, attentifs à flatter le penchant du justiciable en multipliant ou en compliquant à l'excès les

¹⁴⁹ § 25 Prozess-Ordnung in bürgerlichen rechtsstreitigkeiten für den Kanton Aargau, 1838.

¹⁵⁰ Art. 61 Code sur le mode de procédure en justice dans les affaires de droit civil, in : Code de procédure civile pour la République de Berne, 1821.

¹⁵¹ § 40 Stadt-Gerichts-Ordnung des kantons Basel-Stadt, Erster Theil : Civil-Prozess-Ordnung, 1848.

¹⁵² Art. 37 Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen (Grisons), 1871.

¹⁵³ Art. 68 Code de procédure civile de la République et Canton de Neuchâtel, 1876.

¹⁵⁴ Art. 44 Gesetz über den Zivilprozess im Kanton St. Gallen, 1850.

¹⁵⁵ § 115 Bürgerlich Prozessordnung für den Kanton Schaffhausen, 1869.

¹⁵⁶ § 52 Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Kanton Schwyz, 1848.

¹⁵⁷ § 17 Zivilprozessordnung, in Gesetze betreffend die zürcherische Rechtspflege, 1866.

¹⁵⁸ ZÜRCHER, p. 153.

¹⁵⁹ MATILE, Notes de cours, N 83.

¹⁶⁰ Voir N 447 ss.

¹⁶¹ BOVARD, p. 11 ss ; EUGSTER, p. 49 et 67 ; voir également ZÜRCHER, p. 44.

procès »¹⁶². Légiférer permet donc de protéger les justiciables contre de tels abus¹⁶³.

A. Réglementation de l'avocature

Le métier d'avocat n'a pas connu d'évolution uniforme en Suisse, chaque canton légiférant à son propre rythme et au gré des influences des régions voisines. Les premières lois sont adoptées en 1803¹⁶⁴ et les réglementations sont variées. 90

Certains cantons, imprégnés de la distinction entre avocats et procureurs, introduisent des catégories de conseils avec des fonctions différentes¹⁶⁵. C'est le cas de Berne et d'Argovie en 1803, de Zurich en 1804, de Lucerne en 1814 et de Thurgovie en 1832¹⁶⁶. Genève régleme les professions d'avocat et de procureur en 1816 et adopte un règlement spécifique aux avocats en 1821¹⁶⁷. Ces cantons abandonneront leurs classifications quelques décennies plus tard¹⁶⁸. 91

À la même époque, d'autres cantons continuent d'interdire la représentation par les avocats¹⁶⁹, tout en conservant souvent l'institution du *Fürsprecher* (par exemple Schaffhouse, Appenzell Rhodes-Extérieures et Appenzell Rhodes-Intérieures)¹⁷⁰. 92

Une tendance à la libéralisation de la profession d'avocat apparaît au milieu du 19^e siècle¹⁷¹. Certains cantons qui avaient connu une réglementation y renoncent (par exemple Zurich en 1866 ou Genève en 1851) mais finiront par réintroduire 93

¹⁶² BOVARD, p. 12.

¹⁶³ EUGSTER, p. 49 et 67. Cet objectif législatif a été rappelé en 1913 dans le Rapport du Conseil d'État neuchâtelois à l'appui d'un projet de lois sur le barreau (BGC/NE, séance du 18 novembre 1913, p. 182).

¹⁶⁴ BOHNET/MARTENET, N 42 ; ZÜRCHER, p. 23 ; URECH, p. 13.

¹⁶⁵ BOHNET/MARTENET, N 42 ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 22 ss ; ZÜRCHER, p. 23 ss.

¹⁶⁶ BOHNET/MARTENET, N 42 ss ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 22 s. ; ZÜRCHER, p. 23 ss.

¹⁶⁷ BOHNET/MARTENET, N 47 ; ZÜRCHER, p. 28.

¹⁶⁸ BOHNET/MARTENET, N 49 ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 23 ; ZÜRCHER, p. 32 s.

¹⁶⁹ BOHNET/MARTENET, N 48 ; LUMINATI, p. 595 ; PAHUD DE MORTANGES, p. 254 ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 49 ; ZÜRCHER, p. 29 s. ; voir également BOHNET, Pluralisme, p. 20 ; FRITZSCHE, p. 20.

¹⁷⁰ BOHNET/MARTENET, N 48 ; EUGSTER, p. 34 et 46 s. npb 134 s. ; PAHUD DE MORTANGES, p. 254 ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 49 ; URECH, p. 14 ; ZÜRCHER, p. 31 s.

¹⁷¹ BOHNET/MARTENET, N 50.

des lois (Zurich en 1898 et Genève en 1863)¹⁷². À la fin du 19^e siècle, de nombreux cantons sont dotés de lois sur la profession d’avocat ; onze cantons demeurent tout de même sans réglementation¹⁷³.

B. Réglementation de la *Rechtsagentur*

- 94 Le canton de Lucerne édicte des dispositions sur la profession de *Schuldenbote* aux 17^e et 18^e siècles déjà¹⁷⁴. Dès le 19^e siècle, de nombreux autres cantons lui emboîtent le pas. L’exercice de ces professions est généralement soumis à des conditions (de formation, de probité ou de garanties financières) et à la surveillance de l’État¹⁷⁵.
- 95 Vaud régleme le métier de procureur en 1803¹⁷⁶, Berne celui d’*Agent* en 1821¹⁷⁷, Bâle-Campagne celui de *Schuldenbote* en 1837¹⁷⁸, Zurich celui de *Geschäftsagent* en 1849¹⁷⁹, Soleure celui de *Geschäftsmann* en 1857¹⁸⁰, Argovie celui de *Geschäftsleute* en 1853¹⁸¹, Schaffhouse celui de *Mandatar* en 1850¹⁸², Fribourg celui de *Betreibungsagent* en 1859¹⁸³, le Valais celui d’*Einzugsprokurator* en 1874¹⁸⁴. À Bâle-Ville, les *Amtleute*, déjà connus dans ce canton au 14^e siècle et dont la fonction était initialement celle de

¹⁷² BOHNET, Dialogue, p. 107 ; BOHNET/MARTENET, N 51 s. ; EUGSTER, p. 48 s. nbp 138 et p. 66 s. ; ZÜRCHER, p. 29 ss.

¹⁷³ BOHNET, Dialogue, p. 107 ; BOHNET/MARTENET, N 53 ; voir également PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 56.

¹⁷⁴ EUGSTER, p. 27. En 1838, le métier changera de nom et les *Schuldenboten* deviendront des *Geschäftsagenten* (EUGSTER, p. 27).

¹⁷⁵ EUGSTER, p. 16 ss.

¹⁷⁶ BOVARD, p. 16 ss ; EUGSTER, p. 38. La loi de 1803 octroyait aux procureurs un monopole dans le domaine des poursuites (BOVARD, p. 18). Leur activité sera réglementée en détail trois ans plus tard, en 1806, et le titre de procureur deviendra celui de procureur-juré par la même occasion (BOVARD, p. 19 ss ; EUGSTER, p. 38). En 1897, ce métier prendra ensuite le nom d’agent d’affaires patenté (BOVARD, p. 34 ss ; EUGSTER, p. 41 ; ZÜRCHER, p. 52).

¹⁷⁷ EUGSTER, p. 56 s.

¹⁷⁸ EUGSTER, p. 20 s.

¹⁷⁹ EUGSTER, p. 62 ; ZÜRCHER, p. 56.

¹⁸⁰ EUGSTER, p. 69 ; ZÜRCHER, p. 55.

¹⁸¹ EUGSTER, p. 15. L’appellation de *Geschäftsleute* sera remplacée par celle de *Geschäftsagente* en 1886 (EUGSTER, p. 16).

¹⁸² EUGSTER, p. 35. Seulement cinq ans après, en 1855, Schaffhouse adoptera une nouvelle loi et les *Geschäftsagenten* prendront la place des *Mandatar* (EUGSTER, p. 36)

¹⁸³ EUGSTER, p. 88.

¹⁸⁴ EUGSTER, p. 72. Le métier d’*Einzugsprokurator* sera ensuite renommé procureur-recouvreur – *Schuldeneinzieher* en allemand – en 1882 (EUGSTER, p. 73 ; ZÜRCHER, p. 53).

*Fürsprecher*¹⁸⁵, changeront de rôle au fil du temps jusqu'à bénéficier d'un monopole de représentation des créanciers en 1875¹⁸⁶. Suite à l'adoption de la LP en 1889¹⁸⁷, Obwald et Uri légifèrent tous deux sur la profession de *Geschäftsagent* en 1891¹⁸⁸. Les derniers cantons à adopter des dispositions légales sont Saint-Gall, qui réglemente la profession de *Rechtsagent* en 1900¹⁸⁹ et Genève, qui légifère sur les agents d'affaires en 1927¹⁹⁰.

IV. Fin du 19^e siècle – 21^e siècle

A. Accès des femmes à l'avocature et à la *Rechtsagentur*

Les femmes ont longtemps été exclues des métiers liés à la représentation en justice¹⁹¹. Plusieurs législations cantonales exigeaient d'être titulaire de la capacité civique (*Aktivbürgerrechte*) – c'est-à-dire du droit de vote – pour exercer ces professions, ce qui n'était pas le cas des femmes¹⁹². En 1887, le Tribunal fédéral juge qu'il n'est pas inconstitutionnel d'exclure les femmes de l'avocature¹⁹³. 96

La situation change au tournant du 20^e siècle. Zurich est le premier canton à leur permettre d'accéder à l'avocature en 1898 ; viendront peu après les cantons de Saint-Gall, Genève, Bâle-Ville et Neuchâtel¹⁹⁴. 97

¹⁸⁵ EUGSTER, p. 75. Sur la notion de *Fürsprecher*, voir N 81.

¹⁸⁶ EUGSTER, p. 75 et 84.

¹⁸⁷ RO 11 p. 488.

¹⁸⁸ EUGSTER, p. 43 et 45 ; ZÜRCHER, p. 45 s. À la même période, Appenzell Rhodes-Extérieures et Appenzell Rhodes-Intérieures prévoient la possibilité de réglementer la profession de *Geschäftsagent* dans leurs lois d'introduction à la LP respectives mais ne feront pas usage de cette compétence législative (EUGSTER, p. 46 s. ; voir également LUMINATI, p. 596).

¹⁸⁹ EUGSTER, p. 54 ; KLEY-STRULLER, p. 446 s. ; ZÜRCHER, p. 50.

¹⁹⁰ EUGSTER, p. 50.

¹⁹¹ S'agissant de l'avocature, voir MAZOU, p. 127.

¹⁹² EUGSTER, p. 105 ; FIDEK, p. 14 ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 94 ss ; URECH, p. 74.

¹⁹³ ATF 13 I 1, JdT 1887 p. 136 ; voir également BOHNET/MARTENET, N 67 ; MAZOU, p. 127 ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 95.

¹⁹⁴ BOHNET/MARTENET, npb 93 ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 97 s. ; voir également LUMINATI, p. 588 ; URECH, p. 74. Concernant le canton de Neuchâtel, voir BGC/NE, séance du 18 novembre 1913, p. 192.

98 En 1914, le Tribunal fédéral autorise les femmes à pratiquer en tant que *Rechtsagentinnen* à Saint-Gall¹⁹⁵. Il estime que la législation saint-galloise est contraire à l'égalité de traitement, car elle permet aux femmes d'exercer l'avocature mais pas la *Rechtsagentur*¹⁹⁶. Neuf ans plus tard, en 1923, le Tribunal fédéral juge contraire à la Constitution d'interdire aux femmes d'accéder à l'avocature¹⁹⁷. Par la même occasion, il devient donc dans tous les cas inconstitutionnel d'exclure les femmes du métier d'agent·e d'affaires (ou autres professions similaires)¹⁹⁸.

B. Essor de l'avocature

99 Dès la fin du 19^e siècle, la profession d'avocat devient véritablement établie dans le paysage judiciaire suisse. Les avocats s'organisent en ordres et la Fédération suisse des avocats (FSA) voit le jour en 1898¹⁹⁹. Les cantons se mettent tous à imposer un examen obligatoire pour l'exercice de ce métier²⁰⁰.

100 Parallèlement, ils commencent à introduire un « monopole de l'avocat·e », c'est-à-dire à réserver la représentation professionnelle aux membres de la profession²⁰¹. FRITZSCHE souligne toutefois en 1949 que l'opinion selon laquelle les juristes – en particulier les avocat·e·s – devraient être banni·e·s des tribunaux était encore répandue²⁰². En 1955, tous les cantons – à l'exception de Soleure – ont un monopole²⁰³. Soleure finira par instaurer un monopole en l'an 2000²⁰⁴.

¹⁹⁵ ATF 40 I 1 ; voir également EUGSTER, p.105 ss ; FIDEK, p. 14.

¹⁹⁶ ATF 40 I 1 ; voir également EUGSTER, p.105 ss ; FIDEK, p. 14.

¹⁹⁷ ATF 49 I 14 ; voir également à ce sujet LUMINATI, p. 588 ; MAZOU, p. 127 s. ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 98 s. ; URECH, p. 74 s.

¹⁹⁸ FIDEK, p. 27.

¹⁹⁹ BOHNET/MARTENET, N 55 ; PAHUD DE MORTANGES, p. 254 ; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, p. 59 ; URECH, p. 19.

²⁰⁰ URECH, p. 13 ss ; ZÜRCHER, p. 35 ss.

²⁰¹ BOHNET/MARTENET, N 50. Pour des détails au sujet du monopole de l'avocat·e, voir N 768 ss et N 794 ss. On peut notamment mentionner que Neuchâtel adopte, en 1914, une Loi sur le barreau qui prévoit un monopole à son article premier (voir BGC/NE, séance du 20 mai 1914, p. 194).

²⁰² FRITZSCHE, p. 20.

²⁰³ HESS, p. 53 ; voir également BOHNET, Pluralisme, p. 20 nbp 42 ; BOHNET/MARTENET, N 58.

²⁰⁴ BOHNET, Pluralisme, p. 20 nbp 42 ; BOHNET/MARTENET, nbp 84.

En l'an 2000 également, la LLCA est adoptée²⁰⁵. Elle entrera en vigueur en 2002, permettant notamment de concrétiser la libre circulation cantonale des avocats exerçant la représentation en justice et d'unifier les règles professionnelles s'appliquant à la profession²⁰⁶. 101

C. Déclin de la *Rechtsagentur*

La *Rechtsagentur* connaît un sort différent de l'avocature. On assiste ainsi à sa déréglementation : la majorité des cantons qui avaient adopté des réglementations les abrogent. Berne y procède en 1847²⁰⁷, Zurich en 1874²⁰⁸, Soleure et le Valais en 1891²⁰⁹, Bâle-Ville en 1911²¹⁰, et Fribourg en 1923²¹¹. Les derniers cantons à abroger leurs lois sont Bâle-Campagne en 1993²¹², 102

²⁰⁵ BOHNET/MARTENET, N 76 ; STAEHELIN, *Standesregeln*, p. 22.

²⁰⁶ ATF 130 II 270 cons. 3.1 ; Message LLCA, FF 1999 p. 5332 ; CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD, art. 1 N 52 ; STAEHELIN, *Standesregeln*, p. 22.

²⁰⁷ EUGSTER, p. 61 s.

²⁰⁸ EUGSTER, p. 66.

²⁰⁹ EUGSTER, p. 70 et 74. Le Valais a de nouveau réglementé cette profession en 1971 (voir loi de 1971 sur les agents intermédiaires ; RO/VS 1972, Tome LXVI, p. 13), puis l'a abrogée en 1987 (loi du 23 janvier 1987 abrogeant la loi du 23 juin 1971 sur les agents intermédiaires ; RO/VS 1987, Tome LXXXI, p. 1).

²¹⁰ EUGSTER, p. 87.

²¹¹ EUGSTER, p. 93.

²¹² § 77 al. 1 let. c et d VPO/BL, qui abroge la loi et le règlement sur les *Geschäftsmanner*.

Schaffhouse²¹³ et Uri²¹⁴ en 1996, Argovie en 1997²¹⁵, Obwald en 2010²¹⁶ et Genève en 2022²¹⁷.

- 103 Vaud et Saint-Gall se présentent toutefois comme des exceptions. Ces deux cantons adoptent des lois (en 1897 pour le premier et en 1900 pour le deuxième) qui octroient aux agents d'affaires et aux *Rechtsagenten* de larges compétences, rapprochant ainsi ces professions de l'avocature²¹⁸. Leur domaine de compétence est toujours étendu aujourd'hui²¹⁹.
- 104 Il faut toutefois souligner qu'entre le 19^e siècle et le début du 20^e siècle, l'*existence* des professions d'agents d'affaires et autres représentants de ce type ne dépend pas des législations cantonales. À cette époque, indépendamment de toute législation, on trouve des représentants du domaine de l'exécution forcée dans presque toute la Suisse²²⁰. Dans les cantons n'ayant jamais eu de réglementation²²¹, ils exercent librement²²². Et dans les cantons ayant légiféré,

²¹³ L'art. 14 de l'Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs/SH (aujourd'hui abrogée) réservait initialement la représentation des personnes créancières aux *Geschäftsagenten*. Cette disposition a été modifiée en 1996. Depuis lors, la représentation professionnelle en matière d'exécution forcée n'est plus soumise à autorisation dans le canton de Schaffhouse (voir aujourd'hui art. 107 JG/SH).

²¹⁴ Dans le canton d'Uri, la profession de *Geschäftsagent* était initialement réglementée à l'art. 15 de l'Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs/UR du 3 mai 1891 (disposition reproduite dans les faits de l'ATF 106 Ia 126). Cette loi a été abrogée le 1^{er} décembre 1996 lors de l'adoption de la EG SchKG/UR (voir art. 16 EG SchKG/UR). L'art. 13 EG SchKG/UR, toujours en vigueur aujourd'hui, concerne la profession de *Geschäftsagent* et donne la compétence de légiférer à ce sujet au *Regierungsrat*. Toutefois, cette compétence n'a jamais été utilisée. Dès lors, la profession de *Geschäftsagent* n'est plus réglementée depuis l'abrogation en 1996 de l'Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs/UR du 3 mai 1891.

²¹⁵ Message Justiz/AG, p. 11 s.

²¹⁶ La JRG/OW du 21 mai 2010 (point II. 4.) a abrogé la VV Schkg/OW, dont les art. 22 s. portaient sur les *Geschäftsagenten*. Au sujet de cette abrogation, voir Message Justiz/OW, p. 59.

²¹⁷ L'art. 20 LaLP/GE, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2022, a abrogé la LPAA/GE, qui réglementait la profession d'agent-e-s d'affaires dans le canton de Genève.

²¹⁸ BOVARD, p. 33 ss ; EUGSTER, p. 40 ss y compris nbp 116 et 54 s. (EUGSTER qualifie ces professions de *Kleinanwaltschaft*).

²¹⁹ Voir N 855 ss.

²²⁰ Selon EUGSTER, le canton de Glaris est le seul à n'avoir jamais connu la profession de *Rechtsagent* (EUGSTER, p. 93 s.).

²²¹ Ces cantons sont Glaris, les Grisons, Neuchâtel, Nidwald, Schwyz, le Tessin, Thurgovie et Zoug (EUGSTER, p. 93 ss).

²²² EUGSTER, p. 13 et 93 ss.

ces professionnels existaient déjà avant les réglementations²²³ et continueront de pratiquer dans plusieurs cantons²²⁴ jusqu'à la moitié du 20^e siècle²²⁵.

De toutes les professions précitées, il n'en reste aujourd'hui plus que trois : les *Sachwalter-innen* à Lucerne, les *Rechtsagent-inn-en* à Saint-Gall et les agent·e·s d'affaires breveté·e·s dans le canton de Vaud. Toutes sont réglementées²²⁶. 105

D. Interdiction de la représentation en droit du travail

En matière de représentation en justice, les procédures de droit du travail se démarquent par le fait que la représentation professionnelle – en particulier par les avocat·e·s – y a été interdite pendant très longtemps. 106

L'interdiction de la représentation professionnelle remonte à l'apparition des tribunaux des prud'hommes à la fin du 19^e siècle²²⁷. Ces juridictions sont créées dans le but de résoudre les litiges de droit du travail de manière simple, rapide et gratuite²²⁸. Or, on reproche aux représentant·e·s agissant à titre professionnel (notamment aux avocat·e·s) de compliquer et ralentir les procédures, d'en augmenter les coûts et d'engendrer une inégalité entre les parties (souvent, seul l'employeur avait les moyens d'être représenté par un·e professionnel·le)²²⁹. De ce fait, on les exclut de la procédure prud'homale²³⁰. 107

La règle sera consacrée au niveau national par l'art. 29 al. 3 de la Loi fédérale du 18 juin 1914 sur le travail dans les fabriques (LTFa)²³¹. Cette disposition interdit, à moins de circonstances personnelles particulières, la représentation « par des mandataires de profession ». À l'époque, cette expression est utilisée dans un sens général pour désigner l'ensemble des représentant·e·s agissant à titre professionnel (avocat·e·s, agent·e·s d'affaires ou représentant·e·s de 108

²²³ Voir BOVARD, p. 12 ss ; EUGSTER, notamment p. 26, 49, 88.

²²⁴ Voir EUGSTER, notamment p. 68, 70 s., 75, 93.

²²⁵ KLEY-STRULLER, p. 446.

²²⁶ S'agissant de la réglementation actuelle de ces professions, voir N 859 ss.

²²⁷ ATF 105 Ia 288 cons. 3b ; BERENSTEIN, p. 125.

²²⁸ BERENSTEIN, p. 118 ; GALLEY, p. 49.

²²⁹ GALLEY, p. 49 s. ; voir également ATF 105 Ia 288 cons. 3b ; ATF 43 I 34 cons. 2 ; BO/CN 1913 p. 622.

²³⁰ GALLEY, p. 49.

²³¹ RO 30 p. 539 ; ATF 105 Ia 288 cons. 3b ; BOHNET/JEANNIN, p. 228 (qui précisent que cette règle allait de pair avec la compétence du tribunal d'établir les faits d'office) ; BERENSTEIN, p. 125 ; GALLEY, p. 250.

syndicats ou d'associations professionnelles)²³². Aujourd'hui, les « mandataire professionnellement qualifié·e·s » sont mentionné·e·s à l'art. 68 al. 2 let. d CPC. Cette notion a une signification plus restreinte et désigne avant tout les représentant·e·s des partenaires sociaux (voir N 913).

- 109 L'interdiction de la représentation par des mandataires de profession sera également mentionnée à l'art. 19 al. 2 de la Loi fédérale sur le travail à domicile du 12 décembre 1940 (LTD)²³³.
- 110 Les art. 29 LTFa et 19 al. 2 LTD sont abrogés en 1971²³⁴, et la compétence de régler la question de la représentation dans les procédures de droit du travail revient aux cantons²³⁵. Plusieurs d'entre eux conservent l'interdiction de toute représentation professionnelle en droit du travail²³⁶.
- 111 Avant l'entrée en vigueur du CPC en 2011, de nombreux cantons (Argovie²³⁷, Bâle-Ville²³⁸, Berne²³⁹, Genève²⁴⁰, le Jura²⁴¹, Lucerne²⁴², Neuchâtel²⁴³, Saint-Gall²⁴⁴, Soleure²⁴⁵, le Valais²⁴⁶ et Vaud²⁴⁷) connaissent encore le principe de comparution personnelle obligatoire en droit du travail, la représentation n'étant possible qu'à certaines conditions. L'assistance était toutefois généralement autorisée sans restriction²⁴⁸. À Fribourg, la loi prévoyait que « [l]e président décide souverainement, suivant la nature et l'importance du litige, si les parties

²³² ATF 105 Ia 288 cons. 3b et c (implicite) ; voir également la version allemande de la loi, qui indiquait « *[b]erufsmässige Prozessvertretung ist unzulässig [...]* ».

²³³ RO 57 p. 1497 ; ATF 105 Ia 288 cons. 3b ; BOHNET/JEANNIN, p. 225 ; BERENSTEIN, p. 125.

²³⁴ RO 1971 p. 1461.

²³⁵ ATF 105 Ia 288 cons. 3b ; GALLEY, p. 251.

²³⁶ HABSCHIED, Droit judiciaire, p. 213, qui donne un aperçu de la situation en 1981.

²³⁷ § 366 al. 2 ZPO/AG ; GALLEY, p. 254.

²³⁸ § 216 al. 1 ZPO/BS ; GALLEY, p. 254.

²³⁹ Art. 39.2 DDT/BE ; GALLEY, p. 254.

²⁴⁰ Art. 12 al. 1 et 13 al. 1 LJP/GE ; GALLEY, p. 254.

²⁴¹ Art. 25 LCPH/JU ; GALLEY, p. 254.

²⁴² § 26 al. 1 AGG/LU.

²⁴³ Art. 16 al. 2 LJPH/NE ; GALLEY, p. 254.

²⁴⁴ Art. 41 *cum art.* 181 al. 1 let. a ZPG/SG ; GALLEY, p. 254.

²⁴⁵ § 23 AGG/SO ; GALLEY, p. 254.

²⁴⁶ Art. 31 al. 1 et 2 aLcTr/VS ; GALLEY, p. 255.

²⁴⁷ Art. 24 aLJT/VD ; GALLEY, p. 254. Selon cette disposition, la comparution personnelle n'était obligatoire qu'à la première audience.

²⁴⁸ Voir notamment § 366 al. 2 ZPO/AG ; art. 12 al. 2 LJP/GE ; art. 25a LCPH/JU ; art. 16 al. 1 LJPH/NE ; art. 31 al. 1 aLcTr/VS ; art. 25 aLJT/VD ; GALLEY, p. 253 s.

doivent être représentées ou assistées ; il tient compte notamment de la nécessité d'assurer l'égalité des parties »²⁴⁹.

Le CPC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, ne prévoit plus le principe de comparution personnelle obligatoire dans les audiences de droit du travail (mis à part en conciliation, où la comparution personnelle est la règle quelle que soit la matière ; voir N 456 ss). Depuis cette date, il n'y a donc plus d'interdiction de représentation dans les procédures de droit du travail.

112

E. Représentation devant le Tribunal fédéral

La première Loi fédérale sur l'organisation judiciaire fédérale date du 5 juin 1849²⁵⁰. Elle ne prévoit rien sur la représentation en justice. En 1874, la deuxième Loi fédérale sur l'organisation judiciaire fédérale est adoptée²⁵¹. Son art. 30 al. 3 pose le principe de la représentation facultative en audience : « Les parties ont le droit de comparaître au jour fixé devant le Tribunal fédéral et de plaider leur cause oralement ou de la faire plaider par des fondés de pouvoirs ». La Loi fédérale sur l'organisation judiciaire fédérale suivante, adoptée en 1893²⁵², mentionne également que la représentation est facultative (art. 74 al. 1 : « Les parties citées ont le droit de plaider leur cause devant le tribunal fédéral au jour fixé ou de la faire plaider par des mandataires »). Son art. 75 prévoit en outre des règles sur la procuration. Ces trois lois successives ne contiennent cependant pas d'indication sur les personnes autorisées à représenter des parties devant le Tribunal fédéral.

113

En 1943, une nouvelle Loi fédérale d'organisation judiciaire est adoptée (OJ)²⁵³. Son art. 29 concerne la représentation conventionnelle. L'alinéa 2 de cette disposition prévoit que « [p]euvent seuls agir comme mandataires dans les affaires civiles et pénales les avocats patentés et les professeurs de droit des universités suisses. Sont réservés les litiges provenant des cantons où l'exercice du barreau est libre ». L'alinéa 3 précise que « [s]ous réserve de réciprocité, les avocats étrangers peuvent être admis à titre exceptionnel comme mandataires ». Les avocats ont désormais très bonne réputation, comme en témoigne cet extrait des débats au Conseil des États au sujet de l'art. 29 OJ : « Elle [la

114

²⁴⁹ Art. 36 al. 1 LJP/FR. Sur la notion d'assistance, voir N 203 ss.

²⁵⁰ RO I p. 65.

²⁵¹ RO I p. 117.

²⁵² RO 13 p. 457.

²⁵³ RO 60 p. 269.

solution de l'OJ] paraît conforme aux exigences d'une bonne administration de la justice, les avocats étant à un degré éminent les collaborateurs de la justice, il est normal de leur réserver le droit de représenter les parties »²⁵⁴.

- 115 L'art. 29 OJ sera adapté lors de l'entrée en vigueur de la LLCA en 2002²⁵⁵. La modification ne concerne pas la représentation par des professeur·e·s des universités suisses, qui reste possible devant le Tribunal fédéral²⁵⁶.
- 116 La Loi fédérale d'organisation judiciaire de 1943 est abrogée par la LTF²⁵⁷, adoptée en 2005²⁵⁸. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi au 1^{er} janvier 2007, les avocat·e·s LLCA ont un monopole de représentation dans les matières civile et pénale (art. 40 al. 1 LTF). Les professeur·e·s d'université ne peuvent plus représenter de parties dans ces domaines (à moins d'être aussi avocat·e·s LLCA). En matière administrative, la représentation est libre (art. 40 al. 1 LTF *a contrario*).

F. Adoption et entrée en vigueur du CPC

- 117 Le CPC est adopté en 2008 et entre en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Depuis cette date, la procédure civile est régie par le droit fédéral et les cantons n'ont plus que des compétences limitées en matière de représentation conventionnelle. L'art. 68 CPC liste les catégories de représentant·e·s autorisé·e·s. Les cantons ne peuvent pas en prévoir d'autres, mais conservent une certaine marge de manœuvre²⁵⁹ : c'est à eux de décider s'ils veulent autoriser les agent·e·s d'affaires et les agent·e·s juridiques breveté·e·s (art. 68 al. 2 let. b CPC)²⁶⁰ ainsi que les mandataires professionnellement qualifié·e·s (art. 68 al. 2 let. c CPC)²⁶¹ à représenter des parties devant leurs autorités.
- 118 Lors de l'entrée en vigueur du CPC, l'art. 27 LP donnait également aux cantons la possibilité de réglementer la représentation professionnelle dans le domaine

²⁵⁴ BO/CE 1943 p. 105.

²⁵⁵ Message LLCA, FF 1999 p. 5382.

²⁵⁶ Message LLCA, FF 1999 p. 5382.

²⁵⁷ Art. 131 al. 1 LTF.

²⁵⁸ RO 2006 p. 1205.

²⁵⁹ BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 336.

²⁶⁰ Voir N 838 ss au sujet des agent·e·s d'affaires et des agent·e·s juridiques breveté·e·s.

²⁶¹ Voir N 891 ss au sujet des mandataires professionnellement qualifié·e·s.

de l'exécution forcée²⁶². Les représentant·e·s au sens de l'art. 27 LP étant autorisé·e·s à agir dans les procédures sommaires au sens de l'art. 251 CPC (art. 68 al. 2 let. c CPC), les cantons pouvaient donc poser des conditions à la représentation professionnelle dans ces procédures²⁶³. Cette prérogative a été supprimée au 1^{er} janvier 2018, date de l'entrée en vigueur de l'actuel art. 27 LP²⁶⁴. Depuis lors, la représentation conventionnelle dans les matières précitées est régie par le droit fédéral. Selon le nouvel art. 27 LP, seule une condition doit désormais être satisfaite pour exercer cette activité : avoir l'exercice des droits civils (al. 1)²⁶⁵.

V. Synthèse du chapitre 2

Dans ce bref chapitre, les grandes lignes de l'historique de la représentation en procédure ont été présentées. 119

On observe tout d'abord que cette institution procédurale, interdite au Moyen-Âge, a progressivement gagné en importance jusqu'à devenir aujourd'hui un élément essentiel du procès civil. 120

Les professions juridiques liées à cette activité ont également évolué au fil du temps. Au 19^e siècle, elles étaient nombreuses ; la plupart d'entre elles ont cependant peu à peu perdu de leur importance. L'avocature a toutefois prospéré et est aujourd'hui la profession exerçant le plus fréquemment la représentation en justice. 121

Enfin, on constate que l'avocature et la *Rechtsagentur* – et par la même occasion la représentation en justice – ont longtemps été réservées aux hommes. Les femmes ont toutefois pu accéder à ces professions dès le 20^e siècle. Il convient néanmoins de souligner que l'avocature reste un milieu majoritairement 122

²⁶² Voir ATF 138 III 396, rendu en lien avec l'art. 27 LP dans sa teneur en vigueur jusqu'en 2018 ; BO/CN 2015 p. 917 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 341 ; BSK SchKG EB-STAEHELIN, art. 27 ad N 1 let. a.

²⁶³ Voir ATF 138 III 396, rendu en lien avec l'art. 27 LP dans sa teneur en vigueur jusqu'en 2018 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 341.

²⁶⁴ BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 341 ; BSK SchKG EB-STAEHELIN, art. 27 ad N 1 let. a.

²⁶⁵ À ce sujet, voir N 879.

masculin : au 31 décembre 2021, la FSA comptait 32.97% de femmes parmi ses membres²⁶⁶.

²⁶⁶ Statistiques des membres de la FSA par sexe au 31 décembre 2021, disponibles sur https://www.sav-fsa.ch/documents/672183/2058067/Statistik_m_w_31.12.2021+%281%29.pdf/1d526836-31c2-2737-ebda-1c47a78c2edc?t=1650872664472 (consulté le 30 septembre 2023). Pour des chiffres concernant également le nombre d'étudiantes en droit à Lausanne et d'avocates-stagiaires dans le canton de Vaud, voir MAZOU, p. 128.

Chapitre 3 : Définition, distinctions et rôle

La représentation conventionnelle ne peut être étudiée sans être préalablement définie. Ce chapitre vise à délimiter les contours de cette institution, en proposant une définition de celle-ci (I), puis en la différenciant des concepts juridiques qui s'en rapprochent (II). Nous examinerons également brièvement le rôle de cette institution (III). 123

I. Définition

A. Définition des termes

La représentation conventionnelle (*vertragliche Vertretung* ; *rappresentanza contrattuale*) n'est pas définie par la loi. Dès lors, pour déterminer le sens de cette expression, les deux termes qui la composent seront examinés successivement. 124

1. « représentation »

À l'origine, le terme de « représentation » n'est pas propre au droit²⁶⁷. Aujourd'hui encore, il n'est pas limité au vocabulaire juridique. Dans le langage courant, ce mot a plusieurs acceptions. Il peut notamment désigner le « fait de rendre sensible (un objet, une chose abstraite) au moyen d'une image, d'un signe, etc. »²⁶⁸ ou le « fait de représenter (qqn ; un groupe) »²⁶⁹, le verbe représenter étant ici entendu comme l'action de « tenir la place de (qqn ; un groupe), agir en son nom, en vertu d'un mandat »²⁷⁰. Cette dernière définition correspond approximativement au sens juridique du mot « représentation »²⁷¹. 125

²⁶⁷ ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 1.

²⁶⁸ Le Robert, dico en ligne, définition du mot représentation, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/representation> (consulté le 30 septembre 2023).

²⁶⁹ Le Robert, dico en ligne, définition du mot représentation, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/representation> (consulté le 30 septembre 2023).

²⁷⁰ Le Robert, dico en ligne, définition du mot représenter, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/representer> (consulté le 30 septembre 2023).

²⁷¹ ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 2 ; comp. également BUCHER, *Obligationenrecht*, p. 596 et GUHL et al., p. 153.

- 126 En droit matériel, on définit la représentation comme le mécanisme par lequel une personne (qualifiée de « représentant·e ») effectue des actes au nom et pour le compte d'autrui (qualifié de « représenté·e »), de sorte que ces actes produisent leurs effets dans la sphère juridique de la personne représentée²⁷².
- 127 Un acte est réalisé « au nom d'autrui » lorsque son auteur·e indique agir pour une autre personne²⁷³. L'expression « pour le compte d'autrui » signifie quant à elle que l'acte a pour but de profiter à cette autre personne²⁷⁴.

2. « conventionnelle »

- 128 L'adjectif « conventionnel » concerne ce qui résulte d'une convention²⁷⁵, c'est-à-dire d'un accord de deux ou plusieurs personnes portant sur un fait²⁷⁶.
- 129 Le mot « conventionnel » ne se rapporte pas à la représentation elle-même. La représentation ne résulte pas d'un contrat, mais d'une manifestation de volonté unilatérale, en principe l'octroi de pouvoirs²⁷⁷. En ce sens, elle est volontaire (*gewillkürt*) et non légale²⁷⁸.
- 130 Vraisemblablement, ce terme fait référence au contrat – indépendant de la représentation – existant généralement entre représenté·e et représentant·e. L'octroi de pouvoirs de représentation est toujours en lien avec une relation de

²⁷² Voir BUCHER, *Obligationenrecht*, p. 596 ; ENGEL, *Obligations*, p. 372 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1307 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 411 ; VON TUHR, p. 282 s. ; voir aussi arrêt du TF 4A_137/2022 du 30 août 2022 cons. 4 ; arrêt du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 4 ; CARRON, p. 71 ; ZUFFEREY, N 177.

²⁷³ BUCHER, *Obligationenrecht*, p. 596 nbp 4 ; ENGEL, *Obligations*, p. 375 ; WYSS, p. 46 ; ZUFFEREY, N 195.

²⁷⁴ VON TUHR, p. 284 ; ZUFFEREY, N 25.

²⁷⁵ Le Robert, dico en ligne, définition du mot conventionnel, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/conventionnel> (consulté le 30 septembre 2023).

²⁷⁶ Le Robert, dico en ligne, définition du mot convention, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/convention> (consulté le 30 septembre 2023).

²⁷⁷ Voir arrêt du TF 5A_803/2019 du 3 avril 2020 cons. 3.3 : « *Die gewillkürte Vertretung beruht auf einer Bevollmächtigung des Vertreters durch den Vertretenen* ». Sur le fait que l'octroi de pouvoirs est nécessaire pour que la représentation conventionnelle produise des effets, voir N 272 ss ; sur le fait que l'octroi de pouvoirs est un acte unilatéral, voir N 276 ss.

²⁷⁸ Voir N 176.

base²⁷⁹ ; en procédure, il s'agit la plupart du temps d'un contrat de mandat, mais pas toujours²⁸⁰. On distingue les situations suivantes.

- a. Actes faits avec des pouvoirs de représentation et dans la limite de ceux-ci

Lorsqu'un·e représentant·e agit avec des pouvoirs de représentation et dans la limite de ceux-ci, plusieurs hypothèses se présentent. 131

(i) *Représentation rémunérée*

Si l'activité de représentation est rémunérée, représenté·e et représentant·e sont en principe lié·e·s par un contrat de mandat. C'est ainsi que la doctrine et le Tribunal fédéral qualifient la relation entre un avocat·e et un·e client·e, lorsque le contrat a pour objet la représentation en justice²⁸¹. Il en va de même pour les autres types de représentant·e·s professionnel·le·s autorisé·e·s. 132

Exceptionnellement, la relation de base est un autre type de contrat. L'art. 204 al. 3 let. c CPC en est un exemple²⁸². Il prévoit ce qui suit : 133

Art. 204 Comparution personnelle

[...]

³Sont dispensées de comparaître personnellement et peuvent se faire représenter :

[...]

²⁷⁹ HÄUSLER, p. 288 et 293 ; CHK OR I-KUT, art. 33 N 10 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 756 ss (qui considère toutefois qu'il y a une relation sous-jacente à proprement parler seulement dans les cas où les actes effectués par un·e représentant·e sont nécessaires à la relation de base ou motivés par celle-ci) ; TERCIER/PICHONNAZ, N 442.

²⁸⁰ SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 3 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 12. Plusieurs auteurs semblent toutefois considérer que la relation de base entre une partie et un·e représentant·e conventionnel·le est toujours un contrat de mandat (BERTI, Zivilprozessordnung, N 79 ; BERTI, Prozessführungsmandat, p. 137 ; JEANDIN, p. 18).

²⁸¹ ATF 134 III 534 cons. 3.2.2 ; ATF 126 II 249 cons. 4b ; ATF 117 II 563 cons. 2a ; BOHNET/MARTENET, N 2527 ; ENGEL, Contrats, p. 490 ; BK-FELLMANN, art. 394 N 50 et 144 ; HAEGI, p. 95 ; HESS, p. 24 ; HOHL, Tome II, N 69 ; à cet égard, voir également N 833.

²⁸² Au sujet de la représentation selon l'art. 204 al. 3 let. c CPC, voir également N 983 ss.

- c. dans les litiges au sens de l'art. 243, l'employeur ou l'assureur qui délègue un employé et le bailleur qui délègue le gérant de l'immeuble, à la condition que ceux-ci soient habilités, par écrit, à transiger.

[...]

- 134 Dans le premier cas – lorsqu'un employeur ou un assureur est représenté par un·e employé·e – la relation de base est un contrat de travail. Il faut toutefois réserver le cas où l'employé·e agit en tant que représentant·e commercial·e, auquel cas il ne s'agit pas de représentation conventionnelle selon le Tribunal fédéral (voir N 189 ss). Un·e gérant·e d'immeubles est en revanche lié·e à la bailleuse ou au bailleur par un contrat de mandat *sui generis*²⁸³.
- 135 Il faut également réserver le cas dans lequel un·e représentant·e fait appel à un·e auxiliaire (par exemple un·e avocat·e-stagiaire) ou un substitut pour effectuer des actes de procédure – et ainsi représenter la partie (pour des détails, voir N 582 ss). Dans ce cas, la partie au procès est en principe liée contractuellement à la personne initialement choisie pour la représenter, mais pas à l'auxiliaire (ou substitut) qui la représente effectivement dans le procès²⁸⁴. Il n'y a donc pas de relation contractuelle directe entre représenté·e et représentant·e.

(ii) *Représentation non rémunérée*

- 136 Si la représentation n'est pas rémunérée, la situation est moins claire. Dans cette hypothèse, la relation de base peut être soit un acte de complaisance, soit un contrat de mandat gratuit²⁸⁵. La différence entre ces deux activités dépend du cas concret, notamment de la façon dont le service a été rendu, son fondement et son but, sa signification juridique et économique, les circonstances dans lesquelles il a été rendu ainsi que les intérêts des parties²⁸⁶. L'acte de complaisance suppose l'absence de volonté de s'engager contractuellement²⁸⁷. L'intention de contracter peut notamment ressortir du fait, pour la partie qui se

²⁸³ ATF 106 II 157 cons. 2 ; arrêt du TF 6B_960/2017 du 2 mai 2018 cons. 1.3 ; arrêt du TF 4A_145/2016 du 19 juillet 2016 cons. 3.1.

²⁸⁴ S'agissant du cas de l'avocat·e-stagiaire, voir BOHNET/MARTENET, N 2601 ; URECH, p. 106. Sur l'absence de relation contractuelle entre mandant·e (qui, dans une procédure, est la partie) et substitut, voir BK-FELLMANN, art. 398 N 610 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4429 ss.

²⁸⁵ TERCIER/PICHONNAZ, N 442 (en matière de représentation volontaire).

²⁸⁶ ATF 137 III 539 cons. 4.1, JdT 2013 II 274 ; ATF 129 III 181 cons. 3.1, JdT 2003 I 236 ; ATF 116 II 695 cons. 2bb, JdT 1991 I 625.

²⁸⁷ HUGUENIN, N 3232 ; MAISSEN/PURTSCHERT/RUSCH, N 13, 17 et 20 ; MÜLLER C., N 2614 ; CR CO I-WERRO, art. 394 N 42.

fait aider, de posséder un intérêt reconnaissable à bénéficier des conseils ou du soutien d'un·e professionnel·le²⁸⁸. De ce fait, selon les situations, une personne représentant gratuitement une partie agira sur la base d'un acte de complaisance ou d'un mandat gratuit.

- b. Actes faits sans pouvoirs de représentation ou hors de la limite de ceux-ci

Lorsqu'un·e représentant·e agit avec pouvoirs de représentation, mais les dépasse, ou agit sans pouvoirs, la relation de base entre représentant·e et représenté·e peut également parfois être qualifiée de gestion d'affaires sans mandat au sens des art. 419 ss CO²⁸⁹. 137

3. Rattachement à la procédure civile

Les éléments de définition exposés ci-dessus ne permettent pas de différencier la représentation conventionnelle de la représentation dite « volontaire » du droit des obligations (sur cette notion, voir N 165 ss). On le verra, la représentation volontaire est aussi généralement conventionnelle ; inversement, la représentation conventionnelle est également volontaire (voir N 169 ss). Ce constat n'est pas étonnant, la représentation conventionnelle étant une forme spécifique de représentation au sens des art. 32 ss CO²⁹⁰. 138

On observe cependant que la formule « représentation conventionnelle » est presque exclusivement utilisée en procédure civile. L'art. 68 CPC est la seule disposition de la législation suisse à mentionner cette expression, dans sa note marginale. En langue allemande²⁹¹, les termes *vertragliche Vertretung* semblent 139

²⁸⁸ ATF 137 III 539 cons. 4.1, JdT 2013 II 274 ; ATF 129 III 181 cons. 3.1, JdT 2003 I 236 ; ATF 116 II 695 cons. 2bb, JdT 1991 I 625.

²⁸⁹ CR CO I-CHAPPUIS, art. 38 N 10 ; VON TUHR, p. 319 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 38 N 32 ; voir également arrêt du TF 4A_351/2015 du 5 août 2015 cons. 6.2 ; plus catégoriques : BUCHER, Obligationenrecht, p. 616 nbp 59 ; LEWIN, p. 38.

²⁹⁰ BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 329 ; WYSS, p. 47 s. ; voir également art. 65 al. 1 CPC/TL, qui précisait que l'avocat·e agissant avec une procuration « a la fonction de représentant direct au sens de l'art. 32 CO » (traduction libre).

²⁹¹ Nous avons renoncé à mentionner la doctrine italienne, car le peu d'ouvrages disponibles dans cette langue en droit suisse ne permet pas de se faire une idée de l'usage de l'expression *rappresentanza contrattuale*.

uniquement utilisés en procédure civile²⁹². Ce n'est que dans la doctrine francophone que cette expression désigne à de rares occasions la représentation volontaire au sens des art. 32 ss CO (voir N 165 ss), qui plus est dans des contributions dont le sujet n'est pas le droit des obligations²⁹³.

- 140 On peut en conclure que la formule « représentation conventionnelle » s'est imposée pour désigner la représentation volontaire lorsqu'elle se déroule en procédure.
- 141 Pour cette raison, la représentation conventionnelle est parfois appelée représentation volontaire. En français, ce cas est rare²⁹⁴. En revanche, en allemand, de nombreux auteurs font usage tant de l'adjectif *vertraglich* (conventionnel) que *gewillkürt* (volontaire) pour évoquer la représentation procédurale²⁹⁵. Certains utilisent même exclusivement l'expression *gewillkürte Vertretung* pour désigner la représentation en procédure²⁹⁶.
- 142 Pour plus de clarté, il serait judicieux de parler de représentation volontaire « en procédure », « en justice » ou « *ad litem* »²⁹⁷. Toujours est-il que l'expression « représentation conventionnelle » doit être comprise comme désignant une institution procédurale, car l'usage de cette formule en procédure civile est désormais bien établi. Cette situation a de plus été entérinée par le choix de cette expression comme note marginale de l'art. 68 CPC dans les trois langues du texte.

²⁹² Nous n'avons pas trouvé d'ouvrages en allemand hors du domaine de la procédure civile utilisant cette expression. On peut également relever que celle-ci figurait dans l'ancien code de procédure civile du canton de Nidwald (art. 37 al. 1 et 5 et 104 al. 1 ZPO/NW).

²⁹³ Voir notamment FOUNTOLAKIS/GAIST, p. 875 s. et 885 ; MEIER/DE LUZE, p. 387 s. et 390 ; PERRUCHOUD, N 254 ss ; YERSIN, p. 327. Pour des exemples d'auteur·e·s utilisant l'expression « représentation conventionnelle » depuis l'adoption du CPC, voir CR CPC-BOHNET, art. 68 N 1 et 4 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 328 ss ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 103 et 109 ; HOHL, Tome I, N 1146 et 1147.

²⁹⁴ Pour l'un des rares exemples d'utilisation de l'expression « représentation volontaire » en procédure, et donc comme synonyme de représentation conventionnelle, voir Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 3 et 5.

²⁹⁵ Voir notamment KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 1 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 1, 3, 6, 11 et 12 ; OFK ZPO-MORF, art. 68 N 1 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 1 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 1a, 2 et 7 ; VOGEL, p. 102.

²⁹⁶ HABSCHEID, Zivilprozessrecht, N 301 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 3 ; SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 2.

²⁹⁷ L'expression « représentation *ad litem* » se rencontre couramment en droit français (voir notamment arrêt de la 2^e chambre civile de la Cour de cassation n°11-24807 du 18 octobre 2012 ; CADIET/JEULAND, N 495) ; sur cette notion, voir également JEANDIN, p. 16 s.

Deux aspects de la représentation conventionnelle la rattachent au domaine procédural. Premièrement, les actes des représentant·e·s ne peuvent être que ceux qui influencent le déroulement du procès – à savoir des *actes de procédure*²⁹⁸. C'est la différence principale avec la représentation volontaire, qui se concrétise lorsque les représentant·e·s effectuent des actes *juridiques*²⁹⁹. Deuxièmement, un rapport de représentation implique en principe trois personnes : un·e représentant·e, un·e représenté·e et un tiers³⁰⁰. Dans la représentation conventionnelle, représenté·e et tiers sont des participant·e·s nécessaires à la procédure : un·e représenté·e ne peut être qu'une partie³⁰¹, tandis que le tiers est *a priori* toujours une autorité de procédure civile³⁰².

143

B. Quelques caractéristiques

1. Représentation active et passive

On différencie, s'agissant de la représentation volontaire au sens des art. 32 ss CO, entre la représentation active et passive³⁰³. La première se rencontre lorsqu'un·e représentant·e effectue une déclaration au nom et pour le compte de la personne représentée, et la deuxième lorsqu'un·e représentant·e prend connaissance d'une déclaration d'un tiers ayant des effets pour la personne

144

²⁹⁸ Guinchard-CAYROL, N 281.21 ; ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 28 et 105 ; ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 159. Un acte de procédure est un acte qui déploie des effets *directs* en procédure (JEANDIN/PEYROT, N 558 ; PERCASSI, *Actes*, p. 100 ; ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 63 s. ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-STAEHELIN A./BACHOFNER, § 17 N 1).

²⁹⁹ BUCHER, *Obligationenrecht*, p. 600 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 6 ; FOURNIER, *Imputation*, N 134 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 411 et 414 s. ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, *Intro. art. 32-40* N 82. Un acte juridique est un acte qui déploie ses effets en droit matériel (BAUMGARTNER et al., § 40 N 74).

³⁰⁰ CARRON/WESSNER, N 747 ss ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 2.

³⁰¹ Sur la notion de représenté·e et le fait qu'il ne peut s'agir que d'une partie en procédure civile, voir N 568 ss.

³⁰² Sur la notion de tiers et le fait qu'il ne peut *a priori* s'agir que d'une autorité en procédure civile, voir N 1005 ss.

³⁰³ Arrêt du TF 2C_1071/2012 du 7 mai 2013 cons. 5.3 ; arrêt du TF 4A_325/2010 du 1^{er} octobre 2010 cons. 3.1 ; CARRON/WESSNER, N 802 ss ; FOURNIER, *Imputation*, N 204 ss ; VON TUHR, p. 283 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, *Intro. art. 32-40* N 3 ; voir également CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 5 ; HUGUENIN, N 1042 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 3 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 40.14.

représentée³⁰⁴. En général, la personne autorisée à représenter activement peut également représenter passivement (mais non l'inverse)³⁰⁵.

145 Cette distinction est également valable en procédure civile³⁰⁶. De même, il faut admettre que la représentation active inclut la représentation passive³⁰⁷. Dans ce cadre, la représentation active peut être définie comme étant l'accomplissement d'un acte de procédure par un·e représentant·e au nom et pour le compte de la partie représentée³⁰⁸. La représentation passive correspond quant à elle à la réception, par un·e représentant·e, d'un acte de procédure de l'autorité³⁰⁹.

146 Au sujet de la représentation passive, voir également N 377 ss et N 516 ss.

2. Représentation directe

a. Notion

147 En droit des obligations, la doctrine et le Tribunal fédéral font également une distinction entre la représentation volontaire directe et indirecte³¹⁰ (parfois aussi nommée représentation « couverte » ou « improprement dite »³¹¹). La représentation est directe lorsqu'un·e représentant·e agit *au nom* et pour le compte de la personne représentée, et indirecte lorsqu'elle ou il agit *en son nom*

³⁰⁴ CARRON/WESSNER, N 803 ; VON TUHR, p. 283 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 3 ; voir également CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 5 ; HUGUENIN, N 1042 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 3 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 40.14.

³⁰⁵ Arrêt du TF 2C_1071/2012 du 7 mai 2013 cons. 5.3 ; CARRON/WESSNER, N 805 ; FOURNIER, Imputation, N 211 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1313 ; KOLLER, N 21.03 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 3.

³⁰⁶ Arrêt du TF 5A_803/2019 du 3 avril 2020 cons. 3.3 ; arrêt du TC/FR 101 2021 115 du 7 juillet 2021 cons. 2.1.2 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 5 ss.

³⁰⁷ Voir N 381.

³⁰⁸ Arrêt du TF 5A_803/2019 du 3 avril 2020 cons. 3.3.

³⁰⁹ Arrêt du TF 5A_803/2019 du 3 avril 2020 cons. 3.3 ; arrêt du TC/FR 101 2021 115 du 7 juillet 2021 cons. 2.1.2 ; ROSENBERG, Lehrbuch, p. 129.

³¹⁰ ATF 126 III 59 cons. 1b ; ATF 100 II 200 cons. III/8a ; BUCHER, Obligationenrecht, p. 597 ; CARRON/WESSNER, N 745 et 1018 ss ; ENGEL, Obligations, p. 374 ; VON TUHR, p. 282 s. ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 5 ; voir également CARRON, p. 71 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 4 et 22 ss ; HUGUENIN, N 1032 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 1 ; BSK OR I-WATTER, art. 32 N 2.

³¹¹ Traduction libre ; voir HUGUENIN, N 1032 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 1 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 40.04 ; BSK OR I-WATTER, art. 32 N 2 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 5.

propre (c'est-à-dire en manifestant sa volonté d'être personnellement engagé³¹²) et pour le compte de la personne représentée³¹³. Dans la première hypothèse, les effets de l'acte se produisent directement dans la sphère juridique de la personne représentée³¹⁴. À l'inverse, dans la deuxième hypothèse, la personne représentée n'est pas liée par l'acte : c'est celui ou celle qui agit comme représentant·e indirect·e qui l'est³¹⁵. De ce fait, une cession de créance ou une reprise de dette est nécessaire pour que la personne représentée acquière des droits ou des obligations (art. 32 al. 3 CO)³¹⁶.

En raison de son fonctionnement, la représentation indirecte ne donne pas lieu à un véritable rapport de représentation³¹⁷. De ce fait, une partie de la doctrine considère à juste titre que l'utilisation de la formule « représentation indirecte » est source de confusion³¹⁸. 148

b. Représentation indirecte en procédure

La doctrine est d'avis qu'une véritable représentation indirecte ne peut avoir lieu en procédure³¹⁹. Seuls deux auteurs, ROSENBERG et WYSS, fournissent une explication à ce sujet. 149

³¹² ATF 100 II 200 cons. III/8a.

³¹³ ATF 126 III 59 cons. 1b ; ATF 100 II 200 cons. III/8a ; arrêt du TF 4P.283/2005 du 21 mars 2006 cons. 2.3.1 ; voir également CARRON, p. 71 et 94 ; HUGUENIN, N 1032 s. et 3240 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 1. Pour des exemples de cas de représentation indirecte, voir ENGEL, Obligations, p. 409 s.

³¹⁴ CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 4 ; ENGEL, Obligations, p. 374 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 1 ; BSK OR I-WATTER, art. 32 N 2 ; ZUFFEREY, N 235.

³¹⁵ ATF 126 III 59 cons. 1b ; CARRON, p. 71 et 94 ; CARRON/WESSNER, N 1018 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 22.

³¹⁶ Voir art. 32 al. 3 CO ; ATF 126 III 59 cons. 1b ; CARRON, p. 71 ; CARRON/WESSNER, N 1020 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 22 ; ENGEL, Obligations, p. 374 ; FOURNIER, Imputation, N 126 ; HUGUENIN, N 1032 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 1.

³¹⁷ CARRON/WESSNER, N 1020 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 22 ; ENGEL, Obligations, p. 407 ; FOURNIER, Imputation, N 126 ; ZK-KLEIN, art. 32 N 116.

³¹⁸ BUCHER, Obligationenrecht, p. 597 s. ; CARRON, p. 94 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 22 ; ENGEL, Obligations, p. 407 ; voir également ZUFFEREY, N 213 et 238, qui plaide pour le maintien de cette terminologie.

³¹⁹ ROSENBERG, Stellvertretung, p. 18 ; WYSS, p. 45 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 82 ; ZUFFEREY, N 20 ; dans le même sens : arrêt du TF 4P.283/2005 du 21 mars 2006 cons. 2.3.1.

- 150 Selon ROSENBERG, en droit des obligations, la représentation indirecte est pertinente uniquement pour la constitution ou la modification d'une relation juridique patrimoniale³²⁰. En revanche, pour cet auteur, recourir au concept de représentation indirecte lorsqu'il s'agit d'exercer ou mettre fin à un droit déjà existant n'a pas de sens. Dans ce cas, la représentation indirecte nécessiterait un transfert préalable du droit concerné de la personne représentée à la personne qui la représente indirectement³²¹. L'auteur ne conçoit pas que l'on puisse parler de représentation indirecte dans ce cas³²².
- 151 En procédure, ROSENBERG relève qu'il est possible de transférer un droit à un tiers pour que celui-ci mène le procès dans l'intérêt de la ou du cédant·e. Mais, parce qu'il ne s'agit pas de la constitution ou de la modification d'un droit, mais d'un cas nécessitant un transfert de droit, cette situation ne peut pas être qualifiée de représentation indirecte³²³.
- 152 L'explication donnée par ROSENBERG est sensée, mais se concilie mal avec la conception helvétique de la représentation indirecte. En droit suisse des obligations, la doctrine et le Tribunal fédéral n'excluent pas la représentation indirecte lorsqu'il s'agit de faire valoir un droit existant. L'exemple le plus évident est celui de la cession à fin d'encaissement³²⁴. Dans ce cas, un·e représenté·e indirect·e cède une créance à un·e représentant·e indirect·e, à charge pour cette dernière personne de la recouvrer³²⁵. Dans ce cas, la représentation indirecte n'a pas pour but la conclusion d'un contrat, mais bien l'exercice d'un droit.
- 153 S'agissant de WYSS, il commence par exposer que la représentation indirecte en procédure est difficilement envisageable, en citant ROSENBERG³²⁶. Après ce constat, il explique qu'un·e représentant·e indirect·e devrait d'abord mener le procès en son nom propre, puis en transférer le résultat à la personne représentée³²⁷. Cependant, ce transfert ne peut se faire qu'en droit matériel, et non en procédure³²⁸. À notre sens, il s'agit d'un argument convaincant qui

³²⁰ ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 17.

³²¹ ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 17.

³²² ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 17 s.

³²³ ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 17 s.

³²⁴ ATF 119 II 452 cons. 1 ; ZUFFEREY, N 833.

³²⁵ ATF 119 II 452 cons. 1 ; ZUFFEREY, N 833 ; voir également 5A_27/2016 du 28 juin 2016 cons. 4.2.1.

³²⁶ WYSS, p. 45.

³²⁷ WYSS, p. 45.

³²⁸ WYSS, p. 45.

démontre pourquoi la représentation indirecte ne peut pas avoir lieu en procédure. Une reprise de dette ou une cession de créance doit nécessairement intervenir³²⁹ ; or ce sont deux actes de droit matériel, qui s'effectuent hors du cadre du procès³³⁰.

c. Excursus : distinction entre représentation indirecte et *Prozessstandschaft*

La représentation indirecte ne doit pas être confondue avec la *Prozessstandschaft*, c'est-à-dire la situation dans laquelle une partie a la qualité pour agir, mais n'a pas (et ne prétend pas avoir) la légitimation³³¹. 154

La légitimation est la titularité matérielle du droit³³² ; si elle est absente, l'action est rejetée au fond³³³. Quant à la qualité pour agir (*Prozessführungsbefugnis*³³⁴ ou *Prozessführungsrecht*³³⁵), elle correspond à la qualité pour affirmer un droit en justice³³⁶. Son défaut entraîne l'irrecevabilité de la demande³³⁷. 155

En principe, la qualité pour agir appartient à toute personne qui prétend être elle-même titulaire du droit qu'elle invoque en justice³³⁸. De ce fait, qualité pour 156

³²⁹ ATF 126 III 59 cons. 1b ; arrêt du TF 4A_496/2014 du 11 février 2015 cons. 3.2.

³³⁰ Voir notamment pour la cession de créance arrêt du TF 4A_635/2017, 4A_637/2017 du 8 août 2018 cons. 4.1.3.

³³¹ BOHNET, Défenses, p. 292 ; BOHNET, Procédure civile, N 410 ; BOHNET, Prozessführungsrecht, p. 483 ; BOHNET/PERCASSI, Prozessstandschaft, p. 641.

³³² BOHNET, Défenses, p. 290 ; BOHNET, Procédure civile, N 408 ; BOHNET/PERCASSI, Prozessstandschaft, p. 640 ; voir également JEANDIN, p. 14.

³³³ BOHNET, Prozessführungsrecht, p. 472 ; HABSCHIED, Droit judiciaire, p. 188 ; JEANDIN, p. 14.

³³⁴ BOHNET, Prozessführungsrecht, p. 465 ss ; BOHNET/PERCASSI, Prozessstandschaft, p. 639 ; HABSCHIED, Zivilprozessrecht, N 276.

³³⁵ BOHNET, Prozessführungsrecht, p. 465 ss ; BOHNET/PERCASSI, Prozessstandschaft, p. 639.

³³⁶ BOHNET, Prozessführungsrecht, p. 484 ; HABSCHIED, Zivilprozessrecht, N 276.

³³⁷ BOHNET, Prozessführungsrecht, p. 472 et 481 s. ; BOHNET/PERCASSI, Prozessstandschaft, p. 637 et 642. Qualité pour agir et légitimation sont souvent confondues dans la jurisprudence en français du Tribunal fédéral, qui indique que le défaut de qualité pour agir aboutit au rejet de l'action, et non à son irrecevabilité (BOHNET, Prozessführungsrecht, p. 476 ss ; BOHNET/PERCASSI, Prozessstandschaft, p. 640 ; voir par exemple ATF 142 III 782 cons. 3.1.3.2 et 3.1.4 ; ATF 139 III 504 cons. 1.2 ; ATF 126 III 59 cons. 1a).

³³⁸ BOHNET, Prozessführungsrecht, p. 472, 476 et 483 s. ; BOHNET/PERCASSI, Prozessstandschaft, p. 640 ; HABSCHIED, Zivilprozessrecht, N 276.

agir et (prétendue) légitimation vont généralement de pair. La *Prozessstandschaft* constitue une exception à cette règle³³⁹.

- 157 Le droit (matériel ou procédural) prévoit les hypothèses dans lesquelles la *Prozessstandschaft* est possible³⁴⁰. C'est par exemple le cas de l'exécutrice ou de l'exécuteur testamentaire, pour faire valoir les droits des héritières et héritiers (art. 518 CC)³⁴¹, de la partie dénoncée, pour les droits de la partie dénonçante (art. 79 al. 1 let. b CPC)³⁴² ou encore des personnes créancières et cessionnaires d'une prétention de la masse en faillite, pour les droits de la masse (art. 260 LP)³⁴³.
- 158 La doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral considèrent que le droit suisse ne connaît pas la *gewillkürte Prozessstandschaft* (*Prozessstandschaft* volontaire) – c'est-à-dire qu'en dehors des situations prévues par la loi, la *Prozessstandschaft* ne peut pas être décidée conventionnellement³⁴⁴.
- 159 La *Prozessstandschaft* présente des similarités avec la représentation indirecte : la partie effectue des actes de procédure en son nom propre, mais les effets juridiques se répercutent sur une autre personne³⁴⁵. En ce sens, on peut dire qu'en cas de *Prozessstandschaft*, la partie agit en son nom, mais pour le compte d'autrui – ce qui correspond à la définition donnée à la représentation indirecte.
- 160 Cependant, dans les cas de *Prozessstandschaft*, la partie n'agit pas toujours « pour le compte » d'une autre personne. En particulier, son intention n'est pas nécessairement de faire bénéficier les personnes ayant la légitimation. Ainsi, en principe, la mission de l'exécutrice ou de l'exécuteur testamentaire est en premier lieu de faire respecter les dernières volontés de la personne défunte

³³⁹ BOHNET/PERCASSI, *Prozessstandschaft*, p. 641 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 13.

³⁴⁰ BOHNET, *Consortité nécessaire matérielle*, p. 195 ; BOHNET, *Prozessführungsrecht*, p. 473 ; SUTTER-SOMM, N 192.

³⁴¹ ATF 147 III 537 cons. 3.2 ; ATF 129 V 113 cons. 4.2, JdT 2004 I 125 (résumé) ; ATF 116 II 131 cons. 3a ; ATF 94 II 141 cons. 1 ; BOHNET, *Prozessführungsrecht*, p. 475.

³⁴² Message CPC, FF 2006 p. 6897 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.62 ; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND-GROLIMUND, § 13 N 26.

³⁴³ ATF 145 III 101 cons. 4.1.1 ; ATF 144 III 552 cons. 4.1.1 ; ATF 139 III 391 cons. 5.1.

³⁴⁴ ATF 137 III 293 cons. 3.2, JdT 2011 II 490 ; ATF 130 III 417 cons. 3.4 ; ATF 78 II 265 cons. 3a ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.83 ; BK ZPO-STERCHI, art. 59 N 22 ; HABSCHIED, *Zivilprozessrecht*, N 277 ; voir toutefois LÖTSCHER, N 606 ss, plus particulièrement N 655 s., qui nuance fortement l'affirmation selon laquelle la *gewillkürte Prozessstandschaft* n'existe pas en droit suisse.

³⁴⁵ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.82.

(art. 518 al. 2 CC)³⁴⁶. Dans le cas de l'art. 260 LP, la personne qui est créancière cessionnaire agit surtout dans son propre intérêt : après l'acquisition de la prétention litigieuse, si elle s'engage dans le procès et le gagne, le produit obtenu couvre d'abord sa créance. La partie dénoncée a également un intérêt propre³⁴⁷. Si elle décide d'agir à la place de la partie dénonçante (art. 79 al. 1 let. b CPC), son objectif est d'obtenir une issue favorable au procès pour elle-même³⁴⁸. Dans tous ces exemples, le *but premier* n'est pas de faire bénéficier les personnes légitimées du résultat du procès. La partie n'agit donc pas véritablement pour leur compte.

Par ailleurs, le mécanisme de la *Prozessstandschaft* est différent de celui de la représentation indirecte. Dans un cas de *Prozessstandschaft*, le résultat du procès affecte directement les personnes légitimées³⁴⁹. Aucune reprise de dette ou cession de créance n'est nécessaire pour que cette conséquence se réalise.

3. Représentation facultative et volontaire

La représentation conventionnelle n'est en principe pas obligatoire en Suisse. Elle est donc en général facultative. Ce principe, ainsi que ses exceptions, sont l'objet du chapitre 6³⁵⁰.

En outre, la représentation produit des effets en raison d'une manifestation de volonté unilatérale, à savoir l'octroi d'une procuration³⁵¹. De ce fait, ce type de représentation est volontaire³⁵².

³⁴⁶ ATF 145 III 205 cons. 4.4.2.1 ; ATF 144 III 217 cons. 5.2.2 ; ATF 142 III 9 cons. 4.3.1 ; BK-RAINER KÜNZLE, Intro. art. 517-518 N 1.

³⁴⁷ LÖTSCHER, N 526.

³⁴⁸ LÖTSCHER, N 526.

³⁴⁹ ZUFFEREY, N 836.

³⁵⁰ N 447 ss.

³⁵¹ Voir N 269 ss.

³⁵² Voir N 129 et 169.

C. Définition proposée

164 Au vu des éléments qui précèdent, nous proposons la définition suivante de la représentation conventionnelle :

« le mécanisme par lequel une personne (qualifiée de < représentant·e >) est habilitée par une partie au procès (qualifiée de < représenté·e >) à effectuer ou réceptionner des actes de procédure au nom et pour le compte de cette dernière, de sorte que ces actes produisent directement leurs effets dans la sphère juridique de cette dernière »

II. Distinctions

A. Concepts de droit matériel

1. Représentation volontaire³⁵³

a. Notion

165 La représentation volontaire permet à une personne d'être représentée dans les actes juridiques qu'elle passe avec des tiers³⁵⁴.

166 Cette forme de représentation est régie par les art. 32 ss CO. Elle a pour fondement une déclaration de volonté, qui peut être adressée à la personne choisie pour assurer la représentation avant qu'elle effectue des actes (octroi des pouvoirs) ou après (ratification)³⁵⁵.

b. Distinction

167 De prime abord, la comparaison des expressions « représentation volontaire » et « représentation conventionnelle » laisse penser que la distinction entre ces

³⁵³ Parfois aussi appelée « représentation civile » (*bürgerliche Stellvertretung*) pour la différencier de la représentation commerciale (BUCHER, *Obligationenrecht*, p. 623 ; CARRON, p. 71 ; CARRON/WESSNER, N 807 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1453 ; HUGUENIN, N 1049 ; KOLLER, N 15.11 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 6). Pour des détails au sujet de la représentation commerciale, voir N 184 ss.

³⁵⁴ CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 1.

³⁵⁵ BUCHER, *Obligationenrecht*, p. 601 et 603 ; CARRON/WESSNER, N 742 et 966 ; ENGEL, *Obligations*, p. 381 s. et 404 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1322 et 1378 ss.

deux concepts se fonde sur leur nature unilatérale ou bilatérale. En réalité, il semble que cette distinction sémantique ne soit ni souhaitée, ni souhaitable.

D'une part, après examen de la jurisprudence, de la doctrine et des travaux préparatoires du CPC, il s'avère que personne ne fait état de cette différence de sens. Dans la doctrine de droit des obligations, la représentation volontaire est d'ailleurs généralement opposée non pas à la représentation conventionnelle, mais à la représentation *légale*³⁵⁶. 168

D'autre part, la représentation conventionnelle est en réalité une forme spécifique de représentation volontaire³⁵⁷ ; de ce fait, les deux sont régies par les mêmes principes. La représentation conventionnelle comme la représentation volontaire sont fondées sur une manifestation de volonté, à savoir en principe l'octroi d'une procuration³⁵⁸ – elles sont en ce sens toutes deux « volontaires »³⁵⁹. En outre, dans les deux cas, la procuration repose généralement sur une relation de base qui, la plupart du temps, est un contrat³⁶⁰. De ce fait, ces sortes de représentation sont aussi généralement « conventionnelles ».

Dès lors, les adjectifs qualificatifs de ces deux types de représentation les rapprochent plus qu'ils ne les différencient. Le fait que ces adjectifs soient utilisés pour désigner deux formes de représentation différentes est, à notre avis, uniquement dû à l'usage répété qui en a été fait dans leurs domaines respectifs (voir N 139 s.). 170

La différence fondamentale entre ces deux formes de représentation est le fait que la représentation conventionnelle se déroule exclusivement en procédure. Comme déjà exposé ci-dessus³⁶¹, les deux éléments qui caractérisent celle-ci – et qui permettent donc de la distinguer de la représentation volontaire – sont (i) 171

³⁵⁶ CARRON, p. 71 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 5 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 6 ss.

³⁵⁷ BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 329 ; voir également WYSS, p. 47 s., et art. 65 al. 1 CPC/TI, qui précisait que l'avocat·e agissant avec une procuration « *ha la funzione di rappresentante diretto della parte ai sensi dell'art. 32 CO* ».

³⁵⁸ S'agissant du fait que la représentation volontaire résulte d'une manifestation de volonté, voir N 166 ; s'agissant du fait que la représentation conventionnelle résulte d'une manifestation de volonté, voir N 129 ; sur l'exigence d'une procuration pour que la représentation (tant volontaire que conventionnelle) produise des effets, voir N 269 ss.

³⁵⁹ ROSENBERG souligne à cet égard qu'une procuration n'est pas différente selon qu'elle autorise à effectuer des actes juridiques ou des actes de procédure (ROSENBERG, Stellvertretung, p. 144 et 564).

³⁶⁰ BUCHER, Obligationenrecht, p. 601 ; HUGUENIN, N 1073 ; KOLLER, N 18.05 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 442 ; VON TUHR, p. 288 ; s'agissant de la représentation conventionnelle, voir N 128 ss.

³⁶¹ N 143.

le fait qu'elle porte sur l'accomplissement d'actes de procédure (et non juridiques) et (ii) le fait que le tiers, dans le rapport de représentation, est *a priori* forcément une autorité.

- 172 Précisons finalement que, lorsqu'une partie nomme un·e représentant·e professionnel·le (par exemple un·e avocat·e), il est fréquent qu'il y ait une représentation volontaire pour les démarches faites hors procès, et une représentation conventionnelle pour les actes de procédure.

2. Représentation légale

a. Notion

- 173 La représentation légale permet aux personnes dépourvues partiellement ou totalement de l'exercice des droits civils d'acquérir des droits et de contracter des obligations par le biais de leurs représentant·e·s.
- 174 L'exercice des droits civils appartient aux personnes majeures, capables de discernement et non soumises à une curatelle restreignant l'exercice des droits civils³⁶². La représentation légale concerne principalement les personnes mineures et sous curatelle³⁶³. Leur représentation légale est en principe assurée par les parents pour les premières³⁶⁴ et les curatrices ou curateurs pour les secondes³⁶⁵.
- 175 La représentation légale figure ici parmi les institutions de droit matériel, car elle trouve son fondement dans les art. 17 ss CC³⁶⁶. De plus, le droit matériel indique quelles personnes exercent la représentation légale des personnes n'ayant pas l'exercice des droits civils. Cependant, la représentation légale trouve aussi application en procédure civile. Une partie dépourvue de l'exercice des droits civils n'a pas la capacité d'ester en justice (art. 67 al. 1 CPC *a contrario*), c'est-à-dire la capacité de décider, sur le plan matériel, de la marche

³⁶² Voir N 641.

³⁶³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 45.

³⁶⁴ DIGGELMANN/ISLER, p. 141 ; PRADERVAND-KERNEN, p. 341. Pour des détails à ce sujet, voir N 663.

³⁶⁵ BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 17 N 25 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 5 ; OFK ZPO-MORF, art. 67 N 6 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 489. À ce sujet, voir également N 664.

³⁶⁶ Voir CR CPC-BOHNET, art. 67 N 9.

de la procédure³⁶⁷. Dans ce cas, elle doit agir – sauf exception³⁶⁸ – par l’intermédiaire d’un·e représentant·e légal·e (art. 67 al. 2 CPC)³⁶⁹.

b. Distinction

La représentation légale a pour caractéristique d’avoir son origine dans la loi³⁷⁰, 176
et non dans la volonté de la personne représentée comme c’est le cas pour la
représentation conventionnelle³⁷¹. La loi définit l’étendue de la représentation
légale³⁷².

En général, dans le cadre de la représentation légale, la partie ne peut ni agir 177
sans être représentée³⁷³ ni choisir qui la représente³⁷⁴. À l’inverse, s’agissant de
la représentation conventionnelle, la partie peut en principe choisir si elle veut
être représentée³⁷⁵ et par qui³⁷⁶. De plus, la représentation légale dépend
entièrement de la relation sur laquelle elle se base (lien de filiation avec un·e
enfant mineur·e, instauration d’une curatelle). Elle naît et s’éteint avec elle³⁷⁷,
ce qui n’est pas nécessairement le cas en représentation conventionnelle³⁷⁸.

³⁶⁷ Voir N 636.

³⁶⁸ Voir N 660 ss.

³⁶⁹ BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 7.

³⁷⁰ CARRON/WESSNER, N 764 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 4 ; ENGEL, obligations, p. 373 ; HUGUENIN, N 1044 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 5 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 523.

³⁷¹ ROSENBERG, Stellvertretung, p. 523 ; voir également arrêt du TF 5A_758/2016 du 14 février 2017 cons. 3.3, qui indique que « [z]u beachten ist in diesem Zusammenhang namentlich, dass die Erteilung der Vollmacht (Bevollmächtigung) auf einseitigem Willen der Vollmachtgeberin beruht ».

³⁷² FOURNIER, Imputation, N 123 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 490.

³⁷³ Pour les exceptions, voir N 660 ss.

³⁷⁴ L’enfant mineur·e est en principe représenté·e légalement par les personnes détenant l’autorité parentale, c’est-à-dire ses parents ; il va de soi que l’enfant ne peut pas les choisir. En revanche, lors de l’instauration d’une curatelle pour un·e adulte ou d’une tutelle pour un·e mineur·e, l’autorité est tenue de considérer les souhaits de la personne concernée et doit nommer la personne proposée pour la curatelle ou la tutelle si celle-ci remplit les conditions et accepte cette mission (art. 401 al. 1 CC, applicable également à la tutelle des mineur·es par le renvoi de l’art. 327c al. 2 CC).

³⁷⁵ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 1 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.17.

³⁷⁶ Arrêt du TF 5A_289/2014 du 21 octobre 2014 cons. 1.2, non publié in : ATF 140 III 555 ; HALDY, p. 535.

³⁷⁷ ROSENBERG, Stellvertretung, p. 536.

³⁷⁸ Voir N 200 ss.

- 178 En procédure civile, il est possible que ces deux types de représentation se superposent : la personne (ou les personnes) qui assure(nt) la représentation légale de la partie peu(ven)t désigner un·e représentant·e conventionnel·le³⁷⁹.

3. Représentation statutaire

a. Notion

- 179 La représentation statutaire³⁸⁰ désigne le fait, pour une personne morale, d'exercer ses droits civils par l'intermédiaire de ses organes (art. 54 et 55 CC)³⁸¹.
- 180 Une personne morale doit non seulement agir par ses organes pour exercer ses droits civils, mais également pour effectuer des actes de procédure³⁸². En effet, elle n'a la capacité d'ester que si elle possède les organes légaux et statutaires nécessaires à l'exercice des droits civils³⁸³.

b. Distinction

- 181 Même si l'on évoque la « représentation » des personnes morales, ce terme est inapproprié : les organes sont directement à l'origine de la volonté de la personne morale³⁸⁴. De ce fait, leurs actes sont considérés comme étant ceux de

³⁷⁹ BOHNET, Procédure civile, N 430 ; OFK ZPO-MORF, art. 68 N 3.

³⁸⁰ Le Tribunal fédéral (arrêt du TF 4C.55/2002 du 30 juillet 2002 cons. 2.3) ainsi que certain·e·s auteur·e·s (HUGUENIN, N 1045 ; KOLLER, N 16.12 ; OFK OR-SCHÖBI, art. 32 N 2 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 41.08 ; VON TUHR, p. 306 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 7) classent la représentation par les organes d'une société dans la représentation légale. Les caractéristiques de la représentation par des organes sont toutefois bien différentes de celles de la représentation légale (comp. N 173 ss et N 181 ss), de sorte que nous préférons utiliser l'expression « représentation statutaire » (utilisée également par BOHNET, Procédure civile, titre VII p. 123).

³⁸¹ BOHNET/JÉQUIER, Entreprise et personne morale, N 33 ; GUHL et al., p. 153.

³⁸² KUMMER M., p. 65.

³⁸³ ATF 141 III 80 cons. 1.3. Pour des détails à ce sujet, voir N 650 ss.

³⁸⁴ ATF 146 III 37 cons. 5.1.1 ; BOHNET/JÉQUIER, Entreprise et personne morale, N 44 ; BUCHER, Obligationenrecht, p. 623 et 627 ; CARRON/WESSNER, N 771 ; ENGEL, Obligations p. 374 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 5 ; WYTTEBACH, p. 43 s.

la société elle-même³⁸⁵ ; l'organe n'est pas un tiers, mais fait partie de la personne morale³⁸⁶. Pour ce motif, les organes ne sont pas des représentants³⁸⁷.

Il convient en outre de souligner que la représentation statutaire ne concerne que les personnes morales, tandis que la représentation conventionnelle est également possible pour les personnes physiques.

De plus, la personne morale ne peut agir autrement que par ses organes³⁸⁸. Elle n'a ainsi pas d'autre choix que d'effectuer des actes – juridiques ou procéduraux – par l'intermédiaire de ceux-ci. La représentation statutaire est donc obligatoire.

4. Représentation commerciale

a. Notion

La représentation commerciale permet à une personne d'être représentée dans les actes juridiques qu'elle passe avec des tiers en matière commerciale³⁸⁹.

Sont des représentant·e·s commerciales et commerciaux les fondé·e·s de procuration (art. 458 CO), les autres mandataires commerciales et commerciaux (art. 462 CO) et les voyageuses et voyageurs de commerce (art. 348*b* CO)³⁹⁰. La majorité de la doctrine inclut également dans cette liste les agent·e·s stipulatrices et stipulateurs (art. 418*e* CO)³⁹¹.

³⁸⁵ Arrêt du TF 4A_488/2022 du 12 mai 2023 cons. 4.3.2 ; BUCHER, *Obligationenrecht*, p. 623 et 627 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1324 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 5.

³⁸⁶ ATF 112 II 172 cons. II.2c ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 31 ; WYTTEBACH, p. 43 et 52.

³⁸⁷ Arrêt du TF 4A_488/2022 du 12 mai 2023 cons. 4.3.2 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 31 ; WYTTEBACH, p. 43 s.

³⁸⁸ CARRON/WESSNER, N 775 ; GUHL et al., p. 153 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 28.

³⁸⁹ CR CO I-CHAPPUIS, art. 458 N 1.

³⁹⁰ Arrêt du TF 4A_187/2018 du 21 février 2019 cons. 3.1.4.1 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 458 N 1 ; ENGEL, *Obligations*, p. 390 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1453 ; HUGUENIN, N 1050 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 6 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 493 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 28.

³⁹¹ CR CO I-CHAPPUIS, art. 458 N 1 ; ENGEL, *Obligations*, p. 390 ss ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 6 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 493 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 28. Quelques ouvrages ne mentionnent pas les agent·e·s stipulatrices et stipulateurs dans la liste des personnes habilitées à représenter commercialement, par exemple GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1453 ; HUGUENIN, N 1050.

186 En général, la représentation commerciale concerne la réalisation d'actes juridiques, et non d'actes de procédure. Toutefois, selon le Tribunal fédéral, deux des personnes précitées peuvent également représenter une partie dans le procès et donc effectuer des actes de procédure : les fondé·e·s de procuration inscrit·e·s au registre du commerce³⁹² et les mandataires commerciales et commerciaux (pour autant que des pouvoirs exprès aient été octroyés à cet effet ; voir art. 462 al. 2 CO)³⁹³.

b. Distinction

187 La doctrine majoritaire considère que la représentation commerciale n'est pas fondamentalement différente de la représentation volontaire³⁹⁴. Elles sont régies par les mêmes principes ; d'ailleurs, les art. 32 à 40 CO sont – sauf dispositions spéciales – applicables à la représentation commerciale (art. 40 CO)³⁹⁵.

188 Deux éléments distinguent cependant la représentation commerciale de la représentation volontaire, et donc également de la représentation conventionnelle : premièrement, elle appartient exclusivement au domaine commercial³⁹⁶ et, deuxièmement, l'étendue des pouvoirs de représentation est légalement définie³⁹⁷. Les fondé·e·s de procuration et les mandataires commerciales et commerciaux disposent de par la loi d'une procuration générale, et leurs pouvoirs ne peuvent être limités à une activité juridique

³⁹² ATF 141 III 80 cons. 1.3 ; voir toutefois arrêt du TF 4A_476/2021 du 6 juillet 2022 cons. 3.2, dans lequel le Tribunal fédéral souligne que la « [...] procuration *ad litem* (*Prozeßvollmacht*) est déjà comprise dans les pouvoirs [...] d'un fondé de procuration ». Les pouvoirs d'un·e fondé·e de procuration doivent être inscrits au registre du commerce (art. 458 al. 2 CO). Cette inscription, bien qu'obligatoire, n'est cependant que déclarative, sauf s'il s'agit d'une procuration non commerciale (art. 458 al. 3 CO ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 458 N 18 s.).

³⁹³ ATF 141 III 159 cons. 3.2 ; ATF 141 III 80 cons. 1.3 ; arrêt du TF 4D_2/2013 du 1^{er} mai 2013 cons. 2.2.1.

³⁹⁴ CR CO I-CHAPPUIS, art. 458 N 2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1453 et 1455 ; BSK OR I-WATTER, art. 458 N 1 ; dans le même sens : BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 28 ; *contra* : BUCHER, Obligationenrecht, p. 624 ss.

³⁹⁵ CR CO I-CHAPPUIS, art. 458 N 2 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 9 N 7 ; BSK OR I-WATTER, art. 458 N 3.

³⁹⁶ FOURNIER, Imputation, N 124 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1454.

³⁹⁷ CARRON/WESSNER, N 808 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 5 ; FOURNIER, Imputation, N 124 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1457 ; HUGUENIN, N 1050, 1055 et 1075 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 28.

particulière³⁹⁸. On pourrait donc en déduire qu'en procédure, la représentation commerciale est une forme de représentation conventionnelle à laquelle s'ajoutent ces deux caractéristiques.

Toutefois, dans l'arrêt 4D_2/2013 du 1^{er} mai 2013, le Tribunal fédéral considère que la position des fondé·e·s de procuration et des mandataires commerciales et commerciaux en procédure « n'est pas celle d'un représentant conventionnel professionnel au sens de l'art. 68 al. 2 CPC »³⁹⁹. Comment interpréter cette affirmation ? 189

Le Tribunal fédéral pourrait ainsi sous-entendre qu'un·e représentant·e commercial·e est une personne de confiance n'agissant pas à titre professionnel au sens de l'art. 68 al. 1 CPC. Cette hypothèse doit cependant être écartée⁴⁰⁰. Un·e représentant·e commercial·e exerce une activité rémunérée de nature commerciale, et ne possède en principe pas de relation de proximité particulière avec la partie. Or ces éléments sont caractéristiques de la représentation professionnelle⁴⁰¹. 190

Il semble plutôt que le Tribunal fédéral assimile la position d'un·e représentant·e commercial·e à celle d'un organe de la société⁴⁰². Ce constat ressort en particulier de plusieurs décisions rendues après l'arrêt 4D_2/2013. Premièrement, dans l'ATF 141 III 80 portant sur la capacité d'ester en justice d'une société⁴⁰³, le Tribunal fédéral a jugé qu'une société avait la capacité d'ester lorsqu'elle était représentée par un organe, mais également par un·e fondé·e de procuration ou un·e mandataire commercial·e⁴⁰⁴. Deuxièmement, dans plusieurs décisions, le Tribunal fédéral a estimé qu'une société comparait « en personne » à l'audience de conciliation lorsqu'un·e fondé·e de procuration ou un·e mandataire commercial se présentait à l'audience⁴⁰⁵. 191

³⁹⁸ Arrêt du TF 4A_187/2018 du 21 février 2019 cons. 3.1.4.1.

³⁹⁹ Arrêt du TF 4D_2/2013 du 1^{er} mai 2013 cons. 2.2.1.

⁴⁰⁰ BOHNET/JÉQUIER, *Entreprise et personne morale*, N 84.

⁴⁰¹ Sur les critères permettant de distinguer représentation professionnelle et non professionnelle, voir N 747 ss.

⁴⁰² Dans ce sens : KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 9b.

⁴⁰³ Sur la capacité d'ester, voir N 628 ss ; sur la capacité d'ester des personnes morales en particulier, voir N 650 ss.

⁴⁰⁴ ATF 141 III 80 cons. 1.3. Sur cet arrêt, voir BOHNET/JÉQUIER, *Note* 4A_415/2014, p. 127 s.

⁴⁰⁵ ATF 141 III 159 cons. 1.2.2, 3 et 3.2 ; ATF 140 III 70 cons. 4.3 ; arrêt du TF 4A_530/2021 du 3 août 2022 cons. 3.1 ; arrêt du TF 4A_612/2017 du 8 mars 2018 cons. 5. Le Tribunal cantonal neuchâtelois a également jugé qu'une raison individuelle représentée à l'audience de conciliation par un mandataire commercial avait comparu en personne (arrêt du TC/NE CACIV.2019.107 du 21 janvier 2020 cons. 2, RJN 2020 p. 303).

- 192 Cette approche est surprenante, dans la mesure où un·e représentant·e commercial·e n'est pas un organe⁴⁰⁶ – ce que le Tribunal fédéral reconnaît d'ailleurs lui-même⁴⁰⁷. La représentation commerciale se rapproche au contraire de la représentation volontaire, et donc également de la représentation conventionnelle. Il aurait donc été cohérent d'appliquer l'art. 68 CPC à la représentation commerciale⁴⁰⁸. Toujours est-il que, selon la jurisprudence fédérale actuelle, un·e représentant·e commercial·e peut agir pour une société en procédure. Précisons que la solution du Tribunal fédéral a été reprise dans plusieurs cantons⁴⁰⁹.
- 193 Assimiler la représentation commerciale et le statut d'organe est toutefois problématique, car elle donne aux parties qui peuvent nommer un·e représentant·e commercial·e la faculté de contourner les règles sur la représentation conventionnelle professionnelle (art. 68 al. 2 CPC et 40 al. 1 LTF).
- 194 *Exemple : A, garagiste indépendant, prétend avoir conclu un contrat de vente portant sur une voiture avec B. Il allègue que la voiture a été livrée, mais que B n'a jamais payé le prix de vente. A ouvre donc action en paiement contre B et lui réclame CHF 50'000.-. Dans ce cas, la procédure ordinaire s'applique (voir art. 219 et 243 al. 1 CPC) et A ne peut être représenté conventionnellement à titre professionnel que par un·e avocat·e (art. 68 al. 2 let. a CPC ; voir N 795 ss). En revanche, il pourrait nommer n'importe qui pour le représenter en tant que représentant·e commercial·e, sans être restreint par les règles de l'art. 68 al. 2 CPC.*
- 195 Cette solution n'est pas satisfaisante, dans la mesure où les art. 68 al. 2 CPC et 40 al. 1 LTF ont comme fonction de protéger les justiciables et la bonne marche de la justice (N 769 ss). De plus, comme le soulignent DOMEJ, elle entraîne une inégalité entre les personnes morales, qui peuvent toujours nommer un·e représentant·e commercial·e, et les personnes physiques, qui ne peuvent

⁴⁰⁶ BOHNET/JÉQUIER, *Entreprise et personne morale*, N 34 et 44 ; BOHNET/JÉQUIER, *Note 4A_415/2014*, p. 128 ; WYTENBACH, p. 44, 55 ss et 155.

⁴⁰⁷ ATF 146 III 37 cons. 5.2 ; ATF 141 III 80 cons. 1.3 ; arrêt du TF 4A_530/2021 du 3 août 2022 cons. 3.1 ; arrêt du TF 4A_178/2019 et 4A_192/2019 du 6 août 2020 cons. 4.2.1.

⁴⁰⁸ BOHNET, *Note 4D_2/2013* p. 296 ; voir également BOHNET/JÉQUIER, *Note 4A_415/2014*, p. 127 s.

⁴⁰⁹ Arrêt de la CJ/GE CAPH/162/2021 du 23 août 2021 cons. 3.4 ; arrêt de l'OG/ZH NP150031 du 2 août 2016 cons. 4.2 ; arrêt du TA/TI 12.2014.17 du 20 janvier 2015 cons. 2.2 ; arrêt du TC/NE ARMC.2013.91 du 21 février 2014 cons. 2b, RJN 2014 p. 185.

généralement pas le faire et doivent donc choisir une des personnes listées aux art. 68 al. 2 CPC et 40 al. 1 LTF pour les représenter à titre professionnel⁴¹⁰.

À notre sens, il faudrait plutôt assimiler la représentation commerciale à la représentation professionnelle en procédure. Une telle approche signifierait toutefois qu'un·e représentant·e commercial·e ne pourrait représenter des parties que dans un nombre restreint de cas, en raison des limites posées par les art. 68 al. 2 CPC et 40 al. 2 LTF. 196

À l'heure actuelle, le Tribunal fédéral ne semble cependant pas disposé à changer sa jurisprudence. Il a souligné dans un arrêt de 2022 que sa solution était pragmatique et offrait « la souplesse requise par la réalité pratique – d'autant que ce ne sont pas forcément les organes formels qui ont la meilleure connaissance du litige »⁴¹¹. 197

5. Mandat

a. Notion

Aux termes de l'art. 394 al. 1 CO, « [l]e mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis ». Distinction 198

Le mandat se différencie de la représentation conventionnelle par le fait qu'il s'agit d'un contrat⁴¹². De ce fait, son existence repose sur au moins deux volontés concordantes⁴¹³, alors que la représentation conventionnelle résulte en principe de l'octroi de pouvoirs, qui est une manifestation de volonté unilatérale⁴¹⁴. 199

Mandat et représentation vont souvent de pair⁴¹⁵. En procédure, un contrat de mandat lie généralement représentant·e et représenté·e⁴¹⁶. Le mandat est 200

⁴¹⁰ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 9b.

⁴¹¹ Arrêt du TF 4A_530/2021 du 3 août 2022 cons. 3.1.

⁴¹² MÜLLER C., N 2654.

⁴¹³ HOFSTETTER, p. 47 et 50 ; MÜLLER C., N 2627 et 2654.

⁴¹⁴ Voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1344 ; HOFSTETTER, p. 47 ; HUGUENIN, N 3245 ; WACH, p. 568 ; CR CO I-WERRO, art. 396 N 10. Sur la nature de l'octroi des pouvoirs, voir N 276 ss.

⁴¹⁵ Voir N 130 ss.

⁴¹⁶ SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 3 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 12.

toutefois indépendant de la représentation⁴¹⁷. Ainsi, un contrat de mandat n'implique pas nécessairement l'octroi de pouvoirs de représentation, et vice-versa⁴¹⁸. À cet égard, on dit que la procuration est « abstraite »⁴¹⁹. Le lien entre représentation et contrat de mandat est parfois présenté du point de vue de leur objet : le contrat régleme les relations *internes* entre les parties, et les pouvoirs de représentation les relations *externes* avec les tiers⁴²⁰.

201 Cette distinction entre pouvoirs de représentation et contrat de mandat est aujourd'hui bien établie⁴²¹. Cependant, cela n'a pas toujours été le cas. Avant l'adoption du Code des obligations de 1881, les pouvoirs de représentation étaient considérés comme une partie intégrante de ce contrat⁴²² ; la représentation au sens des art. 32 ss CO et le mandat formaient donc un tout⁴²³. Ces deux concepts ont ensuite été dissociés et réglementés dans deux parties différentes du Code de 1881⁴²⁴. Depuis lors, la représentation n'a plus été considérée comme faisant partie du contrat de mandat, mais comme un élément indépendant – l'idée étant que l'octroi des pouvoirs de représentation, nécessaires pour que la représentation produise des effets, est un acte unilatéral de la personne représentée avec une existence propre⁴²⁵. Représentation et mandat sont toutefois restés en relation étroite, car le rôle de mandataire dans le

⁴¹⁷ BK-FELLMANN, art. 396 N 68 ; CHK OR I-KUT, art. 33 N 10 ; ROSENBERG, Lehrbuch, p. 135 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 145 ss ; VON TUHR, p. 291 ; WACH, p. 569.

⁴¹⁸ SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 3 ; BUCHER, Obligationenrecht, p. 615 s. ; BK-FELLMANN, art. 396 N 43 ; CHK OR III-GEHRER CORDEY/GIGER, art. 396 N 5 ; MATTI, p. 1069 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 32 N 160 ; WACH, p. 569. ENGEL considère que la représentation, lorsqu'elle n'est pas légale, ne peut pas exister indépendamment d'une relation contractuelle (ENGEL, Obligations, p. 382 s.). Nous ne partageons pas cette opinion : dès lors que la relation de base peut exceptionnellement, en procédure également, être considérée comme un acte de complaisance (voir N 136), il n'y a alors pas de relation contractuelle entre représentant·e et représenté·e.

⁴¹⁹ BUCHER, Obligationenrecht, p. 616 ; CARRON/WESSNER, N 863 ; BK-FELLMANN, art. 396 N 68 ; CHK OR I-KUT, art. 33 N 10 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 444 ; VON TUHR, p. 291. Pour une présentation détaillée et une critique de la théorie de l'abstraction, voir HÄUSLER, p. 282 ss.

⁴²⁰ ENGEL, Obligations, p. 383 ; CHK OR III-GEHRER CORDEY/GIGER, art. 396 N 5 ; GUHL et al., p. 156 ; MÜLLER C., N 2654.

⁴²¹ BK-FELLMANN, art. 396 N 68 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 32 N 160 ; VON TUHR, p. 288.

⁴²² BK-FELLMANN, art. 396 N 14 ; VON TUHR, p. 288 ; voir également ZUFFEREY, N 181.

⁴²³ TERCIER/BIERI/CARRON, N 4281 ; WERRO, N 32.

⁴²⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, N 4284 ; CR CO I-WERRO, Intro. art. 394-406h N 6 ; WERRO, N 35 s.

⁴²⁵ BUCHER, Obligationenrecht, p. 615 ; VON TUHR, p. 288 ; WERRO, N 37.

contrat de mandat était alors celui d'intermédiaire⁴²⁶. Le lien entre représentation et mandat a véritablement faibli suite à l'adoption du Code des obligations de 1911, qui a fait du mandat un contrat de services⁴²⁷.

L'assimilation qui existait par le passé entre représentation et mandat n'a pas totalement disparu de l'actuel Code des obligations. Par exemple, l'art. 396 al. 2 CO contient la présomption que « le mandat comprend le pouvoir de faire les actes juridiques nécessités par son exécution »⁴²⁸. Cette disposition fait dépendre l'étendue des pouvoirs de représentation de l'objet du mandat : le principe de l'indépendance entre mandat et représentation n'est par conséquent pas absolu⁴²⁹. 202

B. Concepts de droit procédural

1. Assistance

a. Notion

Dans le cadre du procès civil, une partie peut se faire représenter, mais également assister. L'assistance n'est pas définie par les lois de procédure ; elle n'est mentionnée qu'à l'art. 204 CPC, disposition qui autorise les parties à être assistées à l'audience de conciliation. 203

L'assistance est généralement définie par la doctrine comme étant l'intervention d'un tiers en audience en présence de la partie ; il n'y a pas d'assistance si la partie est absente⁴³⁰. Il s'agit du sens strict du mot « assistance », qui désigne une institution existant uniquement dans le cadre de la procédure civile orale. 204

⁴²⁶ TERCIER/BIERI/CARRON, N 4284 ; CR CO I-WERRO, Intro. art. 394-406h N 6 ; WERRO, N 34 et 45.

⁴²⁷ TERCIER/BIERI/CARRON, N 4284 ; CR CO I-WERRO, Intro. art. 394-406h N 6 ; WERRO, N 49, 50 et 250.

⁴²⁸ CHK OR III-GEHRER CORDEY/GIGER, art. 396 N 6 ; HUGUENIN, N 1024 ; CHK OR I-KUT, art. 33 N 7 ; MÜLLER C., N 2656.

⁴²⁹ BK-FELLMANN, art. 396 N 69 ; CHK OR III-GEHRER CORDEY/GIGER, art. 396 N 8 ; CHK OR I-KUT, art. 33 N 10 ; MÜLLER C., N 2663.

⁴³⁰ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 7 ; BOHNET, Professions, N 28 ; GULDENER, p. 134 ; HABSCHIED, Droit judiciaire, p. 214 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 2.

b. Distinction

- 205 Certains pays connaissent une distinction claire entre assistance et représentation⁴³¹. En principe, la première consiste à défendre les parties par oral, et la deuxième à préparer et déposer des actes au tribunal⁴³². Historiquement, dans les nations influencés par le droit romain, ces deux activités étaient réservées à des professions différentes⁴³³. Ce fut pendant longtemps le cas en France et en Italie⁴³⁴. En Espagne, cette distinction existe toujours : l'assistance est la tâche des *abogados*, et la représentation celle des *procuradores*⁴³⁵.
- 206 En Suisse, ces concepts ne sont aujourd'hui pas clairement différenciés⁴³⁶. On observe que le Tribunal fédéral utilise parfois alternativement les termes de

⁴³¹ En France, le CPC-Fr. définit distinctement ces deux activités (voir les art. 411 et 412 CPC-Fr., reproduits au N 211). En Allemagne, représentation et assistance ne sont pas définies par le ZPO-All., mais sont toutefois réglementées par des dispositions différentes de ce code (voir N 211).

⁴³² BOHNET/MARTENET, N 3175 ; comp. notamment avec les définitions contenues dans le droit français (N 211).

⁴³³ L'idée de réserver l'assistance et la représentation à des personnes différentes est issue du droit romain, où l'on connaissait les *procurator*, dont la tâche était de représenter les parties (comme leur nom l'indique, ils étaient au bénéfice d'une procuration), et les *advocati*, qui avaient pour mission de plaider pour les parties (BOHNET/MARTENET, N 29 ; DUNAND/PICHONNAZ, p. 14 et 145). Avec la réception du droit romain, ces fonctions sont devenues celles de procureur et d'avocat (BOHNET/MARTENET, N 29). Le Pays de Neuchâtel connaissait ainsi au 19^e siècle les fonctions d'avocat et de procureur (voir MATILE, Notes de cours, N 81 s.). À ce sujet, voir également N 84 ss.

⁴³⁴ En France, la représentation était, dès 1822, le fait des avoué·e·s, alors que l'assistance était exercée par les avocat·e·s (BOHNET/MARTENET, N 3178). La profession d'avoué·e a disparu au 1^{er} janvier 2012 (voir nbp 1134). En Italie, jusqu'en 1997, les *procuratori* représentaient les parties, et les *avvocati* les assistaient ; il était cependant possible qu'une même personne exerce les deux fonctions (BOHNET/MARTENET, N 3179 ; Message LLCA, FF 1999 p. 5345).

⁴³⁵ Art. 1 al. 2 et 3 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. Par exemple, lors de l'audience préalable au procès, qui a pour but de rechercher un accord amiable, les parties doivent comparaître personnellement avec l'assistance d'un *abogado*. Si elles ne peuvent pas se présenter en personne, elles doivent agir par l'intermédiaire d'un *procurador* muni de pouvoirs (art. 414 al. 2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

⁴³⁶ BOHNET/MARTENET, N 3175.

représentation et d'assistance dans une même décision, sans que l'on discerne une quelconque différence de sens entre ces deux notions⁴³⁷.

Pour autant, représentation et assistance ne sont pas des synonymes en procédure civile suisse. Dans un arrêt de 1945, le Tribunal avait différencié ces deux concepts, indiquant que « *[d]er Begriff der Parteivertretung kann in einem weitem und in einem engem Sinne genommen werden. Im engem Sinne ist Parteivertreter nur, wer an Stelle der Partei erscheint und handelt. Im weitem Sinne fällt darunter auch die Parteiverbeiständung ; Parteivertreter im weitem Sinne ist auch derjenige, der neben der Partei erscheint und handelt* »⁴³⁸. On constate également que l'art. 204 CPC autorise les parties à être assistées à l'audience de conciliation, mais pas à être représentées (sauf exception)⁴³⁹ – ce qui implique dès lors une distinction entre ces deux notions⁴⁴⁰.

La première différence entre assistance et représentation tient au fait que la première se déroule uniquement en procédure *orale et en présence* de la partie⁴⁴¹, alors que la deuxième peut également intervenir en procédure *écrite et en l'absence* de la partie⁴⁴². Ce critère n'est toutefois pas à lui seul suffisant, car la représentation conventionnelle est selon nous également possible lorsque la partie est présente à l'audience⁴⁴³. Il en va à notre avis ainsi si une partie se présente à une audience avec une avocate, que seule cette dernière prend la parole et qu'elle adresse au tribunal des déclarations ayant une influence sur la procédure (par exemple si elle acquiesce à certaines conclusions de la partie adverse).

Un deuxième critère est donc nécessaire pour différencier ces deux concepts ; il concerne l'accomplissement d'actes de procédure : la représentation comprend

⁴³⁷ Voir par exemple arrêt du TF 5D_17/2020 du 16 avril 2020 cons. 4.1 et 4.2 ; arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.1. Pour un exemple particulièrement flagrant, mais antérieur à l'entrée en vigueur du CPC, voir ATF 105 Ia 288.

⁴³⁸ ATF 71 I 3.

⁴³⁹ Voir N 458 ss.

⁴⁴⁰ On remarque également que dans l'ATF 140 III 555, le Tribunal fédéral n'a pas répondu à la question de savoir si une personne non autorisée à représenter selon l'art. 68 CPC pouvait assister une partie en audience, exprimant ainsi le fait qu'il ne s'agit pas de la même tâche.

⁴⁴¹ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 7 ; GULDENER, p. 134 ; HABSCHIED, Droit judiciaire, p. 214.

⁴⁴² GULDENER, p. 134 ; MERZ, § 30 N 1.

⁴⁴³ CARRON/WESSNER et CHAPPUIS semblent en revanche n'envisager la représentation qu'en l'absence de la personne représentée (voir CARRON/WESSNER, N 936 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 20).

la faculté d'effectuer de tels actes, mais pas l'assistance⁴⁴⁴. Ainsi, un·e représentant·e agit à *la place* de la partie⁴⁴⁵, et réalise des actes ayant un effet direct sur la situation juridique de cette dernière⁴⁴⁶. Pour ce faire, une procuration est indispensable⁴⁴⁷, ce qui n'est pas le cas en matière d'assistance⁴⁴⁸.

210 À noter que certaines contributions soulignent que l'assistance consiste à soutenir et/ou conseiller la partie⁴⁴⁹. À notre sens, la personne qui assiste une partie n'est toutefois pas limitée à ce genre de tâches, et peut par exemple très bien prendre la parole face au tribunal⁴⁵⁰. La plaidoirie n'est pas un acte de procédure, sauf si, lors de celle-ci, des conclusions sont prises, modifiées ou retirées⁴⁵¹.

211 Cette approche est cohérente avec celle des pays voisins. En Allemagne, l'assistance est réglementée à § 90 ZPO-All., alors que la représentation est l'objet des § 78 à 89 ZPO-All. L'assistance n'est possible qu'en procédure orale⁴⁵², ne nécessite pas de procuration⁴⁵³ et ne permet pas la réalisation d'actes de procédure⁴⁵⁴. L'assistant·e agit aux côtés de la partie⁴⁵⁵ et non à sa place⁴⁵⁶. En France, la loi mentionne les activités couvertes par la représentation et

⁴⁴⁴ Arrêt du TC/FR 102 2008-6 du 22 février 2008, RFJ 2008 p. 75 ; BOHNET, Professions, N 28 ; KUMMER R. P., N 8 ; MERZ, § 30 N 1 ; dans ce sens également : PC CPC-MAY CANELLAS, art. 68 N 2 ; *contra* : SCHRANK, N 430. Ce deuxième critère de distinction entre représentation et assistance conduit à rejeter la théorie selon laquelle l'assistance serait une forme de représentation restreinte, avec des pouvoirs limités aux déclarations orales faites en présence de la partie (voir GULDENER, p. 134 ; voir également BÜHLER/EDELMANN/KILLER, Intro. § 66-71 N 4 ; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 29 N 1b ; WUFFLI/FUHRER, N 463 ; WUFFLI, N 405).

⁴⁴⁵ ATF 71 I 3 ; HAEFLIGER, p. 151 npb 48 ; HESS, p. 55 ; MERZ, § 30 N 1.

⁴⁴⁶ HESS, p. 55 ; URECH, p. 56.

⁴⁴⁷ HESS, p. 55 ; MERZ, § 30 N 1 ; URECH, p. 56 s.

⁴⁴⁸ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 29 ; DONZALLAZ, art. 40 N 829 ; KUMMER R. P., N 7 ; MERZ, § 30 N 1 ; URECH, p. 57.

⁴⁴⁹ GALLEY, p. 250 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 73 ; SCYBOZ, p. 14 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 7 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 1b.

⁴⁵⁰ SCHRANK, N 428 s. ; *contra* : RÜETSCHI/VETTER, p. 73 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 1b.

⁴⁵¹ Dans ce sens : BORTOLUZZI/PIAU/WICKERS, N 622.91 s.

⁴⁵² Stein/Jonas-JACOBY, § 90 N 1 et 10 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT/SCHULZ, § 90 N 1 et 3.

⁴⁵³ Stein/Jonas-JACOBY, § 90 N 10 et 16 s.

⁴⁵⁴ Stein/Jonas-JACOBY, § 90 N 10 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT/SCHULZ, § 90 N 6.

⁴⁵⁵ À noter qu'en droit allemand, l'assistance est autorisée si la partie *ou la personne qui la représente* est présente à l'audience (Stein/Jonas-JACOBY, § 90 N 10 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT/SCHULZ, § 90 N 3).

⁴⁵⁶ Stein/Jonas-JACOBY, § 90 N 1 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 23 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT/SCHULZ, § 90 N 2.

l'assistance : l'art. 411 CPC-Fr. dispose que « [l]e mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure », alors que l'art. 412 CPC-Fr. prévoit que « la mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger ». L'assistance inclut la plaidoirie et une activité de conseil, mais pas la réalisation d'actes de procédure⁴⁵⁷.

L'assistance et la représentation en procédure orale sont donc proches ; la représentation, au sens large, comprend l'assistance⁴⁵⁸. De ce fait, nous rejoignons les auteurs qui considèrent que ces deux activités doivent être réservées au même cercle de personnes⁴⁵⁹. Le Tribunal fédéral ne s'est cependant pas encore prononcé sur ce sujet. Dans l'ATF 140 III 555, il a laissé ouverte la question de savoir si une personne n'étant pas autorisée à représenter sur la base de l'art. 68 CPC pouvait assister une partie en procédure matrimoniale⁴⁶⁰. 212

2. Assistance judiciaire

a. Notion

L'assistance judiciaire permet à une partie dépourvue de ressources suffisantes et dont la cause présente des chances de succès de bénéficier d'une aide financière pour son procès. En procédure civile, ce droit est régi par les art. 117 ss CPC, 64 LTF et art. 29 al. 3 Cst.⁴⁶¹. Ces dispositions sont équivalentes dans leurs conditions et leurs effets⁴⁶². 213

L'octroi de l'assistance judiciaire a deux effets pour la partie. D'une part, celle-ci est dispensée de payer les avances, les sûretés et les frais judiciaires (art. 118 al. 1 let. a et b CPC, art. 64 al. 1 LTF). D'autre part, si cela apparaît nécessaire, 214

⁴⁵⁷ BORTOLUZZI/PIAU/WICKERS, N 622.21 et 622.91 ; Guinchard-CAYROL, N 281.51. Il faut toutefois souligner qu'en France, l'assistance est également possible en procédure écrite (BORTOLUZZI/PIAU/WICKERS, N 622.21).

⁴⁵⁸ ATF 71 I 3 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 7 ; BOHNET, Professions, N 28 ; BOHNET/MARTENET, N 939 et 3175 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 2.

⁴⁵⁹ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 7 ; BOHNET, Représentation non professionnelle, p. 2 ; BOHNET/MARTENET, N 3187 ; *contra* : BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 1b. Voir, s'agissant en particulier de l'assistance en procédure de conciliation, N 462.

⁴⁶⁰ ATF 140 III 555 cons. 2.3, JdT 2016 II p. 386.

⁴⁶¹ ATF 138 III 217, cons. 2.2.3, JdT 2014 II 267 ; SK ZPO-EMMEL, art. 117 N 1 ; BSK BGG-GEISER, art. 64 N 1 ; DK ZPO-HUBER, art. 117 N 1.

⁴⁶² Commentaire LTF-BOVEY, art. 64 N 6 ; WUFFLI, N 67.

le coût de la représentation de la partie par un·e professionnel·le est pris en charge par l'État (art. 118 al. 1 let. c CPC, art. 64 al. 2 LTF)⁴⁶³.

b. Distinction

- 215 L'assistance judiciaire se différencie de la représentation conventionnelle à plusieurs égards. Tout d'abord, l'assistance judiciaire ne concerne pas que l'assistance et la représentation. L'aide financière couvre également les frais et les sûretés⁴⁶⁴.
- 216 La représentation dans le cadre de l'assistance judiciaire est plus contrôlée que la représentation conventionnelle. Ainsi, une partie doit satisfaire trois conditions pour être représentée gratuitement : être indigente (art. 117 let. a CPC, art. 64 al. 1 LTF), agir dans une cause non dénuée de chances de succès (art. 117 let. b CPC, art. 64 al. 1 LTF) et nécessiter l'aide d'un conseil juridique (art. 118 al. 2 CPC, 64 al. 2 LTF)⁴⁶⁵.
- 217 Par ailleurs, dans le cadre de l'assistance judiciaire, la partie ne possède (sauf exception⁴⁶⁶) pas formellement le droit de choisir la personne qui la représente. Elle peut cependant proposer quelqu'un à l'autorité, qui – à moins qu'un motif important ne s'y oppose – respectera son souhait⁴⁶⁷.
- 218 La nomination d'un·e représentant·e dans le cadre de l'assistance judiciaire doit être requise auprès du tribunal, qui rend ensuite une décision sur ce point⁴⁶⁸.

⁴⁶³ DK ZPO-HUBER, art. 118 N 9 nbp 19 ; DK BGG-DOLGE, art. 64 N 7. La terminologie de la loi est peu précise ; en français, les art. 118 al. 1 let. c CPC et 64 al. 2 LTF n'évoquent pas la représentation. Toutefois, c'est bien cette activité qui est visée par ces dispositions (voir WUFFLI/FUHRER, N 463 ; WUFFLI, N 405 ; DK ZPO-HUBER, art. 118 N 9 nbp 19, qui arrivent à cette conclusion s'agissant de la version allemande de l'art. 118 al. 1 let. c CPC, elle aussi peu claire).

⁴⁶⁴ Commentaire LTF-BOVEY, art. 64 N 4.

⁴⁶⁵ ATF 141 III 560 cons. 3.2.1 ; Commentaire LTF-BOVEY, art. 64 N 52 s. ; BSK BGG-GEISER, art. 64 N 30 s. ; MALINVERNI et al., N 1770 ; BSK ZPO-RÜEGG V./RÜEGG M., art. 117 N 4.

⁴⁶⁶ ATF 113 Ia 69 cons. 5c, JdT 1987 IV 156 ; arrêt du TF 8C_78/2019 du 10 avril 2019 cons. 7.2 ; WUFFLI, N 442.

⁴⁶⁷ BK ZPO-BÜHLER, art. 118 N 67 ; Commentaire LTF-BOVEY, art. 64 N 60 ; SK ZPO-EMMEL, art. 119 N 9 ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 902 ; BSK BGG-GEISER, art. 64 N 33 ; BSK ZPO-RÜEGG V./RÜEGG M., art. 118 N 15 ; CR CPC-TAPPY, art. 119 N 9.

⁴⁶⁸ DK BGG-DOLGE, art. 64 N 3 ; BSK BGG-GEISER, art. 64 N 40 ; DK ZPO-HUBER, art. 119 N 3 et 22 ; WUFFLI, N 407 et 442.

L'octroi d'une procuration n'est pas nécessaire⁴⁶⁹. Une décision doit aussi être rendue pour tout changement de représentant·e, de même que pour la cessation de la représentation⁴⁷⁰.

Lorsqu'une partie au bénéfice de l'assistance judiciaire perd son procès ou qu'elle ne parvient pas à obtenir des dépens de la partie adverse, la personne qui la représente est rémunérée par la collectivité publique (art. 122 CPC, art. 64 al. 2 Cst.)⁴⁷¹. Dans cette hypothèse, sa rémunération est fixée par le tribunal et versée par l'État⁴⁷² (plus précisément par la caisse du Tribunal fédéral en cas de procédure devant ce dernier, voir art. 64 al. 2 LTF). À l'inverse, en représentation conventionnelle, la rémunération est fixée librement et elle est due par la partie⁴⁷³. 219

En outre, le fondement de l'activité des représentant·e·s dans le cadre de l'assistance judiciaire n'est pas le même que celui des représentant·e·s conventionnel·le·s : dans le premier cas, il s'agit d'une tâche de droit public, et dans le second cas d'un mandat privé⁴⁷⁴. 220

Devant les instances cantonales, toutes les personnes mentionnées à l'art. 68 al. 1 et 2 CPC peuvent être choisies comme représentant·e·s conventionnel·le·s. La situation est moins claire en matière d'assistance judiciaire. Cette activité est-elle réservée aux avocat·e·s ? Le CPC ne le précise pas. Selon sa version française, cette activité doit être assurée par un « conseil juridique »⁴⁷⁵. Les autres versions linguistiques du code parlent de *Rechtsbeistand* (« assistant juridique »⁴⁷⁶) et de *patrocinatore* (« défenseur », « plaideur »⁴⁷⁷). 221

⁴⁶⁹ WUFFLI, N 446 ; *contra* : SK ZPO-LEUENBERGER, art. 221 N 64 ; CR CPC-TAPPY, art. 221 N 30.

⁴⁷⁰ WUFFLI, N 447 ss.

⁴⁷¹ BOHNET/MARTENET, N 1754.

⁴⁷² Commentaire LTF-BOVEY, art. 64 N 61 ; DK ZPO-HUBER, art. 122 N 22 ; BSK ZPO-RÜEGG V./RÜEGG M., art. 122 N 5.

⁴⁷³ BOHNET/MARTENET, N 2954.

⁴⁷⁴ ATF 141 III 560 cons. 3.2.2.

⁴⁷⁵ Voir art. 113 al. 1, 118 al. 1 let. c, 119 al. 2, 122 al. 1 let. a et al. 2 CPC.

⁴⁷⁶ Traduction libre.

⁴⁷⁷ Traduction libre.

(i) *Notion de « conseil juridique »*

- 222 Une part importante de la doctrine est d’avis que la notion de conseil juridique fait référence à l’avocat·e au sens de la LLCA⁴⁷⁸. Plusieurs auteurs émettent cependant une opinion contraire, considérant que toutes les personnes listées à l’art. 68 al. 2 CPC peuvent être désignées pour représenter une partie dans le cadre de l’assistance judiciaire⁴⁷⁹.
- 223 Le Tribunal fédéral n’a pas encore eu l’occasion de se prononcer sur cette question dans le cadre des art. 117 ss CPC. En revanche, dans le domaine des assurances sociales, il a considéré dans l’ATF 132 V 200 que l’art. 37 al. 4 LPGA réservait la représentation des parties à titre gratuit aux seul·e·s avocat·e·s inscrit·e·s au registre au sens de la LLCA⁴⁸⁰. À l’instar des dispositions du CPC sur l’assistance judiciaire, l’art. 37 al. 4 LPGA évoque un conseil juridique, et non un·e avocat·e. Selon la Haute Cour, cette solution se justifie notamment en raison de l’obligation imposée aux avocat·e·s d’accepter les mandats d’office ainsi que de la surveillance disciplinaire qui leur est applicable, qui permet d’assurer la bonne conduite du mandat⁴⁸¹. Cette décision a depuis été confirmée en matière d’assurances sociales⁴⁸². Soulignons également que le Tribunal fédéral retient depuis longtemps que le fait de réserver la représentation dans l’assistance judiciaire à certain·e·s représentant·e·s – alors même qu’un cercle plus large de personnes est autorisé à pratiquer la représentation conventionnelle – est constitutionnellement admissible⁴⁸³.

⁴⁷⁸ BOHNET/MARTENET, N 1674 ; BK ZPO-BÜHLER, art. 118 N 50 ss ; SK ZPO-EMMEL, art. 119 N 10 ; DK ZPO-HUBER, art. 118 N 11 et 119 N 10 ; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, art. 118 N 9 ; OFK ZPO-MOHS, art. 118 N 4 ; WUFFLI, N 433 ; indécis : BSK ZPO-RÜEGG V./RÜEGG M., art. 118 N 13.

⁴⁷⁹ PC CPC-COLOMBINI, art. 118 N 25 ; CR CPC-TAPPY, art. 118 N 18 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 118 N 27 ; CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 214 ; voir également art. 12 RAJ/GE et art. 17 al. 2 LAJ/NE (qui autorisent les mandataires professionnellement qualifié·e·s à agir dans le cadre de l’assistance judiciaire) et art. 1 al. 4 RAJ/VD (qui autorise les agent·e·s d’affaires breveté·e·s à agir dans le cadre de l’assistance judiciaire).

⁴⁸⁰ ATF 132 V 200 cons. 5.1.4.

⁴⁸¹ ATF 132 V 200 cons. 5.1.4.

⁴⁸² Arrêt du TF 9C_803/2019 du 5 mai 2020 cons. 5.2.3 ; arrêt du TF 8C_78/2019 du 10 avril 2019 cons. 8.4.

⁴⁸³ ATF 125 I 161 cons. 3b ; ATF 113 Ia 69 cons. 3b, JdT 1987 IV 156 ; arrêt du TF 2C_835/2014 du 22 janvier 2015 cons. 6.2.

(ii) *Représentant·e·s autorisé·e·s dans le cadre de l'assistance judiciaire en procédure civile*

Les motifs avancés par le Tribunal fédéral dans l'ATF 132 V 200 pour permettre de désigner uniquement des avocat·e·s dans le cadre de l'assistance judiciaire ne sont pas spécifiques au domaine administratif, mais ont trait aux caractéristiques de la profession. La même solution aurait par conséquent vocation à s'appliquer dans le cadre du CPC. Toutefois, l'application de cette jurisprudence en procédure civile suscite les remarques suivantes. 224

On trouve des représentant·e·s selon l'art. 68 al. 2 let. b CPC dans trois cantons : les *Sachwalter·innen* à Lucerne, les *Rechtsagent·inn·en* à Saint-Gall et les agent·e·s d'affaires breveté·e·s dans le canton de Vaud⁴⁸⁴. Ces professionnel·le·s, à l'instar des avocat·e·s, sont soumis·es à des règles professionnelles (à l'exception des *Sachwalter·innen*)⁴⁸⁵ et à une surveillance disciplinaire⁴⁸⁶. 225

Parmi ces professions, celles de *Rechtsagent·in* saint-gallois·e et d'agent·e d'affaires breveté·e vaudois·e sont réglementées de manière très proche des avocat·e·s⁴⁸⁷. Ces professions connaissent notamment l'obligation d'accepter les mandats d'office⁴⁸⁸. Pour cette raison, à notre avis, il se justifie d'autoriser également la désignation de ces deux types de représentant·e·s dans le cadre de l'assistance judiciaire⁴⁸⁹. 226

En définitive, il nous paraît que dans l'assistance judiciaire, la partie devrait pouvoir choisir pour la représenter un·e avocat·e, un·e agent·e d'affaires breveté·e vaudois·e ou un·e *Rechtsagent·in* saint-gallois·e, à l'exclusion des autres représentant·e·s professionnel·le·s de l'art. 68 al. 2 CPC. Cette 227

⁴⁸⁴ Concernant ces professions, voir N 838 ss.

⁴⁸⁵ Art. 1 al. 3 AnwG/SG ; art. 47 ss LPAg/VD. La loi lucernoise ne soumet pas les *Sachwalter·innen* à des règles professionnelles. Pour des détails à ce sujet, voir N 863 ss.

⁴⁸⁶ § 21 EG SchKG/LU ; art. 1 al. 3 AnwG/SG ; art. 54 ss LPAg/VD. Pour des détails à ce sujet, voir N 867.

⁴⁸⁷ Voir le tableau figurant en p. 337. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs souligné les similitudes entre les règles applicables aux professions d'avocat·e et d'agent·e d'affaires breveté·e vaudois·e (arrêt du TF 5A_279/2019 du 30 juillet 2019 cons. 4 ; PERCASSI, Note 5A_279/2019, p. 403).

⁴⁸⁸ Art. 1 al. 3 AnwG/SG (qui renvoie aux règles professionnelles applicables aux avocat·e·s, parmi lesquelles figure l'obligation d'accepter les mandats d'assistance judiciaire ; voir art. 12 let. g LLCA) ; art. 50a LPAg/VD.

⁴⁸⁹ PERCASSI, Note 5A_279/2019, p. 403. Précisons que dans le canton de Vaud, la loi autorise expressément les agent·e·s d'affaires breveté·e·s à agir comme conseils d'office (art. 1 al. 4 RAJ/VD).

possibilité serait cependant limitée aux domaines où la représentation par les membres de ces professions est autorisée⁴⁹⁰. Avec cette solution, il y aurait donc une différence concernant le choix des représentant·e·s devant les instances cantonales dans l'assistance judiciaire et dans la représentation conventionnelle. On ne peut toutefois écarter l'hypothèse que le Tribunal fédéral parvienne à une autre conclusion, s'il était amené à se prononcer sur la question.

- 228 Il faut néanmoins souligner que la notion de « conseil juridique » figure également dans deux autres dispositions du CPC (art. 47 al. 1 let. b et 204 al. 2 CPC). L'art. 47 al. 1 let. b CPC, qui dispose que les magistrat·e·s et les fonctionnaires judiciaires se récusent s'« ils ont agi dans la même cause à un autre titre, notamment [...] comme conseil juridique d'une partie [...] » vise à notre avis tous les représentant·e·s professionnel·le·s de l'art. 68 al. 2 CPC. La même conclusion s'impose pour l'art. 204 al. 2 CPC, pour les raisons évoquées au N 248. Par conséquent, en considérant qu'en matière d'assistance judiciaire, la notion de conseil juridique n'englobe pas tous les représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 68 al. 2 CPC, l'interprétation de cette notion ne serait pas uniforme dans tout le CPC
- 229 La situation est autre lorsque la procédure se déroule devant le Tribunal fédéral : seul·e·s les avocat·e·s peuvent être nommé·e·s dans le cadre de l'assistance judiciaire⁴⁹¹. Cela résulte du texte de l'art. 64 al. 2 LTF, dans lequel le terme « avocat » figure expressément⁴⁹². Il en est de même en représentation conventionnelle en matière civile devant le Tribunal fédéral⁴⁹³.

⁴⁹⁰ S'agissant des domaines où la représentation par les avocat·e·s est autorisée, voir N 793 ss ; s'agissant des domaines où la représentation par les agent·e·s d'affaires breveté·e·s vaudois·es et les *Rechtagent·inn·en* est autorisée, voir N 851 ss.

⁴⁹¹ DK BGG-DOLGE, art. 64 N 7.

⁴⁹² BSK BGG-GEISER, art. 64 N 33 ; WUFFLI, N 434.

⁴⁹³ Art. 40 al. 1 LTF ; arrêt du TF 5A_441/2022 du 25 novembre 2022 cons. 1.2.1 ; arrêt du TF 6B_390/2022 du 27 juillet 2022 cons. 1.1 ; arrêt du TF 5A_110/2022 du 26 avril 2022 cons. 2 ; arrêt du TF 6B_178/2021 du 24 février 2022 cons. 1.1 ; DK BGG-DOLGE, art. 40 N 2 ss.

3. Représentation de l'enfant mineur·e en procédure

a. Notion

La représentation de l'enfant est une mesure prise par l'autorité afin de renforcer la position procédurale d'une personne mineure dans certains types de procédures⁴⁹⁴. L'enfant est représenté·e par une curatrice ou un curateur⁴⁹⁵. 230

La représentation de l'enfant en procédure est régie par plusieurs dispositions légales, dont les principales sont les suivantes⁴⁹⁶ : 231

- les art. 299 ss CPC permettent au tribunal d'ordonner la représentation de l'enfant dans le cadre d'une procédure de droit de la famille⁴⁹⁷ ;
- l'art. 306 al. 2 CC permet à l'autorité de protection de l'enfant de nommer une curatrice ou un curateur représentant l'enfant si les père et mère sont empêchés d'agir ou si, dans une affaire, leurs intérêts entrent en conflit avec ceux de l'enfant⁴⁹⁸ (par exemple dans le cadre d'une action en désaveu de paternité ou en contestation de la reconnaissance, en matière successorale ou encore pour la réclamation d'une créance alimentaire⁴⁹⁹) ;
- l'art. 308 al. 2 CC permet à l'autorité de protection de l'enfant de nommer une curatrice ou un curateur et, si nécessaire, de lui octroyer

⁴⁹⁴ Arrêt de la CS/BE ZK 18 375 du 21 août 2018 cons. 10.3.3 ; BSK ZPO-MICHEL/STECK, art. 299 N 5.

⁴⁹⁵ Voir art. 299 al. 1 CPC ainsi que 306 al. 2, 308 al. 2 et 314^{bis} al. 1 CC ; voir également ATF 143 III 183 cons. 4.2.2, JdT 2017 II p. 445.

⁴⁹⁶ CHOFFAT, Panorama, p. 411.

⁴⁹⁷ Voir le Titre 7 du CPC. Initialement, le champ d'application de l'art. 299 CPC était limité aux procédures matrimoniales (Message CC enfant, FF 2014 p. 566 ; ATF 145 III 393 cons. 2.2, JdT 2019 II p. 377 ; BSK ZPO-MICHEL/STECK, art. 299 N 3 ; ZOGG, Selbständige Unterhaltsklagen, p. 1). Cette restriction a été levée lors de l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2017 de la révision du Code civil concernant l'entretien de l'enfant (Message CC enfant, FF 2014 p. 566 ; ATF 145 III 393 cons. 2.2, JdT 2019 II p. 377 ; BSK ZPO-MICHEL/STECK, art. 299 N 3 ; ZOGG, Selbständige Unterhaltsklagen, p. 1). Ainsi, le chapitre intitulé « Procédures de droit matrimonial » dans lequel figurait l'art. 299 CPC a été supprimé du CPC (BSK ZPO-MICHEL/STECK, art. 299 N 3 ; ZOGG, Selbständige Unterhaltsklagen, p. 1).

⁴⁹⁸ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, art. 306 N 7a.

⁴⁹⁹ BK ZGB-AFFOLTER-FRINGEL/VOGEL, art. 306 N 41 ; CHOFFAT, Panorama, p. 416 et 420 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, art. 306 N 5.

des pouvoirs de représentation pour établir la filiation paternelle d'un·e enfant et faire valoir sa créance alimentaire et d'autres droits⁵⁰⁰ ;

- l'art. 314a^{bis} CC permet de manière générale à l'autorité de protection de l'enfant d'ordonner la représentation de l'enfant dans le cadre d'une procédure de protection de l'enfant⁵⁰¹.

232 Sur la position de l'enfant dans la procédure matrimoniale de ses parents et sur la possibilité de désigner un·e représentant·e conventionnel·le dans ce contexte (en plus ou à la place d'une curatrice ou d'un curateur), voir N 597 ss.

b. Distinction

233 La personne représentant l'enfant doit être expérimentée dans le domaine de l'assistance et en matière juridique⁵⁰². Des connaissances en matière de droit matériel et de procédure sont nécessaires⁵⁰³, mais aucune formation spécifique n'est requise⁵⁰⁴. Elle doit être capable de nouer une relation de confiance avec l'enfant⁵⁰⁵. En matière de représentation conventionnelle, des compétences sociales ne sont pas requises. Quant aux compétences juridiques, elles ne figurent pas dans les lois de procédure comme étant une condition pour représenter conventionnellement. Elles sont toutefois exigées pour accéder à certaines professions, dont les membres sont autorisés à représenter en justice⁵⁰⁶.

⁵⁰⁰ CHOFFAT, Panorama, p. 411.

⁵⁰¹ Arrêt du TF 5A_618/2016 du 26 juin 2017 cons. 2.2.1 ; PRADERVAND-KERNEN, p. 354.

⁵⁰² Art. 299 al. 1 CPC ; art. 314a^{bis} al. 1 CC ; CHOFFAT, Curatelle de représentation, p. 34 ; JÉQUIER, Tiers, N 183 ; LEUTHOLD/SCHWEIGHAUSER, p. 470, 474 s. et 481 ; BSK ZPO-MICHEL/STECK, art. 299 N 10.

⁵⁰³ CommFam Protection de l'adulte-COTTIER, art. 314a^{bis} CC N 8 ; LEUTHOLD/SCHWEIGHAUSER, p. 475 ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 299 N 12.

⁵⁰⁴ BSK ZPO-MICHEL/STECK, art. 299 N 9 ; BK ZPO-SPYCHER, art. 299 N 8. Les cantons peuvent toutefois poser des exigences en matière de qualifications professionnelles et de formation (CommFam Protection de l'adulte-COTTIER, art. 314a^{bis} CC N 8 ; LEUTHOLD/SCHWEIGHAUSER, p. 474).

⁵⁰⁵ LEUTHOLD/SCHWEIGHAUSER, p. 475 ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 299 N 12.

⁵⁰⁶ Voir N 772 ss sur les représentant·e·s autorisé·e·s.

Une décision de l'autorité (et non une procuration⁵⁰⁷) est nécessaire pour mettre en œuvre la représentation de l'enfant⁵⁰⁸, étape qui n'a pas lieu dans la représentation conventionnelle. 234

Par ailleurs, la personne qui représente l'enfant (en tout cas pour ce qui est des art. 299 ss CPC) doit exercer sa tâche en se référant en premier lieu à des considérations objectives – à savoir le bien de l'enfant – et non aux souhaits subjectifs de l'enfant⁵⁰⁹. À l'inverse, en représentation conventionnelle, si un contrat de mandat lie la partie représentée et la personne qui la représente⁵¹⁰, les instructions données par la partie – qui est mandante – doivent être suivies⁵¹¹. Autrement dit, un·e représentant·e conventionnel·le agit en conformité avec les intérêts subjectifs de la partie. 235

Contrairement à la représentation conventionnelle, la représentation de l'enfant au sens des articles précités n'est pas possible dans tous les types de procédures. Elle est limitée aux affaires touchant de près ou de loin à la famille⁵¹² dans 236

⁵⁰⁷ Arrêt du TF 5A_921/2018 du 28 décembre 2018 cons. 4 (art. 314a^{bis} CC).

⁵⁰⁸ Arrêt du TF 5A_921/2018 du 28 décembre 2018 cons. 4 (art. 314a^{bis} CC) ; arrêt du TF 5A_598/2018 du 20 août 2018 cons. 1 (art. 306 al. 2 CC) ; arrêt du TF 5A_939/2013 du 5 mars 2014 cons. 1.1 (art. 306 al. 2 CC) ; CommFam Protection de l'adulte-COTTIER, art. 314a^{bis} CC N 15 ; BSK ZPO-MICHEL/STECK, art. 299 N 23 ; FamKomm Scheidung I-SCHWEIGHAUSER, art. 299 CPC N 32 et 48.

⁵⁰⁹ ATF 142 III 153 cons. 5.2.2, JdT 2017 II p. 202 ; arrêt du TF 5A_894/2015 du 16 mars 2016 cons. 4.4 ; ZOGG, *Selbständige Unterhaltsklagen*, p. 18 ; critique : BSK ZPO-MICHEL/STECK, art. 299 N 19. La question de savoir si la personne représentant l'enfant doit tenir compte de son bien (intérêts objectifs) ou de sa volonté (intérêts subjectifs) est controversée dans les autres cas de représentation de l'enfant (BK ZGB-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, art. 314a^{bis} N 34 ; PRADERVAND-KERNEN, p. 358 ss). Dans le cadre de l'art. 314a^{bis}, la doctrine est plutôt d'avis que la représentation doit s'exercer en priorité en conformité avec la volonté de l'enfant (CommFam Protection de l'adulte-COTTIER, art. 314a^{bis} CC N 10 s. ; LEUTHOLD/SCHWEIGHAUSER, p. 478 ss ; FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht-MURPHY/STECK/BLUM, N 18.172).

⁵¹⁰ Ce qui est généralement le cas (voir N 199 ss).

⁵¹¹ Art. 397 CO ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4447 ss.

⁵¹² Une telle représentation ne pourrait par exemple pas être mise en place pour introduire une action en dommages et intérêts contre un tiers ayant blessé un·e enfant. À noter que l'art. 299 CPC ne s'applique que depuis le 1^{er} janvier 2017 dans toutes les affaires de droit de la famille ; auparavant, son champ d'application était restreint aux procédures matrimoniales (voir nbp 497).

lesquelles les intérêts de l'enfant ont besoin d'être sauvegardés⁵¹³, en particulier lorsqu'ils ne coïncident pas avec ceux des parents⁵¹⁴.

- 237 Les frais de représentation de l'enfant, en tout cas pour ce qui est des art. 299 ss CPC et 314a^{bis} CC, sont compris dans les frais judiciaires (art. 95 al. 2 let. e CPC)⁵¹⁵, alors que les frais de représentation conventionnelle sont en général supportés par la partie, et, en cas de gain du procès, par son adversaire (ils sont compris dans les dépens ; voir art. 95 al. 3 let. b CPC).

4. Représentation au sens de l'art. 449a CC

a. Notion

- 238 La représentation au sens de l'art. 449a CC est ordonnée par l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant ou par le tribunal lorsqu'une personne concernée par une procédure de protection en a besoin (art. 449a CC). La représentation est assurée par une curatrice ou un curateur⁵¹⁶ (appelé parfois curatrice ou curateur *ad hoc*⁵¹⁷).
- 239 Le champ d'application de l'art. 449a CC est large et s'étend à toutes les procédures de protection de l'enfant comme de l'adulte⁵¹⁸. En matière de représentation dans les procédures de protection de l'enfant, l'art. 314a^{bis} CC⁵¹⁹ constitue toutefois une *lex specialis*⁵²⁰.

⁵¹³ Message CC enfant, FF 2014 p. 566 s. ; FamKomm Scheidung I-SCHWEIGHAUSER, art. 299 CPC N 14.

⁵¹⁴ FamKomm Scheidung I-SCHWEIGHAUSER, art. 299 CPC N 14 ; l'art. 306 al. 2 CC mentionne d'ailleurs expressément le conflit d'intérêts entre parents et enfant comme motif pour nommer une curatrice ou un curateur à l'enfant. Au sujet des conflits d'intérêts entre parents et enfant, voir notamment ATF 145 III 393 cons. 2.7, JdT 2019 II p. 377 ; CHOFFAT, Panorama, p. 419 ss.

⁵¹⁵ ATF 143 III 183 cons. 4.2.2, JdT 2017 II p. 445 ; arrêt du 5A_392/2020 du 16 décembre 2020 cons. 1.1 ; CHOFFAT, Curatelle de représentation, p. 36 ; CommFam Protection de l'adulte-STECK, art. 449a CC N 31.

⁵¹⁶ ATF 143 III 183 cons. 4.2.1, JdT 2017 II p. 445.

⁵¹⁷ Voir arrêt du TF 5A_989/2018 du 11 décembre 2018 ; MEIER P., N 231.

⁵¹⁸ OFK ZGB-FASSBIND, art. 449a N 1 ; BSK ZGB I-MARANTA, art. 449a N 2 ; MEIER P., N 231 ; CommFam Protection de l'adulte-STECK, art. 449a CC N 1 et 5.

⁵¹⁹ Au sujet de l'art. 314a^{bis}, voir N 231.

⁵²⁰ BSK ZGB I-MARANTA, art. 449a N 2.

La représentation n'est ordonnée sur la base de l'art. 449a CC qu'en cas de besoin⁵²¹. De ce fait, si la personne concernée a déjà elle-même nommé un·e représentant·e conventionnel·le, il ne sera en principe pas nécessaire d'appliquer l'art. 449a CC⁵²². 240

Dans le cas inverse – c'est-à-dire si une représentation au sens de l'art. 449a CC a déjà été ordonnée – rien ne semble empêcher la partie, si elle est capable d'ester⁵²³, de nommer un·e représentant·e conventionnel·le⁵²⁴. Dans ce cas, si la partie a nommé un·e représentant·e capable de défendre ses intérêts, la représentation au sens de l'art. 449a CC pourra être levée⁵²⁵. 241

b. Distinction

L'application de l'art. 449a CC est limitée à la procédure devant l'autorité de protection de l'adulte et à l'éventuelle procédure de recours ultérieure⁵²⁶. Cette disposition ne s'applique pas devant le Tribunal fédéral⁵²⁷. La représentation conventionnelle est en revanche possible dans toutes les procédures civiles. 242

Au contraire de la représentation conventionnelle, la mise en œuvre d'une représentation au sens de l'art. 449a CC doit faire l'objet d'une décision de l'autorité. Elle peut être ordonnée d'office par l'autorité, parfois même contre la volonté de l'intéressé·e⁵²⁸. Comme en matière d'assistance judiciaire⁵²⁹, la 243

⁵²¹ OFK ZGB-FASSBIND, art. 449a N 1 ; BSK ZGB I-MARANTA, art. 449a N 8 s. ; CommFam Protection de l'adulte-STECK, art. 449a CC N 9.

⁵²² OFK ZGB-FASSBIND, art. 449a N 2 ; BSK ZGB I-MARANTA, art. 449a N 5 et 11 (qui réserve toutefois le cas où la représentation conventionnelle serait assurée par une personne portant une atteinte grave aux intérêts de la partie et le cas où la partie chercherait à ralentir la procédure en nommant et révoquant constamment des représentant·e·s conventionnel·le·s) ; MEIER P., N 233.

⁵²³ Seule une personne possédant la capacité d'ester peut désigner un·e représentant·e conventionnel·le en procédure civile (N 628 ss).

⁵²⁴ Dans ce sens : BSK ZGB I-MARANTA, art. 449a N 36.

⁵²⁵ BSK ZGB I-MARANTA, art. 449a N 36.

⁵²⁶ Message CC protection de l'adulte, personnes et filiation, FF 2006 p. 6714 ; ATF 143 III 183 cons. 4.1, JdT 2017 II p. 445 ; arrêt du TF 5A_398/2023 du 7 juin 2023 cons. 2 ; arrêt du TF 5A_336/2022 du 30 novembre 2022 cons. 3.2.4 ; arrêt du TF 5A_368/2014 du 19 novembre 2014 cons. 5.2 ; MEIER P., N 231 ; CommFam Protection de l'adulte-STECK, art. 449a CC N 6.

⁵²⁷ BSK ZGB I-MARANTA, art. 449a N 3.

⁵²⁸ MEIER P., N 232 ; CommFam Protection de l'adulte-STECK, art. 449a CC N 15.

⁵²⁹ Voir N 161.

curatrice ou le curateur de l'art. 449a CC et l'État sont liés par un rapport de droit public⁵³⁰.

244 À l'instar de la représentation de l'enfant⁵³¹, la curatrice ou le curateur de représentation doit être expérimenté·e en matière d'assistance et dans le domaine juridique (art. 449a CC)⁵³². À cet égard, nous renvoyons aux développements figurant au N 169.

5. *Prozessstandschaft*

a. Notion

245 La *Prozessstandschaft* peut être définie comme la qualité pour affirmer en son propre nom le droit d'un tiers⁵³³. Ce concept est expliqué aux N 154 ss.

246 Précisons qu'un·e *Prozessstandschafter-in*, en tant que partie, peut être représenté·e conventionnellement dans le procès⁵³⁴.

b. Distinction

247 En matière de *Prozessstandschaft* comme de représentation conventionnelle, les actes de procédure effectués par une personne ont des effets sur les droits d'une autre⁵³⁵. Le fonctionnement de ces deux institutions est cependant fondamentalement différent.

248 Un·e représentant·e agit au nom de la personne représentée et n'est pas partie à la procédure, alors qu'un·e *Prozessstandschafter-in* est partie à la procédure et

⁵³⁰ BSK ZGB I-MARANTA, art. 449a N 23 ; CommFam Protection de l'adulte-STECK, art. 449a CC N 24.

⁵³¹ BSK ZGB I-MARANTA, art. 449a N 16 ; FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht-MURPHY/STECK/BLUM, N 18.154 ; CommFam Protection de l'adulte-STECK, art. 449a CC N 17 ; voir N 233 s'agissant de la représentation de l'enfant.

⁵³² MEIER P., N 232.

⁵³³ BOHNET, Consortiré nécessaire matérielle, p. 195 ; BOHNET, Prozessführungsrecht, p. 484 ; BOHNET/PERCASSI, Prozessstandschaft, p. 641 ; voir également BEINERT, p. 15 s. ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 362 s. ; ZUFFEREY, N 826.

⁵³⁴ LÖTSCHER, N 512.

⁵³⁵ Les actes d'un·e *Prozessstandschafter-in* ont des effets sur la personne légitimée (voir N 159), tandis que les actes d'un·e représentant·e conventionnel·le ont des effets sur la partie représentée (Voir N 360).

agit en son nom propre⁵³⁶. De ce fait, les effets procéduraux liés à la qualité de partie touchent directement cette personne⁵³⁷ (comme l'obligation de payer les frais⁵³⁸).

Sauf exception, la partie peut dans tous les cas choisir d'être représentée ou non⁵³⁹. Pour ce faire, l'octroi d'une procuration – qui est une manifestation de volonté unilatérale⁵⁴⁰ – est généralement nécessaire⁵⁴¹. Selon l'opinion jurisprudentielle et doctrinale dominante en Suisse, la *Prozessstandschaft* ne peut en revanche pas être librement convenue entre les personnes concernées, mais découle d'une situation prévue par le droit matériel ou procédural⁵⁴². Autrement dit, la représentation conventionnelle est volontaire, alors que la *Prozessstandschaft* ne l'est pas. Cela a notamment pour conséquence que la personne légitimée n'a pas d'influence sur la fin de la *Prozessstandschaft*, alors qu'une partie représentée peut révoquer la procuration quand bon lui semble⁵⁴³. 249

La représentation conventionnelle se superpose en général à un contrat de mandat. Un·e représentant·e est donc en principe également mandataire de la partie représentée⁵⁴⁴, et doit à ce titre suivre les instructions de cette dernière⁵⁴⁵. Un·e *Prozessstandschaftler·in* agit en revanche parfois dans son propre intérêt, à l'instar de la partie dénoncée qui reprend la place de la partie dénonçante⁵⁴⁶. 250

En outre, aucune connaissance particulière n'est nécessaire pour agir en tant que *Prozessstandschaftler·in*, tandis que la représentation conventionnelle, lorsqu'elle est exercée professionnellement, est réservée dans certains cas à un cercle de personnes possédant des compétences juridiques⁵⁴⁷. 251

⁵³⁶ BEINERT, p. 19 ; LÖTSCHER, N 511 ss ; voir également ATF 147 III 537 cons. 3.2 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 13 ; ZK-KLEIN, Intro. art. 32-40 N 116.

⁵³⁷ LÖTSCHER, N 511.

⁵³⁸ LÖTSCHER, N 515.

⁵³⁹ Voir N 446 ss.

⁵⁴⁰ Voir N 276 ss.

⁵⁴¹ Voir N 272 ss.

⁵⁴² Voir N 158.

⁵⁴³ LÖTSCHER, N 527. Sur la révocation de la procuration, voir N 309 ss.

⁵⁴⁴ Ce qui est généralement le cas (voir N 199 ss).

⁵⁴⁵ Art. 397 CO ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4447 ss.

⁵⁴⁶ LÖTSCHER, N 524 ss ; voir également N 580

⁵⁴⁷ Voir N 772 ss sur les représentant·e·s autorisé·e·s.

III. Rôle de la représentation conventionnelle

- 252 La représentation conventionnelle est utile à plus d'un égard. En anglais, un adage bien connu énonce même que « *he who represents himself has a fool for a client* »⁵⁴⁸, signifiant qu'il n'est jamais opportun d'agir sans l'aide d'un tiers dans une procédure.
- 253 La représentation en procédure possède plusieurs fonctions, et ce indépendamment de qui représente la partie (A). Lorsqu'elle est exercée à titre professionnel, elle sert toutefois des buts supplémentaires ; pour cette raison, cet aspect sera examiné séparément (B).

A. En général

- 254 La conduite d'un procès est contraignante. Elle représente une charge administrative et parfois émotionnelle importante pour la partie. De ce fait, la fonction d'un·e représentant·e ne se limite pas à transmettre la volonté de la partie au tribunal, mais permet également d'atténuer ces contraintes.
- 255 En premier lieu, la représentation présente l'avantage de mettre une certaine distance entre la partie et le procès. Dans certains litiges, les parties peuvent être fortement impliquées émotionnellement, rendant la conduite du procès difficile. Cet élément a été souligné par la CourEDH, qui a observé qu'un certain degré d'objectivité était nécessaire pour plaider en justice⁵⁴⁹. Elle a par exemple reconnu que celui-ci faisait défaut aux parties agissant seules dans des procédures de divorce⁵⁵⁰ et de placement d'enfants⁵⁵¹ (mais pas dans le cas d'un journaliste accusé de diffamation⁵⁵²).

⁵⁴⁸ « Celui qui se représente lui-même a un idiot pour client » (traduction libre) ; l'adage est par exemple cité dans la décision de la Cour suprême des États-Unis *Kay c. Ehrler*, 499 U.S. 432 (1991).

⁵⁴⁹ Arrêt de la CourEDH *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A no 32, § 24 ; arrêt de la CourEDH *McVicar c. Royaume-Uni* du 7 mai 2002, no 46311/99, CEDH 2002-III, § 49 et 61.

⁵⁵⁰ Arrêt de la CourEDH *Laskowska c. Pologne* du 13 mars 2007, no 77765/01, § 51 ; arrêt de la CourEDH *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A no 32, § 24.

⁵⁵¹ Arrêt de la CourEDH *P., C. et S. c. Royaume-Uni* du 16 juillet 2002, no 56547/00, CEDH 2002-VI, § 137.

⁵⁵² Arrêt de la CourEDH *McVicar c. Royaume-Uni* du 7 mai 2002, no 46311/99, CEDH 2002-III, § 61.

En outre, la représentation permet à la partie de se libérer de certaines contraintes du procès. De manière générale, elle peut confier à un·e représentant·e la tâche d'effectuer des actes de procédure écrits ou oraux à sa place⁵⁵³. Par conséquent, sauf dans les cas de comparution personnelle obligatoire, la partie peut se dispenser d'aller en audience et charger un·e représentant·e de s'y rendre. De plus, la partie peut s'absenter de son domicile sans avoir à se soucier d'une éventuelle notification, car les actes écrits du tribunal doivent être notifiés à la personne désignée comme représentant·e (art. 137 CPC)⁵⁵⁴. 256

B. S'agissant de la représentation à titre professionnel, en particulier par les avocat·e·s

La représentation professionnelle ne se limite en général pas à la seule représentation de la partie au sens strict, mais comprend également une assistance pour la préparation du procès. Ces deux activités vont de pair, de sorte que leur fonction doit s'analyser conjointement. 257

Un·e représentant·e professionnel·le possède habituellement les connaissances juridiques et l'expérience du milieu judiciaire utiles pour mener une procédure, aptitudes qui font souvent défaut à la partie⁵⁵⁵. Par conséquent, faire appel à un·e professionnel·le offre en général à la partie une meilleure protection de ses droits et de plus grandes chances de succès dans la procédure⁵⁵⁶. 258

Une étude ayant pour objet les affaires portées devant le Tribunal fédéral entre 2007 et 2019 a montré que les parties représentées par un·e avocat·e obtenaient (entièrement ou partiellement) gain de cause dans 18.8% des cas, contre seulement 10.3% des parties agissant seules⁵⁵⁷. En matière civile, la différence est encore plus marquée : les parties représentées – qui le sont nécessairement par un·e avocat·e⁵⁵⁸ – ont des chances 6.14 plus élevées de 259

⁵⁵³ Voir N 374 ss.

⁵⁵⁴ Voir N 377 ss.

⁵⁵⁵ BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 351.

⁵⁵⁶ ATF 144 III 164 cons. 3.5 ; ATF 105 Ia 67 cons. 5a, JdT 1981 I p. 637.

⁵⁵⁷ GEERING, N 37 s. L'auteur précise que cette différence se situe surtout au stade de la recevabilité : 61.1% des affaires où une partie a agi seule ont conduit à une décision d'irrecevabilité, contre seulement 14.5% lorsque la partie était représentée (GEERING, N 39). En revanche, dans les causes jugées sur le fond, 20.7% des parties agissant seules ont obtenu gain de cause, contre 13.1% des parties représentées (GEERING, N 41).

⁵⁵⁸ Art. 40 al. 1 LTF ; voir N 796 s.

gagner leur affaire que celles qui ne le sont pas⁵⁵⁹. L'étude révèle également que la représentation est surtout utile pour les personnes physiques (par opposition aux personnes morales et aux entités étatiques) : elles obtiennent gain de cause dans 3.8% des cas lorsqu'elles procèdent seules (toutes matières confondues), et dans 17.6% des cas lorsqu'elles sont représentées⁵⁶⁰.

- 260 La partie a dès lors un intérêt à choisir la personne la plus compétente, mais également la plus digne de confiance pour la représenter dans le procès⁵⁶¹. Les différents types de représentant·e·s professionnel·le·s autorisés par le CPC (art. 68 al. 2 let. a à d CPC) ne sont pas comparables en termes de formation, de devoirs professionnels et de surveillance de l'État⁵⁶².
- 261 Dans ce contexte, le rôle des avocat·e·s est essentiel. Il s'agit des représentant·e·s offrant le plus de garanties pour le justiciable – cette profession est soumise à de nombreuses règles professionnelles ainsi qu'à la surveillance de l'État et nécessite une formation juridique complète⁵⁶³ – ce qui fait des avocat·e·s les personnes les mieux placées pour représenter les parties⁵⁶⁴. À l'origine, la représentation en justice était d'ailleurs leur occupation par excellence⁵⁶⁵. Au fil du temps, cette profession s'est diversifiée⁵⁶⁶, mais la représentation en reste l'une des activités typiques⁵⁶⁷.
- 262 La protection des justiciables n'est cependant pas l'unique fonction des avocat·e·s, qui servent également l'intérêt public à la bonne administration de la justice en facilitant le travail des tribunaux⁵⁶⁸.
- 263 Le passage suivant, tiré de la jurisprudence du Tribunal fédéral, résume bien le rôle des avocat·e·s dans le procès : « l'avocat est le < serviteur du droit >, dans la mesure où sa mission est de conseiller et soutenir ses clients dans la poursuite de leurs intérêts juridiquement protégés ; l'avocat assume une tâche essentielle

⁵⁵⁹ GEERING, N 46.

⁵⁶⁰ GEERING, N 62 ss.

⁵⁶¹ ATF 105 Ia 67 cons. 5a, JdT 1981 I p. 637.

⁵⁶² Pour une description complète des garanties offertes par les différents types de représentant·e·s professionnel·le·s autorisé·e·s, voir N 787 ss.

⁵⁶³ Sur les garanties offertes par les avocat·e·s, voir N 812 ss.

⁵⁶⁴ ATF 114 Ia 34 cons. 2c ; ATF 105 Ia 67 cons. 5b, JdT 1981 I p. 637 ; voir également SCHILLER, Bedeutung des Anwalts, p. 11 ss.

⁵⁶⁵ SCHILLER, Bedeutung des Anwalts, p. 14 ; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, N 21.

⁵⁶⁶ Message LLCA, FF 1999 p. 5338 ; BOHNET, Professions, N 31 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 12.

⁵⁶⁷ ATF 130 II 87 cons. 3, RDAF 2005 I p. 519 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 96 ; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, N 21.

⁵⁶⁸ ATF 114 Ia 34 cons. 2b ; BOHNET/MARTENET, N 916 s. ; SCHILLER/NATER, p. 47.

à l'administration de la justice en garantissant le respect des droits des justiciables et joue ainsi un rôle important pour le bon fonctionnement des institutions judiciaires au sens large »⁵⁶⁹. Le Tribunal fédéral les qualifie ainsi d'auxiliaires de la justice⁵⁷⁰. La CourEDH adopte une position similaire ; elle considère que les avocat·e·s, intermédiaires entre les tribunaux et le public, occupent une position clé dans l'administration de la justice⁵⁷¹.

Les garanties offertes par les avocat·e·s, dès lors qu'elles permettent la protection des droits des justiciables ainsi que le bon fonctionnement de la justice, justifient également le monopole de l'avocat·e⁵⁷². Ce concept sera détaillé aux N 768 ss. 264

IV. Synthèse du chapitre 3

Le présent chapitre a permis de délimiter le sujet de la présente thèse, étape nécessaire avant de l'étudier plus en détail. 265

Nous avons tout d'abord proposé une définition de la représentation conventionnelle, à savoir « le mécanisme par lequel une personne (qualifiée de < représentant·e >) est habilitée par une partie au procès (qualifiée de < représenté·e >) à effectuer ou réceptionner des actes de procédure au nom et pour le compte de cette dernière, de sorte que ces actes produisent directement leurs effets dans la sphère juridique de cette dernière ». 266

Cette notion a ensuite été différenciée de concepts voisins. Si la différence avec certains d'entre eux est évidente, elle l'est moins avec d'autres. Au terme de ces distinctions, on retiendra en particulier deux éléments. Premièrement, le Tribunal fédéral semble assimiler la représentation commerciale en procédure et la fonction d'organe d'une personne morale, ce qui nous paraît peu 267

⁵⁶⁹ ATF 147 IV 385 cons. 2.2 ; ATF 144 II 473 cons. 4.3 ; ATF 106 Ia 100 cons. 6b, JdT 1982 I p. 579 ; arrêt du TF 2C_988/2017 cons. 4.2.

⁵⁷⁰ ATF 146 IV 218 cons. 3.1.3 ; ATF 135 III 259 cons. 2.2.

⁵⁷¹ Arrêt de la CourEDH *Correia de Matos c. Portugal* [GC] du 4 avril 2018, no 56402/12, § 139 ; arrêt de la CourEDH *Kyprianou c. Chypre* [GC] du 15 décembre 2005, no 73797/01, CEDH 2005-XIII, § 173 ; arrêt de la CourEDH *Schöpfer c. Suisse* du 20 mai 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-III, § 29.

⁵⁷² ATF 105 Ia 67 cons. 5a et 5b, JdT 1981 I p. 637 ; BOHNET/MARTENET, N 917 ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 810 s. ; voir également ATF 114 Ia 34 cons. 2b ; GRODECKI/JEANDIN, p. 108 ; POLEDNA, p. 93 ss (qui met l'accent sur l'obligation d'indépendance à laquelle sont soumis·es les avocat·e·s).

convaincant⁵⁷³. Deuxièmement, malgré l'usage occasionnel des termes « assister » et « représenter » comme synonymes⁵⁷⁴, il s'agit de deux activités différentes : contrairement à l'assistance, la représentation permet d'effectuer des actes de procédure à la place de la partie⁵⁷⁵.

- 268 Enfin, la dernière partie du chapitre, consacrée au rôle de la représentation conventionnelle dans le procès civil, a permis de mettre en évidence la fonction essentielle de cette activité.

⁵⁷³ N 187 ss.

⁵⁷⁴ N 206.

⁵⁷⁵ N 209.

Chapitre 4 : Procuration, acte au nom de la partie représentée et aperçu des effets

Deux conditions sont nécessaires pour que la représentation conventionnelle produise des effets : la partie doit avoir donné une procuration à la personne choisie pour la représenter (I) et celle-ci doit agir au nom de la partie (II). 269

Les lois de procédure sont peu précises au sujet de ces conditions. S'agissant de l'exigence d'une procuration, elle est mentionnée aux art. 68 al. 3 et 132 al. 1 CPC, ainsi qu'aux art. 40 al. 2 et 42 al. 5 LTF. Ces dispositions ne donnent cependant aucune indication sur l'octroi de pouvoirs de représentation, leur étendue ou les causes de leur extinction⁵⁷⁶. Quant à la nécessité d'effectuer les actes de représentation au nom d'autrui (en l'occurrence la partie), elle n'est pas évoquée dans les lois précitées. Dans la mesure où ces deux exigences sont issues du droit des obligations⁵⁷⁷, il conviendra donc de se référer aux principes relatifs aux art. 32 ss CO⁵⁷⁸. 270

Lorsque ces exigences sont satisfaites, la représentation conventionnelle produit des effets. Les plus importants d'entre eux seront présentés à la fin du présent chapitre (III). 271

⁵⁷⁶ Avant l'entrée en vigueur du CPC, certains cantons réglementaient des questions relatives à la procuration dans leurs codes ou lois de procédure. Ainsi, plusieurs d'entre eux avaient adopté des dispositions sur l'étendue de la procuration (voir notamment art. 61 ZPO/AR ; art. 31c aGOG/AI ; § 69 ZPO/AG ; § 52 ZPO/BL ; § 31 al. 1 ZPO/BS ; art. 103 CPC/FR ; art. 48 s. CPC/NE ; art. 38 ZPO/NW ; art. 34 ZPO/OW ; art. 104 ZPO/SH ; § 33 ZPO/SZ ; § 51 ZPO/SO ; art. 65 al. 2 CPC/TI ; § 32 ZPO/TG ; art. 72 CPC/VD ; § 32 ZPO/ZG ; § 35 ZPO/ZH), ses causes d'extinction (voir notamment art. 31d aGOG/AI ; art. 106 ZPO/SH ; § 33 ZPO/TG ; § 33 ZPO/ZG) ou les conséquences de son absence (voir notamment art. 108 ZPO/AR ; art. 31e aGOG/AI ; § 71 ZPO/AG ; art. 87 CPC/BE ; art. 102 al. 3 CPC/FR ; art. 101 al. 2 ZPO/GL ; art. 86 CPC/JU ; § 48 al. 2 ZPO/LU ; art. 46 al. 2 CPC/NE ; art. 37 al. 1 ZPO/NW ; art. 42 al. 1 ZPG/SG ; art. 107 ZPO/SH ; § 35 ZPO/SZ ; art. 39 al. 3 et 6 ZPO/UR ; art. 69 al. 2 CPC/VD ; § 38 ZPO/ZH).

⁵⁷⁷ ATF 146 III 121 cons. 3.2.1 ; ATF 126 III 59 cons. 1b ; arrêt du TF 4A_411/2021 du 27 juillet 2022 cons. 6.1 ; arrêt du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 4.1.1 ; arrêt du TF 4A_378/2016 du 11 janvier 2017 cons. 3.2.3.1 ; arrêt du TF 4A_473/2016 du 16 février 2017 cons. 3.1.2 ; CARRON, p. 72 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1318 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 18 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 420 ; VON TUHR, p. 283 s.

⁵⁷⁸ ZK-KLEIN, Intro. art. 32-40 N 109.

I. Procuration (pouvoirs de représentation)

272 La procuration est généralement une condition nécessaire pour que les effets de la représentation se produisent⁵⁷⁹. Après avoir défini la notion de procuration (A), nous expliquerons les principes qui la gouvernent (B), puis nous terminerons par exposer les hypothèses dans lesquelles la représentation peut exceptionnellement avoir des effets en l'absence de procuration (C).

A. Précisions terminologiques

273 Avant d'aborder le cœur du sujet, il est nécessaire de fournir quelques précisions concernant la notion de procuration (*die Vollmacht, la procura*), qui n'est généralement pas définie par les sources de procédure civile. Ce terme peut être compris de plusieurs manières⁵⁸⁰ :

- comme synonyme de « pouvoirs de représentation », lorsque ceux-ci découlent d'un acte juridique unilatéral⁵⁸¹. On parle parfois à cet égard de « procuration interne », car seule la relation entre représenté·e et représentant·e est concernée⁵⁸². À cette notion s'oppose la « procuration externe », ce par quoi il faut comprendre la communication des pouvoirs au tiers⁵⁸³. Le terme de procuration est utilisé dans ce travail dans ce sens. Cette définition a été choisie car c'est celle qui est le plus souvent proposée en droit des obligations. Ainsi, les expressions « procuration »

⁵⁷⁹ Voir N 275.

⁵⁸⁰ NÄF, p. 10 ; ZUFFEREY, nbp 491.

⁵⁸¹ CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 5 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1322 ; HUGUENIN, N 1052 ; KOLLER, N 16.07 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 20 ; VON MOOS, N 14 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 41.07 et 42.01 ; VON TUHR, p. 288 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 28. Voir aussi, en droit allemand, § 166 (2) BGB (« [...] *einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht)* ») ; Wiczorek/Schütze-SMID/HARTMANN, § 80 N 1 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 80 N 2. On observe également que le mot *Vollmacht*, qui apparaît notamment aux art. 34 al. 3, 36 al. 1, 37, 39 al. 1 et 40 CO en version allemande, est traduit en français par « pouvoirs ».

⁵⁸² ZK-KLEIN, art. 33 N 32 ; voir également arrêt du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 4A_76/2019 du 15 juillet 2020 cons. 5.1.2 ; arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 4.1.2.

⁵⁸³ Arrêt du TF 4A_10/2023 du 14 juillet 2023 cons. 3.1.3 ; arrêt du TF 4A_137/2022 du 30 août 2022 cons. 4.3 ; arrêt du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 4.1 et 6.3 ; arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 4.1.2 et 6.3 ; arrêt du TF 4A_76/2019 du 15 juillet 2020 cons. 5.1.2 et 5.4.3 ; CARRON/WESSNER, N 852 ; ENGEL, Obligations, p. 384 ; ZK-KLEIN, art. 33 N 33 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 42.04.

et « pouvoirs de représentation » ont la même signification dans les pages qui suivent ;

- comme la manifestation de volonté⁵⁸⁴ ou l'acte juridique unilatéral⁵⁸⁵ par lequel les pouvoirs de représentation sont conférés, ou comme synonyme « d'octroi de pouvoirs »⁵⁸⁶. Nous désignerons cet acte par l'expression « octroi des pouvoirs » ;
- comme le document prouvant les pouvoirs de représentation⁵⁸⁷. Il peut s'agir d'un document signé par la partie représentée, voire d'une déclaration de celle-ci consignée au procès-verbal⁵⁸⁸. C'est vraisemblablement dans ce sens que le mot *procuracion* est utilisé aux art. 68 al. 3, 132 al. 1, 221 al. 2 let. a et 244 al. 3 let. a CPC et 40 al. 2 LTF⁵⁸⁹. Nous parlerons à cet égard de « preuve de la procuracion » (ou « preuve des pouvoirs »), et plus spécifiquement de « titre de procuracion » pour désigner le document établi au nom de la partie représentée et signé par celle-ci.

À noter que dans le Code des obligations, le mot « procuracion » ne figure pas aux art. 32 ss CO ; il est principalement utilisé pour désigner les pouvoirs octroyés aux fondé·e·s de procuracion (art. 458 ss CO)⁵⁹⁰. En français et en italien, la doctrine et la jurisprudence font toutefois régulièrement usage de ce terme dans le cadre des art. 32 ss CO⁵⁹¹. La situation est différente en langue

274

⁵⁸⁴ Arrêt du TF 4A_378/2016 du 11 janvier 2017 cons. 3.2.3.2 ; BUCHER, *Obligationenrecht*, p. 601 ; WACH, p. 568 ; voir également Stein/Jonas-JACOBY, § 80 N 2 (qui relève que le mot *Vollmacht* peut avoir plusieurs sens en procédure civile allemande).

⁵⁸⁵ BOHNET/MARTENET, N 2647 ; ENGEL, *Obligations*, p. 381. Voir également la définition donnée à l'art. 1984 CC-Fr. (« [l]e mandat ou procuracion est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom »).

⁵⁸⁶ Arrêt du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 6.3 ; arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 6.3 ; CARRON/WESSNER, N 848.

⁵⁸⁷ ZÜRCHER, p. 163 ; voir également CARRON/WESSNER, N 850 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 36 N 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 461 ; arrêt du TF 4A_600/2019 du 17 juin 2020 cons. 3.2 (dans lequel le Tribunal fédéral évoque un pouvoir « consigné dans une procuracion »).

⁵⁸⁸ Voir N 293 ss.

⁵⁸⁹ Voir en particulier le raisonnement du Tribunal fédéral dans l'arrêt du TF 5A_822/2014 du 4 mai 2015 cons. 2.3.

⁵⁹⁰ On trouve également le terme de « procuracion » à l'art. 1008 CO (« endossement par procuracion »).

⁵⁹¹ Voir par exemple, en français, ATF 146 III 121 cons. 3 ss ; ATF 131 III 511 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_378/2016 du 11 janvier 2017 cons. 3.2.3.2 ; CR CO I-CHAPPUIS, en particulier art. 33 N 5 ss ; ENGEL, *Obligations*, en particulier p. 381 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, en

allemande. L'utilisation du mot *Prokura* ne s'est pas étendue au-delà des art. 458 ss CO⁵⁹².

B. Principe

275 L'existence d'une procuration (c'est-à-dire de pouvoirs de représentation) est généralement une condition nécessaire pour que les effets de la représentation se produisent⁵⁹³. Nous présenterons ci-dessous les principes relatifs à l'octroi (1), la preuve (2), l'étendue (3) et l'extinction (4) de la procuration.

1. Octroi

a. Nature

276 En droit des obligations, l'octroi d'une procuration est un acte juridique unilatéral soumis à réception⁵⁹⁴.

277 Il en va de même en procédure civile, où cet acte ne doit pas être qualifié d'acte de procédure⁵⁹⁵. Les raisons suivantes nous conduisent à adopter cette position.

particulier N 436 ss ; voir aussi, en italien, arrêt du TF 4A_270/2007 du 19 février 2008 cons. 2.2.2, 4 et 5 ; arrêt du TF 4C.177/2004 du 19 janvier 2005 cons. 4.2, 5.5 et 6.

⁵⁹² Voir par exemple HUGUENIN, N 1050 (l'unique mention du mot *Prokura* dans la partie consacrée à la représentation directe est en lien avec les art. 458 ss I CO) ; KOLLER, N 18.10 (l'unique mention du mot *Prokura* dans la partie consacrée à la représentation directe est en lien avec l'art. 459 al. 1 CO) ; BSK OR I-WATTER, art. 32 à 39 (où le mot *Prokura* ne figure pas une seule fois).

⁵⁹³ ATF 146 III 121 cons. 3.2.1 ; ATF 126 III 59 cons. 1b ; arrêt du TF 4A_378/2016 du 11 janvier 2017 cons. 3.2.3.1 s. ; CARRON/WESSNER, N 846 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 5 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 436 ; BSK ZPO-WILLISEGGER, art. 221 N 43. Les pouvoirs n'autorisent pas la réalisation d'actes de représentation ; ils autorisent uniquement leurs effets. C'est en vertu d'un contrat, en principe de mandat, qu'un·e représentant·e a la faculté d'effectuer ces actes. En d'autres termes, lorsqu'une partie octroie des pouvoirs à une personne, elle donne seulement son accord pour que les actes de celle-ci produisent des effets pour elle (voir ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 127 ss, en particulier p. 134 : « *Die Vollmacht ist Zustimmung zu dem Ergebnisse der Handlung des Vertreters* »).

⁵⁹⁴ CARRON/WESSNER, N 848 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 6 ; FOURNIER, *Imputation*, N 149 ; KLEIN, p. 3 ; VON MOOS, N 14 ; ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 605 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 42.02 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 439 ; VON TUHR, p. 289.

⁵⁹⁵ PERCASSI, *Actes*, p. 104 ; ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 134 s. ; ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 563 ss (qui précise que le concept de procuration en procédure ne se différencie pas de la

Premièrement, l'acte de procédure est un acte qui déploie des effets directs en procédure⁵⁹⁶. Or le fait de conférer des pouvoirs n'a aucun effet direct dans la procédure ; il n'en produit que si celui ou celle qui a reçu les pouvoirs effectue un acte de procédure. L'octroi d'une procuration intervient même régulièrement avant qu'un procès ne soit engagé (par exemple lorsqu'une personne consulte un·e avocat·e dans la perspective d'ouvrir une action) et s'avère parfois sans utilité (lorsque cette même personne décide finalement d'agir seule ou de renoncer à agir). 278

De plus, les pouvoirs sont souvent donnés simultanément pour la réalisation d'actes de procédure *et* d'actes juridiques⁵⁹⁷. Pour cette raison, il nous paraît que l'octroi des pouvoirs doit faire l'objet d'une qualification unique⁵⁹⁸. 279

Précisons que l'opinion contraire prévaut aujourd'hui en Allemagne, où l'on considère qu'en procédure civile, l'octroi de pouvoirs de représentation est un acte de procédure⁵⁹⁹. Il faut cependant souligner que de nombreux aspects de la procuration sont réglementés dans le ZPO-All. (dix dispositions – §§ 80 à 89 ZPO-All. – sont consacrées à ce sujet). Le fait que ce sujet soit réglementé de manière extensive par une loi de procédure semble expliquer l'approche allemande. La situation est bien différente en droit de procédure suisse, où seul un alinéa du CPC et de la LTF (art. 68 al. 3 CPC et art. 40 al. 1 LTF) traite de la procuration. Ce sont donc essentiellement les art. 32 ss CO qui réglementent cette question. Pour cette raison, la solution qui s'est imposée en droit allemand ne nous paraît pas nécessairement pertinente pour le droit suisse. 280

procuration en droit matériel) ; *contra* : GULDENER, p. 258 ; NÄF, p. 23 ; voir également les références de droit allemand citées à la nbp 599.

⁵⁹⁶ JEANDIN/PEYROT, N 558 ; PERCASSI, Actes, p. 100 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 63 s. ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-STAEHELIN A./BACHOFNER, § 17 N 1.

⁵⁹⁷ Dans ce sens : ROSENBERG, Lehrbuch, p. 135 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 564 s.

⁵⁹⁸ Dans ce sens : ROSENBERG, Lehrbuch, p. 135 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 564 s.

⁵⁹⁹ Zöller-ALTHAMMER, § 80 N 3 ; Stein/Jonas-JACOBY, § 80 N 6 ; Saenger/Ullrich/Siebert-ZEMPEL/NICKEL, § 80 N 3 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 55 N 5 ; Wieczorek/Schütze-SMID/HARTMANN, § 80 N 4 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 80 N 3 .

b. Forme

(i) Principe

281 Comme en droit des obligations⁶⁰⁰, aucune forme n'est prescrite pour l'octroi des pouvoirs de représentation en procédure civile⁶⁰¹. La partie peut conférer des pouvoirs par écrit (en signant un titre de procuration), par oral, voire – comme expliqué dans les paragraphes qui suivent – par actes concludants. Il s'agit d'un acte juridique unilatéral⁶⁰² que la partie doit adresser à la personne qui assurera sa représentation⁶⁰³. Ces pouvoirs doivent cependant ensuite être prouvés dans la procédure, et cette preuve ne peut pas être apportée de n'importe quelle façon (N 287 ss).

(ii) Octroi des pouvoirs par actes concludants

282 En droit des obligations, les pouvoirs peuvent être octroyés par actes concludants⁶⁰⁴. C'est notamment le cas dans les deux situations suivantes :

- lorsque la personne représentée sait que quelqu'un la représente sans pouvoirs et qu'elle ne s'y oppose pas⁶⁰⁵ ;

⁶⁰⁰ CARRON/WESSNER, N 855 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 9 ; HUGUENIN, N 1067 ; KLEIN, p. 3 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 42.03 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 440 ; VON TUHR, p. 289.

⁶⁰¹ Arrêt du KG/BL 400 17 87 du 20 juin 2017 cons. 1 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 4 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1179 ; BK-FELLMANN, art. 396 N 127 ; Stein/Jonas-JACOBY, § 80 N 12 ; Wieczorek/Schütze-SMID/HARTMANN, § 80 N 8 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 80 N 5.

⁶⁰² Voir N 276.

⁶⁰³ ATF 101 II 117 cons. 4 ; ATF 99 II 39 cons. 1 ; CARRON, p. 72 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 5 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1343 ; VON TUHR, p. 288 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 130 ; dubitatifs : BUCHER, Obligationenrecht, p. 601 nbp 20 ; ZK-KLEIN, art. 33 N 12 ss ; BSK OR I-WATTER, art. 33 N 9.

⁶⁰⁴ ATF 146 III 37 cons. 7.1.1 ; ATF 141 III 289 cons. 4.1, JdT 2017 II p. 413 ; arrêt du TF 4A_10/2023 du 14 juillet 2023 cons. 3.1.1 ; arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 5.1.2 ; CARRON/WESSNER, N 856 ; FOURNIER, Imputation, N 151.

⁶⁰⁵ ATF 141 III 289 cons. 4.1, JdT 2017 II p. 413 ; arrêt du TF 4A_368/2020 du 9 février 2021 cons. 4.4 ; arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 5.1.2 ; CARRON/WESSNER, N 860 ; CHK OR I-KUT, art. 33 N 8 ; BSK OR I-WATTER, art. 33 N 16 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 47.

- lorsque la personne représentée ne sait *pas* que quelqu'un la représente sans pouvoirs, mais aurait dû s'en rendre compte en prêtant l'attention nécessaire⁶⁰⁶.

Dans les deux cas, la personne agissant comme représentant·e ne doit pas s'être rendue compte de l'absence de volonté d'octroyer des pouvoirs⁶⁰⁷. Si elle savait (ou aurait dû remarquer) que la personne représentée n'avait pas l'intention de lui accorder des pouvoirs de représentation, l'existence d'une procuration octroyée tacitement doit être niée⁶⁰⁸. Il convient alors d'examiner si l'art. 33 al. 3 CO s'applique⁶⁰⁹ (voir N 332 ss à ce sujet). 283

Précisons que ces cas de figure sont parfois désignés par les expressions « procuration par tolérance » (*Duldungsvollmacht*) et « procuration apparente » (*Anscheinsvollmacht*)⁶¹⁰. Cette terminologie n'est toutefois pas uniforme⁶¹¹. En particulier, il est fréquent que ces deux expressions soient utilisées pour qualifier les situations appréhendées par l'art. 33 al. 3 CO⁶¹² (voir N 332 ss au sujet de cette disposition). Afin d'éviter de confondre ces différentes hypothèses, des terminologies alternatives sont proposées. Ainsi, la procuration (par tolérance ou apparente) est parfois qualifiée *d'interne* en cas d'octroi tacite des pouvoirs (art. 32 al. 1 CO) et *d'externe* dans le cadre de l'art. 33 al. 3 CO⁶¹³. 284

⁶⁰⁶ ATF 141 III 289 cons. 4.1, JdT 2017 II p. 413 ; arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 5.1.2 ; CARRON/WESSNER, N 861 ; CHK OR I-KUT, art. 33 N 8 ; BSK OR I-WATTER, art. 33 N 16 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 52. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID considèrent cependant qu'il s'agit d'un cas d'application de l'art. 33 al. 3 CO (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1412).

⁶⁰⁷ ZK-KLEIN, art. 33 N 184 ; CHK OR I-KUT, art. 33 N 8 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 48 et 52 ; voir également ATF 141 III 289 cons. 4.1, JdT 2017 II p. 413 ; arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 5.1.2.

⁶⁰⁸ ZK-KLEIN, art. 33 N 184 ; CHK OR I-KUT, art. 33 N 8 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 48 et 52.

⁶⁰⁹ ATF 146 III 37 cons. 7.1.2 ; arrêt du TF 4A_10/2023 du 14 juillet 2023 cons. 3.1.2 ; ZK-KLEIN, art. 33 N 184 ; CHK OR I-KUT, art. 33 N 8 ; BSK OR I-WATTER, art. 33 N 16 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 48 et 52 ; voir également CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 12.

⁶¹⁰ CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 12 ; KOLLER, N 19.08 ; CHK OR I-KUT, art. 33 N 8 ; BSK OR I-WATTER, art. 33 N 16 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 46 ss.

⁶¹¹ ATF 120 II 197 cons. 2a, JdT 1995 I p. 194 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1413 ; HUGUENIN, N 1098 et 1100 ; ZK-KLEIN, art. 33 N 183 s. ; KOLLER, N 19.08 ; PERCASSI, Note 5A_395/2019, p. 118.

⁶¹² ATF 120 II 197 cons. 2a, JdT 1995 I p. 194 ; BUCHER, *Obligationenrecht*, p. 613 ; ZK-KLEIN, art. 33 N 183 ; CHK OR I-KUT, art. 33 N 8 ; OFK OR-SCHÖBI, art. 33 N 16 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 42.30 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 46.

⁶¹³ ATF 146 III 37 cons. 7.1.1 et 7.1.2.1 ; arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 5.1.2 et 6.3.1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 441 et 477 ; voir également ATF 141 III 289,

Dans les arrêts rendus en allemand, le Tribunal fédéral utilise parfois les expressions de *Duldungsbevollmächtigung* et *Anscheinsbevollmächtigung* en lien avec l'art. 32 al. 1 CO tandis qu'il évoque les termes *Duldungsvollmacht* et *Anscheinsvollmacht* dans le contexte de l'art. 33 al. 3 CO⁶¹⁴.

285 La jurisprudence et la doctrine sont d'avis que ces hypothèses valent également en matière procédurale⁶¹⁵. Cette solution est admissible, dans la mesure où l'octroi des pouvoirs n'est, à notre avis, pas soumis à une forme spécifique en procédure civile⁶¹⁶. Il faut toutefois garder à l'esprit que l'existence de ces pouvoirs devra ensuite être démontrée, et que cette preuve ne pourra pas être apportée par actes concluants (voir N 287 ss)⁶¹⁷.

286 *Exemple : la bailleresse X fait régulièrement appel à l'avocat Y pour la représenter dans des procédures judiciaires. Souhaitant expulser l'un de ses locataires dont le bail a été résilié, elle expose son cas à Me Y et le charge de saisir la justice. Me Y dépose une requête selon la procédure du cas clair. Il omet de faire signer un titre de procuration à sa cliente et dépose la requête sans cette pièce. Dans un tel cas, il faut à notre avis considérer que Me Y a reçu des pouvoirs – tacites – de X pour la représenter dès le début de la procédure. Me Y devra cependant ensuite produire un titre de procuration (spontanément ou sur requête du tribunal), afin de prouver l'existence des pouvoirs.*

JdT 2017 II p. 413 ; arrêt du TF 4A_10/2023 du 14 juillet 2023 cons. 3.1.3 ; arrêt du TF 4A_137/2022 du 30 août 2022 cons. 4.3.1 ; arrêt du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 6.3.1 ; arrêt du TF 4A_360/2020 du 2 novembre 2020 cons. 5.2 ; CARRON, p. 73 ; CARRON/WESSNER, N 860 s. et 983 ; HUGUENIN, N 1095 ss ; CHK OR I-KUT, art. 33 N 8. Voir toutefois HÄUSLER, p. 293, qui préconise plutôt de parler d'« apparence (interne) de pouvoirs » dans le cadre de l'art. 32 al. 1 CO et d'« apparence (externe) de procuration » en lien avec l'art. 33 al. 3 CO.

⁶¹⁴ ATF 146 III 37 cons. 7.1.1 et 7.1.2.1 ; voir également ATF 141 III 289, JdT 2017 II p. 413.

⁶¹⁵ Arrêt du TF 5A_500/2010 du 12 octobre 2010 cons. 6.2.2 ; arrêt du TF 4P.184/2003 du 2 février 2004 cons. 2.3.2 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 86. Voir aussi arrêt du TF 5A_803/2019 du 3 avril 2020 cons. 3.4 ; arrêt du TC/FR 101 2021 115 du 7 juillet 2021 cons. 2.1.2, dans lequel il a été admis que des pouvoirs de représentation passive pouvaient être octroyés tacitement. Cependant, dans l'arrêt du TF 5A_395/2019 du 16 décembre 2019, le Tribunal fédéral semble un peu dubitatif quant à cette possibilité (cons. 5.2 : « À supposer qu'une procuration tolérée ou une procuration apparente soit concevable en procédure [...] »).

⁶¹⁶ Voir N 281.

⁶¹⁷ Stein/Jonas-JACOBY, Intro. § 80 N 16.

2. Preuve

L'existence des pouvoirs de représentation doit être prouvée dans le cadre de la procédure⁶¹⁸. Cela ressort des art. 68 al. 3 CPC et art. 40 al. 2 LTF, qui indiquent que les pouvoirs doivent être *justifiés* par une procuration (mise en italique ajoutée). Le mot « procuration » semble ici être entendu comme la preuve des pouvoirs, et non comme synonyme de pouvoirs de représentation. 287

À notre avis, on ne peut pas considérer que la *validité* des pouvoirs de représentation en procédure civile est conditionnée à une forme spécifique⁶¹⁹. Notre réflexion est la suivante. 288

En droit des obligations, l'absence de procuration (c'est-à-dire de pouvoirs de représentation) a pour conséquence que les actes de représentation ne produisent aucun effet⁶²⁰. Il ne s'agit donc pas d'un vice de forme. Toutefois, en procédure civile, à lire les art. 132 al. 1 CPC et 42 al. 5 LTF, l'absence de procuration est un vice de forme réparable. Cependant, si l'on part du principe que le mot procuration doit ici être entendu comme le *moyen de preuve* permettant de vérifier que les pouvoirs sont bien là, la présentation d'un titre de procuration au tribunal démontre l'existence de la procuration, mais n'est pas une condition de sa validité. En considérant la situation sous cet angle, les principes de droit des obligations sont compatibles avec ceux de procédure civile : dans le procès 289

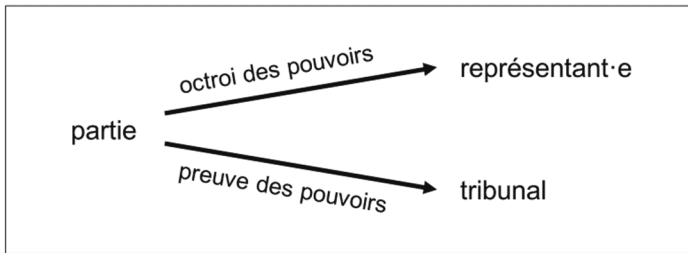
⁶¹⁸ Dans ce sens : ATF 104 Ia 403 cons. 4c (où le Tribunal fédéral relève que « [l]a procuration écrite n'est que le moyen de preuve établissant que l'avocat est habilité par son mandat à agir pour lui dans les limites du mandat confié »); arrêt du TF 4A_181/2020 du 30 novembre 2020 cons. 1.2 (qui qualifie la procuration de pièce destinée à justifier des pouvoirs); arrêt du TF 5A_822/2014 du 4 mai 2015 cons. 2.3 (où le Tribunal fédéral retient qu'un·e représentant·e peut avoir reçu des pouvoirs de représentation, mais avoir oublié de les justifier); ZK-KLEIN, Intro. art. 32-40 N 109; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 4; comp. également Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 20; CR CPC-BOHNET, art. 132 N 27; BOHNET, Défenses, p. 275. Une approche similaire est adoptée en droit allemand. § 80 ZPO-All. prévoit que « [d]ie Vollmacht ist schriftlich zu den Gerichtsakten einzureichen » (« la procuration doit être déposée par écrit au dossier du tribunal »). La doctrine considère que l'octroi des pouvoirs n'est soumis à aucune forme (Stein/Jonas-JACOBY, § 80 N 12; Wieczorek/Schütze-SMID/HARTMANN, § 80 N 8; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 80 N 5; voir également npb 601). Cette disposition n'impose pas la forme écrite pour la procuration, mais est une simple règle d'ordre, destinée à prouver l'existence des pouvoirs de représentation (Stein/Jonas-JACOBY, § 80 N 12; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 615; Wieczorek/Schütze-SMID/HARTMANN, § 80 N 8; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 80 N 5). En droit suisse, la forme de la preuve des pouvoirs ne peut toutefois pas être qualifiée de règle d'ordre : les art. 132 al. 1 CPC et 42 al. 5 LTF prévoient une conséquence si cette règle n'est pas respectée.

⁶¹⁹ *Contra* : arrêt du TF 5A_252/2014 du 10 juin 2014 cons. 2.1.

⁶²⁰ Voir les références citées à la npb 593 *a contrario*.

civil, en l'absence de procuration, les actes de représentation ne produisent pas d'effet, et, en l'absence de preuve de la procuration, il existe un vice de forme (sur ces questions, voir également N 344 ss) ;

- 290 Cette preuve doit être fournie au tribunal. Compte tenu des principes exposés ci-dessus en matière d'octroi des pouvoirs, la situation se présente de la manière suivante :



- 291 La preuve des pouvoirs doit être fournie dès le moment où un·e représentant·e intervient dans la procédure. Si cette démarche n'est pas effectuée, l'acte est entaché d'un vice de forme et le tribunal devra fixer un délai à la partie pour s'exécuter (art. 132 al. 1 CPC ; art. 42 al. 5 LTF ; voir N 332 ss).
- 292 Cette règle est importante, car elle sert la bonne administration de la justice en permettant d'« éviter que les autorités judiciaires ne se saisissent inutilement d'un litige que les parties n'entendent pas lui soumettre »⁶²¹.
- 293 La preuve des pouvoirs peut être apportée de deux façons :
- un titre de procuration – c'est-à-dire un document signé par la partie – peut être produit dans la procédure⁶²². Ce sera le cas lors du dépôt de certains actes de procédure écrits auxquels un tel document sera joint

⁶²¹ Arrêt du TF 2C_545/2021 du 10 août 2021 cons. 2.2 ; arrêt du TF 1C_237/2019 du 17 mai 2019 cons. 2.2 ; arrêt du TF 2C_55/2014, 2C_56/2014 du 6 juin 2014 cons. 5.3.3.

⁶²² Arrêt de l'OG/ZH VB150005 du 18 septembre 2015 cons. 4.2 ; Message CPC, FF 2006 p. 6894 ; SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 10 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 4 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 12 ; OFK ZPO-MORF, art. 68 N 5 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 15 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 68 N 39. À noter que l'avant-projet du CPC prévoyait que la preuve de la procuration devait être écrite (art. 60 al. 1 AP-CPC 2003 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 12 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 27 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 14).

(par exemple une demande⁶²³, un appel⁶²⁴, ou tout autre premier acte déposé par un·e représentant·e dans la procédure⁶²⁵). Une copie du titre de procuration original suffit⁶²⁶ ;

- la partie présente à une audience peut confirmer par oral l’existence des pouvoirs de représentation⁶²⁷. Ses déclarations seront alors consignées au procès-verbal⁶²⁸. Cette forme de preuve n’est toutefois pas admise devant le Tribunal fédéral, où les pouvoirs doivent obligatoirement être établis au moyen d’un document écrit (ou électronique si l’acte de procédure est transmis électroniquement)⁶²⁹.

La preuve des pouvoirs est à notre avis requise uniquement pour la procuration principale. Si la représentante ou le représentant octroie une sous-procuration⁶³⁰, celle-ci n’a pas besoin d’être prouvée dans les formes mentionnées ci-dessus. 294

Savoir si l’octroi d’une sous-procuration est possible s’examine selon le principe de la confiance⁶³¹. En règle générale, si la personne qui représente à titre principal est autorisée à faire appel à des substituts (art. 398 al. 3 CO), elle 295

⁶²³ Voir art. 221 al. 2 let. a (procédure ordinaire) et 244 al. 3 let. a CPC (procédure simplifiée) ; HALDY, p. 536 ; OFK ZPO-MORF, art. 68 N 5.

⁶²⁴ L’art. 221 CPC s’applique par analogie à l’appel ; un titre de procuration doit par conséquent être joint lorsqu’un appel est déposé (arrêt de la CJ/GE ACJC/1360/2018 du 8 octobre 2018 cons. 2.1 ; DK ZPO-HUNGERBÜHLER/BUCHER, art. 311 N 12 et 14).

⁶²⁵ Arrêt du TC/JU CC 76/2011 du 12 décembre 2011 cons. 2.2.

⁶²⁶ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 27 ; SK ZPO-LEUENBERGER, art. 221 N 62 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 27 ; CR CPC-TAPPY, art. 221 N 28 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 14.

⁶²⁷ SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 10 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 29 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 4 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 13 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 14 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 68 N 39 ; voir également BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 26.

⁶²⁸ SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 10 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 29 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 4 ; ZK-KLEIN, Intro. art. 32-40 N 114 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 13 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 15 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 68 N 39 ; voir également BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 26.

⁶²⁹ Arrêt du TF 6B_1388/2022 du 8 mai 2023 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_252/2014 du 10 juin 2014 cons. 2.1 ; arrêt du TF 6B_226/2012 du 15 mai 2012 cons. 1.2 ; arrêt du TF 6B_787/2011 du 12 mars 2012 cons. 2 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 22 ; DONZALLAZ, art. 40 N 824.

⁶³⁰ Précisons que l’octroi d’une sous-procuration en procédure est admissible (BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 87).

⁶³¹ ZK-KLEIN, art. 33 N 56 ; BSK OR I-WATTER, art. 33 N 20.

peut également octroyer des sous-procurations⁶³². C'est généralement le cas en ce qui concerne les avocat·e·s : le titre de procuration signé en leur faveur contient fréquemment une autorisation de substitution⁶³³.

- 296 Les sous-procurations peuvent être accordées tant à des substituts que des auxiliaires⁶³⁴ (comme les stagiaires⁶³⁵). Ainsi et sauf disposition contraire⁶³⁶, une trace écrite de la sous-procuration octroyée par un·e avocat·e à un·e stagiaire n'est pas indispensable⁶³⁷. Il en va à notre avis de même lorsque la sous-procuracion est octroyée à un substitut (étant précisé qu'en cas de substitution, la partie peut également octroyer directement les pouvoirs de représentation à la personne agissant en tant que substitut⁶³⁸).
- 297 On peut également se demander si une procuration est requise en cas de représentation passive, c'est-à-dire lorsqu'une partie charge une personne de réceptionner les actes de procédure à sa place⁶³⁹. Dans ce cas, la partie agit elle-même et informe l'autorité de procédure – par oral ou par écrit – que les actes de procédure doivent être envoyés à une adresse qui n'est pas la sienne, ce qui revient à indiquer que des pouvoirs de représentation passive ont été octroyés. De ce fait, il n'y a pas de problème de preuve, étant donné que l'autorité de procédure civile est informée de la représentation passive directement par la partie.

⁶³² BUCHER, *Obligationenrecht*, p. 634 npb 118 ; ZK-KLEIN, art. 33 N 56.

⁶³³ ZK-KLEIN, art. 33 N 56 ; voir par exemple le modèle de titre de procuration proposé par l'Ordre des avocats de Genève, disponible sur https://odage.ch/wp-content/uploads/2022/08/procuracion_fr_4.pdf (consulté le 30 septembre 2023).

⁶³⁴ Sur la distinction entre substitut et auxiliaire (qui est sujette à discussion), voir BK-FELLMANN, art. 398 N 538 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4421 ; CR CO I-WERRO, art. 398 N 5.

⁶³⁵ Voir N 972.

⁶³⁶ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 28 ; voir en particulier § 13 AnwV/AG ; § 6 al. 3 AnwG/BL ; § 6 al. 3 AdvG/BS ; au sujet de ces dispositions et de la sous-procuracion des avocat·e·s stagiaires, voir également N 970.

⁶³⁷ Dans ce sens : CR CPC-BOHNET, art. 68 N 28.

⁶³⁸ Voir BOHNET/MARTENET, N 2674 ; BK-FELLMANN, art. 398 N 625.

⁶³⁹ Voir N 145.

3. Étendue

a. Introduction

En droit des obligations, la doctrine et la jurisprudence distinguent entre procuration générale et procuration spéciale. On trouve diverses définitions de ces notions⁶⁴⁰, de sorte qu'il n'est pas aisé de comprendre quelle est l'étendue respective de chacune de ces procurations⁶⁴¹. 298

La doctrine ne s'accorde d'ailleurs pas sur la question de savoir si la procuration procédurale (*Prozessvollmacht*) est générale ou spéciale (peut-être justement parce que ces deux notions ne sont pas très claires). Pour HABSCHIED, la procuration procédurale peut être générale ou spéciale⁶⁴². ZÄCH/KÜNZLER relèvent que les procurations des avocat·e·s sont des procurations générales dans la mesure où elles valent pour tous les actes de procédure à effectuer, mais qu'elles sont toutefois limitées à une seule affaire⁶⁴³. DOMEJ est d'avis que la conduite d'un procès n'est en règle générale pas englobée dans une procuration générale⁶⁴⁴. MATTI souligne que la procuration procédurale habituelle est considérée comme une procuration générale⁶⁴⁵. KLEIN place la procuration donnée à un·e avocat·e parmi les procurations spéciales⁶⁴⁶. 299

⁶⁴⁰ La procuration générale s'étend, suivant les auteur·e·s, à un ensemble d'actes (TERCIER/PICHONNAZ, N 449), à un ensemble d'actes de nature économique (CARRON/WESSNER, N 887), à toutes les opérations de nature économiques relatives à un certain patrimoine (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 42.11 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 95 ; dans le même sens : HUGUENIN, N 1076) ou encore à l'ensemble des affaires de la personne représentée (OFK OR-SCHÖBI, art. 33 N 10 ; dans le même sens : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1357). ENGEL considère qu'une procuration générale « est plus ou moins étendu[e] » et peut s'étendre à un genre d'actes, à une série d'opérations ou à toutes les affaires de la personne représentée (ENGEL, Obligations, p. 389 ; dans le même sens : CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 16). Quant à la procuration spéciale, elle est parfois définie comme s'étendant à un acte isolé (CARRON, p. 73 ; CARRON/WESSNER, N 887 ; OFK OR-SCHÖBI, art. 33 N 10 ; VON TUHR, p. 293), à un ou quelques actes déterminés (FOURNIER, Imputation, N 159 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 449), à un acte déterminé ou à une affaire (ENGEL, Obligations, p. 389), ou à une seule affaire (CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 16 ; HUGUENIN, N 1076 ; ZK-KLEIN, art. 33 N 67 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 42.11 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 93).

⁶⁴¹ BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 95 (concernant la procuration générale).

⁶⁴² HABSCHIED, Zivilprozessrecht, N 301 ; dans ce sens également : ATF 117 Ia 440 cons. 1, JdT 1993 I p. 194 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 18.

⁶⁴³ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 88.

⁶⁴⁴ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 2.

⁶⁴⁵ MATTI, p. 1069.

⁶⁴⁶ ZK-KLEIN, art. 33 N 67.

300 Dans ce contexte, nous avons cherché à déterminer comment doit être formulée une procuration procédurale et à délimiter son étendue, plutôt que d'essayer de la placer dans la catégorie « procuration générale » ou « procuration spéciale ».

b. En général

301 Les pouvoirs doivent porter sur une procédure particulière⁶⁴⁷. Ils doivent donc être formulés en lien avec une partie adverse (ou plusieurs parties adverses) et un objet du litige spécifique⁶⁴⁸.

302 Les pouvoirs de représentation peuvent être plus ou moins larges. Ils peuvent s'étendre à :

- l'accomplissement de tous les actes d'une procédure⁶⁴⁹. Dans ce cas, les pouvoirs se rapportent également à la réception d'actes de procédure (représentation passive)⁶⁵⁰ ;
- l'accomplissement de certains actes d'une procédure uniquement⁶⁵¹ (hypothèse qui est à notre avis plutôt rare) ;
- la réception d'actes de procédure uniquement⁶⁵² (représentation passive). En allemand, on qualifie dans ce cas la personne qui représente

⁶⁴⁷ ATF 85 I 39 cons. 3 ; arrêt de l'OG/ZH PE190017 du 2 août 2019 cons. 2.1.2 ; OFK ZPO-JENNY/JENNY, art. 132 N 1 ; DK ZPO-KRAMER/ERK, art. 132 N 1 ; voir également arrêt du TF 6B_597/2022 du 20 juillet 2022 cons. 5 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 88. Le Tribunal fédéral se montre strict à cet égard. En 2016, il a confirmé une décision cantonale selon laquelle une procuration donnée pour une procédure de divorce ne valait pas pour une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale entre les mêmes parties (arrêt du TF 5A_561/2016 du 22 septembre 2016 cons. 3.3). Pour une critique de cet arrêt, voir SCHWANDER, p. 201 ; voir également N 325 ss au sujet de cette décision.

⁶⁴⁸ ATF 85 I 39 cons. 3 ; arrêt du TF I 230/02 du 22 octobre 2002 cons. 4.1.1 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 68 N 40 ; voir également BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 117. À noter que l'*Obergericht* zurichois a considéré admissible que la procuration ne mentionne qu'une des deux parties adverses (arrêt de l'OG/ZH VB150005 du 18 septembre 2015 cons. 4.4).

⁶⁴⁹ GULDENER, p. 136 s.

⁶⁵⁰ Voir N 381.

⁶⁵¹ GULDENER, p. 136 s.

⁶⁵² Arrêt du TF 5A_803/2019 du 3 avril 2020 cons. 3.3 ; arrêt du TC/FR 101 2021 115 du 7 juillet 2021 cons. 2.1.2 ; BK ZPO-FREI, art. 137 N 3 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 140 N 4 ; GULDENER, p. 136 s. et 252 ; DK ZPO-HUBER, art. 137 N 14.

la partie de *Zustellungsbevollmächtigte*⁶⁵³ ou
d'*Insinuationsmandatar*⁶⁵⁴.

Sauf indication contraire, les pouvoirs donnés en lien avec une procédure valent 303
pour toutes les instances⁶⁵⁵, y compris le Tribunal fédéral⁶⁵⁶.

Les pouvoirs ne s'étendent ni aux actes qui vont à l'encontre du contrat liant 304
généralement représentant·e et représenté·e, ni aux comportements
manifestement contraires aux intérêts de la partie représentée⁶⁵⁷. Ces actes sont
donc effectués sans pouvoirs ; les conséquences d'une telle situation sont
décrites aux N 344 ss.

L'art. 396 al. 3 CO précise que « [l]e mandataire ne peut, sans un pouvoir 305
spécial, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner
ou grever des immeubles, ni faire des donations ». Cette règle s'applique
uniquement lorsqu'un·e représentant est lié·e par un contrat de mandat à la
partie⁶⁵⁸. Dans le contexte du procès civil, cela signifie que, faute de précision,
les pouvoirs octroyés pour une procédure ne s'étendent notamment pas à la
transaction⁶⁵⁹, l'acquiescement⁶⁶⁰ ou le désistement d'action⁶⁶¹.

⁶⁵³ Arrêt du TF 5A_803/2019 du 3 avril 2020 cons. 3.3 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 140 N 4 ;
GULDENER, p. 252 ; DK ZPO-HUBER, art. 137 N 14.

⁶⁵⁴ BSK ZPO-GSCHWEND, art. 140 N 4 ; GULDENER, p. 136 nbp 58 et p. 252 ; DK ZPO-
HUBER, art. 137 N 14.

⁶⁵⁵ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 26 ; GULDENER, p. 137 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER,
art. 68 N 12 ; arrêt de l'OG/ZH PE130007 du 6 février 2014 cons. 2.6. Dans un arrêt récent,
il a ainsi été considéré qu'une procuracion faisant uniquement référence à la procédure
cantonale ne permettait pas d'agir devant le Tribunal fédéral (arrêt du TF 1C_710/2020
du 18 janvier 2021).

⁶⁵⁶ ATF 117 Ia 440 cons. 1, JdT 1993 I p. 194 ; arrêt du TF 1F_16/2021 du 21 avril 2021
cons. 2.2 ; arrêt du TF 6P.105/2006 du 2 novembre 2006 cons. 2.3.2 ; Commentaire LTF-
AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 23 ; DK BGG-DOLGE, art. 40 N 7 ; HALDY, p. 537 ; BSK
BGG-MERZ, art. 40 N 41.

⁶⁵⁷ Arrêt du TF 9F_5/2013 du 19 juin 2013 cons. 4.1 ; BSK OR I-WATTER, art. 33 N 17.

⁶⁵⁸ ATF 76 I 338 cons. 5 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4408. Un contrat de mandat lie souvent
– mais pas toujours – la partie et la personne qui la représente (voir N 130 ss).

⁶⁵⁹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 3 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1185 ; OFK ZPO-MORF,
art. 68 N 6 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 15 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 14a.

⁶⁶⁰ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 3 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1186 ; BK ZPO-STERCHI,
art. 68 N 15 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 14a.

⁶⁶¹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 3 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1186 ; BK ZPO-STERCHI,
art. 68 N 15 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 14a.

306 À noter que jusqu'au 31 décembre 2010, l'art. 396 al. 3 CO exigeait également un pouvoir spécial pour « intenter un procès »⁶⁶². Cette règle a été supprimée lors de l'adoption du CPC⁶⁶³. Les travaux parlementaires n'indiquent pas pourquoi cette disposition a été révisée⁶⁶⁴. Selon FELLMANN, l'exigence d'une procuration spéciale pour intenter un procès aurait été supprimée, car elle aurait été considérée comme superflue au regard de l'art. 68 al. 3 CPC⁶⁶⁵. Cet auteur est d'avis que cette modification législative est une erreur manifeste (*offensichtliches Versehen*) et qu'une procuration spéciale est toujours nécessaire pour intenter un procès⁶⁶⁶. Soulignons également que certains auteurs se réfèrent à l'ancien texte de l'art. 396 al. 3 CO, sans que l'on parvienne à discerner s'il s'agit d'une inadvertance ou non⁶⁶⁷.

c. Doutes sur l'étendue de la procuration

307 Lorsque le tribunal doute qu'une procuration soit valable pour la procédure en cours (par exemple si le titre de procuration est ancien⁶⁶⁸, formulé de manière vague⁶⁶⁹, ou se rapporte à une autre procédure⁶⁷⁰), il peut requérir une nouvelle preuve des pouvoirs afin de clarifier la situation⁶⁷¹. Si la personne représentant

⁶⁶² FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 1174 ; CHK OR III-GEHRER CORDEY/GIGER, art. 396 N 11.

⁶⁶³ RO 2010 p. 1841 ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 1174 ; HALDY, p. 537 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4408.

⁶⁶⁴ FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 1175 ; CHK OR III-GEHRER CORDEY/GIGER, art. 396 N 11.

⁶⁶⁵ FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 1174 s.

⁶⁶⁶ FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 1175, 1179 et 1183 ; du même avis : MÜLLER C., N 2672.

⁶⁶⁷ Voir ZK-KLEIN, *Intro.* art. 32-40 N 112 ; CR CO I-WERRO, art. 396 N 13.

⁶⁶⁸ Arrêt du TF 9C_533/2022 du 10 février 2023 cons. 5.3 ; arrêt du TF 5A_561/2016 du 22 septembre 2016 cons. 3.3 ; arrêt du TF 9C_793/2013 du 27 mars 2014 cons. 1.2 ; arrêt du TF 9F_7/2013 du 27 novembre 2013 cons. 3.2.2 ; arrêt de l'OG/ZH VB150005 du 18 septembre 2015 cons. 4.2 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 27.

⁶⁶⁹ Arrêt du TF 5A_561/2016 du 22 septembre 2016 cons. 3.3 ; arrêt du TF 9C_793/2013 du 27 mars 2014 cons. 1.2 ; arrêt du TF 9F_7/2013 du 27 novembre 2013 cons. 3.2.2 ; arrêt du TF 9C_417/2008 du 26 septembre 2008 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 27.

⁶⁷⁰ Arrêt du TF 5A_561/2016 du 22 septembre 2016 cons. 3.3 (dans cette affaire, le tribunal avait requis un nouveau titre de procuration d'une avocate représentant une partie dans une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, car le titre de procuration de l'avocate se rapportait à la procédure de divorce de son client ; au sujet de cet arrêt, voir N 325 ss) ; voir également arrêt du TF 1C_430/2020 du 10 août 2020 cons. 2 ; arrêt de l'OG/ZH PP200022 du 2 décembre 2020 cons. 7.4, ZR 121/2022 p. 22.

⁶⁷¹ Arrêts du TF 5A_510/2018, 5A_511/2018, 5A_512/2018 et 5A_513/2018 du 26 septembre 2018 cons. 3.4.1.1 ; arrêt du TF 5A_561/2016 du 22 septembre 2016 cons. 3.3 ; arrêt du TF 9C_793/2013 du 27 mars 2014 cons. 1.2 ; arrêt du TF 9F_7/2013 du

la partie ne démontre pas l'existence de pouvoirs dans le délai fixé par le tribunal, celui-ci n'entrera pas en matière (art. 132 al. 1 CPC ; art. 42 al. 5 LTF)⁶⁷². Selon la jurisprudence fédérale, l'autorité judiciaire qui procède de cette façon ne fait pas preuve de formalisme excessif et n'agit pas de manière arbitraire⁶⁷³.

4. Extinction

Les art. 34 et 35 CO prévoient différentes causes d'extinction des pouvoirs qui s'appliquent également en procédure civile⁶⁷⁴. Ces hypothèses ne sont pas exhaustives ; il existe également d'autres situations qui ne sont pas prévues dans la loi et qui mettent fin aux pouvoirs⁶⁷⁵. Toutes ces causes sont présentées ci-dessous. 308

a. Révocation des pouvoirs

Les pouvoirs s'éteignent lorsque la partie représentée les révoque (art. 34 al. 1 CO). 309

27 novembre 2013 cons. 3.2.2 ; arrêt de l'OG/ZH VB150005 du 18 septembre 2015 cons. 4.2 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 27.

⁶⁷² Arrêt du TF 5A_561/2016 du 22 septembre 2016 ; arrêt du TF 9F_7/2013 du 27 novembre 2013 cons. 3.2.2 ; arrêt du TF 9C_417/2008 du 26 septembre 2008.

⁶⁷³ Arrêt du TF 9C_533/2022 du 10 février 2023 cons. 5.2 ; arrêts du TF 5A_510/2018, 5A_511/2018, 5A_512/2018 et 5A_513/2018 du 26 septembre 2018 cons. 3.4.1.1 ; arrêt du TF 5A_561/2016 du 22 septembre 2016 cons. 3.3 (au sujet de cet arrêt, voir N 325 ss).

⁶⁷⁴ BAUMGARTNER et al., § 23 N 113 ; voir également KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 5 et ZK-KLEIN, Intro. art. 32-40 N 115, qui mentionnent l'application en procédure civile de l'art. 35 CO uniquement.

⁶⁷⁵ CR CO I-CHAPPUIS, art. 34 N 2 ; ZK-KLEIN, art. 34 N 1 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 34-35 N 1.

- 310 La révocation est une déclaration unilatérale⁶⁷⁶ que la partie représentée doit adresser à la personne qui la représente⁶⁷⁷. Elle peut être effectuée en tout temps et ne nécessite pas de motif particulier⁶⁷⁸.
- 311 Les pouvoirs peuvent être révoqués de manière expresse ou tacite⁶⁷⁹. Le tribunal devra examiner les circonstances d'espèce pour déterminer si les pouvoirs ont été révoqués tacitement ; cela peut être le cas si :
- la partie a mis fin à la relation de base (en principe un contrat de mandat) la liant à la personne assurant sa représentation⁶⁸⁰ ;
 - la partie (capable de postuler) accomplit des actes de procédure *manifestement* contradictoires avec ceux réalisés par la personne qui la représente⁶⁸¹. Néanmoins, le simple fait qu'une partie représentée effectue elle-même des actes de procédure ne signifie pas nécessairement que la procuration ait été révoquée⁶⁸² ;
 - la partie désigne une nouvelle représentante ou un nouveau représentant⁶⁸³.

⁶⁷⁶ Arrêt du TF 4A_457/2008 du 8 mai 2009 cons. 2.1 ; CARRON/WESSNER, N 898 s. ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 34 N 3 ; FOURNIER, Imputation, N 174 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1364 ; ZK-KLEIN, art. 34 N 4.

⁶⁷⁷ CARRON/WESSNER, N 898 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 34 N 3 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1364 ; ZK-KLEIN, art. 34 N 13 et 15 (qui précise que la révocation de la procuration peut aussi être communiquée par un·e autre représentant·e ou un·e auxiliaire de la personne représentée. De plus, si cette dernière décède, ses héritiers et héritières auront la compétence de révoquer la procuration ; si elle fait l'objet d'une mesure de protection de l'adulte, l'autorité de protection de l'adulte devra s'en charger. Au sujet du sort de la procuration en cas de décès, voir également N 318) ; VON TUHR, p. 297 ; BSK OR I-WATTER, art. 34 N 3.

⁶⁷⁸ CARRON/WESSNER, N 899 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 458.

⁶⁷⁹ Arrêt du TF 4A_457/2008 du 8 mai 2009 cons. 2.1 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 34 N 6 ; ZK-KLEIN, art. 34 N 11 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 42.23 ; VON TUHR, p. 297 ; BSK OR I-WATTER, art. 34 N 5 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 34 N 3.

⁶⁸⁰ FOURNIER, Imputation, N 174 ; HUGUENIN, N 1081 ; BSK OR I-WATTER, art. 34 N 5 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 34 N 3.

⁶⁸¹ HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.21 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 4 ; BSK BGG-MERZ, art. 40 N 12 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 7 ; voir également BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 34 N 3.

⁶⁸² Dans ce sens : BSK BGG-MERZ, art. 40 N 12.

⁶⁸³ ZK-KLEIN, art. 34 N 11 ; BSK OR I-WATTER, art. 34 N 5 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 34 N 3.

En revanche, le Tribunal fédéral a considéré dans l'arrêt 5A_293/2012 qu'une partie ayant quitté une audience en invoquant des problèmes psychologiques n'avait pas tacitement révoqué les pouvoirs de représentation de son avocat⁶⁸⁴. 312

La révocation des pouvoirs doit être communiquée au tribunal⁶⁸⁵. Aussi longtemps que le tribunal l'ignore, les actes de procédure sont valablement notifiés à l'ancien-ne représentant-e (art. 34 al. 3 CO ; voir N 340 s. et N 380)⁶⁸⁶. 313

b. Renonciation aux pouvoirs

Les pouvoirs de représentation s'éteignent également si la représentante ou le représentant y renonce⁶⁸⁷. Cette hypothèse est connue sous les termes de renonciation (*Verzicht*)⁶⁸⁸, résignation⁶⁸⁹, répudiation⁶⁹⁰ ou dépôt (*Niederlegung*)⁶⁹¹. 314

En cas de renonciation, les pouvoirs prennent fin sans qu'il soit nécessaire que la partie les révoque⁶⁹². 315

⁶⁸⁴ Arrêt du TF 5A_293/2012 du 2 juillet 2012 cons. 3 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 29 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 14c.

⁶⁸⁵ Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 26 ; BSK BGG-MERZ, art. 40 N 12 ; OFK ZPO-MORF, art. 68 N 6a ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 29.

⁶⁸⁶ Arrêt du TF 5A_26/2011 du 30 mai 2011 cons. 2 ; arrêt du TF 6B_705/2007 du 29 novembre 2007 cons. 3.3 (procédure pénale) ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 26 ; DK ZPO-HUBER, art. 137 N 6 ; BSK BGG-MERZ, art. 40 N 12 ; SK ZPO-STAEHELIN, art. 137 N 3.

⁶⁸⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1368 ; ZK-KLEIN, art. 34 N 14 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 42.24 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 34-35 N 5.

⁶⁸⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1368 ; HUGUENIN, N 1083 ; ZK-KLEIN, art. 34 N 14 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 42.24 ; BSK OR I-WATTER, art. 34 N 2 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 34-35 N 4.

⁶⁸⁹ CARRON/WESSNER, N 903 ; FOURNIER, Imputation, N 175 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 456.

⁶⁹⁰ CARRON/WESSNER, N 903 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 34 N 2.

⁶⁹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1368 ; ZK-KLEIN, art. 34 N 1 et 14 ; BSK OR I-WATTER, art. 34 N 5 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 34-35 N 4.

⁶⁹² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1368 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 34-35 N 5.

c. Expiration

316 Si les pouvoirs ont été octroyés pour un temps limité, ils s'éteignent à son expiration⁶⁹³.

d. Liquidation de l'affaire concernée

317 Les pouvoirs s'éteignent lorsqu'ils ont été donnés pour une certaine affaire et que celle-ci est liquidée⁶⁹⁴. De ce fait, les pouvoirs octroyés pour un procès prennent fin lorsque la procédure concernée est définitivement terminée⁶⁹⁵.

e. Causes prévues à l'art. 35 CO

318 Les causes d'extinction légales de la procuration, énumérées à l'art. 35 CO, concernent tant la personne représentée que représentante⁶⁹⁶. Elles entraînent la cessation des pouvoirs de représentation, « à moins que le contraire n'ait été ordonné ou ne résulte de la nature de l'affaire » (art. 35 al. 1 CO). Ces causes sont les suivantes :

- perte de l'exercice des droits civils (art. 35 al. 1 CO). Le Tribunal fédéral a néanmoins considéré admissible de convenir que les pouvoirs pour la procédure perdurent en cas de perte de l'exercice des droits civils de la partie représentée⁶⁹⁷ ;
- faillite (art. 35 al. 1 CO) ;
- mort ou déclaration d'absence (art. 35 al. 1 CO). En procédure, le décès de la partie représentée n'entraîne pas automatiquement l'extinction de la procuration⁶⁹⁸. Celle-ci subsiste jusqu'à ce que les héritières et héritiers de la partie aient pris la décision d'abandonner ou de poursuivre

⁶⁹³ FOURNIER, *Imputation*, N 173 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1363 ; ZK-KLEIN, art. 34 N 1 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 42.22 ; BSK OR I-WATTER, art. 34 N 2.

⁶⁹⁴ FOURNIER, *Imputation*, N 173 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 42.22 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 456 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 34-35 N 7.

⁶⁹⁵ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 34-35 N 7.

⁶⁹⁶ ZK-KLEIN, art. 35 N 3.

⁶⁹⁷ ATF 132 III 222, JdT 2006 I p. 252 ; arrêt du TF 5A_1002/2017 du 12 mars 2019 cons. 4.2.4.

⁶⁹⁸ ATF 147 IV 465 cons. 4.2, JdT 2022 IV p. 171 ; arrêt du TF 2C_498/2009 du 28 août 2009 cons. 2.1 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 35 N 43 et 52.

la procédure et, le cas échéant, décidé si la représentation sera toujours assurée par la même personne⁶⁹⁹ ;

- fin de l'existence d'une personne morale ou dissolution d'une société inscrite au registre du commerce (art. 35 al. 2 CO).

C. Exceptions

Par exception à la règle générale, la représentation peut parfois produire des effets alors que la représentante ou le représentant n'a pas de pouvoirs de représentation. Ces hypothèses sont celles de la ratification (1) et de la protection de la bonne foi (2)⁷⁰⁰. 319

1. Ratification (art. 38 al. 1 CO)

Selon l'art. 38 al. 1 CO, « [l]orsqu'une personne contracte sans pouvoirs au nom d'un tiers, celui-ci ne devient créancier ou débiteur que s'il ratifie le contrat ». 320

La doctrine et la jurisprudence s'accordent à dire que l'art. 38 CO s'applique en procédure civile⁷⁰¹. De ce fait, les actes de procédure faits par un·e représentant·e sans pouvoirs peuvent être ratifiés par la partie. La ratification a un effet rétroactif⁷⁰² – c'est-à-dire que les actes sont réputés avoir produit leurs 321

⁶⁹⁹ ATF 147 IV 465 cons. 4.2, JdT 2022 IV p. 171 ; ATF 110 V 389 cons. 2a ; arrêt du TF 5A_579/2021 du 31 août 2022 cons. 4.4 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 35 N 14 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1370 ; voir également ATF 75 II 190 cons. 1, JdT 1950 I p. 29 ; BK-FELLMANN, art. 396 N 95 ; ZK-KLEIN, art. 35 nbp 35. Il faut toutefois réserver le cas où la procédure porte sur des droits strictement personnels, non transmissibles : dans cette hypothèse, la procédure devient sans objet et ne peut être poursuivie si la partie décède (voir N 671).

⁷⁰⁰ ATF 146 III 37 cons. 7.1 ; ATF 131 III 511 cons. 3.1 ; arrêt du TF 4A_137/2022 du 30 août 2022 cons. 4 ; arrêt du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4D_15/2020 du 26 mai 2020 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_487/2018 du 30 janvier 2019 cons. 5.2.2.

⁷⁰¹ Arrêt du TF 5D_142/2017 du 24 avril 2018 cons. 3.1 ; arrêt du TF 5A_460/2017 du 8 août 2017 cons. 3.3.2 ; arrêt du TF 5A_441/2011 du 16 décembre 2011 cons. 1.2.3 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 31 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 7 ; OFK ZPO-MORF, art. 68 N 6a ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 16 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 89. L'art. 18 al. 3 PCF mentionne d'ailleurs la possibilité de ratifier les actes d'un·e représentant·e conventionnel·le sans pouvoirs (HOHL, Tome I, N 1162).

⁷⁰² Arrêt du TF 5A_892/2021 du 20 octobre 2022 cons. 5.2.2 ; arrêt du TF 5A_822/2014 du 4 mai 2015 cons. 2.3 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 31 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 38 N 9 ;

effets au moment où ils ont été réalisés, et non au moment de la ratification⁷⁰³. En droit des obligations, la ratification n'est soumise à aucune forme⁷⁰⁴ – ce qui vaut également, à notre avis, en procédure.

- 322 Se pose toutefois la question de savoir quelle est la portée de la ratification en procédure, compte tenu des art. 132 al. 1 CPC et 42 al. 5 LTF. Il ressort de ces dispositions qu'un acte déposé sans preuve des pouvoirs de représentation est formellement vicié (N 291). Lorsqu'un acte est déposé par un·e représentant·e sans pouvoirs, la preuve des pouvoirs fait inévitablement défaut et l'acte est entaché d'un vice. Si la partie déclare ratifier un acte fait sans pouvoirs, mais ne produit pas de titre de procuration, le vice de forme subsiste. La partie doit par conséquent ratifier l'acte *et* fournir un titre de procuration⁷⁰⁵.
- 323 La production d'un titre de procuration vaut ratification des actes effectués sans pouvoirs⁷⁰⁶. Il en va de même lorsque la partie confirme en audience qu'elle octroie des pouvoirs, étant donné qu'il s'agit de la deuxième manière dont une procuration peut être prouvée⁷⁰⁷. Autrement dit, l'apport de la preuve de la procuration est une condition *nécessaire et suffisante* pour qu'un acte de procédure fait sans pouvoirs puisse déployer des effets en procédure et être pris en compte par le tribunal.
- 324 Cette hypothèse doit être distinguée de celle où la preuve des pouvoirs fait défaut, mais que ceux-ci ont bien été octroyés par la partie. Dans ce cas, la production subséquente de la preuve de la procuration a uniquement pour effet de réparer le vice de forme. Cette démarche ne vaut pas ratification, étant donné que les pouvoirs existaient déjà (sans toutefois être démontrés).
- 325 Cette opinion nous paraît être confirmée par l'arrêt 5A_561/2016 (déjà évoqué à la nbp 670), qui mérite cependant quelques commentaires.

BUCHER, Obligationenrecht, p. 603 ; CARRON/WESSNER, N 966 ; FOURNIER, Imputation, N 185 ; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 38 N 1 ; GULDENER, p. 285 ; VON MOOS, N 32 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 43.03 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 469 ; VON TUHR, p. 320 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 89.

⁷⁰³ Arrêt du TF 5A_822/2014 du 4 mai 2015 cons. 2.3 ; BUCHER, Obligationenrecht, p. 603.

⁷⁰⁴ Arrêt du TF 5A_892/2021 du 20 octobre 2022 cons. 5.2.2 ; CARRON/WESSNER, N 963 ; ZK-KLEIN, art. 38 N 83 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 38 N 53.

⁷⁰⁵ ZK-KLEIN, Intro. art. 32-40 N 114.

⁷⁰⁶ Arrêt du TC/VD CPF/222 du 4 septembre 2019 cons. II b bb, JdT 2020 III p. 17 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 132 N 12 ; ZK-KLEIN, Intro. art. 32-40 N 114 ; voir également arrêt du TF 4A_73/2020 du 18 mai 2020 cons. 3.1.2.

⁷⁰⁷ Voir N 293.

Dans cette décision, le Tribunal fédéral a estimé que le paiement de l'avance de frais ne valait pas ratification d'un acte de procédure fait sans pouvoirs⁷⁰⁸. L'affaire était la suivante : une avocate avait déposé un appel devant l'*Obergericht* zurichois en tant que représentante de l'époux dans une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. Elle y avait joint un titre de procuration attestant de ses pouvoirs dans la procédure de divorce entre les mêmes parties. L'*Obergericht* avait alors fixé un délai à la partie pour (i) produire un nouveau titre de procuration (l'*Obergericht* considérant que celui fourni ne s'étendait qu'à la procédure de divorce, et non à celle de mesures protectrices de l'union conjugale) et (ii) payer l'avance de frais. L'avance de frais a été payée à temps, mais le titre de procuration n'a pas été déposé dans le délai. Pour cette raison, l'*Obergericht* n'est pas entré en matière sur l'appel. 326

Le Tribunal fédéral s'est posé la question de savoir si le paiement de l'avance de frais valait ratification des actes faits sans pouvoirs. L'arrêt ne dit pas explicitement qui a payé l'avance de frais (la partie ou son avocate). Vu que la ratification ne peut résulter que d'une déclaration ou d'un comportement de la personne représentée, il faut en conclure que le paiement avait été effectué par la partie⁷⁰⁹. En effet, si l'avocate avait payé l'avance de frais, la question de la ratification ne se serait pas posée. 327

Le Tribunal fédéral a considéré que « *[d]ie in der Lehre vertretene Meinung, wonach der Mangel einer fehlenden Vollmacht implizit (durch Bezahlen des Prozesskostenvorschusses) geheilt werden könne, überzeuge nicht* »⁷¹⁰. Il a ensuite souligné que l'*Obergericht* avait expressément demandé un titre de procuration pour la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. Ce faisant, l'*Obergericht* avait clairement exprimé qu'il refuserait toute ratification implicite, car il avait, dans un but probatoire, exigé la production d'un titre de procuration écrit⁷¹¹. De ce fait, le paiement de l'avance de frais ne pouvait pas être considéré comme une ratification. Si tel était le cas, l'art. 132 al. 1 CPC serait vide de sens⁷¹². 328

⁷⁰⁸ Cons. 2 et 3.3 ; du même avis que le Tribunal fédéral : arrêt de l'OG/ZH PP200022 du 2 décembre 2020 cons. 7.5, ZR 121/2022 p. 22 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 68 N 22.

⁷⁰⁹ Soulignons que dans son commentaire relatif à l'arrêt 5A_561/2016, SCHWANDER indique aussi que la partie a payé l'avance de frais (SCHWANDER, p. 201).

⁷¹⁰ Cons. 2. L'arrêt ne cite pas la doctrine à laquelle il est fait référence.

⁷¹¹ Cons. 2.

⁷¹² Cons. 3.3.

- 329 À notre avis, cet arrêt est correct dans son résultat, mais pas tout à fait dans son raisonnement : il confond ratification et vice de forme. Le paiement de l'avance de frais démontre que la partie avait été informée de l'introduction du recours et voulait que la procédure se poursuive. Il y avait donc bien ratification⁷¹³. En revanche, le titre de procuration requis selon l'art. 132 al. 1 CPC n'avait pas été fourni. De ce fait, malgré la ratification, l'acte demeurerait entaché d'un vice de forme.
- 330 Cette décision montre l'importance attachée à l'art. 132 al. 1 CPC. Il en résulte une solution qui nous paraît juste, mais sévère, vu les circonstances du cas d'espèce⁷¹⁴. L'avance de frais avait été payée et l'avocate était tout de même au bénéfice de pouvoirs de représentation pour la procédure en divorce de son client. Il existait donc de sérieux indices permettant de conclure à l'existence d'une ratification tacite des actes par la partie.

2. Protection de la bonne foi

a. Bonne foi du tiers

- 331 En droit des obligations, les art. 33 al. 3 et 34 al. 3 CO prévoient des situations où l'effet de représentation se produit – malgré l'absence de pouvoirs – dans le but de protéger le tiers de bonne foi⁷¹⁵.

(i) *Art. 33 al. 3 CO*

- 332 Aux termes de l'art. 33 al. 3 CO, « [s]i les pouvoirs ont été portés par le représenté à la connaissance d'un tiers, leur étendue est déterminée envers ce dernier par les termes de la communication qui lui a été faite ».

⁷¹³ Dans le même sens : arrêt du TF 4P.184/2003 du 2 février 2004 cons. 2.3.2 ; arrêt du TC/VD CPF/222 du 4 septembre 2019 cons. II b aa, JdT 2020 III p. 17 (dans lequel le Tribunal cantonal vaudois a considéré – en se référant à l'arrêt du TF 5A_561/2016 – que le paiement de l'avance de frais constituait une ratification implicite lorsqu'un nouveau titre de procuration n'était pas réclamé par le tribunal) ; ZK-KLEIN, Intro. art. 32-40 N 114.

⁷¹⁴ Dans le même sens : SCHWANDER, p. 201.

⁷¹⁵ TERCIER/PICHONNAZ, N 474.

Selon le Tribunal fédéral, « [l']idée est que celui qui laisse créer l'apparence d'un pouvoir de représentation est lié par les actes accomplis en son nom »⁷¹⁶. Cette disposition peut s'appliquer (i) si des pouvoirs n'avaient jamais été octroyés ou (ii) si des pouvoirs avaient été octroyés, mais qu'ils ne s'étendaient pas à l'acte effectué par la représentante ou le représentant⁷¹⁷. 333

La communication des pouvoirs au tiers doit émaner de la personne représentée (et non représentante). Toutefois, la jurisprudence et la doctrine admettent que cette communication peut consister en un titre de procuration écrit présenté par la représentante ou le représentant au tiers⁷¹⁸. 334

L'art. 33 al. 3 CO – à l'instar de ce qui prévaut en matière d'octroi tacite des pouvoirs⁷¹⁹ (N 282 ss) – s'applique notamment dans deux situations : 335

- lorsque la personne représentée sait que quelqu'un la représente sans pouvoirs et qu'elle ne s'y oppose pas⁷²⁰ ;
- lorsque la personne représentée ne sait *pas* que quelqu'un la représente sans pouvoirs, mais aurait dû s'en rendre compte en prêtant l'attention nécessaire⁷²¹.

⁷¹⁶ ATF 146 III 37 cons. 7.1.2.1 ; ATF 131 III 511 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 4A_10/2023 du 14 juillet 2023 cons. 3.1.3 ; arrêt du TF 4A_54/2009 du 20 avril 2009 cons. 3.1.

⁷¹⁷ CARRON/WESSNER, N 987 s. ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 19 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 475.

⁷¹⁸ ATF 146 III 121 cons. 3.2.2 ; ATF 131 III 511 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 5A_469/2022 du 21 mars 2023 cons. 5.3 ; CARRON/WESSNER, N 977 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 23 ; HÄUSLER, p. 293 ; BSK OR I-WATTER, art. 33 N 33 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 145.

⁷¹⁹ Comp. en particulier arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 5.1.2 et 6.3.1.

⁷²⁰ ATF 120 II 197 cons. 2b bb, JdT 1995 I p. 194 ; arrêt du TF 4A_10/2023 du 14 juillet 2023 cons. 3.1.3 ; arrêt du TF 4A_137/2022 du 30 août 2022 cons. 4.3.1 ; arrêt du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 6.3.1 ; arrêt du TF 4A_360/2020 du 2 novembre 2020 cons. 5.2 ; arrêt du TF 4A_76/2019 du 15 juillet 2020 cons. 5.4.3.1 ; arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 6.3.1 ; CARRON/WESSNER, N 985 ; ZK-KLEIN, art. 33 N 182.

⁷²¹ ATF 120 II 197 cons. 2b bb, JdT 1995 I p. 194 ; arrêt du TF 4A_10/2023 du 14 juillet 2023 cons. 3.1.3 ; arrêt du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 6.3.1 ; arrêt du TF 4A_360/2020 du 2 novembre 2020 cons. 5.2 ; arrêt du TF 4A_76/2019 du 15 juillet 2020 cons. 5.4.3.1 ; arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 6.3.1 ; CARRON/WESSNER, N 984 ; ZK-KLEIN, art. 33 N 182.

- 336 Dans les deux cas, le tiers doit avoir déduit (de bonne foi) l'existence de pouvoirs de représentation de la situation⁷²². Précisons que l'art. 33 al. 3 CO ne s'applique que si l'existence de pouvoirs (tacites) a été écartée⁷²³. Autrement dit, si une partie représentée sait ou devait se rendre compte que quelqu'un la représente sans pouvoirs, il faut d'abord se demander si le représentant ou la représentante croyait de bonne foi à l'existence de pouvoirs. Si c'est le cas, il y a des pouvoirs octroyés tacitement⁷²⁴. Si ce n'est pas le cas, il faut examiner si le tiers croyait de bonne foi à l'existence de pouvoirs. Dans cette hypothèse, l'art. 33 al. 3 CO s'applique et la représentation entraîne des effets malgré l'absence de pouvoirs.
- 337 Comme exposé plus haut, les situations visées par l'art. 33 al. 3 CO sont fréquemment désignées par les expressions « procuration par tolérance » (*Duldungsvollmacht*) et « procuration apparente » (*Anscheinsvollmacht*), terminologie qui fait l'objet de débats⁷²⁵.
- 338 À notre connaissance, l'art. 33 al. 3 CO n'a jamais été appliqué en procédure. On ne peut toutefois pas exclure qu'il le soit un jour⁷²⁶. Rappelons cependant que cette disposition a pour but de protéger le tiers⁷²⁷. En procédure, ce tiers est une autorité de procédure civile, en principe le tribunal⁷²⁸. Or ce dernier n'a pas besoin de protection particulière. On peut cependant imaginer que la partie adverse tente de se prévaloir de l'art. 33 al. 3 CO. Le cas suivant est envisageable : la représentante ou le représentant d'une partie acquiesce en audience aux conclusions de la partie adverse. Le Tribunal consigne cet acquiescement au procès-verbal (art. 241 al. 1 CPC) et raye la cause du rôle

⁷²² ATF 146 III 37 cons. 7.1.2.1 ; ATF 131 III 511 cons. 3.2 et 3.2.2 ; ATF 120 II 197 cons. 2b cc, JdT 1995 I p. 194 ; arrêt du TF 4A_10/2023 du 14 juillet 2023 cons. 3.1.3 ; arrêt du TF 4A_137/2022 du 30 août 2022 cons. 4.3.2 ; arrêt du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 6.3.2 ; arrêt du TF 4A_360/2020 du 2 novembre 2020 cons. 5.2 ; arrêt du TF 4A_76/2019 du 15 juillet 2020 cons. 5.4.3.2 ; arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 6.3.2 ; ZK-KLEIN, art. 33 N 182.

⁷²³ ATF 146 III 37 cons. 7.1.1 et 7.1.2 ; arrêt du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 4.2 et 6.1 ; arrêt du TF 4A_76/2019 du 15 juillet 2020 cons. 5.2 ; arrêt du TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020 cons. 6 et 6.2 ; voir N 283.

⁷²⁴ N 283.

⁷²⁵ Voir N 284.

⁷²⁶ ZK-KLEIN est également d'avis que l'art. 33 al. 3 CO est applicable en procédure (ZK-KLEIN, art. 33 N 165).

⁷²⁷ Arrêt du TF 4A_137/2022 du 30 août 2022 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 4.1.2 et 6.1 ; arrêt du TF 4A_181/2020 du 30 novembre 2020 cons. 4.3.1 ; arrêt du TF 4A_76/2019 du 15 juillet 2020 cons. 5.1.2 et 5.4.1.

⁷²⁸ Voir N 1008 ss.

(art. 241 al. 3 CPC). L'acquiescement a les effets d'une décision entrée en force (art. 241 al. 2 CPC). La partie ayant acquiescé demande par la suite la révision de cet acquiescement (art. 328 al. 1 let. c CPC) en faisant valoir que la personne qui la représentait en procédure ne disposait pas des pouvoirs nécessaires. La partie adverse, celle qui bénéficie de l'acquiescement, pourrait à notre avis se prévaloir de l'art. 33 al. 3 CO par analogie si les circonstances permettaient de bonne foi de croire à l'existence de pouvoirs.

En revanche, vu la *ratio legis* de cette disposition (protection de la bonne foi du tiers), il est exclu que la partie n'ayant pas octroyé de pouvoirs (ou ayant octroyé des pouvoirs insuffisants) ne s'en prévale à son avantage⁷²⁹. 339

(ii) *Art. 34 al. 3 CO*

L'art. 34 al. 3 CO prévoit que « [l]orsque le représenté a fait connaître, soit en termes exprès, soit par ses actes, les pouvoirs qu'il a conférés, il ne peut en opposer aux tiers de bonne foi la révocation totale ou partielle que s'il a fait connaître également cette révocation ». 340

Cette disposition est également valable en procédure⁷³⁰. Elle s'applique notamment en matière de notification. Ainsi, en vertu de l'art. 34 al. 3 CO, si le tribunal communique un acte de procédure à la personne représentant la partie sans savoir que les pouvoirs de représentation ont été révoqués, cet acte sera valablement notifié⁷³¹. 341

b. Bonne foi de la représentante ou du représentant (art. 37 al. 1 CO)

Selon l'art. 37 al. 1 CO, « [a]ussi longtemps que le représentant n'a pas connaissance de l'extinction de ses pouvoirs, le représenté ou ses ayants cause 342

⁷²⁹ PERCASSI, Note 5A_395/2019, p. 118.

⁷³⁰ Arrêt du TF 2C_865/2017 du 22 mars 2019 cons. 2.3 ; arrêt du TF 5A_26/2011 du 30 mai 2011 cons. 2 ; arrêt du TF 6B_797/2008 du 11 octobre 2008 cons. 1.1 (procédure pénale) ; arrêt du TF 6B_705/2007 du 29 novembre 2007 cons. 3.3 (procédure pénale).

⁷³¹ Arrêt du TF 5A_26/2011 du 30 mai 2011 cons. 2 ; arrêt du TF 6B_705/2007 du 29 novembre 2007 cons. 3.3 (procédure pénale). Plusieurs auteur·e·s de doctrine mentionnent cette règle de procédure sans toutefois évoquer l'art. 34 al. 3 CO (voir Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 26 ; DK ZPO-HUBER, art. 137 N 6 ; BSK BGG-MERZ, art. 40 N 12 ; SK ZPO-STAEHELIN, art. 137 N 3).

deviennent par son fait créanciers ou débiteurs comme si les pouvoirs existaient encore ».

- 343 Cette disposition est également valable en procédure⁷³². Les actes de procédure effectués par un·e représentant·e qui ne sait pas encore que ses pouvoirs ont été révoqués doivent de ce fait être considérés comme valables⁷³³.

D. Conséquences en cas d'absence de pouvoirs

- 344 Il faut distinguer le cas où la preuve des pouvoirs fait défaut du cas dans lequel les pouvoirs font défaut :
- si la preuve de la procuration – c'est-à-dire le titre ou la déclaration orale attestant des pouvoirs – fait défaut, il s'agit d'un vice de forme au sens des art. 132 al. 1 CPC⁷³⁴ et 42 al. 5 LTF⁷³⁵ ;
 - si la procuration – c'est-à-dire les pouvoirs de représentation – fait défaut, les actes de représentation n'ont pas d'effet⁷³⁶. L'existence de pouvoirs de représentation est donc une condition de recevabilité des actes de procédure (art. 59 CPC)⁷³⁷ que le tribunal examine d'office (art. 60 CPC)⁷³⁸. Comme il n'y a pas de procuration, il n'y a pas non plus de preuve de celle-ci.

⁷³² Arrêt du TF 2C_465/2012 du 29 octobre 2012 cons. 3.

⁷³³ Arrêt du TF 2C_465/2012 du 29 octobre 2012 cons. 3.

⁷³⁴ Arrêt du TF 5D_142/2017 du 24 avril 2018 cons. 3.1 ; arrêt du TF 5A_460/2017 du 8 août 2017 cons. 3.3.2 ; arrêt du TC/VD CPF/222 du 4 septembre 2019 cons. II a, JdT 2020 III p. 17 (dans tous ces arrêts, le mot *procuration* doit à notre avis être compris comme la *preuve* des pouvoirs, et non les pouvoirs eux-mêmes ; l'existence des pouvoirs étant une condition des effets de la représentation, leur absence ne peut pas être considérée comme un simple vice de forme) ; PC CPC-HEINZMANN, art. 221 N 27 ; OFK ZPO-JENNY/JENNY, art. 132 N 1.

⁷³⁵ Arrêt du TF 9C_183/2022 du 1^{er} juin 2022 ; arrêt du TF 9C_1023/2010 du 18 février 2011.

⁷³⁶ BAUMGARTNER et al., § 23 N 114 ; OFK ZPO-MORF, art. 68 N 6a.

⁷³⁷ Dans ce sens : arrêt du TF 4A_476/2021 du 6 juillet 2022 cons. 4.4.1 ; arrêt de l'OG/ZH PP200022 du 2 décembre 2020 cons. 6.2, ZR 121/2022 p. 22 ; HOHL, Tome I, N 1161 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 14.

⁷³⁸ Arrêt du TF 4A_476/2021 du 6 juillet 2022 cons. 4.4.1 ; arrêt de l'OG/ZH PP200022 du 2 décembre 2020 cons. 6.2, ZR 121/2022 p. 22 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 13 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 14.

Du point de vue du tribunal, la situation est la même dans les deux hypothèses : sans preuve de la procuration, l'acte est vicié⁷³⁹. Le tribunal ne sera en principe pas en mesure de déterminer si les pouvoirs n'ont jamais été octroyés, ou bien s'ils ont été octroyés mais que la preuve de leur existence fait défaut⁷⁴⁰. 345

Le tribunal doit donc fixer à la partie un délai pour réparer le vice de forme (art. 132 al. 1 CPC et 42 al. 5 LTF)⁷⁴¹ dans les deux cas, étant encore une fois précisé que, de son point de vue, les deux hypothèses seront souvent difficiles à distinguer. Si la partie produit la preuve de la procuration dans le délai imparti, il s'agit d'une simple rectification du vice si les pouvoirs existaient déjà. En revanche, si les pouvoirs n'avaient jamais été octroyés, la production d'un titre de procuration aura deux conséquences : (i) la rectification du vice de forme (ii) la ratification des actes faits sans pouvoirs⁷⁴². 346

Si la partie ne rectifie pas le vice, le tribunal ne tiendra pas compte de l'acte⁷⁴³. Il pourra également, sur la base de l'art. 108 CPC, 66 al. 3 LTF ou 18 al. 3 PCF, mettre les frais à charge de la personne qui représente la partie (ou du moins qui le prétend)⁷⁴⁴. 347

⁷³⁹ Arrêt du TF 5A_822/2014 du 4 mai 2015 cons. 2.3 ; dans ce sens également : Commentario CPC-TREZZINI, art. 68 N 38.

⁷⁴⁰ Arrêt du TF 5A_789/2017 du 16 novembre 2017 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_822/2014 du 4 mai 2015 cons. 2.3.

⁷⁴¹ Arrêt du TF 4A_19/2022 du 30 août 2022 cons. 5 ; arrêt du TF 5A_822/2014 du 4 mai 2015 cons. 2.3 ; arrêt du TF 6B_226/2012 du 15 mai 2012 cons. 1.2 ; arrêt du TF 6B_787/2011 du 12 mars 2012 cons. 2 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 27 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 132 N 12 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 16 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 14.

⁷⁴² BSK ZPO-GSCHWEND, art. 132 N 12 ; dans ce sens également : arrêt du TF 4A_73/2020 du 18 mai 2020 cons. 3.1.2 ; voir aussi § 38 al. 2 ZPO/ZH.

⁷⁴³ Arrêt du TF 2C_539/2022 du 23 septembre 2022 cons. 2.1 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 12 ; OFK ZPO-JENNY/JENNY, art. 132 N 4 ; BSK BGG-MERZ, art. 40 N 43 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 16 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 17.

⁷⁴⁴ Arrêt du TF 5A_789/2017 du 16 novembre 2017 cons. 4 ; arrêt de l'OG/ZH RT190117 du 20 janvier 2020 cons. 3.4.2, ZR 2020 p. 61 ; BSK BGG-MERZ, art. 40 N 43 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 17 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 16 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 17 ; plus catégorique : arrêt du TF 6B_226/2012 du 15 mai 2012 cons. 1.2 ; arrêt du TF 6B_787/2011 du 12 mars 2012 cons. 2 ; DK BGG-DOLGE, art. 40 N 7 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 12.

- 348 La rectification sur la base des art. 132 al. 1 CPC et 42 al. 5 LTF n'est possible que si le vice n'est pas volontaire⁷⁴⁵. La rectification est de ce fait exclue si la partie introduit volontairement un acte sans preuve de la procuration⁷⁴⁶ ou dont la preuve est insuffisante⁷⁴⁷.
- 349 Par ailleurs, pour un·e avocat·e, le fait d'introduire une procédure sans pouvoirs alors que le client ou la cliente n'avait pas manifesté son intention d'agir peut constituer une violation de l'art. 12 let. a LLCA et entraîner une sanction disciplinaire⁷⁴⁸.

II. Acte au nom de la partie représentée

A. Principe

- 350 La deuxième condition à remplir pour que la représentation produise des effets est que l'acte soit effectué au nom de la partie représentée.
- 351 Cette exigence, qui résulte du droit des obligations (art. 32 al. 1 CO)⁷⁴⁹, s'applique également en procédure civile⁷⁵⁰. Contrairement à la procuration, elle n'est pas mentionnée aux art. 68 CPC et 40 LTF et ne paraît pas être évoquée dans la doctrine de procédure civile suisse. Ce mutisme est probablement dû au fait que cette règle ne pose vraisemblablement pas de problème en pratique.

⁷⁴⁵ Arrêt du TF 4A_19/2022 du 30 août 2022 cons. 5 ; arrêt du TF 4A_345/2018 du 5 novembre 2018 cons. 4.2.2 ; arrêt du TF 5D_142/2017 du 24 avril 2018 cons. 3.1 ; arrêt du TF 5A_460/2017 du 8 août 2017 cons. 3.3.2 ; arrêt du TF 5A_822/2014 du 4 mai 2015 cons. 2.3.

⁷⁴⁶ Arrêt du TF 5D_124/2016 du 26 septembre 2016 cons. 2.2 ; voir également arrêt du TF 5D_136/2018 du 16 novembre 2018 cons. 3.

⁷⁴⁷ Arrêt du TF 4A_345/2018 du 5 novembre 2018 cons. 4.2.2.

⁷⁴⁸ Arrêt du TF 2C_231/2017 du 22 novembre 2018 ; arrêt du TF 9F_5/2013 du 19 juin 2013 cons. 4.2.

⁷⁴⁹ Voir notamment ATF 146 III 121 cons. 3.2.1 ; ATF 126 III 59 cons. 1b ; arrêt du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 5.1.1 ; arrêt du TF 4A_310/2020 du 30 juin 2021 cons. 3.2 ; CARRON, p. 72 ; CARRON/WESSNER, N 810 ss ; FOURNIER, Imputation, N 144 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1318 et 1327 ss ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 18 et 21 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 420 et 425 ss ; VON TUHR, p. 283 s. et 310 ss.

⁷⁵⁰ ROSENBERG, Stellvertretung, p. 523 ss.

B. Règles de droit matériel et application en procédure

En droit des obligations, un acte est considéré comme effectué « au nom d'autrui » dans plusieurs hypothèses. Nous examinerons ci-dessous si ces principes peuvent également s'appliquer en procédure. 352

1. Principe : manifestation du rapport de représentation

En droit matériel, le représentant ou la représentante peut annoncer expressément agir pour autrui⁷⁵¹. Il en va également ainsi en procédure. Par exemple, un·e représentant·e conventionnel·le qui rédige une requête de conciliation, une demande ou un recours mentionnera en principe agir « au nom et pour le compte » (parfois également « au nom et par mandat ») de la partie dans son acte. 353

Il découle de l'art. 32 al. 2 CO que la représentation peut aussi avoir des effets si le rapport de représentation est exprimé tacitement⁷⁵². En procédure, il est certes possible qu'un·e représentant·e omette d'indiquer qu'il ou elle représente la partie mais que cette situation ressorte des circonstances. Ainsi lorsqu'une demande expose des faits concernant X et est signée par l'avocat Z, on doit en conclure que Z représente X même si l'acte ne l'indique pas expressément. L'existence du rapport de représentation sera toutefois explicitement confirmée avec la production de la preuve des pouvoirs de représentation (exigée par l'art. 68 al. 3 CPC et l'art. 40 al. 2 LTF ; voir N 287). 354

En droit des obligations, il n'est pas nécessaire d'indiquer d'emblée qui est la personne représentée⁷⁵³ – par exemple parce qu'on ne sait pas de qui il s'agira⁷⁵⁴. Dans le contexte procédural, savoir qui est représenté revient à définir qui est partie. Or toute procédure civile contentieuse implique deux parties 355

⁷⁵¹ ATF 146 III 121 cons. 3.2.1 ; ATF 126 III 59 cons. 1b ; arrêt du TF 4A_310/2020 du 30 juin 2021 cons. 3.2 ; CARRON/WESSNER, N 823 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 12 ; FOURNIER, Imputation, N 140 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 427.

⁷⁵² ATF 146 III 121 cons. 3.2.1 ; ATF 126 III 59 cons. 1b ; ATF 90 II 285 cons. 1c, JdT 1965 I p. 130 ; arrêt du TF 4A_341/2021 du 15 décembre 2021 cons. 5.1.1 ; arrêt du TF 4A_310/2020 du 30 juin 2021 cons. 3.2 ; CARRON/WESSNER, N 824 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 12 ; FOURNIER, Imputation, N 141 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 428 ; VON TUHR, p. 310 ; BSK OR I-WATTER, art. 32 N 17.

⁷⁵³ ATF 84 II 13 cons. 3, JdT 1958 I p. 263 ; CARRON/WESSNER, N 819 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 15 ; ZK-KLEIN, art. 32 N 55 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 429 ; BSK OR I-WATTER, art. 32 N 19.

⁷⁵⁴ CARRON/WESSNER, N 819 ; ZK-KLEIN, art. 32 N 55 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 429.

déterminées⁷⁵⁵ ; une procédure ne peut pas être introduite sans que la partie représentée ne soit identifiable⁷⁵⁶. Le Tribunal fédéral a récemment retenu qu'un jugement rendu à l'encontre de parties inconnues était nul⁷⁵⁷.

356 Dans ce contexte, l'adage « nul ne plaide par procureur », bien connu de la procédure civile française, mérite d'être mentionné. Cette maxime a plusieurs sens ; elle signifie notamment que la partie doit être nommée dans la procédure et ne peut pas se cacher derrière un·e représentant·e⁷⁵⁸. Une partie au procès ne peut donc pas refuser de révéler son identité⁷⁵⁹.

2. Exception : indifférence du tiers

357 Par exception à la règle voulant que le rapport de représentation soit manifesté, l'art. 32 al. 2 CO prévoit que la représentation produit également des effets s'il est indifférent, pour le tiers, de savoir s'il traite avec la personne représentée ou représentante⁷⁶⁰.

358 Cette disposition est à notre sens inapplicable en procédure. Comme exposé ci-dessus (N 355), les parties doivent être déterminées dès le début de la procédure. Il est donc toujours important pour le tiers (en principe le tribunal⁷⁶¹) de définir qui est représentant·e et qui est représenté·e.

⁷⁵⁵ Voir N 573.

⁷⁵⁶ Voir arrêt du TF 5D_78/2022, 5D_79/2022 du 31 octobre 2022 cons. 3.2 ; ATF 79 II 113 cons. 3 ; BOHNET/VARIN, p. 7 ; DONZALLAZ, art. 40 N 832. Le CPC exige que les parties soient désignées dans certains actes (art. 202 al. 2 CPC [requête de conciliation], art. 221 al. 1 let. a CPC [demande en procédure ordinaire], art. 244 al. 1 let. a CPC [demande en procédure simplifiée], art. 285 let. a CPC [requête commune en divorce], art. 290 let. a CPC [demande unilatérale en divorce]). Ainsi, la demande doit permettre d'identifier précisément les parties, notamment pour que le tribunal puisse vérifier si celles-ci ont bien la capacité d'être partie et la capacité d'ester (PC CPC-HEINZMANN, art. 221 N 4 ; DK ZPO-PAHUD, art. 221 N 1 ; BSK ZPO-WILLISEGGER, art. 221 N 7 ; *contra* : CR CPC-TAPPY, art. 221 N 10, qui estime qu'une demande pourrait être formulée à l'encontre d'une partie défenderesse inconnue si la partie demanderessse n'a pas réussi à déterminer l'identité de son adversaire).

⁷⁵⁷ Arrêt du TF 5D_78/2022, 5D_79/2022 du 31 octobre 2022 cons. 3.2.

⁷⁵⁸ CHAINAIS et al., N 322.

⁷⁵⁹ CHAINAIS et al., N 322.

⁷⁶⁰ CARRON/WESSNER, N 829 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 13 ; FOURNIER, Imputation, N 142 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 430 ; VON TUHR, p. 311 ; BSK OR I-WATTER, art. 32 N 20.

⁷⁶¹ Sur la question de savoir qui est le tiers en matière de représentation conventionnelle, voir N 1008 ss.

III. Aperçu des effets principaux de la représentation

Ci-dessous, nous présenterons brièvement les effets principaux de la représentation en procédure, à savoir l'imputation des actes (A), la dispense d'agir personnellement (B), la notification à la représentante ou au représentant (C), et le remboursement des frais de représentation en cas de gain du procès (D). 359

A. Imputation des actes et de la connaissance

1. Principe

Lorsqu'un·e représentant·e effectue un acte de procédure, celui-ci est imputé à la partie⁷⁶². Ainsi, cet acte produit des effets dans la sphère de cette dernière (« effet de représentation »⁷⁶³). Elle est donc liée par l'acte de procédure⁷⁶⁴ comme si elle l'avait elle-même réalisé⁷⁶⁵. Ce principe découle du droit des obligations (art. 32 ss CO)⁷⁶⁶. 360

L'imputation des actes est un effet important de la représentation conventionnelle. Peut-être parce que ce principe apparaît comme une évidence, il n'est mentionné ni dans le CPC, ni dans la LTF. Il figurait en revanche dans certains anciens codes de procédure civile cantonaux⁷⁶⁷. On le trouve en outre dans le Code de procédure civile allemand : § 85 (1) ZPO-All. dispose que « [d]ie von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozesshandlungen sind für 361

⁷⁶² Arrêt du TF 4A_124/2018 du 27 avril 2018 cons. 2.2 ; arrêt du TF 2F_5/2015 du 18 mars 2015 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 2C_1007/2011 du 12 mars 2012 cons. 4.5 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 21 ; HABSCHIED, Zivilprozessrecht, N 298 ; PERCASSI, Note 4A_124/2018, p. 407 ; RÉTORNAZ, Capacités, p. 67 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 85. Le Tribunal fédéral rappelle souvent ce principe en matière de restitution de délai (voir, parmi de nombreuses décisions, ATF 149 IV 97 cons. 2.1 ; arrêt du TF 9F_15/2022 du 26 octobre 2022 cons. 1.1 et 2.2 ; arrêt du 5A_280/2020 du 8 juillet 2020 cons. 3.1.2 ; arrêt du TF 4A_52/2019 du 20 mars 2019 cons. 3.1 ; arrêt du TF 5A_927/2015 du 22 décembre 2015 cons. 5.1 ; arrêt du TF 2C_1212/2013 du 28 juillet 2014 cons. 6.1).

⁷⁶³ CARRON/WESSNER, N 936.

⁷⁶⁴ Stein/Jonas-JACOBY, § 85 N 6 ; Wieczorek/Schütze-SMID/HARTMANN, § 85 N 7.

⁷⁶⁵ ATF 85 II 305 cons. 1 ; Stein/Jonas-JACOBY, § 85 N 8 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 34 ; RÉTORNAZ, Capacités, p. 67 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 32 N 148.

⁷⁶⁶ Arrêt du TF 4A_124/2018 du 27 avril 2018 cons. 2.2 ; arrêt du TF 2C_1007/2011 du 12 mars 2012 cons. 4.5 ; DONZALLAZ, art. 40 N 816 ; PERCASSI, Note 4A_124/2018, p. 407 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 85.

⁷⁶⁷ Voir notamment art. 31a aGOG/AI ; art. 105 ZPG/SG ; art. 65 al. 4 CPC/TI.

die Partei in gleicher Art verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wäre [...]».

- 362 L'imputation concerne aussi la connaissance : ainsi, on impute à la partie ce que fait la personne qui la représente, mais aussi ce qu'elle sait⁷⁶⁸. Il peut s'agir d'une connaissance effective, mais également d'une connaissance attendue (c'est-à-dire ce que la personne aurait dû savoir ; *Wissenmüssen*)⁷⁶⁹. La notion de connaissance comprend les éléments appris par le représentant ou la représentante durant son activité de représentation⁷⁷⁰, mais aussi tout ce qui découle de sa formation ou de son expérience⁷⁷¹.
- 363 Les omissions de la représentante ou du représentant sont également imputées à la partie⁷⁷². Il en va de même pour ses erreurs⁷⁷³, ce que mentionne également le Code de procédure civile allemand (§ 85 (2) ZPO-All. : « *Das Verschulden des Bevollmächtigten steht dem Verschulden der Partei gleich* »).
- 364 Précisons finalement qu'un·e représentant·e répond du comportement de ses auxiliaires comme de ses propres actes⁷⁷⁴. Par voie de conséquence, les actes

⁷⁶⁸ ATF 140 III 86 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_488/2022 du 12 mai 2023 cons. 4.3.1 ; arrêt du TF 4A_129/2021 du 9 août 2021 cons. 4.4.1.1 ; Zöller-ALTHAMMER, § 85 N 3 ; BUCHER, Obligationenrecht, p. 600 ; CARRON/WESSNER, N 801, 940 et 945 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 21 ; FOURNIER, Imputation, N 239 ss ; FOURNIER, Personne morale, p. 1191 ; CHK OR I-KUT, art. 32 N 36 ; Saenger/Ullrich/Siebert-ZEMPEL/NICKEL, § 85 N 3 ; Wieczorek/Schütze-SMID/HARTMANN, § 85 N 5 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 85 N 8 ; VON TUHR, p. 286 ; BSK OR I-WATTER, art. 32 N 5. Sur le fait que l'imputation de la connaissance est un effet de la représentation, voir FOURNIER, Imputation, N 288 et 357 ; FOURNIER, Personne morale, p. 1196.

⁷⁶⁹ Arrêt du TF 4A_488/2022 du 12 mai 2023 cons. 4.3.1 ; FOURNIER, Imputation, N 259 ss ; voir également CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 21. Déterminer quelle est la connaissance attendue d'une personne s'analyse objectivement, en tenant compte des connaissances moyennes d'une personne se trouvant dans des circonstances identiques (même profession, même milieu social) (FOURNIER, Imputation, N 248).

⁷⁷⁰ FOURNIER, Imputation, N 268 ss ; FOURNIER, Personne morale, p. 1196.

⁷⁷¹ FOURNIER, Imputation, N 274 et 326 ss ; FOURNIER, Personne morale, p. 1196 s. ; voir également BSK OR I-WATTER, art. 32 N 25.

⁷⁷² Arrêt du TF 4A_124/2018 du 27 avril 2018 cons. 2.2 ; arrêt du TF 2F_5/2015 du 18 mars 2015 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 2C_1007/2011 du 12 mars 2012 cons. 4.5 ; BSK BGG-MERZ, art. 40 N 11 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 85.

⁷⁷³ ATF 85 II 305 cons. 1 ; BÜHLER/EDELMANN/KILLER, Intro. § 66-71 N 3 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Intro. art. 32-40 N 85.

⁷⁷⁴ Arrêt du TF 6F_26/2021 du 28 mars 2022 cons. 2.1 ; arrêt du TF 5A_350/2021 du 17 mai 2021 cons. 4 ; arrêt du TF 8C_743/2019 du 20 décembre 2019 cons. 4.3.

d'un·e auxiliaire sont en principe également imputables à la partie représentée⁷⁷⁵.

2. Exception ?

Dans l'ATF 143 I 284, rendu en procédure pénale, le Tribunal fédéral a reconnu une exception au principe d'imputation. Les faits étaient les suivants : l'avocat d'office d'un prévenu avait manqué le délai pour déposer une déclaration d'appel en raison d'une erreur de son secrétariat. Le prévenu avait alors demandé la restitution du délai (art. 94 CPP) à la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal. Celle-ci a considéré que les conditions de restitution du délai n'étaient pas remplies et a déclaré l'appel irrecevable. 365

Le Tribunal fédéral a admis le recours contre cette décision d'irrecevabilité. Il a considéré que l'erreur ayant conduit au dépôt tardif de la déclaration d'appel – commise par une employée de l'avocat et donc attribuable à celui-ci – ne devait pas être imputée au recourant⁷⁷⁶. Quatre conditions ont été posées pour admettre cette exception : (i) il doit s'agir d'une situation de défense obligatoire, (ii) le comportement de l'avocat·e doit relever de la négligence grave, être complètement faux ou totalement contraire aux règles de l'art, (iii) le préjudice ne doit pas pouvoir être réparé par une action en dommages-intérêts et (iv) le comportement de la partie doit être sans reproche⁷⁷⁷. 366

La jurisprudence consacrée par l'ATF 143 I 284 a été confirmée dans plusieurs arrêts ultérieurs rendus en matière pénale⁷⁷⁸. Le Tribunal fédéral a aussi précisé que cette jurisprudence ne s'appliquait qu'aux causes soumises au CPP, l'excluant notamment dans les procédures se déroulant devant le Tribunal 367

⁷⁷⁵ Arrêt du TF 2F_22/2022 du 15 juillet 2022 cons. 3.2 ; arrêt du TF 2C_177/2019 du 22 juillet 2019 cons. 4.2.2.

⁷⁷⁶ ATF 143 I 284 cons. 2.3.

⁷⁷⁷ ATF 143 I 284 cons. 2.2.3.

⁷⁷⁸ Voir par exemple arrêt du TF 6B_311/2023 du 9 mars 2023 cons. 3 ; arrêt du TF 6B_1367/2020 du 9 février 2021 cons. 3 ; arrêt du TF 6B_987/2019 du 3 octobre 2019 cons. 1.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_177/2019 du 22 juillet 2019 cons. 4.2.2 ; arrêt du TF 2C_345/2018 du 11 octobre 2018 cons. 3.4 ; arrêt du TF 6B_1111/2017 du 7 août 2018 cons. 2.

fédéral⁷⁷⁹, les procédures de droit des étrangers et des étrangères⁷⁸⁰, les procédures relatives à des sanctions administratives⁷⁸¹ ou encore les procédures d'entraide judiciaire⁷⁸². Dans un arrêt récent destiné à la publication, il a répété que la non-imputation du comportement de l'avocat·e ne pouvait être admise qu'aux conditions restrictives posées dans l'ATF 143 I 284⁷⁸³.

368 Avec l'ATF 143 I 284, le Tribunal fédéral a ouvert la porte aux exceptions au principe d'imputation. Depuis la publication de cet arrêt, il a toutefois verrouillé sa jurisprudence et a réitéré sa volonté que celle-ci ne soit pas étendue.

369 On peut toutefois légitimement se demander s'il ne serait opportun que les actes d'un·e représentant·e ne soient pas imputés à la partie en procédure civile lorsque les enjeux du procès sont importants et pas uniquement financiers, par exemple dans les affaires de droit de la famille. Une telle exception nous semble cependant difficilement concevable, car elle se heurterait à de nombreux obstacles découlant de l'ATF 143 I 284.

370 Premièrement, dans cet ATF, le Tribunal fédéral déduit la possibilité de ne pas se voir imputer les actes de son avocat·e du droit à une défense effective découlant des art. 6 par. 3 let. c CEDH, 14 par. 3 let. d Pacte ONU II et 32 al. 2 Cst., qui ne vaut qu'en procédure pénale et n'a pas d'équivalent en procédure civile.

371 Deuxièmement, la défense obligatoire est une condition pour la non-imputation des actes et cette institution n'existe pas dans le procès civil. Les art. 69 al. 1 CPC et 41 al. 1 LTF permettent certes d'imposer à la partie d'être représentée contre son gré⁷⁸⁴, mais ces hypothèses ne peuvent être assimilées à la défense obligatoire en droit pénal⁷⁸⁵, qui doit en particulier être mise en œuvre lorsque

⁷⁷⁹ ATF 149 IV 97 cons. 2 ss ; arrêt du TF 6B_409/2023 du 26 avril 2023 cons. 3.4 ; arrêt du TF 6B_174/2023, 6B_461/2023 du 26 avril 2023 cons. 3.3 ; arrêt du TF 6B_1480/2022 du 13 janvier 2023 cons. 3.2 ; arrêt du TF 6F_2/2022 du 11 mars 2022 cons. 5 ; arrêt du TF 6B_1244/2020 du 15 décembre 2020 cons. 2.2 ; arrêt du TF 6F_28/2020 18 novembre 2020 cons. 7.

⁷⁸⁰ Arrêt du TF 2C_282/2020 du 8 mai 2020 cons. 2.3.

⁷⁸¹ Arrêt du TF 2C_177/2019 du 22 juillet 2019.

⁷⁸² Arrêt du TF 1C_247/2022, 1C_346/2022 du 16 juin 2022 cons. 4.1.

⁷⁸³ Arrêt du TF 6B_16/2022 du 26 janvier 2023 (destiné à la publication) cons. 1.5 ss.

⁷⁸⁴ Voir N 500 ss au sujet de ces dispositions.

⁷⁸⁵ Voir ATF 149 IV 97 cons. 2.3, dans lequel le Tribunal fédéral souligne : « Or, la défense obligatoire (art. 130 CPP) sur laquelle repose la jurisprudence publiée aux ATF 143 I 284, rendue dans le cadre de la restitution du délai d'appel en vertu de l'art. 94 CPP, est inconnue de la LTF [...]. Devant le Tribunal fédéral, sous réserve de l'art. 41 al. 1 LTF, qui vise une tout autre hypothèse, le prévenu décide lui-même s'il veut ou non se faire représenter »).

la personne prévenue est détenue provisoirement depuis plus de dix jours (art. 130 let. a CPP) ou encourt une peine privative de liberté de plus d'un an, une mesure entraînant une privation de liberté ou une expulsion (art. 130 let. b CPP).

Troisièmement, le Tribunal fédéral, en prévoyant la condition du préjudice irréparable par une action en dommages-intérêts, semble avoir surtout envisagé le cas d'une condamnation à une peine privative de liberté⁷⁸⁶. 372

À cela s'ajoute que, si l'on devait admettre des exceptions au principe d'imputation lorsque la représentation n'est pas obligatoire, les parties procédant seules seraient désavantagées : tout manquement leur étant directement attribuable, elles ne pourraient pas invoquer qu'une erreur est le fait d'un tiers⁷⁸⁷. Lorsque, dans une procédure, un manquement (qu'il soit imputable à la partie elle-même ou à la personne qui la représente) est susceptible d'entraîner des conséquences importantes pour une partie, nous plaidons plutôt pour un examen de la situation au regard de l'interdiction du formalisme excessif, selon le test proposé dans la dernière partie de la thèse⁷⁸⁸. Ce test permet de prendre en compte les particularités du cas d'espèce – dont la gravité des conséquences d'une erreur – et, surtout, peut s'appliquer que la partie soit représentée ou non. 373

B. Dispense d'agir personnellement

Lorsqu'elle est représentée, la partie n'a en principe plus besoin d'agir par elle-même dans la procédure⁷⁸⁹. La personne qui la représente peut ainsi signer elle-même les actes de procédure écrits et se rendre seule en audience pour accomplir les actes de procédure oraux⁷⁹⁰. 374

Cet effet constitue un avantage notable. La partie est libérée de la charge d'effectuer des actes de procédure et peut donc, si elle le souhaite, rester en retrait dans le procès. 375

⁷⁸⁶ ATF 143 I 284 cons. 2.3.

⁷⁸⁷ Dans ce sens : arrêt du TF 6B_16/2022 du 26 janvier 2023 (destiné à la publication) cons. 1.5.2 ; voir également N 1267.

⁷⁸⁸ Voir N 1343 ss.

⁷⁸⁹ FUX, p. 79.

⁷⁹⁰ Voir BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 2.

376 La partie représentée conserve la faculté d’agir elle-même si elle a la capacité de postuler⁷⁹¹. Ces actes « parallèles », s’ils sont manifestement contradictoires à ceux effectués par la représentante ou le représentant, peuvent cependant être compris comme une révocation tacite des pouvoirs de représentation⁷⁹².

C. Notification à la représentante ou au représentant

377 Selon l’art. 137 CPC, lorsque la partie est représentée, les actes de procédure doivent être notifiés à la personne qui la représente. La règle est la même devant le Tribunal fédéral (art. 10 al. 1 PCF, applicable par le renvoi de l’art. 71 LTF)⁷⁹³.

378 Ce principe est motivé par le fait qu’un·e représentant·e – qui agit souvent à titre professionnel – est en principe mieux placé·e que la partie pour comprendre les actes de procédure du tribunal⁷⁹⁴.

379 Cette règle a pour objet la représentation passive, qui consiste à réceptionner des actes de procédure et à les transmettre à la partie⁷⁹⁵. Les actes de procédure concernés sont notamment ceux mentionnés à l’art. 136 CPC⁷⁹⁶.

380 Le tribunal doit notifier les actes exclusivement à la personne qui représente la partie⁷⁹⁷. Cette règle s’applique dès que le tribunal est informé de la

⁷⁹¹ Arrêt du TF 4A_124/2018 du 27 avril 2018 cons. 2.2 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 30 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 7 ; BSK BGG-MERZ, art. 40 N 12 ; OFK ZPO-MORF, art. 68 N 6a ; PERCASSI, Note 4A_124/2018, p. 408 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 7 ; à ce sujet, voir également N 682.

⁷⁹² HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.21 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 4 ; BSK BGG-MERZ, art. 40 N 12 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 7 ; voir également BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 34 N 3 ; à ce sujet, voir aussi N 311.

⁷⁹³ Arrêt du TF 5A_909/2022 du 1^{er} mars 2023 cons. 2 ; arrêt du TF 4A_73/2020 du 18 mai 2020 cons. 3.3.4 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 39 N 7 ; BSK BGG-MERZ, art. 39 N 1.

⁷⁹⁴ CR CPC-BOHNET, art. 137 N 3.

⁷⁹⁵ Arrêt du TF 5A_803/2019 du 3 avril 2020 cons. 3.3 ; arrêt du TC/FR 101 2021 115 du 7 juillet 2021 cons. 2.1.2 ; PERCASSI, Note 5A_803/2019, p. 357.

⁷⁹⁶ DK ZPO-HUBER, art. 137 N 5 ; SHK ZPO-STROBEL, art. 137 N 5. En particulier, la citation à une audience à laquelle la partie doit comparaître personnellement doit être notifiée à la représentante ou au représentant (arrêt du KG/BS ZB.2016.19 du 21 juillet 2017 cons. 2.2 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 137 N 2 ; DK ZPO-HUBER, art. 137 N 5 ; OFK ZPO-JENNY/JENNY, art. 137 N 2 ; SHK ZPO-STROBEL, art. 137 N 5).

⁷⁹⁷ BOHNET/BRÜGGER, p. 308.

représentation⁷⁹⁸ et aussi longtemps qu'une éventuelle extinction des pouvoirs n'a pas été portée à sa connaissance⁷⁹⁹.

L'art. 137 CPC est de nature impérative⁸⁰⁰ : la partie qui nomme un·e représentant·e ne peut pas exiger que les actes de procédure lui soient notifiés personnellement⁸⁰¹. En d'autres termes, lorsqu'une partie nomme une personne pour la représenter activement, celle-ci la représentera également passivement⁸⁰². À notre avis, ce principe vaut uniquement lorsque les pouvoirs de représentation (active) s'étendent à l'ensemble de la procédure. Si la partie a octroyé des pouvoirs de représentation pour un acte précis (par exemple une partie qui demande à un membre de sa famille de la représenter à une audience), le tribunal continuera à lui notifier les actes de procédure. 381

Après avoir réceptionné l'acte, la représentante ou le représentant doit en informer la partie⁸⁰³. Précisons que la notification intervient dès que l'acte parvient à la personne qui assure la représentation, et non lorsque celle-ci le transmet à la partie⁸⁰⁴. 382

Le tribunal n'est pas tenu de transmettre l'acte à la partie également⁸⁰⁵. S'il décide de le faire (en plus de la notification au représentant ou à la représentante), cette démarche ne vaut pas notification et ne fait pas partir un 383

⁷⁹⁸ ATF 143 III 28 cons. 2.2.1 ; arrêt du KG/SG BE.2017.33 du 7 juin 2018 cons. 1 b/bb ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 137 N 3 ; SK ZPO-STAEHELIN, art. 137 N 3.

⁷⁹⁹ BSK ZPO-GSCHWEND, art. 137 N 3 ; SHK ZPO-STROBEL, art. 137 N 6 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 137 N 4. De ce fait, si l'extinction des pouvoirs n'a pas été portée à la connaissance du tribunal et que celui-ci a communiqué un acte de procédure à la personne représentant la partie jusqu'alors, la notification est valablement intervenue (Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 26 ; DK ZPO-HUBER, art. 137 N 6 ; application de l'art. 34 al. 3 CO ; voir N 341).

⁸⁰⁰ ATF 144 IV 64 cons. 2.5 ; ATF 143 III 28 cons. 2.2.1 ; PC CPC-SCHNEUWLY, art. 137 N 2.

⁸⁰¹ ATF 144 IV 64 cons. 2.5.

⁸⁰² À ce sujet, voir également N 145.

⁸⁰³ Message CPC, FF 2006 p. 6918 ; arrêt du KG/BS ZB.2016.19 du 21 juillet 2017 cons. 2.2 ; CR CPC-BOHNET, art. 137 N 3 ; BOHNET/BRÜGGER, p. 308 ; BK ZPO-FREI, art. 137 N 4 ; GASSER/RICKLI, art. 137 N 1 ; OFK ZPO-JENNY/JENNY, art. 137 N 1 ; SHK ZPO-STROBEL, art. 137 N 3.

⁸⁰⁴ Arrêt du KG/BS ZB.2016.19 du 21 juillet 2017 cons. 2.2 ; BK ZPO-FREI, art. 137 N 5 ; DK ZPO-HUBER, art. 137 N 11 ; GASSER/RICKLI, art. 137 N 2 ; PERCASSI, Note 5A_803/2019, p. 357.

⁸⁰⁵ BK ZPO-FREI, art. 137 N 4 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 137 N 2.

éventuel délai ; seule compte la communication à la personne qui représente la partie⁸⁰⁶.

384 Si un acte est communiqué uniquement à la partie alors qu'elle est représentée, la notification n'est pas valable⁸⁰⁷. Celle-ci ne produit aucun effet⁸⁰⁸ et doit être répétée⁸⁰⁹.

385 En application du principe de la bonne foi, une partie ne peut toutefois se prévaloir de l'irrégularité de la notification que si un préjudice a été engendré⁸¹⁰.

D. Remboursement des frais de représentation en cas de gain du procès

386 L'indemnisation des frais engendrés par la représentation de la partie est un sujet vaste. Afin de ne pas sortir du cadre du présent travail, nous nous limiterons à exposer l'intérêt de cette réglementation pour la représentation (1), à présenter les dispositions applicables et les principes en la matière (2), et à détailler les frais résultant de la représentation qui peuvent être remboursés (3).

1. Importance de la règle pour la représentation

387 Comme on le verra, la représentation permet à la partie⁸¹¹ qui obtient gain de cause d'être indemnisée pour les frais de son représentant ou sa représentante.

⁸⁰⁶ Arrêt du KG/SG BE.2017.33 du 7 juin 2018 cons. 1 b/bb ; BK ZPO-FREI, art. 137 N 5 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 137 N 2 ; SHK ZPO-STROBEL, art. 137 N 7.

⁸⁰⁷ ATF 144 IV 64 cons. 2.5 ; ATF 143 III 28 cons. 2.2.1 ; BK ZPO-FREI, art. 137 N 8 ; OFK ZPO-JENNY/JENNY, art. 137 N 3 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 137 N 4.

⁸⁰⁸ Arrêt de l'OG/ZH LF190047 du 4 octobre 2019 cons. 2.1 ; arrêt du KG/SG BE.2017.33 du 7 juin 2018 cons. 1 b/bb ; DK ZPO-HUBER, art. 137 N 22 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 4 ; SK ZPO-STAEHELIN, art. 137 N 4.

⁸⁰⁹ BK ZPO-FREI, art. 137 N 8 ; OFK ZPO-JENNY/JENNY, art. 137 N 3.

⁸¹⁰ Arrêt de l'OG/ZH LF190047 du 4 octobre 2019 cons. 2.1 ; arrêt du KG/BL 410 19 32 du 14 mai 2019 cons. 3.3 ; OFK ZPO-JENNY/JENNY, art. 137 N 3. Ainsi, si le tribunal communique une décision exclusivement à la partie, que celle-ci la transmet à la personne qui la représente, et qu'un recours est déposé contre la décision dans le délai, la notification irrégulière n'entraîne pas de préjudice pour la partie (arrêt du KG/BL 410 19 32 du 14 mai 2019 cons. 3.3).

⁸¹¹ L'indemnité est accordée à la partie, et non à la personne qui la représente (Commentaire LTF-BOVEY, art. 68 N 25 ; MAIER/MÜHLEMANN, p. 760 ; KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, art. 105 N 6 ; SHK BGG-SEILER, art. 68 N 6 ; DK ZPO-URWYLER/GRÜTTER,

Le remboursement des frais encourus suppose que la partie soit représentée par une personne autorisée⁸¹². Ainsi, il ne peut y avoir d'indemnisation si :

- la partie est aidée par un tiers qui ne la représente pas⁸¹³, c'est-à-dire qui n'agit pas en son nom et pour son compte et qui ne se présente pas à ses côtés en audience⁸¹⁴. Par exemple, cette hypothèse est réalisée lorsqu'une partie fait rédiger un acte de procédure par un tiers, mais qu'elle le signe et le dépose elle-même⁸¹⁵. Précisons que, dans un tel cas, les restrictions en matière de représentant·e·s autorisé·e·s (art. 68 CPC et 40 al. 1 LTF) ne s'appliquent pas⁸¹⁶. La partie peut choisir qui elle veut pour la soutenir sans contrevenir aux lois de procédure ;
- la partie est représentée par une personne qui n'est pas habilitée à pratiquer cette activité selon les lois de procédure⁸¹⁷. Le tribunal ne peut pas prendre en compte un acte de procédure déposé par un·e représentant·e non autorisé·e⁸¹⁸. Le tribunal doit toutefois octroyer à la partie un délai pour lui permettre de redéposer l'acte elle-même ou par l'intermédiaire d'un·e représentant·e autorisé·e⁸¹⁹. Dans cette hypothèse, même si l'acte renouvelé est valable, aucune indemnisation

art. 95 N 21). Sur la question de la distraction des dépens et de son admissibilité en procédure civile, voir Commentaire LTF-BOVAY, art. 68 N 25 ; CR CPC-TAPPY, art. 95 N 22.

⁸¹² Le Tribunal fédéral retient cependant qu'un·e avocat·e représenté·e par un·e confrère de la même étude n'a qu'exceptionnellement droit à des dépens, cette situation étant assimilée au cas où la partie agit seule (arrêt du TF 4A_494/2020 du 24 juin 2022 cons. 8 ; arrêts du TF 1C_447/2016, 1C_448/2016, 1C_449/2016 du 31 août 2017 cons. 8).

⁸¹³ Arrêt du TF 1C_464/2019 du 5 décembre 2019 cons. 9 ; arrêt du TF 4A_233/2017 du 28 septembre 2017 cons. 4.5 ; arrêt du TF 4A_209/2014 du 16 décembre 2014 cons. 5 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 19 ; MAIER/MÜHLEMANN, p. 756 ; RUSCH/FISCHBACHER, p. 690 ; SHK BGG-SEILER, art. 68 N 17 ; PC CPC-STOUDMANN, art. 95 N 23 ; CR CPC-TAPPY, art. 95 N 33.

⁸¹⁴ Il s'agit là de la définition de la représentation au sens large, qui inclut l'assistance en procédure orale (voir N 210).

⁸¹⁵ Voir Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 19 ; LACHAT/LACHAT, p. 299 ; RUSCH/FISCHBACHER, p. 690.

⁸¹⁶ Voir N 770.

⁸¹⁷ BOHNET, Note *Rivera Vazquez et Calleja Delsordo c. Suisse*, N 12 ; Commentaire LTF-BOVEY, art. 68 N 17 ; CR CPC-TAPPY, art. 95 N 28. Les frais d'un·e représentant·e non autorisé·e ne peuvent pas non plus être remboursés à titre de « indemnité équitable » au sens de l'art. 95 al. 3 let. c CPC (arrêt du TF 4A_233/2017 du 28 septembre 2017 cons. 4.5).

⁸¹⁸ Voir N 713.

⁸¹⁹ Voir N 716.

n'est possible pour la rédaction de celui-ci par la personne qui représentait la partie sans y être autorisée⁸²⁰.

389 Limiter le droit à une indemnité au cas où la partie est représentée valablement décourage donc celle-ci de faire appel à une personne n'étant pas habilitée à pratiquer la représentation pour la soutenir ou la représenter dans le procès. En d'autres termes, cette règle permet d'assurer l'application des dispositions sur les représentant·e·s autorisé·e·s et, par conséquent, de mieux protéger les intérêts des parties et de la justice.

390 Précisons enfin que le remboursement des frais de représentation ne peut pas être exclu parce que la partie n'avait pas besoin d'être représentée⁸²¹. De ce fait, le tribunal n'a en principe pas à vérifier si la représentation était nécessaire pour fixer l'indemnité due⁸²².

2. Dispositions applicables et principes

391 Le droit de la partie d'obtenir une indemnité pour les frais de son représentant ou sa représentante en cas de gain du procès découle de différentes dispositions du CPC et de la LTF. Ces deux lois font appel aux mêmes notions, qui doivent être comprises de façon identique⁸²³.

a. CPC

392 Les questions relatives aux frais du procès sont réglementées aux art. 95 ss CPC. La notion de frais est définie à l'art. 95 CPC. Ceux-ci comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC). Les dépens englobent les débours (art. 95 al. 3 let. a CPC), le défraiement d'un·e représentant·e professionnel·le (art. 95 al. 3 let. b CPC ; par « défraiement », il faut comprendre rémunération et défraiement⁸²⁴) et, si la partie n'est pas représentée professionnellement, une indemnité équitable pour les démarches effectuées, dans les cas où cela se justifie (art. 95 al. 3 let. c CPC).

⁸²⁰ BOHNET, Note *Rivera Vazquez et Calleja Delsordo c. Suisse*, N 12.

⁸²¹ ATF 144 III 164 cons. 3. Dans cette affaire, la recourante – une entreprise de recouvrement – avait eu gain de cause dans une procédure de mainlevée provisoire.

⁸²² ATF 144 III 164 cons. 3 ss.

⁸²³ ATF 139 III 471 cons. 3.3.

⁸²⁴ Arrêt du TF 4A_290/2013 du 30 juillet 2013 cons. 3.

L'art. 106 al. 1 CPC prévoit qu'en règle générale, les frais sont supportés par la partie qui succombe⁸²⁵. L'art. 106 al. 2 CPC précise que « [l]orsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause ». Il existe toutefois des exceptions à cette règle⁸²⁶. Ainsi, l'art. 107 CPC liste les situations dans lesquelles le tribunal peut procéder à une répartition des frais différente et l'art. 108 CPC prévoit que « [l]es frais causés inutilement sont mis à la charge de la personne qui les a engendrés ».

Devant les autorités judiciaires cantonales, des dépens ne peuvent être octroyés que si la partie prend une conclusion dans ce sens⁸²⁷. Il faut toutefois réserver les procédures soumises à la maxime d'office, dans lesquelles le tribunal peut fixer des dépens même en l'absence de conclusion à ce sujet⁸²⁸.

b. LTF

La problématique des frais de la procédure est régie aux art. 62 ss LTF. La notion de dépens n'est pas définie dans la LTF, mais dans le Règlement sur les dépens alloués à la partie adverse et sur l'indemnité pour la représentation d'office dans les causes portées devant le Tribunal fédéral du 31 mars 2006⁸²⁹ (ci-après : RDépens). Selon l'art. 1 let. a RDépens, les dépens comprennent les frais d'avocat·e.

S'agissant de leur répartition, l'art. 68 LTF (intitulé « dépens ») prévoit à son alinéa 2 qu'« [e]n règle générale, la partie qui succombe est tenue de rembourser à la partie qui a obtenu gain de cause, selon le tarif du Tribunal fédéral, tous les frais nécessaires causés par le litige ».

⁸²⁵ Sur la question de savoir comment déterminer quelle partie a succombé, voir PC CPC-STOUDMANN, art. 106 N 5 ss.

⁸²⁶ SHK ZPO-FISCHER, art. 106 N 1 ; SK ZPO-JENNY, art. 106 N 2.

⁸²⁷ ATF 140 III 444 cons. 3.2.2 ; ATF 139 III 334 cons. 4.3 ; Message CPC, FF 2006 p. 6908 ; arrêt du TF 4A_465/2016 du 15 novembre 2016 cons. 4.2 ; SK ZPO-JENNY, art. 105 N 6 ; PC CPC-STOUDMANN, art. 105 N 6 ; CR CPC-TAPPY, art. 105 N 7 ; VETTER/ALBERT, p. 314 ; ZOTSANG, p. 11 et 184.

⁸²⁸ PC CPC-STOUDMANN, art. 105 N 6 ; CR CPC-TAPPY, art. 105 N 7 ; ZOTSANG, p. 184 nbp 901.

⁸²⁹ RS 173.110.210.3.

- 397 Il s'agit d'un principe, dont le Tribunal fédéral peut s'écarter⁸³⁰. Il dispose à cet égard d'une grande marge de manœuvre⁸³¹. À noter que certaines exceptions à cette règle sont contenues dans la loi ; ainsi, les frais causés inutilement sont supportés par la partie qui les a engendrés (art. 66 al. 3 LTF, applicable par le renvoi de l'art. 68 al. 4 LTF)⁸³². En outre, la Confédération, les cantons, les communes et les organisations qui agissent dans l'exercice de leurs attributions officielles n'ont en principe pas droit à des dépens (68 al. 3 LTF)⁸³³.
- 398 Devant le Tribunal fédéral, les dépens sont octroyés d'office⁸³⁴ (art. 69 al. 1 PCF, applicable par le renvoi de l'art. 71 LTF⁸³⁵).

IV. Synthèse du chapitre 4

- 399 Ce chapitre a d'abord permis de clarifier les règles applicables en procédure civile à la procuration, terme utilisé ici comme synonyme de pouvoirs de représentation. En particulier, nous avons mis en évidence que l'octroi d'une procuration procédurale n'est soumis à aucune condition de forme, mais que la preuve de cette procuration doit être apportée au tribunal par oral ou par écrit. La problématique de la ratification des actes de procédure faits sans pouvoirs a également été analysée, pour parvenir à la conclusion qu'une ratification est possible, mais qu'elle ne dispense pas la partie de fournir une preuve des pouvoirs nouvellement octroyés.
- 400 Quant à la manifestation du rapport de représentation, elle ne pose généralement pas de problème en procédure : dans la mesure où les pouvoirs de représentation doivent être prouvés, cette démarche permettra par la même occasion d'exprimer le rapport de représentation.
- 401 Dans la dernière partie du chapitre, les effets principaux de la représentation conventionnelle ont été présentés. Ce sont ces effets qui, combinés, rendent la représentation exercée professionnellement attractive pour les parties au procès : en faisant appel à un·e représentant·e, elles peuvent se décharger de nombreuses contraintes liées à la procédure, tout en sachant qu'en cas de gain

⁸³⁰ Commentaire LTF-BOVEY, art. 68 N 43 ; DK BGG-DOLGE, art. 68 N 4 ; DONZALLAZ, art. 68 N 1918 ss.

⁸³¹ Commentaire LTF-BOVEY, art. 68 N 40 et 43.

⁸³² Commentaire LTF-BOVEY, art. 68 N 10 et 44.

⁸³³ Commentaire LTF-BOVEY, art. 68 N 9 et 27 ss.

⁸³⁴ ATF 139 III 334 cons. 4.3 ; ATF 111 Ia 154 cons. 4 et 5 ; Commentaire LTF-BOVEY, art. 68 N 53 ; DONZALLAZ, art. 68 N 1930 ; CR CPC-TAPPY, art. 105 N 6.

⁸³⁵ Commentaire LTF-BOVEY, art. 68 N 53 ; CR CPC-TAPPY, art. 105 N 6.

du procès, les frais engendrés par la représentation seront mis à la charge de la partie adverse.

Chapitre 5 : Représentation conventionnelle et droits fondamentaux

La représentation conventionnelle possède des liens avec les droits fondamentaux, qui sont ancrés dans le droit international et national. Les instruments internationaux et la Constitution suisse offrent une protection similaire en matière de procédure civile. Cependant, suivant les textes, la représentation n'est pas liée aux mêmes garanties. Les différentes interactions entre droits fondamentaux et représentation en justice seront détaillées ci-dessous. 402

On le verra, certains de ces droits concernent également l'assistance judiciaire. Même si ce concept diffère de la représentation conventionnelle⁸³⁶, les principes qui en découlent sont pertinents pour le sujet traité. Ils mettent en lumière les circonstances qui rendent nécessaire la représentation d'une partie. 403

Enfin, il faut souligner que les droits fondamentaux concernent généralement la représentation au sens large – c'est-à-dire aussi l'assistance en audience⁸³⁷. 404

I. Point de départ : l'accès à la justice

Les droits fondamentaux liés à la représentation conventionnelle possèdent un point commun : ils sont englobés dans la garantie, très générale, d'accès à la justice. 405

Le droit d'accès à la justice est un concept large, dont les contours ne sont pas précisément définis⁸³⁸. D'un point de vue procédural, il comprend chacune des garanties permettant aux justiciables de faire valoir leurs droits de manière juste et équitable⁸³⁹. Il présente ainsi une importance considérable dans une société de droit : il est le garant de la mise en œuvre du droit matériel, et assure ainsi une protection juridique concrète⁸⁴⁰. La garantie d'accès à la justice correspond 406

⁸³⁶ Voir N 215 ss.

⁸³⁷ Sur cette notion, voir N 203 ss.

⁸³⁸ FRA, p. 18 ; FRANCONI, p. 1 ; GERARDS/GLAS, p. 13 ; KIENER, p. 15 ; RASS-MASSON/ROUAS, p. 23. Voir cependant MALINVERNI et al., N 1337, qui semblent considérer que l'accès à la justice correspond au droit d'accès aux tribunaux de l'art. 29a Cst.

⁸³⁹ GERARDS/GLAS, p. 13 ; RASS-MASSON/ROUAS, p. 21.

⁸⁴⁰ FRA, p. 73 ; FRANCONI, p. 1 ; KIENER, p. 17 s.

dans une large mesure au concept allemand de « *Justizgewährungsanspruch* »⁸⁴¹.

- 407 La portée de l'accès à la justice est très étendue : les droits fondamentaux de procédure en sont généralement des émanations⁸⁴². Parmi ceux-ci, trois droits peuvent être associés à la représentation conventionnelle : le droit d'accès aux tribunaux (N 410 ss), le droit à l'égalité des armes (N 424 ss) et le droit d'être entendu (N 432 ss).
- 408 Le droit d'accès à la justice ne figure pas expressément dans la CEDH⁸⁴³ et le Pacte ONU II⁸⁴⁴. Cependant, il est aujourd'hui admis que les traités internationaux consacrent l'existence de ce droit fondamental⁸⁴⁵. Il découle des art. 6 et 13 CEDH et des art. 2 par. 3, 9 par. 4 et 14 Pacte ONU II⁸⁴⁶.
- 409 La Constitution suisse ne contient pas non plus de droit fondamental global d'accès à la justice. Cependant, elle comprend plusieurs garanties de procédure dont la somme correspond au droit d'accès à la justice⁸⁴⁷ – à savoir le droit à un procès équitable, consacré par l'art. 30 al. 1 Cst., le droit d'accès aux tribunaux, prévu par l'art. 29a Cst., et le droit d'être entendu, figurant à l'art. 29 al. 2 Cst. Dès lors, un droit d'accès à la justice existe en Suisse⁸⁴⁸.

⁸⁴¹ Le *Justizgewährungsanspruch* garantit non seulement le droit à porter une prétention devant une juridiction, mais également le droit à une procédure adéquate ; il comprend ainsi le droit à une protection juridique effective (DETTERBECK, p. 327 s.).

⁸⁴² FRA, p. 12 ; WILLISEGGER, p. 79. Par exemple, le droit à un procès équitable, le droit à l'aide juridictionnelle ou encore le droit à un recours effectif sont tous rattachés au droit d'accès à la justice (voir FRA, p. 18 ; RASS-MASSON/ROUAS, p. 23 ; FRA/CdE, p. 16).

⁸⁴³ FRA, p. 17 ; FRANCONI, p. 24 ; GERARDS/GLAS, p. 13.

⁸⁴⁴ FRA, p. 17 ; FRANCONI, p. 24 ; GERARDS/GLAS, p. 13.

⁸⁴⁵ FRA, p. 17 ; FRANCONI, p. 41 ; RASS-MASSON/ROUAS, p. 22.

⁸⁴⁶ FRA/CdE, p. 17 et 22 ; FRA, p. 17.

⁸⁴⁷ Voir KIENER, p. 23 s. ; WILLISEGGER, p. 79.

⁸⁴⁸ WILLISEGGER, p. 79 ; dans ce sens également : KIENER, p. 24 et 32.

II. Droit d'accès aux tribunaux

A. Notion

En matière civile, le droit d'accès aux tribunaux est garanti par l'art. 6 par. 1 CEDH⁸⁴⁹, l'art. 14 par. 1 Pacte ONU II⁸⁵⁰ et l'art. 29a Cst.⁸⁵¹. Il est parfois également nommé « droit à l'égalité d'accès aux tribunaux »⁸⁵² ou « garantie d'accès au juge »⁸⁵³. 410

Le droit d'accès aux tribunaux donne aux justiciables la faculté de faire juger leur cause par une autorité judiciaire⁸⁵⁴. 411

Le droit d'accès aux tribunaux issu de la CEDH et du Pacte ONU II est large et présente des liens avec la représentation ; ceux-ci sont exposés ci-dessous. En revanche, ni le Tribunal fédéral ni la doctrine suisse ne tirent de l'art. 29a Cst. des principes en lien avec la représentation. La Haute Cour a d'ailleurs souligné que l'art. 29a Cst. ne donnait pas droit à l'assistance judiciaire⁸⁵⁵. Le droit d'être représenté découle avant tout du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) en Suisse, comme nous le verrons ci-dessous (N 432 ss). 412

⁸⁴⁹ Arrêt de la CourEDH *Zubac c. Croatie* [GC] du 5 avril 2018, no 40160/12, § 76 ; arrêt de la CourEDH *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A no 18, § 36 ; voir également SCHABAS, p. 284 s.

⁸⁵⁰ Communication du Comité des droits de l'homme *Bahamonde c. Guinée équatoriale* du 20 octobre 1993, no 468/1991, § 9.4.

⁸⁵¹ ATF 144 I 181 cons. 5.3.2.1 ; ATF 141 I 172 cons. 4.4.1.

⁸⁵² Comité des droits de l'homme, § 8.

⁸⁵³ Voir le titre de l'art. 29a Cst.

⁸⁵⁴ ATF 144 I 181 cons. 5.3.2.1, JdT 2019 I p. 134 ; ATF 141 I 172 cons. 4.4.1 ; arrêt de la CourEDH *Zubac c. Croatie* [GC] du 5 avril 2018, no 40160/12, § 76 ; arrêt de la CourEDH *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A no 18, § 36.

⁸⁵⁵ ATF 141 I 241 cons. 4.1, RDAF 2016 I p. 295 (résumé) ; arrêt du TF 2C_959/2012 du 4 octobre 2012 cons. 2.

B. Liens avec la représentation conventionnelle

1. Droit de se faire conseiller, défendre et représenter

- 413 Le droit d'être représenté et assisté est expressément garanti dans les causes pénales par la CEDH (art. 6 par. 3 let. c CEDH)⁸⁵⁶ et le Pacte ONU II (art. 14 par. 3 let. d Pacte ONU II)⁸⁵⁷. Un tel droit ne figure pas dans ces textes pour les affaires civiles. On considère malgré tout que ce droit résulte des art. 6 par. 1 CEDH⁸⁵⁸ et 14 par. 1 Pacte ONU II⁸⁵⁹.
- 414 Le droit d'accès aux tribunaux suppose que chacun·e bénéficie de la possibilité effective et concrète de saisir un tribunal⁸⁶⁰. Or une partie sans connaissances du droit a souvent de la peine à formuler une prétention en justice sans l'aide d'un tiers⁸⁶¹. L'introduction et le déroulement d'un procès répondent à des règles de procédure difficiles à appréhender sans formation juridique. De ce fait, pour faire valoir ses droits de manière efficace – et ainsi accéder aux tribunaux – une partie a généralement besoin d'être représentée par un·e professionnel·le⁸⁶².
- 415 Une partie peut être privée de représentation en raison d'un obstacle de droit (par exemple à cause d'une interdiction de représentation prévue par la loi ou une autorité) ou de fait (par exemple eu égard au coût de la représentation professionnelle)⁸⁶³.
- 416 Dans ce contexte, les affaires examinées par la CourEDH et le Comité des droits de l'homme concernent surtout l'assistance judiciaire⁸⁶⁴.

⁸⁵⁶ GILLIAUX, p. 591.

⁸⁵⁷ Comité des droits de l'homme, § 10.

⁸⁵⁸ FRA/CdE, p. 82 s. ; GILLIAUX, p. 591 ; MALINVERNI, p. 46.

⁸⁵⁹ Comité des droits de l'homme, § 10.

⁸⁶⁰ Arrêt de la CourEDH *Zubac c. Croatie* [GC] du 5 avril 2018, no 40160/12, § 76 et 77 ; arrêt de la CourEDH *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie* [GC] du 29 novembre 2016, no 76943/11, § 86.

⁸⁶¹ Comité des droits de l'homme, § 10 ; OSCE/ODIHR, p. 44 ; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, N 77.

⁸⁶² Comité des droits de l'homme, § 10 ; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, N 73 ss.

⁸⁶³ Arrêt de la CourEDH *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A no 32, § 25.

⁸⁶⁴ Parmi les nombreux arrêts de la CourEDH en matière d'aide judiciaire, citons notamment arrêt de la CourEDH *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A no 32, § 20 à 28 ; arrêt de la CourEDH *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005, no 68416/01, CEDH 2005 II, § 48 à 72 ; arrêt de la CourEDH *Gnahoré c. France* du 19 septembre 2000, no 40031/98, CEDH 2000-IX, § 35 à 42 ; s'agissant de l'art. 14 par. 1 Pacte ONU II, voir

En effet, le manque de ressources d'une partie peut l'empêcher de trouver un·e représentant·e et par là même d'accéder à la justice⁸⁶⁵. Pour remédier à cette situation, une partie en difficulté financière doit pouvoir, à certaines conditions, être représentée gratuitement par un·e avocat·e⁸⁶⁶. Selon la CourEDH, le droit d'accès à un tribunal commande de nommer un·e représentant·e à la partie dans deux situations : (i) en cas de représentation obligatoire ou (ii) en raison de la difficulté de la cause ou du type de procédure⁸⁶⁷. 417

Le droit d'être représenté est rarement invoqué hors du cadre de l'assistance judiciaire. Les deux cas suivants en sont toutefois des exemples. 418

Le premier cas est un arrêt de principe, concernant un détenu qui avait demandé, sans succès, la permission de contacter un avocat afin d'intenter une action civile⁸⁶⁸. La CourEDH a jugé que l'interdiction d'entrer en contact avec un avocat constituait une violation de l'art. 6 par. 1 CEDH⁸⁶⁹. 419

Le second cas est une affaire où une personne en situation de handicap alléguait (entre autres) de ne pas avoir pu obtenir l'assistance d'un·e avocat·e, car le bâtiment de l'ordre des avocats était inaccessible aux personnes avec des difficultés locomotrices⁸⁷⁰. Aucune violation de la Convention n'a été constatée, la CourEDH considérant, d'une part, que le requérant était en mesure de se défendre seul et, d'autre part, que l'ordre des avocats pouvait également être contacté par téléphone ou télécopie⁸⁷¹. 420

2. Droit de se défendre soi-même

Tout comme le droit d'être représenté, le droit de ne pas l'être est consacré expressément pour les causes pénales (art. 6 par. 3 let. c CEDH⁸⁷² et art. 14 421

Communication du Comité des droits de l'homme *Currie c. Jamaïque* du 29 mars 1994, no 377/1989, § 13.4.

⁸⁶⁵ FRA/CdE, p. 82 s.

⁸⁶⁶ SCHABAS, p. 285.

⁸⁶⁷ Arrêt de la CourEDH *P., C. et S. c. Royaume-Uni* du 16 septembre 2002, no 56547/00CEDH 2002-VI, § 89 ; arrêt de la CourEDH *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A no 32, § 26.

⁸⁶⁸ Arrêt de la CourEDH *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A no 18, § 26 à 40.

⁸⁶⁹ Arrêt de la CourEDH *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A no 18, § 26.

⁸⁷⁰ Arrêt de la CourEDH *Farcaș c. Roumanie* du 14 septembre 2010, no 32596/04.

⁸⁷¹ Arrêt de la CourEDH *Farcaș c. Roumanie* du 14 septembre 2010, no 32596/04, § 51 ss.

⁸⁷² GILLIAUX, p. 587.

par. 3 let. d Pacte ONU II), mais pas civiles. Cependant, le droit de se défendre seul·e est considéré comme valant également pour les procès civils⁸⁷³.

- 422 Ce droit n'est toutefois pas absolu. Ainsi, la CourEDH a considéré que l'obligation de se faire représenter devant la plus haute cour nationale existant dans certains pays était valable au regard de l'art. 6 par. 1 CEDH⁸⁷⁴. Cette jurisprudence a par la suite été nuancée : la Cour a admis une violation de la Convention dans le cas d'un avocat partie à une procédure et agissant seul, dont l'appel avait été rejeté en raison de son défaut de représentation⁸⁷⁵. L'appelant étant lui-même un professionnel capable de déposer des appels pour des tiers, il ne se justifiait pas de lui imposer une représentation⁸⁷⁶.
- 423 La question de l'admissibilité de la représentation obligatoire devant les cours suprêmes a également été soumise au Comité des droits de l'homme à plusieurs reprises. Celui-ci a cependant chaque fois constaté l'irrecevabilité de ce grief, les requérant·e·s n'ayant jamais réussi à démontrer de manière suffisante que l'obligation d'être représenté violait l'art. 14 par. 1 Pacte ONU II⁸⁷⁷.

III. Égalité des armes

A. Notion

- 424 Le droit à l'égalité des armes en matière civile est garanti, au niveau international, par les art. 6 par. 1 CEDH⁸⁷⁸ et 14 par. 1 Pacte ONU II⁸⁷⁹, et au niveau national par l'art. 29 al. 1 Cst⁸⁸⁰.

⁸⁷³ GILLIAUX, p. 587 ; OSCE/ODIHR, p. 139.

⁸⁷⁴ Arrêt de la CourEDH *Anghel c. Italie* du 25 juin 2013, no 5968/09, § 54 ; arrêt de la CourEDH *Gillow c. Royaume-Uni* du 24 novembre 1986, série A no 109, § 69.

⁸⁷⁵ Arrêt de la CourEDH *Maširević c. Serbie* du 11 février 2014, no 30671/08.

⁸⁷⁶ Arrêt de la CourEDH *Maširević c. Serbie* du 11 février 2014, no 30671/08, § 51.

⁸⁷⁷ Communication du Comité des droits de l'homme *R.C. c. France* du 28 octobre 2013, no 1923/2009, § 7.2 ; communication du Comité des droits de l'homme *Sánchez González c. Espagne* du 21 mars 2002, no 1005/2001, § 4.3, communication du Comité des droits de l'homme *Marín Gómez c. Espagne* du 22 octobre 2001, no 865/1999, § 8.4 ; Communication du Comité des droits de l'homme *Torregrosa Lafuente et al. c. Espagne* du 16 juillet 2001, no 866/1999, § 6.3.

⁸⁷⁸ Arrêt de la CourEDH *Cruz de Carvalho c. Portugal* du 10 juillet 2007, no 18223/04, § 21.

⁸⁷⁹ Comité des droits de l'homme, § 8 et 13 ; OSCE/ODIHR, p. 110.

⁸⁸⁰ ATF 139 I 121 cons. 4.2.1, JdT 2014 I p. 31 ; ATF 133 I 1 cons. 5.3.1, JdT 2008 I p. 339.

Selon la formule utilisée par la CourEDH et le Tribunal fédéral, « ce principe requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »⁸⁸¹. 425

B. Liens avec la représentation conventionnelle

1. Droit à l'égalité entre partie représentée et partie non représentée

Lorsque les parties peuvent décider si elles souhaitent être représentées, l'égalité des armes commande en principe qu'elles bénéficient des mêmes droits, peu importe leur choix. 426

Ainsi, en cas de valeur litigieuse peu élevée dans une procédure simple, la partie qui se présente seule doit pouvoir plaider oralement et interroger les témoins⁸⁸². Il n'est pas admissible, au regard de la CEDH, de réserver cette possibilité aux parties représentées par un·e avocat·e⁸⁸³. 427

En revanche, dans l'arrêt *Meftah c. France*, la CourEDH a jugé que le monopole de plaidoirie en faveur des avocat·e·s devant la Cour de cassation française était compatible avec l'art. 6 par. 1 CEDH⁸⁸⁴. La Cour de Strasbourg a retenu cette solution en raison des spécificités de la procédure devant la Cour de cassation et de la possibilité pour les justiciables de présenter des observations écrites⁸⁸⁵. 428

Sur la question de savoir si l'égalité des armes est respectée lorsqu'un tribunal juge plus sévèrement l'erreur commise par une partie représentée professionnellement, voir N 1300 ss. 429

⁸⁸¹ Arrêt de la CourEDH *Regner c. République tchèque* [GC] du 19 septembre 2017, no 35289/11, § 146 ; arrêt de la CourEDH *Öcalan c. Turquie* [GC] du 12 mai 2005, no 46221/99, CEDH 2005-IV, § 140 ; arrêt de la CourEDH *Avotiņš c. Lettonie* [GC] du 23 mai 2016, no 17502/07, § 119 ; ATF 137 IV 172 cons. 2.6 ; ATF 133 I 1 cons. 5.3, JdT 2008 I p 339.

⁸⁸² Arrêt de la CourEDH *Cruz de Carvalho c. Portugal* du 10 juillet 2007, no 18223/04, § 21 ss.

⁸⁸³ Arrêt de la CourEDH *Cruz de Carvalho c. Portugal* du 10 juillet 2007, no 18223/04, § 21 ss.

⁸⁸⁴ Arrêt de la CourEDH *Meftah c. France* du 26 avril 2001, no 32911/96, § 47.

⁸⁸⁵ Arrêt de la CourEDH *Meftah c. France* du 26 avril 2001, no 32911/96, § 44 et 46.

2. Droit à un·e représentant·e dans l'assistance judiciaire

- 430 En matière d'aide judiciaire, une partie en difficulté financière ne peut bénéficier des services d'un·e représentant·e professionnel·le que si cela s'avère nécessaire⁸⁸⁶. Pour déterminer si ce besoin existe, les tribunaux examinent divers critères⁸⁸⁷. L'un des éléments à considérer est la représentation professionnelle de la partie adverse (voir art. 118 al. 1 let. c CPC) : cette situation est susceptible d'entraîner un déséquilibre des forces en présence, car les droits de la partie adverse seront défendus par une personne juridiquement compétente⁸⁸⁸. Le même raisonnement s'applique si la partie adverse est un·e avocat·e⁸⁸⁹. L'assistance judiciaire assure ainsi l'égalité des armes, en permettant à chaque justiciable d'être représenté⁸⁹⁰.
- 431 En Suisse, le seul fait que la partie adverse soit représentée n'est toutefois pas suffisant pour bénéficier d'un·e avocat·e d'office⁸⁹¹.

⁸⁸⁶ Arrêt du TF 5A_961/2018 du 15 mai 2019 cons. 5.1.1 ; OSCE/ODIHR, p. 146 ; Message CPC, FF 2006 p. 6913 ; KIENER, p. 61. Sur l'assistance judiciaire et les autres conditions à réunir pour l'obtenir, voir N 213 ss.

⁸⁸⁷ Arrêt de la CourEDH *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005, no 68416/01, CEDH 2005-II, § 61 ; Message CPC, FF 2006 p. 6913 ; KIENER, p. 61.

⁸⁸⁸ Arrêt de la CourEDH *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005, no 68416/01, CEDH 2005-II, § 69 et 72 ; ATF 110 Ia 27 cons. 2.

⁸⁸⁹ Arrêt de la CourEDH *Bertuzzi c. France* du 13 février 2003, no 36378/97, CEDH 2003-III, § 31.

⁸⁹⁰ ATF 137 III 470 cons. 6.5.4, JdT 2012 II p. 426 ; ATF 119 Ia 134 cons. 4, JdT 1996 I p. 286.

⁸⁹¹ WUFFLI, N 420 ; voir également arrêt du TF 5A_961/2018 du 15 mai 2019 cons. 5.1.1. Pour un cas où la représentation de la partie adverse a été déterminante pour décider si la partie avait droit à un·e représentant·e dans le cadre de l'assistance judiciaire, voir 5A_565/2019 du 19 décembre 2019 cons. 2.5.2.

IV. Droit d'être entendu

A. Notion

Les art. 6 par. 1 CEDH⁸⁹² et 14 par. 1 Pacte ONU II⁸⁹³, d'une part, et les art. 29 al. 2 Cst.⁸⁹⁴ et 53 CPC⁸⁹⁵, d'autre part consacrent le droit d'être entendu en procédure civile. Le CPC n'offre toutefois pas une protection plus étendue que celle prévue par la Constitution en matière de droit d'être entendu⁸⁹⁶. 432

En droit international, la jurisprudence au sujet du droit d'être entendu ne consacre pas de droit d'être représenté. Un lien existe toutefois avec la représentation, car le droit d'être entendu résultant de la CEDH et du Pacte ONU II peut parfois donner à la partie le droit de participer personnellement aux audiences, sans être représentée⁸⁹⁷. 433

En droit suisse, le droit d'être entendu a une portée considérable. Le Tribunal fédéral en a précisé le sens dans de nombreux arrêts, de sorte que la jurisprudence à ce sujet est aujourd'hui abondante et bien établie. 434

Le droit d'être entendu a deux fonctions : établir les faits et instaurer un droit de participation pour toute personne touchée par une procédure⁸⁹⁸. Il se compose de plusieurs éléments, comme le droit de s'exprimer avant le prononcé d'une décision⁸⁹⁹, de prendre connaissance de toute argumentation, preuve ou pièce et de prendre position à son propos⁹⁰⁰, de fournir des preuves et de participer à leur 435

⁸⁹² MALINVERNI et al., N 1450 ; OSCE/ODIHR, p. 133.

⁸⁹³ MALINVERNI et al., N 1450 ; OSCE/ODIHR, p. 133.

⁸⁹⁴ ATF 145 I 167 cons. 4.1 ; ATF 140 I 285 cons. 6.3.1 ; MALINVERNI et al., N 1441 et 1445 ; BSK BV-WALDMANN, art. 29 N 40.

⁸⁹⁵ ATF 142 III 48 cons. 4.1.1 ; arrêt du TF 4A_139/2020 du 7 juillet 2020 cons. 4.1.

⁸⁹⁶ Arrêt du TF 4A_139/2020 du 7 juillet 2020 cons. 4.1 ; arrêt du TF 5A_892/2013 du 29 juillet 2014 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 5A_699/2013 du 29 novembre 2013 cons. 2.2.

⁸⁹⁷ GRABENWARTER, art. 6 N 84 ; OSCE/ODIHR, p. 137. À ce sujet, voir N 440 ss.

⁸⁹⁸ ATF 135 II 286 cons. 5.1, JdT 2010 I p. 720 ; ATF 127 I 54 cons. 2b, JdT 2004 IV p. 96 ; ATF 117 Ia 262 cons. 4b, JdT 1993 I p. 98.

⁸⁹⁹ ATF 142 III 48 cons. 4.1.1 ; ATF 135 II 286 cons. 5.1, JdT 2010 I p. 720 ; ATF 127 I 54 cons. 2b, JdT 2004 IV p. 96 ; ATF 117 Ia 262 cons. 4b, JdT 1993 I p. 98.

⁹⁰⁰ ATF 142 III 48 cons. 4.1.1 ; ATF 139 I 189 cons. 3.2.

administration⁹⁰¹, de consulter le dossier⁹⁰², d'obtenir une décision motivée⁹⁰³, et d'être assisté·e et représenté·e⁹⁰⁴.

B. Liens avec la représentation conventionnelle

1. Droit d'être représenté et assisté

- 436 Comme évoqué ci-dessus, le droit d'être représenté et assisté est l'une des composantes du droit d'être entendu au sens du droit suisse. Il offre à la partie la possibilité de s'exprimer et de participer à la procédure par elle-même, par l'intermédiaire d'un·e représentant·e ou avec l'assistance d'un tiers⁹⁰⁵. Les représentant·e·s peuvent en principe faire valoir toutes les autres garanties tirées du droit d'être entendu⁹⁰⁶.
- 437 Sous l'empire de l'ancienne Constitution fédérale, le droit d'être représenté et assisté était tiré de l'art. 4 aCst.⁹⁰⁷. On déduisait de ce même article le droit à l'assistance judiciaire⁹⁰⁸. Aujourd'hui, ces deux garanties sont distinctes : dans la Constitution actuelle, elles sont codifiées dans deux alinéas différents de l'art. 29 Cst. (al. 2 et al. 3).
- 438 Le droit d'être représenté et assisté n'est pas absolu⁹⁰⁹. Selon le Tribunal fédéral, il peut être restreint, sauf si, sans représentation, « les autres garanties de procédure offertes par la protection du droit d'être entendu pourraient devenir illusoire »⁹¹⁰. Dans ce contexte, il avait considéré admissible, dans un arrêt rendu en 1979, d'interdire la représentation par les avocat·e·s dans les litiges de droit du travail, sauf en cas d'affaire complexe avec une valeur litigieuse élevée⁹¹¹. Comme on le verra au chapitre suivant, une telle décision paraît

⁹⁰¹ ATF 142 II 218 cons. 2.3 ; ATF 135 I 279 cons. 2.3, JdT 2010 I p. 255 ; ATF 117 Ia 262 cons. 4b, JdT 1993 I p. 98.

⁹⁰² ATF 142 III 48 cons. 4.1.1 ; ATF 135 II 286 cons. 5.1, JdT 2010 I p. 720 ; ATF 117 Ia 262 cons. 4b, JdT 1993 I p. 98.

⁹⁰³ ATF 142 II 154 cons. 4.2 ; ATF 138 IV 81 cons. 2.2.

⁹⁰⁴ ATF 119 Ia 260 cons. 6a, SJ 1994 p. 219 ; ATF 105 Ia 288 cons. 2b ; ATF 101 Ia 292 cons. 1d ; ATF 100 Ia 8 cons. 3b.

⁹⁰⁵ ATF 132 V 443 cons. 3.3.

⁹⁰⁶ DUBEY, N 4082.

⁹⁰⁷ ATF 105 Ia 288 cons. 2b ; ATF 101 Ia 292 cons. 1d ; ATF 100 Ia 8 cons. 3b.

⁹⁰⁸ ATF 89 I 158 cons. 2 ; ATF 85 I 1 cons. 2 ; voir également HAEFLIGER, p. 151.

⁹⁰⁹ ATF 105 Ia 288 cons. 2b ; BSK BV-WALDMANN, art. 29 N 59.

⁹¹⁰ ATF 105 Ia 288 cons. 2b.

⁹¹¹ ATF 105 Ia 288 cons. 3c.

toutefois difficilement envisageable aujourd'hui⁹¹². Le Tribunal fédéral a également jugé que la restriction dans le choix des représentants possibles (sur la base des critères de capacité et de responsabilité professionnelle) était une limitation valable de l'art. 29 al. 2 Cst.⁹¹³.

L'art. 29 al. 2 Cst. ne consacre en revanche pas un droit général à l'obtention de dépens pour la partie qui obtient gain de cause en étant représentée⁹¹⁴. 439

2. Droit de s'exprimer personnellement en audience

Selon la CourEDH, l'art. 6 par. 1 CEDH garantit le droit d'être entendu en personne – c'est-à-dire d'exprimer son point de vue à l'audience sans intermédiaire – dans deux cas⁹¹⁵. Premièrement, lorsque l'objet de la procédure concerne directement la personnalité ou le mode de vie de la partie et, deuxièmement, si la décision porte sur le comportement de la partie⁹¹⁶. Dans les autres situations, il n'existe pas de droit absolu d'assister à l'audience⁹¹⁷. La Cour examine alors les circonstances d'espèce pour déterminer si l'absence de la partie en audience viole l'art. 6 par. 1 CEDH⁹¹⁸. 440

L'art. 14 par. 1 Pacte ONU II garantit à chacun·e le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant, impartial et établi par la loi⁹¹⁹. Dans l'affaire *Zouhair Ben Said c. Norvège*, le Comité des droits de l'homme a reconnu que l'article précité « peut comporter le droit pour un individu de participer en personne à une audience »⁹²⁰. Cette décision, plutôt laconique, est la seule à mentionner le droit 441

⁹¹² Voir N 496 ss.

⁹¹³ Arrêt du TF 4P.179/2006 du 24 octobre 2006 cons. 7.3.

⁹¹⁴ ATF 134 II 117 ; ATF 117 V 401 cons. II b ; ATF 104 Ia 9 cons. 1 ; arrêt du TF 1B_92/2021 du 31 mai 2021 cons. 3.1 ; arrêt du TF 4C_1/2011 du 3 mai 2011 cons. 6.1 ; DUBEY, N 4083 ; CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 130.

⁹¹⁵ Arrêt de la CourEDH *Insanov c. Azerbaïdjan* du 14 mars 2013, no 16133/08, § 142 ; arrêt de la CourEDH *Vladimir Vassilyev c. Russie* du 10 janvier 2012, no 28370/05, § 76.

⁹¹⁶ Arrêt de la CourEDH *Insanov c. Azerbaïdjan* du 14 mars 2013, no 16133/08, § 142 ; arrêt de la CourEDH *Vladimir Vassilyev c. Russie* du 10 janvier 2012, no 28370/05, § 76.

⁹¹⁷ Arrêt de la CourEDH *Insanov c. Azerbaïdjan* du 14 mars 2013, no 16133/08, § 142 ; arrêt de la CourEDH *Vladimir Vassilyev c. Russie* du 10 janvier 2012, no 28370/05, § 76.

⁹¹⁸ Arrêt de la CourEDH *Insanov c. Azerbaïdjan* du 14 mars 2013, no 16133/08, § 142 ; arrêt de la CourEDH *Vladimir Vassilyev c. Russie* du 10 janvier 2012, no 28370/05, § 76.

⁹¹⁹ Comité des droits de l'homme, § 15.

⁹²⁰ Communication du Comité des droits de l'homme *Zouhair Ben Said c. Norvège* du 29 mars 2000, no 767/1997, § 11.3.

d'être présent·e en audience ; dès lors, on ne peut affirmer avec certitude que l'art. 14 par. 1 Pacte ONU II garantit effectivement ce droit.

442 Contrairement à ces dispositions de droit international, l'art. 29 al. 2 Cst. ne donne pas le droit d'être entendu oralement⁹²¹. Le Tribunal fédéral a toutefois jugé dans l'ATF 122 II 464 que le droit d'être entendu commandait de procéder à l'audition d'une partie au sujet d'une expertise ayant pour objet la partie elle-même (cons. 4c). Il a cependant précisé que cette décision ne remettait pas en cause la jurisprudence précitée (cons. 4c).

V. Synthèse du chapitre 5

443 La CEDH, le Pacte ONU II et la Constitution garantissent un véritable droit à la représentation. S'agissant de la CEDH et du Pacte ONU II, ce droit découle du droit d'accès aux tribunaux, tandis qu'en matière constitutionnelle, il est lié au droit d'être entendu. Cette protection juridique démontre l'importance que la représentation en justice revêt aujourd'hui. Cela confirme ce que nous avons constaté au chapitre 2, dédié à l'historique – à savoir que cette institution doit désormais être considérée comme un élément essentiel du procès civil⁹²².

444 Comme on l'a vu, le droit d'être représenté est surtout invoqué en matière d'assistance judiciaire. Cela nous amène à penser que, hors de ce contexte, les restrictions au droit d'une partie à être représentée sont rares.

445 On observe également que le droit des parties à se défendre seules – c'est-à-dire à ne pas être représentées – est peu discuté. Toutefois, le fait de prévoir une obligation de représentation générale dans certaines procédures (règle qui n'est pas connue en procédure civile suisse, mais que l'on trouve dans d'autres États⁹²³) n'est, sur le principe, pas contraire aux garanties de procédure.

⁹²¹ ATF 134 I 140 cons. 5.3, JdT 2009 I p. 303 ; ATF 130 II 425 cons. 2.1 ; arrêt du TF 4A_665/2015 du 21 avril 2016 cons. 2.2.

⁹²² Voir N 120.

⁹²³ Voir N 446 ss.

Chapitre 6 : Droit de choisir d’être représenté

En procédure civile suisse, la représentation conventionnelle a la particularité d’être facultative. Ce principe sera expliqué ci-dessous (I), de même que ses exceptions (II). Les règles en la matière en Allemagne et en France – deux pays dont la tradition juridique a influencé celle de la Suisse – seront ensuite présentées (III). L’analyse de cette thématique sera conclue par une synthèse (IV). 446

I. Principe

En général, une partie à une procédure civile peut choisir d’agir seule ou d’être représentée⁹²⁴. 447

La possibilité de ne pas être représenté·e existe à tous les stades de la procédure, tant devant les tribunaux cantonaux⁹²⁵ que le Tribunal fédéral⁹²⁶. Il n’existe donc pas d’obligation de représentation (*Vertretungszwang*) en procédure civile suisse, ni, *a fortiori*, d’obligation de représentation par un·e avocat·e (*Anwaltszwang*)⁹²⁷. 448

⁹²⁴ SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 1 et 2 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 3a ; BOHNET, Défenses, p. 281 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 330.

⁹²⁵ BERGER et al., N 521 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 330 ; GEISSBÜHLER/BARTH, p. 136 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.17.

⁹²⁶ Arrêt du TF 5A_441/2022 du 25 novembre 2022 cons. 1.2.1 ; arrêt du TF 6B_390/2022 du 27 juillet 2022 cons. 1.2 ; arrêt du TF 6B_178/2021 du 24 février 2022 cons. 1.2 ; arrêt du TF 5A_833/2015 du 20 octobre 2015 cons. 2.2 ; Message LTF, FF 2001 p. 4091 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 7 ; BERGER et al., N 521 ; DK BGG-DOLGE, art. 40 N 1 ; GEISSBÜHLER/BARTH, p. 136 ; SHK BGG-GÜNGERICH, art. 40 N 3 ; BSK BGG-MERZ, art. 40 N 1. Il n’est pas rare que les parties agissent seules devant le Tribunal fédéral : d’après une étude réalisée par GEERING, 46% des parties n’étaient pas représentées dans les affaires portées devant cette instance entre 2007 et 2019 (toutes procédures confondues ; GEERING, N 13).

⁹²⁷ SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 1 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 3 et 69 N 2 ; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, N 121 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 4 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 1a ; voir également, s’agissant des procédures devant le Tribunal fédéral en général, arrêt du TF 6B_390/2022 du 27 juillet 2022 cons. 1.2 ; arrêt du TF 6B_178/2021 du 24 février 2022 cons. 1.2.

- 449 Précisons que le Tribunal fédéral a considéré en matière de reconnaissance de jugements étrangers que l'*Anwaltszwang* prévu par le droit allemand n'était pas contraire à l'ordre public suisse⁹²⁸.
- 450 Selon le Message de la LTF, l'absence de représentation obligatoire est une « tradition bien établie en Suisse »⁹²⁹. Plusieurs codes cantonaux du 19^e siècle, notamment ceux des cantons d'Argovie⁹³⁰, de Berne⁹³¹, de Bâle-Ville⁹³², des Grisons⁹³³, de Neuchâtel⁹³⁴, de Saint-Gall⁹³⁵, de Schaffhouse⁹³⁶, de Schwyz⁹³⁷ ou encore de Zurich⁹³⁸, voire certaines constitutions cantonales⁹³⁹, prévoyaient que les parties avaient le droit de conduire seules le procès ou par l'intermédiaire d'une représentant.e. Ce droit figure aujourd'hui à l'art. 68 al. 1 CPC⁹⁴⁰ (« Toute personne capable d'ester en justice *peut* se faire représenter au procès » ; mise en italique ajoutée).
- 451 Cette règle semble s'expliquer par le fait que, historiquement, les tribunaux suisses fonctionnaient sans juristes de profession⁹⁴¹ : ni les juges⁹⁴² ni les personnes autorisées à assister les parties (que l'on appelait avant-parliers, parliers, amparliers, *Vorsprecher* ou *Fürsprecher*)⁹⁴³ n'avaient de formation juridique. Dès leur apparition, les avocats, qui avaient étudié le droit, ont suscité une certaine méfiance⁹⁴⁴ et l'on considérait que les parties devaient donc

⁹²⁸ ATF 87 I 73 cons. 6b ; arrêt du TF 5A_758/2010 du 14 mars 2011 cons. 5.

⁹²⁹ Message LTF, FF 2001 p. 4091 ; voir également, en 1920, ZÜRCHER, p. 154 et, en 1957, HESS, p. 13.

⁹³⁰ § 25 Prozess-Ordnung in bürgerlichen rechtsstreitigkeiten für den Kanton Aargau, 1838.

⁹³¹ Art. 61 Code sur le mode de procéder en justice dans les affaires de droit civil, in : Code de procédure civile pour la République de Berne, 1821.

⁹³² § 40 Stadt-Gerichts-Ordnung des kantons Basel-Stadt, Erster Theil : Civil-Prozess-Ordnung, 1848.

⁹³³ Art. 37 Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, Grisons 1871.

⁹³⁴ Art. 68 Code de procédure civile de la République et Canton de Neuchâtel, 1878.

⁹³⁵ Art. 44 Gesetz über den Zivilprozess im Kanton St. Gallen, 1850.

⁹³⁶ § 115 Bürgerlich Prozessordnung für den kanton Schaffhausen, 1869.

⁹³⁷ § 52 Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Kanton Schwyz, 1848.

⁹³⁸ § 17 Zivilprozessordnung, in Gesetze betreffend die zürcherische Rechtspflege, 1866.

⁹³⁹ ZÜRCHER, p. 153.

⁹⁴⁰ Arrêt du TF 5D_14/2020 du 28 octobre 2020 cons. 4.4.3 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 3a ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 330 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 68.

⁹⁴¹ Voir BOHNET, Pluralisme, p. 20.

⁹⁴² BOHNET, Pluralisme, p. 20 ; RUSSO, N 29, 62 s., 94 s.

⁹⁴³ Voir N 81.

⁹⁴⁴ Voir N 86 et 100.

pouvoir procéder sans leur concours⁹⁴⁵. Il apparaît également que la présence de représentant·e·s professionnel·le·s faisait craindre une augmentation des coûts du procès pour les parties⁹⁴⁶, en particulier dans les affaires de droit du travail⁹⁴⁷.

Le droit d'être représenté est tout aussi important. Dans l'ATF 144 III 164, le Tribunal fédéral a jugé contraire à l'art. 95 al. 3 CPC de vérifier la nécessité de la représentation professionnelle pour octroyer des dépens à une partie⁹⁴⁸. Une telle approche restreindrait la liberté de choix de celle-ci : elle serait incitée à renoncer à la représentation dans les situations où le besoin d'être représenté est considéré comme moins important – par exemple dans les cas simples, ou si la partie possède elle-même des connaissances juridiques – en raison du risque de ne pas être remboursée⁹⁴⁹. 452

Cette jurisprudence démontre à quel point il est essentiel qu'une partie puisse décider sans contrainte d'être représentée ou non⁹⁵⁰. Le Tribunal fédéral a notamment indiqué dans sa décision que la faculté de se faire représenter prévue à l'art. 68 al. 1 CPC serait « de fait compromise, si une partie devait s'attendre, au début d'une procédure, à ce qu'aucune contribution pour ses frais ne soit accordée, même en cas de gain du procès »⁹⁵¹. Ainsi, une réglementation dissuasive constitue déjà une entrave inacceptable aux droits de la partie. 453

II. Exceptions

Le droit de choisir d'être représenté connaît quelques exceptions. Parfois, la partie doit agir personnellement et ne peut pas être représentée (A). À l'inverse, dans certains cas, sa représentation est exigée (B). 454

⁹⁴⁵ BOHNET, Pluralisme, p. 20.

⁹⁴⁶ Relevons en particulier qu'en 1913, dans son rapport à l'appui d'un projet de loi sur le barreau, le Grand Conseil neuchâtelois indiquait ce qui suit à propos de la faculté de procéder sans représentant·e : « Il faut que celui qui estime être capable de conduire personnellement son procès n'ait pas l'obligation de s'adresser à un mandataire et de faire ainsi des frais inutiles » (BGC/NE, séance du 18 novembre 1913, p. 183).

⁹⁴⁷ Voir N 107.

⁹⁴⁸ ATF 144 III 164 cons. 3.5.

⁹⁴⁹ ATF 144 III 164 cons. 3.5.

⁹⁵⁰ SUTTER, p. 215 s.

⁹⁵¹ ATF 144 III 164 cons. 3.5 ; traduction libre.

A. Obligation d'agir personnellement

455 Les parties ont parfois l'obligation de se rendre personnellement en audience (*Erscheinungspflicht*) et ne peuvent pas être représentées⁹⁵². Ces cas sont donc des exceptions au principe selon lequel une partie peut charger la personne qui la représente d'effectuer l'entier des démarches procédurales, y compris celle qui consiste à se rendre en audience.

1. Comparution personnelle en procédure de conciliation

a. Principe

456 Selon l'art. 204 al. 1 CPC, les parties doivent comparaître en personne à l'audience de conciliation. Le but de cette disposition est d'amener les parties à discuter directement entre elles afin de faciliter les accords extrajudiciaires⁹⁵³. Les solutions amiables sont souvent mieux acceptées par les parties⁹⁵⁴ et permettent de réduire le nombre de procédures contentieuses portées devant les tribunaux⁹⁵⁵. L'autorité de conciliation est tenue d'essayer effectivement de concilier les parties⁹⁵⁶ en donnant à celles-ci l'occasion de se déterminer sur la procédure⁹⁵⁷.

⁹⁵² CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 4.

⁹⁵³ ATF 149 III 12 cons. 3.1.1.1 ; ATF 140 III 70 cons. 4.3 ; arrêt du TF 4A_530/2021 du 3 août 2022 cons. 3.1 ; arrêt du TF 4A_416/2019 du 5 février 2020 cons. 3.1, non publié in : ATF 146 III 185 ; arrêt du TF 4A_429/2018 du 14 septembre 2018 cons. 6 ; arrêt du TF 4C_1/2013 du 25 juin 2013 cons. 4.3 ; Message CPC, FF 2006 p. 6939 ; FITZI/WOJCIK, p. 86.

⁹⁵⁴ Dans ce sens : FRECH, p. 24 ; SK ZPO-HONEGGER, art. 197 N 5.

⁹⁵⁵ ATF 146 III 265 cons. 5.2 ; arrêt du TF 4A_179/2022 du 13 septembre 2022 cons. 5 ; arrêt du TF 4A_208/2019 du 30 janvier 2020 cons. 3.1 ; Message CPC, FF 2006 p. 6843 ; FRECH, p. 23 s. ; BK ZPO-PETER, art. 197 N 3. Entre 50% et 80% des litiges sont résolus au stade de la conciliation, ce qui démontre l'efficacité de cette procédure (Message Modification CPC, FF 2020 p. 2625 ; Rapport CPC mod., p. 11 ; BOHNET/SCHALLER, p. 202 ; pour des statistiques détaillées sur les années 2012 et 2013 relatives à plusieurs cantons suisses allemands, en particulier Berne, voir FRECH, p. 28 ss).

⁹⁵⁶ ATF 149 III 12 cons. 3.1.3 ; FITZI/WOJCIK, p. 86. À défaut, l'autorisation de procéder rendue au terme de l'audience de conciliation doit être considérée comme invalide (ATF 149 III 12 cons. 3.1.4 ; FITZI/WOJCIK, p. 87).

⁹⁵⁷ FITZI/WOJCIK, p. 87.

La comparution personnelle est exigée pour les personnes physiques et morales⁹⁵⁸. Les personnes physiques qui n'ont pas l'exercice des droits civils – et qui sont donc dépourvues de la capacité d'ester⁹⁵⁹ – comparaissent personnellement par l'intermédiaire de la personne (ou des personnes) qui assure(nt) leur représentation légale⁹⁶⁰. Quant aux personnes morales, elles comparaissent par l'intermédiaire d'un organe ou d'une représentant·e commercial·e (fondé·e de procuration, art. 458 CO, ou mandataire commercial·e, art. 462 CO) doté·e des pouvoirs nécessaires⁹⁶¹. Le nouvel art. 204 al. 1 CPC, qui entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2025, reflétera cette règle. 457

b. Exceptions

Une liste exhaustive d'exceptions à l'obligation de comparution personnelle, permettant à la partie d'être représentée, est prévue à l'art. 204 al. 3 CPC⁹⁶². Cette disposition a la teneur suivante : 458

Art. 204 Comparution personnelle 459

[...]

³Sont dispensées de comparaître personnellement et peuvent se faire représenter :

⁹⁵⁸ ATF 141 III 159 cons. 1.2.2 et 3 ; ATF 140 III 70 cons. 4.3 ; arrêt du TF 4A_612/2017 du 8 mars 2018 cons. 5 ; CR CPC-BOHNET, art. 204 N 3.

⁹⁵⁹ Sur cette notion, voir N 628 ss.

⁹⁶⁰ Arrêt du TF 5A_385/2019, 5A_386/2019 du 8 mai 2020 cons. 4.1.2 ; CR CPC-BOHNET, art. 204 N 3 ; OFK ZPO-MÖHLER, art. 204 N 2.

⁹⁶¹ ATF 141 III 159 cons. 1.2.2 et 3 ; ATF 140 III 70 cons. 4.3 ; arrêt du TF 4A_530/2021 du 3 août 2022 cons. 3.1 ; arrêt du TF 4A_612/2017 du 8 mars 2018 cons. 5 ; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer et procédure civile, N 279 ; GEISSBÜHLER/BARTH, p. 138 ; GROLIMUND/BACHOFNER, p. 144. Le Tribunal fédéral a précisé que, lorsqu'une société ne peut être engagée que par une signature collective à deux, elle comparaît personnellement lorsqu'une des personnes titulaires du pouvoir de signature comparet et dispose d'un titre de procuration signé par une autre personne dotée du pouvoir de signature (arrêt du TF 4A_530/2021 du 3 août 2022 cons. 3.2).

⁹⁶² Arrêt du TF 4A_179/2022 du 13 septembre 2022 cons. 5 ; arrêt du TF 4A_416/2019 du 5 février 2020 cons. 3.1, non publié in : ATF 146 III 185 ; arrêt du TF 5A_385/2019, 5A_386/2019 du 8 mai 2020 cons. 4.3 ; arrêt du TF 4C_1/2013 du 25 juin 2013 cons. 4.3. Selon le Tribunal fédéral, une dispense de comparaître pour justes motifs (art. 204 al. 3 let. b CPC) ne peut être admise « qu'avec circonspection » ; ainsi, l'existence de tensions importantes avec la partie adverse ne constitue pas un motif suffisant (arrêt du TF 4A_588/2019 du 12 mai 2020 cons. 6.2).

- a. la personne qui a son domicile en dehors du canton ou à l'étranger ;
- b. la personne empêchée de comparaître pour cause de maladie, d'âge ou en raison d'autres justes motifs ;
- c. dans les litiges au sens de l'art. 243, l'employeur ou l'assureur qui délègue un employé et le bailleur qui délègue le gérant de l'immeuble, à la condition que ceux-ci soient habilités, par écrit, à transiger.

460 Outre les représentant·e·s que mentionne la let. c ci-dessus, les personnes autorisées à représenter en procédure de conciliation sont celles listées à l'art. 68 al. 2 let. a, b et d CPC⁹⁶³ et les personnes de confiance⁹⁶⁴. Dans tous les cas, la représentation est annoncée à l'avance à la partie adverse (art. 204 al. 4 CPC)⁹⁶⁵.

461 Précisons qu'une modification de l'art. 204 al. 3 CPC a été adoptée dans le cadre de la révision du CPC : d'une part, à la let. a, le mot « personne » a été remplacé par « partie » ; d'autre part, une let. d a été ajoutée, qui prévoit que « les autres demandeurs ou défendeurs, si l'un d'entre eux est présent et dispose du droit de les représenter et de transiger en leur nom ». La let. d permettra ainsi, en cas de consorité, que seul un consort soit présent à l'audience de conciliation⁹⁶⁶.

⁹⁶³ PC CPC-AESCHLIMANN-DISLER/HEINZMANN, art. 204 N 18 s. ; CR CPC-BOHNET, art. 204 N 13 (qui renvoie au N 8) ; BSK ZPO-INFANGER, art. 204 N 5 ; PERCASSI, Note 5A_395/2019, p. 118 ; SCHRANK, N 438. S'agissant de la représentation en procédure de conciliation par les avocat·e·s (art. 68 al. 2 let. a CPC), voir N 793 ; par les agent·e·s d'affaires et les agent·e·s juridiques breveté·e·s (art. 68 al. 2 let. b CPC), voir N 851 ; par les mandataires professionnellement qualifié·e·s (art. 68 al. 2 let. d CPC), voir N 906 ss ; par les avocat·e·s-stagiaires (implicitement inclus·es dans l'art. 68 al. 2 let. a CPC), voir N 951 ; par les personnes mentionnées à l'art. 204 al. 3 let. c CPC, voir N 986. Les représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 27 LP (art. 68 al. 2 let. c CPC) peuvent uniquement représenter des parties dans des procédures sans conciliation préalable obligatoire (voir N 877).

⁹⁶⁴ PC CPC-AESCHLIMANN-DISLER/HEINZMANN, art. 204 N 18 ; CR CPC-BOHNET, art. 204 N 13 ; BSK ZPO-INFANGER, art. 204 N 5. Sur la notion de personne de confiance, voir N 774 ss.

⁹⁶⁵ Message CPC, FF 2006 p. 6940. Selon le Tribunal fédéral, cette règle est respectée lorsque la requête de dispense est formulée directement devant l'autorité de conciliation (arrêt du TF 4A_179/2022 du 13 septembre 2022 cons. 6.2 ; arrêt du TF 5A_704/2015 du 22 mars 2016 cons. 6.3).

⁹⁶⁶ BO/CN 2022 p. 671.

c. Assistance⁹⁶⁷

L'art. 204 al. 2 CPC précise que la partie peut être assistée par « un conseil juridique » ou une personne de confiance. 462

Le Code et le Message du CPC ne donnent pas de définition du conseil juridique et la doctrine est divisée à ce sujet. 463

Une partie de la doctrine est d'avis que cette notion fait référence aux représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 68 al. 2 CPC⁹⁶⁸. D'autres auteur·e·s soutiennent en revanche que l'assistance par un conseil juridique est une activité libre, non soumise aux restrictions de la disposition précitée⁹⁶⁹. Nous partageons l'avis des premiers auteurs. La représentation et l'assistance étant des activités proches, souvent indissociables, il est cohérent de les réserver aux mêmes personnes⁹⁷⁰. Nous nous rallions également à l'argument de BOHNET et BOHNET/MARTENET selon lesquels l'importance de la phase de conciliation (lors de laquelle une transaction ou une proposition de jugement sont envisageables) justifie de limiter le cercle des personnes pouvant agir dans ce cadre⁹⁷¹. 464

L'assistance, lorsqu'elle est exercée à titre professionnel, doit donc être réservée aux personnes habilitées à représenter des parties en procédure de conciliation – c'est-à-dire à celles mentionnées aux art. 68 al. 2 let. a, b et d et 204 al. 3 let. c CPC, ainsi qu'aux avocat·e·s-stagiaires⁹⁷² (qui peuvent représenter des parties, bien que la loi ne le précise pas ; voir N 945). 465

À noter que le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur ce sujet. Dans l'ATF 140 III 555, il a laissé ouverte la question de savoir si une personne 466

⁹⁶⁷ Sur cette notion, voir N 203 ss.

⁹⁶⁸ CR CPC-BOHNET, art. 204 N 8 ; BOHNET/CONOD, Bail et procédure, N 12 ; BOHNET/MARTENET, N 946 ; DIAGNE, p. 470 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 1 ; DK ZPO-EGLI, art. 204 N 12 ; SK ZPO-HONEGGER, art. 204 N 2 ; JEANDIN/PEYROT, N 459 ; SANDOZ, N 50 ; SCHRANK, N 426 ; voir également arrêt du KG/SG BE.2012.9 du 7 mars 2012 cons. 3 ; arrêt du TC/VD CREC/319 du 10 septembre 2012.

⁹⁶⁹ PC CPC-AESCHLIMANN-DISLER/HEINZMANN, art. 204 N 6 ; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, art. 204 N 3 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 236 ; LACHAT/LACHAT, p. 140 npb 92 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 73 ; SHK ZPO-WYSS, art. 204 N 5.

⁹⁷⁰ Voir N 205 ss.

⁹⁷¹ CR CPC-BOHNET, art. 204 N 8 ; BOHNET/MARTENET, N 945 ; voir également DIAGNE, p. 471.

⁹⁷² Concernant la liste complète des personnes autorisées à représenter des parties en procédure de conciliation, voir npb 963 et les renvois qui y sont mentionnés.

n'étant pas autorisée à représenter sur la base de l'art. 68 CPC pouvait assister une partie en procédure matrimoniale⁹⁷³.

467 Si une partie est assistée d'une personne qui n'est pas autorisée, l'autorisation de procéder rendue en cas d'échec de la conciliation n'est pas nulle d'emblée⁹⁷⁴. Il convient dans ce cas de déterminer si, malgré la présence de cette personne, les parties ont pu effectivement tenter de discuter d'une solution amiable⁹⁷⁵. Si c'est le cas, l'audience de conciliation a atteint son but et l'autorisation de procéder est valable⁹⁷⁶.

d. Conséquences en cas de représentation non autorisée

468 Si la partie se fait représenter à l'audience de conciliation sans avoir été dispensée de comparaître personnellement, elle est défaillante au sens de l'art. 147 al. 1 CPC⁹⁷⁷.

469 Les conséquences procédurales de ce défaut sont prévues à l'art. 206 CPC⁹⁷⁸ :

- si la partie demanderesse fait défaut, « la requête est considérée comme retirée ; la procédure devient sans objet et l'affaire est rayée du rôle » (art. 206 al. 1 CPC). L'autorité de conciliation n'a pas la possibilité de donner une autre suite au défaut⁹⁷⁹. Si elle transgresse cette règle et délivre une autorisation de procéder, celle-ci n'est pas valable⁹⁸⁰.

⁹⁷³ ATF 140 III 555 cons. 2.3, JdT 2016 II p. 386.

⁹⁷⁴ Arrêt de l'OG/ZH LA160012 du 14 octobre 2016 cons. 5.4.

⁹⁷⁵ Arrêt de l'OG/ZH LA160012 du 14 octobre 2016 cons. 5.4.

⁹⁷⁶ Arrêt de l'OG/ZH LA160012 du 14 octobre 2016 cons. 5.4.

⁹⁷⁷ Arrêt du TF 4A_360/2022 du 4 avril 2023 cons. 5.1.2 ; arrêt du TF 4A_179/2022 du 13 septembre 2022 cons. 5 ; arrêt du TF 5A_385/2019, 5A_386/2019 du 8 mai 2020 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 4A_588/2019 du 12 mai 2020 cons. 6 ; arrêt du TF 4A_51/2015 du 20 avril 2015 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4C_1/2013 du 25 juin 2013 cons. 4.3 ; arrêt du TC/VD CACI/3 du 6 janvier 2020 cons. 3.2, JdT 2020 III p. 194 ; BOHNET/CONOD, Bail et procédure, N 8 ; BRÜLLHARDT/PÜNTENER, p. 95 et 97. La partie est également défaillante si elle est représentée par une personne qui n'est pas autorisée à pratiquer cette activité (SK ZPO-HONEGGER, art. 206 N 1 ; PERCASSI, Note 5A_395/2019, p. 118).

⁹⁷⁸ ATF 141 III 265 cons. 4.3 ; arrêt du TF 4A_360/2022 du 4 avril 2023 cons. 5.1.2 ; arrêt du TF 4A_179/2022 du 13 septembre 2022 cons. 5 ; arrêt du TF 4A_208/2019 du 30 janvier 2020 cons. 3.1 ; arrêt du TC/VD CACI/3 du 6 janvier 2020 cons. 3.2, JdT 2020 III p. 194 ; Message modification CPC, FF 2020 p. 2664.

⁹⁷⁹ Arrêt du TF 4A_588/2019 du 12 mai 2020 cons. 6.3.

⁹⁸⁰ ATF 140 III 310 cons. 1.3.2 ; arrêt du TF 4A_588/2019 du 12 mai 2020 cons. 6.3 ; arrêt du TF 5A_385/2019, 5A_386/2019 du 8 mai 2020 cons. 4.1.2.

L'éventuelle demande déposée à la suite de la tentative de conciliation devra alors être déclarée irrecevable par le tribunal de première instance, l'obtention d'une autorisation de procéder valide étant une condition de recevabilité de la demande⁹⁸¹. En outre, l'affaire étant rayée du rôle en raison du défaut, la partie demanderesse devra supporter les éventuels frais de la procédure de conciliation (art. 207 al. 1 let. b CPC)⁹⁸² ;

- si la partie défenderesse est défaillante, « l'autorité de conciliation procède comme si la procédure n'avait pas abouti à un accord » (art. 206 al. 2 CPC). L'autorité de conciliation doit procéder selon les art. 209 à 212 CPC, c'est-à-dire délivrer une autorisation de procéder (art. 209 CPC) ou, si la démarche est possible et jugée opportune, soumettre une proposition de jugement (art. 210 CPC) ou rendre une décision (art. 212 CPC)⁹⁸³ ;
- si les deux parties font défaut, « la procédure devient sans objet et l'affaire est rayée du rôle » (art. 206 al. 3 CPC). Cette conséquence est la même que lorsque seule la partie demanderesse est défaillante (art. 206 al. 1 CPC)⁹⁸⁴. Il peut donc être renvoyé à ce qui a été dit ci-dessus.

Le Tribunal fédéral a également reconnu qu'une conséquence disciplinaire, à savoir le prononcé d'une amende sur la base de l'art. 128 CPC, est également envisageable contre la partie qui ne comparait pas personnellement à l'audience de conciliation⁹⁸⁵. Une telle sanction n'est possible que si la citation à

470

⁹⁸¹ ATF 140 III 310 cons. 1.3.2 ; ATF 139 III 273 cons. 2.1 ; arrêt du TF 4A_588/2019 du 12 mai 2020 cons. 6.3 ; arrêt du TF 5A_385/2019, 5A_386/2019 du 8 mai 2020 cons. 4.1.2.

⁹⁸² BK ZPO-ALVAREZ/PETER, art. 206 N 11 ; CR CPC-BOHNET, art. 206 N 11.

⁹⁸³ ATF 141 III 265 cons. 4.2 ; arrêt du TF 4A_416/2019 du 5 février 2020 cons. 3.2, non publié in : ATF 146 III 185 ; arrêt du TF 4A_51/2015 du 20 avril 2015 cons. 3.2 ; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, art. 206 N 10 ; CR CPC-BOHNET, art. 206 N 13 ; BRÜLLHARDT/PÜNTENER, p. 98 ; GROLIMUND/BACHOFNER, p. 138.

⁹⁸⁴ BK ZPO-ALVAREZ/PETER, art. 206 N 9 ; CR CPC-BOHNET, art. 206 N 12.

⁹⁸⁵ ATF 141 III 265 cons. 5 ; arrêt du TF 4A_416/2019 du 5 février 2020 cons. 3.3, non publié in : ATF 146 III 185 ; voir également Message modification CPC, FF 2020 p. 2664 ; arrêt de la CS/BE ZK 20 20 du 27 mars 2020 cons. 15.

comparaître est assortie de la menace d'une amende pour non-comparution⁹⁸⁶ et si les conditions de l'art. 128 al. 1 ou 3 CPC sont remplies⁹⁸⁷.

471 Dans le cadre de la modification du CPC, un quatrième alinéa a été ajouté à l'art. 206 CPC, rédigé de la façon suivante : « L'autorité de conciliation peut punir la partie défaillante d'une amende d'ordre de 1000 francs au plus »⁹⁸⁸. À la différence de la solution qui s'applique aujourd'hui, le prononcé d'une sanction selon cette nouvelle disposition ne nécessitera toutefois pas « de circonstances particulières telles que la perturbation du déroulement de la procédure ou l'usage de mauvaise foi ou de procédés téméraires » (conditions actuellement posées par l'art. 128 al. 1 et 3 CPC pour sanctionner disciplinairement une partie)⁹⁸⁹.

2. Comparution personnelle en procédure matrimoniale

a. Principe

472 La comparution personnelle est exigée par le CPC en audience dans les procédures suivantes.

(i) *Mesures protectrices de l'union conjugale*

473 En principe, le tribunal doit tenir une audience dans les procédures de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 273 al. 1 CPC), lors desquelles les parties doivent comparaître personnellement (art. 273 al. 2 CPC). Cette règle est également valable pour les mesures provisionnelles dans la procédure de divorce (renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC)⁹⁹⁰, pour les mesures protectrices du partenariat enregistré (renvoi de l'art. 306 CPC)⁹⁹¹ et pour les mesures

⁹⁸⁶ ATF 141 III 265 cons. 5.2 ; arrêt du TF 4A_208/2019 du 30 janvier 2020 cons. 3.1 ; voir également Message modification CPC, FF 2020 p. 2664.

⁹⁸⁷ ATF 141 III 265 cons. 5.1 ; arrêt du TF 4A_416/2019 du 5 février 2020 cons. 3.3, non publié in : ATF 146 III 185 ; voir également Message modification CPC, FF 2020 p. 2664.

⁹⁸⁸ Message modification CPC, FF 2020 p. 2664 s.

⁹⁸⁹ Message modification CPC, FF 2020 p. 2664 s. ; BOHNET/SCHALLER, p. 202 s.

⁹⁹⁰ CPra Matrimonial-BOHNET, art. 278 CPC N 4 ; CR CPC-TAPPY, art. 278 N 3.

⁹⁹¹ SK ZPO-BIELER/FANKHAUSER, art. 306 N 7 ; PC CPC-FOUNTOULAKIS/D'ANDRÈS, art. 306 N 2 ; CR CPC-TAPPY, art. 306 N 3.

provisionnelles dans la procédure de dissolution du partenariat enregistré (renvoi de l'art. 307 CPC)⁹⁹².

Dans ce cadre, la comparution personnelle poursuit plusieurs buts : elle permet notamment au tribunal de se faire une impression des parties⁹⁹³, de les interroger pour établir les faits⁹⁹⁴ ainsi que de faciliter un accord⁹⁹⁵. 474

(ii) *Divorce, séparation de corps, annulation du mariage, dissolution ou annulation du partenariat enregistré*

L'art. 278 CPC prévoit que les parties comparaissent en personne aux audiences tenues dans la procédure de divorce. La comparution personnelle est également obligatoire dans les procédures de modification du jugement de divorce, de séparation de corps et d'annulation du mariage, par le renvoi des art. 284 al. 3 et 294 al. 1 CPC⁹⁹⁶. Il en va de même pour les procédures de dissolution et d'annulation du partenariat enregistré, en vertu du renvoi de l'art. 307 CPC⁹⁹⁷. 475

L'obligation de comparution personnelle dans la procédure de divorce est notamment justifiée par le caractère strictement personnel du droit au divorce⁹⁹⁸. Elle est également motivée par le fait que le tribunal doit entendre personnellement les parties en cas de divorce sur requête commune pour s'assurer que la décision de dissoudre le mariage est libre et réfléchie (art. 287 CPC et 111 al. 2 CC)⁹⁹⁹. 476

⁹⁹² SK ZPO-BIELER/FANKHAUSER, art. 307 N 5 ; CR CPC-TAPPY, art. 306 N 4.

⁹⁹³ Arrêt de l'OG/ZH LE170050 du 5 décembre 2017 cons. 2.3 ; BSK ZPO-BÄHLER, art. 273 N 3 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, art. 273 N 5.

⁹⁹⁴ Arrêt de l'OG/ZH LE170063 du 26 avril 2018 cons. 2.1 ; arrêt de l'OG/ZH LE170050 du 5 décembre 2017 cons. 2.3.

⁹⁹⁵ Arrêt de l'OG/ZH LE110052 du 19 janvier 2012 cons. 1.1 ; BSK ZPO-BÄHLER, art. 273 N 3 ; DK ZPO-PFÄNDER BAUMANN, art. 273 N 1 ; TAPPY, Mesures protectrices, p. 1712.

⁹⁹⁶ Famkomm Scheidung I-MEYER HONEGGER, art. 278 CPC N 3.

⁹⁹⁷ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 35.

⁹⁹⁸ SHK ZPO-CHASSÉ, art. 278 N 1 ; BK ZPO-SPYCHER, art. 278 N 4 ; CR CPC-TAPPY, art. 278 N 3.

⁹⁹⁹ BK ZPO-SPYCHER, art. 278 N 4 ; voir également CPra Matrimonial-BOHNET, art. 278 CPC N 3.

b. Exceptions

477 Dans toutes ces hypothèses, le tribunal peut dispenser les parties de comparaître en raison de leur âge, leur état de santé ou tout autre juste motif (art. 273 al. 2 et 278 CPC). Dans ce cas, elles peuvent être représentées¹⁰⁰⁰.

c. Assistance¹⁰⁰¹

478 Les parties conservent la possibilité de se faire assister lors de l'audience¹⁰⁰² par l'une des personnes autorisées à représenter des parties dans ces procédures selon l'art. 68 al. 1 et 2 CPC¹⁰⁰³.

d. Conséquences en cas de représentation non autorisée

479 Si la partie se fait représenter à l'audience sans avoir été dispensée de comparaître personnellement, elle est défaillante au sens de l'art. 147 al. 1 CPC¹⁰⁰⁴.

480 En matière matrimoniale, la loi prévoit parfois des conséquences spécifiques en cas de défaut. Il en est ainsi pour l'audience visant à vérifier la volonté de divorcer des époux ayant déposé une requête commune en divorce (art. 287 CPC et 111 al. 2 CC). Si l'une des parties fait défaut, le tribunal ne peut pas s'assurer de son intention de divorcer¹⁰⁰⁵. De ce fait, les conditions du divorce sur requête commune ne sont pas réunies¹⁰⁰⁶. Le tribunal doit alors rejeter la requête et fixer un délai pour le dépôt d'une demande unilatérale en divorce (art. 288 al. 3 CPC)¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁰ TAPPY, Mesures protectrices, p. 1712 ; DK ZPO-DOLGE, art. 278 N 3.

¹⁰⁰¹ Sur cette notion, voir N 203 ss.

¹⁰⁰² BSK ZPO-BÄHLER, art. 273 N 3 ; Commentario CPC-BERNASCONI, art. 273 N 15 et 278 N 2 ; CPra Matrimonial-BOHNET, art. 278 CPC N 5 ; DK ZPO-DOLGE, art. 278 N 2 ; CR CPC-TAPPY, art. 273 N 13 et 39.

¹⁰⁰³ CR CPC-TAPPY, art. 273 N 13. À ce sujet, voir N 210.

¹⁰⁰⁴ CPra Matrimonial-BOHNET, art. 278 CPC N 7 ; SHK ZPO-CHASSÉ, art. 278 N 10 ; CR CPC-TAPPY, art. 278 N 10.

¹⁰⁰⁵ CPra Matrimonial-DIETSCHY-MARTENET, art. 288 CPC N 29.

¹⁰⁰⁶ DK ZPO-BÄHLER, art. 287 N 32 ; CPra Matrimonial-DIETSCHY-MARTENET, art. 287 CPC N 8 ; CR CPC-TAPPY, art. 288 N 27.

¹⁰⁰⁷ DK ZPO-BÄHLER, art. 287 N 32 ; CPra Matrimonial-DIETSCHY-MARTENET, art. 287 CPC N 8 et 288 CPC N 29 ss ; CR CPC-TAPPY, art. 288 N 29.

Lorsqu'il n'existe pas de disposition particulière réglant l'effet du défaut, sa conséquence procédurale est celle de l'art. 147 al. 2 CPC : « La procédure suit son cours sans qu'il soit tenu compte du défaut »¹⁰⁰⁸. 481

On peut également envisager que la partie défaillante puisse être sanctionnée par une amende sur la base de l'art. 128 CPC¹⁰⁰⁹ aux conditions mentionnées précédemment¹⁰¹⁰. 482

3. Comparution personnelle ordonnée par le tribunal

a. Principe

En plus des cas de comparution personnelle expressément prévus par le CPC, l'art. 68 al. 4 CPC donne la faculté générale au tribunal d'ordonner la comparution personnelle des parties¹⁰¹¹. 483

Il le fera notamment lorsqu'il ordonne l'interrogatoire (art. 191 CPC) ou la déposition d'une partie (art. 192 CPC)¹⁰¹² ou pour une tentative de conciliation (art. 124 al. 3 CPC)¹⁰¹³. 484

À notre sens, le tribunal ne devrait pouvoir ordonner à la partie de comparaître que si cela s'avère nécessaire (ce qui est le cas dans les situations mentionnées au paragraphe précédent)¹⁰¹⁴. S'il est indifférent, pour le tribunal, que ce soit la partie ou un·e représentant·e qui se rende à l'audience, la comparution personnelle ne devrait pas être requise. La règle veut que la partie ait le droit de choisir d'être représentée (art. 68 al. 1 CPC) ; admettre qu'une autorité puisse 485

¹⁰⁰⁸ CPra Matrimonial-BOHNET, art. 278 CPC N 7 ; BK ZPO-SPYCHER, art. 273 N 10 et 278 N 8.

¹⁰⁰⁹ BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 23.

¹⁰¹⁰ Voir N 470.

¹⁰¹¹ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 32. À noter que la LTF ne contient pas de disposition correspondante.

¹⁰¹² RÜETSCHI/VETTER, p. 70 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 22 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 20. À noter que l'audition des parents est obligatoire dans toutes les procédures de droit de la famille dans lesquelles des questions relatives au sort des enfants se posent (art. 297 al. 1 CPC). Il en va de même pour les enfants, à moins que leur âge ou d'autres justes motifs ne s'opposent à leur audition (art. 298 al. 1 CPC).

¹⁰¹³ Arrêt de l'OG/SH 10/2021/17 du 23 août 2022 cons. 3.2, Amtsbericht 2022 p. 84 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 12 ; OFK ZPO-MORF, art. 68 N 7 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 70.

¹⁰¹⁴ Dans ce sens : arrêt de l'OG/SH 10/2021/17 du 23 août 2022 cons. 3.3.

exiger sa présence sans motif entraînerait des restrictions trop importantes de ce droit.

486 Une décision ordonnant la comparution personnelle d'une partie peut faire l'objet d'un recours sur la base de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC. La partie recourante devra donc démontrer que la décision peut lui causer un préjudice difficilement réparable.

b. Exceptions

487 L'art. 68 al. 4 CPC ne prévoit pas de motifs de dispense de comparution personnelle. Toutefois, les motifs prévus aux art. 204 al. 3 let. b, 273 al. 2 et 278 CC (état de santé, âge ou autre juste motif) doivent pouvoir s'appliquer par analogie et permettre à une partie d'être exemptée de comparaître lorsque la présence de la partie est requise pour une tentative de conciliation¹⁰¹⁵. On peut également imaginer que l'interrogatoire ou la déposition d'une partie se déroule à son domicile, cette possibilité étant prévue pour les témoins par l'art. 170 al. 3 CPC.

c. Assistance¹⁰¹⁶

488 La partie qui comparaît personnellement peut être assistée par l'une des personnes autorisées à représenter des parties selon l'art. 68 al. 1 et 2 CPC¹⁰¹⁷.

d. Conséquences en cas de représentation non autorisée

489 Si la partie se fait représenter alors que le tribunal avait ordonné sa comparution personnelle, elle est défaillante au sens de l'art. 147 al. 1 CPC¹⁰¹⁸. Il conviendra toutefois de se montrer pragmatique et de considérer la partie représentée

¹⁰¹⁵ Arrêt du TF 4A_468/2014 du 12 mars 2015 cons. 3.2 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 36.

¹⁰¹⁶ sur cette notion, voir N 203 ss.

¹⁰¹⁷ À ce sujet, voir N 210.

¹⁰¹⁸ Arrêt du TF 4A_468/2014 du 12 mars 2015 cons. 3.2 ; CR CPC-TAPPY, art. 147 N 4 ; TAPPY, Défaut, N 68 ; laissant la question ouverte : SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 14 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 14 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 13 ; *contra* : arrêt du TC/VD CREC/301 du 28 août 2012 cons. 1 ; BSK ZPO-GOZZI, art. 147 N 8 ; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY/BRUNNER, art. 147 N 3 ; DK ZPO-MERZ, art. 147 N 13 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 22.

comme défaillante uniquement pour la (ou les) phase(s) de l'audience dans lesquelles sa présence était nécessaire.

Exemple : en procédure ordinaire, le tribunal décide de procéder aux premières plaidoiries (art. 228 CPC) et à l'administration des preuves (art. 231 CPC) lors de la même audience. Dans ce cadre, il prévoit notamment de procéder à l'interrogatoire de la partie (art. 191 CPC). Le tribunal ordonne la comparution personnelle de la partie à l'audience, sans plus de précisions. Si celle-ci se fait représenter et ne se rend pas personnellement au tribunal, il faudra considérer qu'il y a défaut pour ce qui est de l'interrogatoire (cette mesure d'instruction ne pouvant avoir lieu si la partie est absente), mais pas pour le reste de l'audience. Il n'y aura donc pas défaut au sens de l'art. 234 CPC. 490

Le CPC prévoit parfois des conséquences spécifiques lorsque la partie est défaillante en raison d'une non-comparution. Par exemple, si la partie ne se présente pas à un interrogatoire (art. 191 CPC) ou à une déposition (art. 192 CPC), l'art. 164 CPC s'applique (« [s]i une partie refuse de collaborer sans motif valable, le tribunal en tient compte lors de l'appréciation des preuves »)¹⁰¹⁹. 491

En l'absence de disposition particulière, la conséquence du défaut est celle de l'art. 147 al. 2 CPC : « La procédure suit son cours sans qu'il soit tenu compte du défaut »¹⁰²⁰. 492

On peut également envisager qu'en cas de défaut, la partie soit sanctionnée par une amende sur la base de l'art. 128 CPC¹⁰²¹ si les conditions mentionnées précédemment¹⁰²² sont remplies. Le tribunal peut également lui faire supporter les frais engendrés en application de l'art. 108 ou 115 CPC¹⁰²³. 493

¹⁰¹⁹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 15 ; voir également arrêt du TC/VD CREC/301 du 28 août 2012 cons. 1.

¹⁰²⁰ BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 23 ; CR CPC-TAPPY, art. 147 N 8 ss.

¹⁰²¹ SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 31 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 23 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 22 (qui se demande toutefois si les conditions de l'art. 128 al. 1 CPC peuvent être réunies si un·e représentant·e est présent·e à l'audience et que la partie n'a pas besoin d'être interrogée) ; *contra* : KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 14.

¹⁰²² Voir N 470.

¹⁰²³ BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 23.

4. Autres cas

- 494 Sur la base de l'art. 128 al. 1 CPC, le tribunal peut expulser d'une audience un·e représentant·e qui « au cours de la procédure devant le tribunal, enfreint les convenances ou perturbe le déroulement de la procédure »¹⁰²⁴. Dans ce cas, la partie se retrouve donc sans représentant·e et se voit contrainte d'agir seule.
- 495 Au demeurant, le CPC n'envisage *a priori* pas d'autres hypothèses dans lesquelles les parties ne pourraient pas être représentées.
- 496 Cela n'a pas toujours été le cas. Avant l'entrée en vigueur du CPC, certains cantons excluaient la représentation en cas de valeur litigieuse faible¹⁰²⁵ ou devant les juges de paix¹⁰²⁶.
- 497 En outre, la représentation et/ou l'assistance des parties par des professionnel·le·s étaient parfois interdites dans les affaires de droit du travail¹⁰²⁷. Ainsi, la loi genevoise sur la juridiction des prud'hommes prévoyait initialement que les parties ne pouvaient pas être représentées ou assistées devant le Tribunal des prud'hommes et la Chambre d'appel des prud'hommes¹⁰²⁸. Appelé à juger de la validité de cette règle au regard du droit d'être entendu, le Tribunal fédéral l'avait considéré admissible dans l'ATF 105 Ia 288, sauf en cas de valeur litigieuse importante et d'affaire complexe¹⁰²⁹.
- 498 À notre avis, une telle interdiction serait aujourd'hui difficilement concevable au regard des art. 68 al. 1 CPC (N 449) et 29 al. 2 Cst. (N 436 ss). La jurisprudence fédérale donne actuellement une grande importance au droit d'être représenté. On le constate notamment à la lecture de l'ATF 144 III 164 – déjà présenté en détail au N 452 – dans lequel le Tribunal fédéral rappelle à plusieurs reprises que la partie doit être libre de choisir d'être représentée.

¹⁰²⁴ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 6. L'art. 128 al. 1 CPC, qui prévoit cette possibilité, s'applique aux représentant·e·s (BK ZPO-FREI, art. 128 N 11 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 128 N 4).

¹⁰²⁵ BOHNET/MARTENET, N 3273 ; GULDENER, p. 134.

¹⁰²⁶ BOHNET/MARTENET, N 3273.

¹⁰²⁷ DIETSCHY, *Conflits de travail*, N 324 ; GULDENER, p. 135 ; HABSCHIED, *Droit judiciaire*, p. 212 s. Pour des détails concernant l'interdiction de représentation en droit du travail, voir N 106 ss.

¹⁰²⁸ Art. 33 al. 1 aLJP/GE, dans sa version de 1963. En 1979, la disposition a été modifiée pour être conforme à l'ATF 105 Ia 288 et à l'arrêt du TF non publié du 15 août 1978 *Biancardi c. Uni-Net S.A.* (GALLEY, p. 254 nbp 746).

¹⁰²⁹ ATF 105 Ia 288 cons. 3c.

B. Obligation de représentation

La procédure civile suisse ne connaît pas d'obligation de représentation s'appliquant de manière générale dans certaines procédures ou devant certaines instances¹⁰³⁰. La possibilité d'agir personnellement à tous les stades du procès civil est un véritable droit de la partie ; il ne peut être restreint que dans certaines hypothèses, présentées ci-dessous. 499

1. Absence de capacité de postuler de la partie

a. Principe

Pour procéder seule, une partie à un procès doit avoir la capacité de postuler¹⁰³¹. En raison de l'absence d'obligation de représentation (*Vertretungszwang*), elle la possède en principe¹⁰³². Il se peut toutefois qu'une partie ait uniquement la capacité d'ester¹⁰³³ et soit dépourvue de la capacité de postuler¹⁰³⁴ – c'est-à-dire qu'elle est capable d'exprimer ce qu'elle souhaite dans le procès, mais ne parvient pas à le traduire dans la forme nécessaire en procédure¹⁰³⁵. 500

Dans ce cas, pour agir valablement, la partie doit obligatoirement procéder par l'intermédiaire d'un·e représentant·e capable de postuler. En d'autres termes, elle ne peut plus décider d'agir seule¹⁰³⁶. 501

Cette situation est appréhendée par l'art. 69 al. 1 CPC¹⁰³⁷, qui prévoit que « [s]i une partie est manifestement incapable de procéder elle-même, le tribunal peut l'inviter à commettre un représentant. Si la partie ne donne pas suite à cette injonction dans le délai imparti, le tribunal en désigne un » et l'art. 41 502

¹⁰³⁰ SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 1 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 3 ; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, N 121 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 1a.

¹⁰³¹ Sur cette notion, voir N 679 ss. La capacité de postuler est « la capacité d'accomplir, sur le plan formel, les actes de procédure » (N 688). Elle est une condition de recevabilité (N 713).

¹⁰³² BSK BGG-MERZ, art. 41 N 1 ; SUTTER-SOMM, N 187 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-GROLIMUND, § 13 N 14 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 69 N 1.

¹⁰³³ Sur cette notion, voir N 628 ss. La capacité d'ester est « la capacité de décider, sur le plan matériel, de la marche de la procédure » (N 636).

¹⁰³⁴ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 2 ; CR CPC-JEANDIN, art. 69 N 1.

¹⁰³⁵ SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 69 N 2b ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 1.

¹⁰³⁶ Arrêt du TF 5A_618/2012 du 27 mai 2013 cons. 3.1 ; SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 69 N 1 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 41 N 4.

¹⁰³⁷ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 2 ; CR CPC-JEANDIN, art. 69 N 1.

al. 1 LTF¹⁰³⁸, qui dispose que « [s]i une partie est manifestement incapable de procéder elle-même, le Tribunal fédéral peut l'inviter à commettre un mandataire. Si elle ne donne pas suite à cette invitation dans le délai imparti, il lui attribue un avocat ». L'expression « incapacité de procéder » est utilisée dans ces dispositions comme synonyme d'incapacité de postuler¹⁰³⁹.

503 Les art. 69 al. 1 CPC et 41 al. 1 LTF envisagent deux hypothèses successives. Lorsque le tribunal constate l'incapacité de postuler d'une partie, il l'invite dans un premier temps à désigner un·e représentant·e (art. 69 al. 1 CPC, première phrase, et 41 al. 1 LTF, première phrase). Elle n'a alors plus la faculté d'agir seule : il s'agit donc d'une exception au principe selon lequel les parties sont libres de décider d'être représentées ou non¹⁰⁴⁰. Dans un second temps, si, après avoir été invitée à désigner un·e représentant·e, la partie n'y procède pas dans le délai fixé, le tribunal lui en nomme un·e (art. 69 al. 1 CPC, deuxième phrase, et 41 al. 1 LTF, deuxième phrase). Elle n'a alors plus le choix de la personne qui la représente.

504 Les textes des art. 69 al. 1 CPC et 41 al. 1 LTF sont quasiment identiques, de sorte que les principes valables pour l'un s'appliquent aussi à l'autre¹⁰⁴¹.

505 Le Tribunal fédéral souligne que la formulation de l'art. 69 CPC est potestative – cette disposition indique que le tribunal « peut » inviter une partie manifestement incapable de procéder à commettre un·e représentant·e¹⁰⁴². Dès lors, les tribunaux disposent d'une certaine marge de manœuvre pour décider de l'application de l'art. 69 CPC¹⁰⁴³. Une partie de la doctrine est toutefois d'avis que, si le tribunal constate qu'une partie est incapable de procéder, il n'a pas le choix, mais le devoir de lui imposer une représentation¹⁰⁴⁴. Nous

¹⁰³⁸ Arrêt du TF 6B_1123/2022 du 26 janvier 2023 cons. 2 ; arrêt du TF 6B_390/2022 du 27 juillet 2022 cons. 5 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 41 N 9 ; DONZALLAZ, art. 41 N 850.

¹⁰³⁹ BOHNET, Parties et capacité, p. 81.

¹⁰⁴⁰ Arrêt du TF 5A_618/2012 du 27 mai 2013 cons. 3.1 ; SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 69 N 1 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 41 N 4.

¹⁰⁴¹ Arrêt du TF 5A_541/2015 du 14 janvier 2016 cons. 4.1 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 1 ; CR CPC-JEANDIN, art. 69 N 2.

¹⁰⁴² Arrêt du TF 4A_369/2017 du 29 janvier 2018 ; arrêt du TF 5A_618/2015 du 2 mars 2016 cons. 6.7 ; arrêt du TF 5A_541/2015 du 14 janvier 2016 cons. 4.1 ; voir également CR CPC-JEANDIN, art. 69 N 6 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 69 N 5.

¹⁰⁴³ Arrêt du TF 5A_541/2015 du 14 janvier 2016 cons. 4.1 ; ECKLIN, p. 225 ; CR CPC-JEANDIN, art. 69 N 6 ; voir également PC CPC-MAY CANELLAS, art. 69 N 5 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 5 ; BSK BGG-MERZ, art. 41 N 7.

¹⁰⁴⁴ SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 69 N 3 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 41 N 5 ; LIENHARD, N 314 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 69 N 3 et 4 ;

rejoignons leur opinion¹⁰⁴⁵. Le tribunal ne peut pas tenir compte des actes d'une partie incapable de postuler¹⁰⁴⁶. La représentation est le seul moyen dont dispose la partie pour éviter cette conséquence et faire valoir ses droits. Dès lors, pour garantir le droit d'accès à la justice, il nous paraît indispensable qu'un tribunal ordonne la représentation de la partie manifestement incapable de postuler¹⁰⁴⁷.

En revanche, le tribunal exerce son pouvoir d'appréciation pour établir si une partie est manifestement incapable de postuler¹⁰⁴⁸, et peut, dans le doute, d'abord proposer à celle-ci de nommer un·e représentant·e¹⁰⁴⁹ (sans rendre encore de décision formelle en application de l'art. 69 al. 1 CPC ou 41 al. 1 LTF). 506

L'application de ces dispositions est restrictive¹⁰⁵⁰. La partie doit être *manifestement* incapable de postuler, condition qui ne doit pas être admise trop facilement¹⁰⁵¹. Les circonstances du cas d'espèce (comme la complexité du cas, les questions juridiques et techniques qui se posent et le comportement de la partie¹⁰⁵²) sont déterminantes¹⁰⁵³. L'incapacité de postuler peut notamment résulter de l'analphabétisme de la partie¹⁰⁵⁴, de son absence prolongée ou encore d'une atteinte à sa santé¹⁰⁵⁵. En revanche, le dépôt d'un acte lacunaire par une 507

BSK ZPO-TENCHIO, art. 69 N 16 ; voir également arrêt de la CS/BE ZK 19 328 29 octobre 2019 cons. 8.2, CAN 2020 Nr. 9 p. 19.

¹⁰⁴⁵ PERCASSI, Capacité de postuler, p. 282.

¹⁰⁴⁶ BSK ZPO-TENCHIO, art. 69 N 21 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 9.

¹⁰⁴⁷ Dans le même sens : SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 69 N 3 et 4, dont l'opinion se base toutefois sur le droit à un procès équitable.

¹⁰⁴⁸ Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 41 N 5.

¹⁰⁴⁹ Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 41 N 5 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 69 N 16.

¹⁰⁵⁰ Arrêt du TF 6B_1123/2022 du 26 janvier 2023 cons. 2 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 2.

¹⁰⁵¹ Arrêt du TF 2C_708/2016 du 24 août 2016 cons. 2.2 ; arrêt du TF 5A_618/2012 du 27 mai 2013 cons. 3.1 ; arrêt du TF 1B_163/2012 du 28 mars 2012 cons. 3 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 41 N 13.

¹⁰⁵² Arrêt du TF 5A_618/2012 du 27 mai 2013 cons. 3.1 ; arrêt du TF 1E.4/2004 du 1^{er} mars 2004 cons. 8.

¹⁰⁵³ Arrêt du TF 5A_286/2015 du 2 novembre 2015 cons. 2.2.4.

¹⁰⁵⁴ Arrêt du TF 1C_223/2022 du 30 janvier 2023 cons. 4.3.2 ; arrêt du TF 6B_1123/2022 du 26 janvier 2023 cons. 2 ; arrêt du TF 6B_390/2022 du 27 juillet 2022 cons. 5 ; arrêt du TF 6B_971/2020 du 19 janvier 2021 cons. 3 ; arrêt du TF 8C_824/2015 du 19 mai 2016 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_618/2015 du 2 mars 2016 cons. 6.7 ; arrêt du TF 1B_163/2012 du 28 mars 2012 cons. 3 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 41 N 14 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 3 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 69 N 12.

¹⁰⁵⁵ Arrêt du TF 5A_483/2018 du 23 octobre 2018 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_368/2015 du 2 novembre 2015 cons. 2.2.4 ; DONZALLAZ, art. 41 N 861 ; DK ZPO-HRUBESCH-

personne sans connaissances juridiques n'est pas un cas d'incapacité de postuler¹⁰⁵⁶. Il en va de même lorsque l'acte n'est pas conforme aux exigences de motivation légales¹⁰⁵⁷.

- 508 D'après le Tribunal fédéral, la représentation au sens de l'art. 69 al. 1 CPC est soumise à la condition que la cause n'apparaisse pas dénuée de chances de succès¹⁰⁵⁸. Cette condition est également valable pour l'art. 41 al. 1 LTF¹⁰⁵⁹.
- 509 Lorsque le tribunal constate qu'une partie ne possède pas la capacité de postuler et l'enjoint de désigner un·e représentant·e, il rend une décision d'instruction¹⁰⁶⁰. Une fois la décision rendue, la partie doit nommer un·e représentant·e, ce qui nécessite l'octroi d'une procuration¹⁰⁶¹.
- 510 La partie ne peut pas mettre fin à l'obligation de représentation de son plein gré, mais doit requérir la levée de cette obligation au tribunal ayant rendu la décision¹⁰⁶². En cas de recours ou d'appel, la capacité de postuler de la partie peut également être réévaluée par l'autorité supérieure¹⁰⁶³. D'après le Tribunal fédéral, un réexamen suppose toutefois une requête de la partie en ce sens¹⁰⁶⁴.

MILLAUER, art. 69 N 3 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 282 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 3.

¹⁰⁵⁶ Arrêt du TF 5A_483/2018 du 23 octobre 2018 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_618/2015 du 2 mars 2016 cons. 6.7 ; arrêt du TF 4A_45/2014 du 19 mai 2014 cons. 2.2.1 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 69 N 2a et 5 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 4.

¹⁰⁵⁷ Arrêt du TF 6B_563/2020 du 10 juillet 2020 cons. 3 ; arrêt du TF 6B_323/2020 du 4 mai 2020 cons. 6.

¹⁰⁵⁸ Arrêt du TF 2C_708/2016 du 24 août 2016 cons. 2.2 ; arrêt du TF 5A_368/2015 du 2 novembre 2015 cons. 2.2.4 ; voir également BK ZPO-STERCHI, art. 69 N 5 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 5.

¹⁰⁵⁹ Voir arrêt du TF 6B_971/2020 du 19 janvier 2021 cons. 3 *in fine* ; *contra* : BSK BGG-MERZ, art. 41 N 2, qui est d'avis que l'application de l'art. 41 al. 1 LTF ne dépend pas des chances de succès de l'affaire (mais qui admet que la désignation d'un·e avocat·e sur la base de cette disposition ne fait pas de sens si la requête est vouée à l'échec).

¹⁰⁶⁰ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 69 N 7 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 9 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 8 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 69 N 19.

¹⁰⁶¹ Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 41 N 16 ss ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 12 ; BSK BGG-MERZ, art. 41 N 23. En revanche, si la partie refuse de nommer un·e représentant·e et que le tribunal doit y procéder lui-même (situation appréhendée par les art. 69 al. 1 CPC, deuxième phrase et 41 al. 1 LTF, deuxième phrase), une procuration n'est plus nécessaire (N 514).

¹⁰⁶² Arrêt du TF 5A_830/2013 du 3 avril 2014 cons. 1.3.

¹⁰⁶³ Arrêt du TF 5A_469/2019 du 17 novembre 2020 cons. 5.4.3.

¹⁰⁶⁴ Arrêt du TF 5A_469/2019 du 17 novembre 2020 cons. 5.4.3 ; voir également arrêt du TF 5A_890/2022 du 27 avril 2023 cons. 1.2. Pour une critique de cette condition dans le cas d'espèce, voir PERCASSI, Note 5A_469/2019, p. 101.

b. Représentant·e·s autorisé·e·s

Lorsqu'elle est invitée à être représentée sur la base de l'art. 69 al. 1 CPC, la partie peut choisir un·e représentant·e professionnel·le parmi les personnes listées à l'art. 68 al. 2 CPC (qui doit être autorisé·e à agir dans la procédure concernée)¹⁰⁶⁵. Elle peut également choisir une personne de confiance n'agissant pas à titre professionnel¹⁰⁶⁶. Par contre, dans les causes civiles portées devant le Tribunal fédéral, seul un·e avocat·e peut être désigné sur la base de l'art. 41 al. 1 LTF¹⁰⁶⁷. En matière civile, la représentation est en effet réservée aux membres de cette profession devant le Tribunal fédéral (art. 40 al. 1 LTF)¹⁰⁶⁸.

c. Conséquences en cas de refus de nommer un·e représentant·e

Si la partie n'a pas nommé de représentant·e à l'issue du délai, le tribunal lui en désigne un·e (art. 69 al. 1 CPC, deuxième phrase ; art. 41 al. 1 LTF, deuxième phrase)¹⁰⁶⁹.

Dans cette hypothèse, la partie ne peut pas choisir la personne qui la représentera, mais ses souhaits doivent être pris en compte dans la mesure du possible¹⁰⁷⁰.

La personne ainsi nommée pour la représentation a une position similaire à celle de l'avocat·e d'office en pénal¹⁰⁷¹. Cela signifie notamment que la désignation

¹⁰⁶⁵ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 69 N 8 (en lien avec l'hypothèse de l'art. 69 al. 1 CPC, deuxième phrase) ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 11 (en lien avec l'hypothèse de l'art. 69 al. 1 CPC, deuxième phrase) ; dans le même sens : OFK ZPO-MORF, art. 69 N 4.

¹⁰⁶⁶ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 69 N 8 (en lien avec l'hypothèse de l'art. 69 al. 1 CPC, deuxième phrase) ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 69 N 10 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 69 N 22 (en lien avec l'hypothèse de l'art. 69 al. 1 CPC, deuxième phrase).

¹⁰⁶⁷ Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 41 N 17 ; BSK BGG-MERZ, art. 41 N 21.

¹⁰⁶⁸ Arrêt du TF 5A_441/2022 du 25 novembre 2022 cons. 1.2.1 ; arrêt du TF 6B_390/2022 du 27 juillet 2022 cons. 1.1 ; arrêt du TF 5A_110/2022 du 26 avril 2022 cons. 2 ; arrêt du TF 6B_178/2021 du 24 février 2022 cons. 1.1 ; arrêt du TF 6B_1234/2021 du 15 novembre 2021 cons. 2 ; BSK BGG-MERZ, art. 41 N 21 ; SUTTER-SOMM, N 198.

¹⁰⁶⁹ Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 41 N 17 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 69 N 6 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 8.

¹⁰⁷⁰ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 69 N 9 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 69 N 12 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 69 N 24.

¹⁰⁷¹ Message CPC, FF 2006 p. 6894 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 10 ; CR CPC-JEANDIN, art. 69 N 7 ; BK ZPO-STERCHI, art. 69 N 12 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 69 N 24.

intervient par décision du tribunal¹⁰⁷² et qu'aucune procuration n'est requise¹⁰⁷³. Seul le tribunal peut mettre fin à la représentation (mais pas la partie, ni la personne désignée comme représentant·e)¹⁰⁷⁴. De ce fait, la représentation n'est plus conventionnelle, car elle ne résulte pas d'une manifestation de volonté de la partie.

- 515 Les frais engendrés par la représentation sont supportés par la partie elle-même¹⁰⁷⁵. Il faut toutefois réserver l'hypothèse où celle-ci est n'a pas les moyens de rémunérer la personne qui la représente. Dans ce cas, l'art. 41 al. 2 LTF, première phrase, prévoit expressément que « [l]'avocat désigné par le Tribunal fédéral a droit à une indemnité appropriée versée par la caisse du tribunal pour autant que les dépens alloués ne couvrent pas ses honoraires et qu'il n'ait pas pu obtenir le paiement de ces derniers en raison de l'insolvabilité de la partie ». Le CPC ne contient pas de disposition correspondante¹⁰⁷⁶, mais les coûts de la représentation seront pris en charge par l'État si l'assistance judiciaire est octroyée à la partie (art. 117 ss CPC)¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷² KUKO ZPO-DOMEJ, art. 69 N 7 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 69 N 12 ; BK ZPO-STERCHI, art. 69 N 10.

¹⁰⁷³ Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 41 N 18 ; DK BGG-DOLGE, art. 41 N 1 ; SHK BGG-GÜNGERICH, art. 41 N 3 ; BSK BGG-MERZ, art. 41 N 23 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 11 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 69 N 24. Selon une partie de la doctrine, les actes de procédure nécessitant un pouvoir de représentation spécial (art. 396 al. 3 CO) ne peuvent cependant être accomplis sans procuration par un·e représentant·e nommé·e par le tribunal (KUKO ZPO-DOMEJ, art. 69 N 10 ; BK ZPO-STERCHI, art. 69 N 12).

¹⁰⁷⁴ PC CPC-MAY CANELLAS, art. 69 N 13 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 69 N 12 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 10 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 69 N 24.

¹⁰⁷⁵ Message CPC, FF 2006 p. 6894 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 41 N 21 s. ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 14 ; CR CPC-JEANDIN, art. 69 N 7 ; BSK BGG-MERZ, art. 41 N 30 ; OFK ZPO-MORF, art. 69 N 5 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 13.

¹⁰⁷⁶ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 14 ; BK ZPO-STERCHI, art. 69 N 14.

¹⁰⁷⁷ Message CPC, FF 2006 p. 6894 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 14 ; CR CPC-JEANDIN, art. 69 N 7 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 13.

2. Obligation de désigner un domicile de notification

a. Principe

Selon l'art. 140 CPC, « [l]e tribunal peut ordonner aux parties dont le domicile ou le siège se trouve à l'étranger d'élire en Suisse un domicile de notification ». L'art. 39 al. 3 LTF prévoit quant à lui que « [l]es parties domiciliées à l'étranger doivent élire en Suisse un domicile de notification ».

Ces dispositions visent à faciliter la notification des actes de procédure aux parties domiciliées hors de Suisse¹⁰⁷⁸. À défaut d'une telle règle, les tribunaux devraient effectuer les notifications judiciaires à l'étranger selon les règles internationales, ce qui est parfois lent et compliqué¹⁰⁷⁹.

L'art. 140 CPC est rédigé de manière potestative¹⁰⁸⁰. De ce fait, lorsqu'une partie est domiciliée à l'étranger, le tribunal n'est pas tenu de l'obliger à élire une adresse de notification en Suisse¹⁰⁸¹. En revanche, l'art. 39 al. 3 LTF ne laisse aucune latitude ; devant le Tribunal fédéral, les parties établies hors de Suisse sont tenues d'élire un domicile de notification en Suisse¹⁰⁸².

Élire un domicile de notification revient en réalité à désigner un·e représentant·e dont les pouvoirs sont limités à la réception des actes de procédure et à leur transmission à la partie¹⁰⁸³. Autrement dit, il s'agit de représentation passive¹⁰⁸⁴.

De ce fait, lorsque le tribunal ordonne à une partie d'élire un domicile de notification sur la base de l'art. 140 CPC ou l'art. 39 al. 3 LTF, il l'oblige à désigner un·e représentant·e. La restriction quant au droit de la partie de choisir d'être représentée ou non est toutefois faible. Elle perd seulement la faculté de

¹⁰⁷⁸ BK ZPO-FREI, art. 140 N 1 ; DK ZPO-HUBER, art. 140 N 1.

¹⁰⁷⁹ Arrêt du TF 4A_408/2022 du 14 novembre 2022 cons. 6.1 ; Message CPC, FF 2006 p. 6918 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 39 N 16 ; BK ZPO-FREI, art. 140 N 2 ; DK ZPO-HUBER, art. 140 N 1 ; BSK BGG-MERZ, art. 39 N 29.

¹⁰⁸⁰ Arrêt du TF 4A_408/2022 du 14 novembre 2022 cons. 6.1 ; DK ZPO-HUBER, art. 140 N 8.

¹⁰⁸¹ Arrêt du TF 4A_408/2022 du 14 novembre 2022 cons. 6.1 ; BK ZPO-FREI, art. 140 N 4 ; DK ZPO-HUBER, art. 140 N 8.

¹⁰⁸² Arrêt du TF 4A_408/2022 du 14 novembre 2022 cons. 6.1 ; arrêt du TF 4A_444/2020 du 1^{er} décembre 2020 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 39 N 17 ; SHK BGG-GÜNGERICH, art. 39 N 3.

¹⁰⁸³ Arrêt du TF 5A_803/2019 du 3 avril 2020 cons. 3.3 ; voir également ATF 143 III 28 cons. 2.2.2.

¹⁰⁸⁴ Arrêt du TF 5A_803/2019 du 3 avril 2020 cons. 3.3 ; voir également ATF 143 III 28 cons. 2.2.2 ; *contra* : HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.22 (qui considère que la personne ayant reçu des pouvoirs de représentation passive n'est pas un·e représentant·e).

recevoir personnellement les actes du tribunal, mais continue à pouvoir agir seule dans la procédure.

b. Représentant·e·s autorisé·e·s

- 521 À défaut de disposition spécifique, les personnes habilitées à représenter passivement sont à notre avis celles qui sont autorisées à représenter (activement) selon les art. 68 al. 1 et 2 CPC, 40 al. 1 LTF et 29 al. 1 LTFB¹⁰⁸⁵.
- 522 S'agissant de la représentation professionnelle, elle est en principe réservée à des personnes présentant des garanties particulières¹⁰⁸⁶. Le but de cette règle est notamment de protéger les justiciables contre le risque de nommer un individu incompétent pour les représenter¹⁰⁸⁷.
- 523 Ce besoin de protection existe également s'agissant de la représentation passive¹⁰⁸⁸. Celle-ci consiste à réceptionner des actes de procédure et à les transmettre à la partie¹⁰⁸⁹. Un acte de procédure est notifié lorsqu'il est remis (ou réputé remis) à un·e représentant·e (et non lorsqu'il est transmis à la partie)¹⁰⁹⁰, ce qui a notamment pour effet de faire courir d'éventuels délais judiciaires¹⁰⁹¹. Il existe donc un intérêt certain à ce que la personne représentant une partie à titre passif ait des connaissances juridiques suffisantes pour connaître les principes gouvernant la notification¹⁰⁹². Elle sera ainsi consciente

¹⁰⁸⁵ PERCASSI, Note 5A_803/2019, p. 358 ; *contra* : arrêt du TF 5A_368/2012 du 18 septembre 2012 cons. 1.2 ; arrêt du TC/FR 101 2021 115 du 7 juillet 2021 cons. 2.1.2 ; arrêt de l'OG/ZH PP200012 du 3 avril 2020 cons. 2.2 ; SHK BGG-GÜNGERICH, art. 39 N 3 ; BSK BGG-MERZ, art. 39 N 37.

¹⁰⁸⁶ À ce sujet, voir N 767 ss.

¹⁰⁸⁷ ATF 114 Ia 34 cons. 2c ; voir également ATF 105 Ia 67 cons. 5a.

¹⁰⁸⁸ PERCASSI, Note 5A_803/2019, p. 357.

¹⁰⁸⁹ Arrêt du TF 5A_803/2019 du 3 avril 2020 cons. 3.3 ; arrêt du TC/FR 101 2021 115 du 7 juillet 2021 cons. 2.1.2 ; PERCASSI, Note 5A_803/2019, p. 357 ; voir également ATF 145 II 201 cons. 5.1 ; arrêt du TF 4F_13/2022, 4F_1_2023 cons. 2.5.3.3.

¹⁰⁹⁰ Arrêt du TF 2C_278/2022 du 7 avril 2022 cons. 2.2 ; arrêt du TF 5A_1027/2019 du 31 janvier 2020 cons. 3 ; BK ZPO-FREI, art. 137 N 5 ; GASSER/RICKLI, art. 137 N 2 ; DK ZPO-HUBER, art. 137 N 11.

¹⁰⁹¹ Arrêt du TF 5A_142/2021 du 4 mars 2021 cons. 2 ; arrêt du TF 8F_7/2020 du 13 mai 2020 cons. 2.2 ; arrêt du TF 5A_1027/2019 du 31 janvier 2020 cons. 3 ; BOHNET/BRÜGGER, p. 327 ; DK ZPO-HUBER, art. 136 N 4.

¹⁰⁹² PERCASSI, Note 5A_803/2019, p. 357 s.

qu'un acte doit être transmis suffisamment rapidement à la partie afin de permettre à cette dernière d'y répondre dans le délai fixé¹⁰⁹³.

Devant les autorités cantonales, la partie a le choix de nommer un·e représentant·e exerçant à titre professionnel (art. 68 al. 2 CPC) ou non (art. 68 al. 1 CPC). Le cercle de personnes éligibles pour représenter passivement est donc relativement large, et il est aisé pour la partie de désigner un proche pour la représenter passivement¹⁰⁹⁴. 524

En revanche, devant le Tribunal fédéral, seul·e·s les avocat·e·s peuvent représenter des parties dans les procédures civiles (art. 40 al. 1 LTF ; précisons que la représentation non professionnelle n'est pas autorisée devant le Tribunal fédéral). Ordonner la désignation d'un domicile de notification revient donc à imposer un *Anwaltszwang* pour la réception d'actes de procédure. Limiter la représentation passive aux avocat·e·s sur la base de l'art. 40 al. 1 LTF est donc une solution stricte, mais justifiée au regard du besoin de protection de la partie en matière de représentation professionnelle. 525

Cet avis n'est pas partagé par le Tribunal fédéral. Dans l'arrêt 5A_368/2012, ce dernier a admis que l'adresse d'une personne non autorisée à représenter sur la base de l'art. 40 al. 1 LTF pouvait servir de domicile de notification¹⁰⁹⁵. 526

On trouve toutefois une contradiction avec la décision précitée dans la jurisprudence fédérale. Il est admis que, sauf indication contraire, la représentation active inclut la représentation passive (N 144 s. et N 302) Si l'on devait admettre que seule la représentation active est soumise à l'art. 40 al. 1 LTF, cela signifierait qu'une partie qui donne des pouvoirs de représentation (active) à une personne qui n'est pas autorisée à représenter selon l'art. 40 al. 1 LTF est quand même valablement représentée passivement par cette personne. De ce fait, ce·tte représentant·e ne pourrait pas effectuer des actes de procédure pour la partie, mais aurait la faculté de les réceptionner. La logique voudrait donc que les actes de procédure lui soient notifiés. 527

¹⁰⁹³ PERCASSI, Note 5A_803/2019, p. 358.

¹⁰⁹⁴ PERCASSI, Note 5A_803/2019, p. 358.

¹⁰⁹⁵ Arrêt du TF 5A_368/2012 du 18 septembre 2012 cons. 1.2 ; voir également arrêt du TF 4A_444/2020 du 1^{er} décembre 2020 (dans lequel est reproduit un courrier envoyé par le Tribunal fédéral à une partie n'ayant pas désigné de domicile de notification en Suisse ; ledit courrier indique à la partie qu'elle doit fournir le nom et l'adresse d'une personne – et non d'un·e avocat·e – en Suisse). La solution du Tribunal fédéral est soutenue par la doctrine (SHK BGG-GÜNGERICH, art. 39 N 3 ; BSK BGG-MERZ, art. 39 N 37).

- 528 Or ce n'est pas l'approche adoptée par le Tribunal fédéral. Dans l'ATF 139 III 249, le Tribunal fédéral, après avoir constaté que le représentant choisi par les parties ne pouvait pas les représenter valablement faute de remplir les conditions de l'art. 40 al. 1 LTF, a seulement communiqué l'arrêt au représentant « pour information »¹⁰⁹⁶.
- 529 La contradiction est encore plus flagrante dans l'arrêt du TF 4F_6/2009 : constatant que la personne désignée pour représenter les parties n'était pas une avocate au sens de la LLCA, le Tribunal fédéral a relevé : « En conséquence, cette personne n'avait pas qualité pour agir comme mandataire en matière civile devant le Tribunal fédéral et ne pouvait donc représenter les requérants (art. 40 al. 1 LTF). C'est donc à juste titre que le Tribunal fédéral ne lui a adressé aucune communication »¹⁰⁹⁷.

c. Conséquences en cas de refus de nommer un·e représentant·e

- 530 Si la partie refuse ou omet d'élire un domicile de notification, le tribunal notifie les actes par voie édictale (art. 141 al. 1 let. c CPC ; art. 39 al. 3 LTF)¹⁰⁹⁸. L'art. 39 al. 3 LTF (mais pas l'art. 141 CPC) autorise également le Tribunal fédéral à renoncer à adresser des notifications à la partie¹⁰⁹⁹. Le tribunal n'est toutefois pas habilité à désigner lui-même une adresse de notification¹¹⁰⁰. La partie doit être informée au préalable des conséquences du non-respect de l'obligation de désigner une adresse de notification¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁶ Ch. 5 du dispositif de l'arrêt du TF 4A_38/2013 du 12 avril 2013, non publié in : ATF 139 III 249.

¹⁰⁹⁷ Arrêt du TF 4F_6/2009 du 1^{er} juillet 2009 cons. 2.3 ; voir également 6B_870/2008 du 22 octobre 2008 cons. 6.

¹⁰⁹⁸ ATF 143 III 28 cons. 2.2.2 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 39 N 22 ; CR CPC-BOHNET, art. 140 N 2 ; BK ZPO-FREI, art. 140 N 10.

¹⁰⁹⁹ Arrêt du TF 4A_444/2020 du 1^{er} décembre 2020 ; arrêt du TF 2D_18/2009 du 22 juin 2009 cons. 2.1 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 39 N 22 ; CR CPC-BOHNET, art. 140 N 5 ; SK ZPO-STAEHELIN, art. 140 N 4.

¹¹⁰⁰ DK ZPO-HUBER, art. 140 N 12.

¹¹⁰¹ BK ZPO-FREI, art. 140 N 10 ; DK ZPO-HUBER, art. 140 N 7 ; SK ZPO-STAEHELIN, art. 140 N 3.

3. Autres cas

Il n'y a pas d'autres hypothèses dans lesquelles une partie est tenue d'avoir un·e représentant·e. En particulier, il n'existe pas en procédure civile d'équivalent de la défense obligatoire prévue en procédure pénale (art. 130 CPP). 531

III. Aperçu de la situation dans les pays voisins

A. Allemagne

La représentation conventionnelle est principalement régie par les § 78 à 89 ZPO-All. On trouve également des dispositions relatives à la représentation dans d'autres lois de procédure, en particulier dans la FamFG et l'ArbGG, qui organisent la procédure dans les causes de droit de la famille et de droit du travail. 532

1. Principe

En Allemagne, les parties au procès civil ne disposent pas d'une liberté de choix aussi grande qu'en Suisse en matière de représentation. Dans certaines procédures, elles doivent obligatoirement être représentées pour agir valablement. Le droit de procédure civile allemand prévoit également quelques cas dans lesquels les parties doivent comparaître personnellement, similaires à ceux que l'on connaît en Suisse. 533

2. Exceptions

a. Obligation de comparution personnelle

En procédure civile allemande, la comparution personnelle des parties est ordonnée lors des audiences de conciliation (§ 278 (3) ZPO-All.). 534

De plus, § 141 ZPO-All. permet au tribunal de requérir la comparution personnelle des parties lorsqu'elle est nécessaire pour établir les faits. 535

Dans ces deux cas, le tribunal peut renoncer à la comparution personnelle si une partie se situe dans un endroit éloigné ou s'il existe un autre juste motif (§ 141 (1) ZPO-All., qui s'applique également lors de l'audience de conciliation en vertu du renvoi prévu à § 278 (3) ZPO-All.). 536

b. Obligation de représentation

537 En Allemagne, les parties ont parfois l'obligation d'être représentées par un·e avocat·e. On distingue deux types de procédures.

(i) *Parteiprozess*

538 Le *Parteiprozess*, réglementé à § 79 ZPO-All., désigne les procédures dans lesquelles les parties peuvent choisir d'agir seules (§ 79 (1) ZPO-All.) ou par l'intermédiaire d'un·e représentant·e (§ 79 (2) ZPO-All.)¹¹⁰².

539 Le *Parteiprozess* s'applique aux procédures devant l'*Amtsgericht* (§ 78 (1) ZPO-All. *a contrario*)¹¹⁰³ et l'*Arbeitsgericht* (§ 11 (1) ArbGG)¹¹⁰⁴, tous deux juridictions de première instance.

540 § 79 (1) ZPO-All., deuxième phrase, contient une exception. En résumé¹¹⁰⁵, une partie doit être représentée dans les procédures de recouvrement lorsqu'elle fait valoir la créance d'un tiers¹¹⁰⁶.

(ii) *Anwaltsprozess*

541 L'*Anwaltsprozess*, objet de § 78 ZPO-All., désigne les procédures dans lesquelles les parties doivent être représentées par un·e avocat·e – autrement dit, les parties sont soumises à l'*Anwaltszwang*¹¹⁰⁷. Selon la théorie juridique allemande, les parties ne peuvent pas effectuer des actes de procédure dans

¹¹⁰² Prütting/Gehrlein-BURGERMEISTER, § 79 N 1 ; Stein/Jonas-JACOBY, § 79 N 1.

¹¹⁰³ Zöller-ALTHAMMER, § 78 N 27 ; Prütting/Gehrlein-BURGERMEISTER, § 78 N 13 ; Stein/Jonas-JACOBY, § 78 N 18. L'*Amtsgericht* est la première des quatre instances de l'organisation judiciaire civile (BRAUN, p. 278).

¹¹⁰⁴ Zöller-ALTHAMMER, § 78 N 34 ; Prütting/Gehrlein-BURGERMEISTER, § 78 N 13. L'*Arbeitsgericht* est la première instance pour les procédures de droit du travail (ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 9 N 12).

¹¹⁰⁵ Pour plus de détails concernant cette exception plutôt compliquée, voir Stein/Jonas-JACOBY, § 79 N 30 ss.

¹¹⁰⁶ Stein/Jonas-JACOBY, § 79 N 30 ss ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 79 N 6.

¹¹⁰⁷ Prütting/Gehrlein-BURGERMEISTER, § 78 N 1 ; Stein/Jonas-JACOBY, § 78 N 3.

l'*Anwaltsprozess*, car elles n'ont pas la capacité de postuler ; seul·e·s les avocat·e·s la possèdent¹¹⁰⁸. Pour cette raison, elles doivent être représentées¹¹⁰⁹.

L'obligation de représentation par un·e avocat·e s'applique en règle générale devant le *Landgericht*, l'*Oberlandesgericht* et la *Bundesgerichtshof* (§ 78 (1) ZPO-All.)¹¹¹⁰. Ces tribunaux sont les deuxième, troisième et quatrième instances de l'organisation judiciaire civile allemande¹¹¹¹. De même, les parties doivent être représentées devant le *Landesarbeitsgericht* et le *Bundesarbeitsgericht* (§ 11 (4) ArbGG), autorités supérieures en droit du travail¹¹¹². Lorsque l'*Amtsgericht* fonctionne en tant que *Familiengericht*, l'*Anwaltszwang* s'applique aux couples mariés dans les procédures matrimoniales et les procédures accessoires ainsi qu'aux tiers dans les affaires de droit de la famille indépendantes (§ 114 (1) FamFG)¹¹¹³. La FamFG réserve toutefois plusieurs autres procédures de droit de la famille où la représentation par un·e avocat·e n'est pas obligatoire (§ 114 (4) FamFG)¹¹¹⁴.

Les principes exposés ci-dessus ne valent pas dans tous les cas. L'*Anwaltszwang* connaît trois types d'exceptions :

- les exceptions quant aux matières. Dans quelques matières, l'*Anwaltszwang* ne s'applique pas à certains actes ou certaines phases de la procédure. C'est notamment le cas pour le droit des terrains à bâtir¹¹¹⁵, de l'indemnisation des victimes du national-socialisme¹¹¹⁶, des

¹¹⁰⁸ BRAUN, p. 380 ; BRUNS, p. 56 s. ; Prütting/Gehrlein-BURGERMEISTER, § 78 N 2 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 45 N 3. En droit allemand, la notion de capacité de postuler correspond dans une large mesure à la notion de capacité de postuler que l'on connaît en droit suisse (voir N 689).

¹¹⁰⁹ BRAUN, p. 380 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 78 N 2.

¹¹¹⁰ Prütting/Gehrlein-BURGERMEISTER, § 78 N 13 ; Stein/Jonas-JACOBY, § 78 N 19 ss ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 78 N 7.

¹¹¹¹ BRAUN, p. 278.

¹¹¹² Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 78 N 18.

¹¹¹³ Saenger/Ullrich/Siebert-ZEMPEL/NICKEL, § 78 N 4 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 53 N 11 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 78 N 16.

¹¹¹⁴ Saenger/Ullrich/Siebert-ZEMPEL/NICKEL, § 78 N 5 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 53 N 12 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 78 N 16.

¹¹¹⁵ Zöllner-ALTHAMMER, § 78 N 31 ; Stein/Jonas-JACOBY, § 78 N 26 s. ; Wiczorek/Schütze-SMID/HARTMANN, § 78 N 33 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 78 N 10 et 11.

¹¹¹⁶ Zöllner-ALTHAMMER, § 78 N 32 ; Stein/Jonas-JACOBY, § 78 N 38 ; Wiczorek/Schütze-SMID/HARTMANN, § 78 N 33 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 78 N 12.

brevets et des marques¹¹¹⁷ ainsi que des professions libérales (avocat·e, notaire, avocat·e en droit des brevets)¹¹¹⁸ ;

- les exceptions quant aux parties. Certaines personnes ne sont pas soumises à l'*Anwaltszwang*. Premièrement, l'avocat·e partie à un procès qui possède la capacité de postuler n'a pas besoin d'être représenté·e (§ 78 (4) ZPO-All.)¹¹¹⁹, mais conserve la possibilité de désigner un consœur ou un confrère pour sa représentation¹¹²⁰. Deuxièmement, les autorités et les personnes de droit public peuvent parfois être représentées par leurs propres employé·e·s – exception connue sous le nom de *Behördenprivileg*¹¹²¹ (« privilège des autorités »). Cette possibilité existe lorsque ce type de parties participent à une procédure de *Nichtzulassungsbeschwerde*¹¹²², et que leurs employé·e·s sont qualifié·e·s pour la fonction judiciaire¹¹²³ (§ 78 (2) ZPO-All.)¹¹²⁴. Cette exception existe également dans les procédures de droit de la famille (§ 114 (3) FamFG)¹¹²⁵. Dans ce cas, les employé·e·s doivent être qualifié·e·s pour la fonction judiciaire uniquement pour les procédures devant la *Bundesgerichtshof* (§ 114 (3) FamFG, dernière phrase)¹¹²⁶.
- les exceptions quant aux types et actes de procédure. L'*Anwaltszwang* s'applique à la réalisation d'actes de procédure, mais pas à leur réception (sauf en procédure orale)¹¹²⁷. En d'autres termes, une notification faite à une partie non représentée est valable malgré l'application de l'*Anwaltszwang*¹¹²⁸. L'*Anwaltszwang* n'est pas non plus applicable aux

¹¹¹⁷ Stein/Jonas-JACOBY, § 78 N 32 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 78 N 13 .

¹¹¹⁸ Stein/Jonas-JACOBY, § 78 N 29.

¹¹¹⁹ Prütting/Gehrlein-BURGERMEISTER, § 78 N 27 ; Stein/Jonas-JACOBY, § 78 N 45.

¹¹²⁰ Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 78 N 29.

¹¹²¹ Stein/Jonas-JACOBY, § 78 N 48.

¹¹²² Le *Nichtzulassungsbeschwerde*, que l'on peut traduire par « recours d'irrecevabilité », est une voie de droit qui permet à une partie d'attaquer une décision d'irrecevabilité (ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 142 N 22).

¹¹²³ Toute personne au bénéfice d'une formation juridique complète en droit allemand (études universitaires en droit et réussite des deux examens d'État (*erste Staatsprüfung* et *zweite Staatsprüfung*) est un·e *Volljurist-in* qualifié·e pour la fonction judiciaire (§ 5 (1) DRiG).

¹¹²⁴ Prütting/Gehrlein-BURGERMEISTER, § 78 N 25 ; Stein/Jonas-JACOBY, § 78 N 48 et 49. TOUSSAINT et ALTHAMMER considèrent toutefois que cette règle n'a pas de réelle portée pratique (Zöller-ALTHAMMER, § 78 N 15a ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 78 N 27).

¹¹²⁵ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 53 N 13.

¹¹²⁶ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 53 N 13.

¹¹²⁷ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 53 N 16 ss ; Wiczorek/Schütze-SMID/HARTMANN, § 78 N 20.

¹¹²⁸ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 53 N 18.

procédures devant un·e juge requis·e ou délégué·e (§ 78 (3) ZPO-All.), devant la greffière ou le greffier (§ 78 (3) ZPO-All.) et devant un·e auxiliaire de la justice (§ 13 RPfG)¹¹²⁹.

3. Synthèse de la situation en Allemagne

En procédure civile allemande, la comparution personnelle est obligatoire dans quelques situations. Elles sont similaires à celles prévues par la procédure civile suisse¹¹³⁰. 544

En revanche, la représentation des parties par un·e avocat·e est obligatoire dans de nombreuses procédures (*Anwaltsprozess*). La procédure civile allemande ne connaît donc pas, comme en Suisse, le principe selon lequel les parties peuvent agir seules si elles le souhaitent. 545

B. France

La représentation conventionnelle est connue en droit français sous le nom de représentation *ad litem*¹¹³¹. Elle est réglemantée de manière générale par les art. 18 à 20 CPC-Fr., ainsi que par diverses dispositions disséminées dans ce code et dans des lois spécifiques. Le contrat liant représentant·e et représenté·e, objet des art. 411 à 420 CPC-Fr., porte le nom de mandat *ad litem*¹¹³². 546

1. Principe

Le droit des parties d'être représentées fait l'objet de peu de restrictions ; tout au plus ont-elles parfois l'obligation de comparaître personnellement. En revanche, leur droit d'agir seules est limité, la représentation étant obligatoire dans certaines procédures. 547

¹¹²⁹ Stein/Jonas-JACOBY, § 78 N 63 ss ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 53 N 19 ; Krüger/Rauscher-TOUSSAINT, § 78 N 48 ss.

¹¹³⁰ Comp. N 455 ss et N 534 ss.

¹¹³¹ CADIET/JEULAND, N 495 ; Guinchard-CAYROL, N 281.21.

¹¹³² CADIET/JEULAND, N 499 ; Guinchard-CAYROL, N 281.21.

2. Exceptions

a. Obligation de comparution personnelle

548 Selon l'art. 883 al. 2 CPC-Fr., les parties sont tenues de comparaître en personne lors de la tentative préalable de conciliation devant le tribunal paritaire des baux ruraux ; elles peuvent toutefois être représentées en cas de motif légitime.

549 De plus, le tribunal a la faculté d'ordonner la comparution personnelle des parties. Ainsi, l'art. 20 CPC-Fr. pose le principe selon lequel le tribunal peut toujours entendre les parties elles-mêmes. Sous le titre « mesures d'instruction », l'art. 184 CPC-Fr. précise que le tribunal peut faire comparaître personnellement une ou plusieurs parties en toute matière. L'art. 197 CPC-Fr. indique selon quelles modalités un·e juge peut faire comparaître des personnes mineures et des personnes majeures protégées (al. 1), des personnes morales (al. 2), et des membres ou agents d'une personne morale (al. 3).

b. Obligation de représentation

550 L'art. 18 CPC-Fr. exprime le principe suivant : « Les parties peuvent se défendre elles-mêmes, sous réserve des cas dans lesquels la représentation est obligatoire ». En procédure civile française, les parties sont donc parfois tenues d'être représentées. On parle dans ce cas de « postulation », terme qui désigne le fait d'« assurer la représentation obligatoire d'une partie devant une juridiction »¹¹³³. Cette activité est réservée aux avocat·e·s¹¹³⁴.

¹¹³³ Arrêt de la 2^e chambre civile de la Cour de cassation n°14-29.185 du 28 janvier 2016 ; voir également BORTOLUZZI/PIAU/WICKERS, N 622.141 ; CADIET/JEULAND, N 498 nbp 94.

¹¹³⁴ BORTOLUZZI/PIAU/WICKERS, N 622.151. Précisons que la profession d'avoué·e a disparu au 1^{er} janvier 2012, à l'entrée en vigueur de la Loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel (CADIET/JEULAND, N 496 et nbp 66 et 72). Les avoué·e·s exerçaient un office ministériel et étaient chargé·e·s de représenter les parties en justice (BOURDOULEIX, p. 12). Jusqu'en 2012, ces professionnel·le·s avaient le monopole de la postulation devant la cour d'appel (BOURDOULEIX, p. 11 s.). Par conséquent, en cas de représentation obligatoire, une partie devait être représentée par un·e avocat·e en première instance et par un·e avoué·e en appel (BOURDOULEIX, p. 11). La profession d'avoué·e a été supprimée dans le but de simplifier la procédure, en permettant aux justiciables d'être représenté·e·s par la même personne devant les deux instances (BOURDOULEIX, p. 24).

En première instance, la représentation est notamment obligatoire sauf disposition contraire devant le tribunal judiciaire (art. 760 al. 1 CPC-Fr.)¹¹³⁵ et devant le tribunal de commerce (art. 853 CPC-Fr.)¹¹³⁶. La représentation est également imposée dans des matières spécifiques, par exemple dans certaines procédures familiales (en particulier les demandes en retrait total ou partiel de l'autorité parentale ; voir art. 1203 al. 1 *cum* 1202 al. 1 CPC-Fr.)¹¹³⁷. 551

En revanche, la représentation est en principe facultative devant le tribunal judiciaire dans les cas énumérés à l'art. 761 al. 1 CPC-Fr. et devant le tribunal de commerce dans les situations décrites à l'art. 853 al. 3 CPC-Fr. Devant ces deux tribunaux, la loi autorise notamment les parties à agir seules lorsque la demande porte sur un montant inférieur ou égal à € 10'000.- (art. 761 al. 1 ch. 3 et 853 al. 3 CPC-Fr.)¹¹³⁸. 552

Devant les instances supérieures, la représentation est obligatoire devant la cour d'appel (art. 899 al. 1 CPC-Fr.) et la Cour de cassation (art. 973 al. 1 CPC-Fr.)¹¹³⁹. Devant la cour d'appel, il existe cependant une procédure sans représentation obligatoire (art. 931 ss CPC-Fr.). Celle-ci s'applique dans certains cas très spécifiques, par exemple pour les appels contre les décisions de l'Autorité de la concurrence (art. R464-26 al. 1 CComm) ou encore en matière de protection des consommatrices et consommateurs, pour les appels relatifs au traitement des situations de surendettement (art. R713-7 CCons). 553

3. Synthèse de la situation en France

En matière de comparution personnelle obligatoire, on ne discerne pas de différence notable entre les procédures civiles française et suisse : les quelques situations dans lesquelles cette obligation est prévue sont similaires dans les deux pays¹¹⁴⁰. 554

¹¹³⁵ BOLZE, par. 2 ; Guinchard-CAYROL, N 281.71 ; en particulier, les parties doivent être représentées lorsque la demande porte sur un montant supérieur à € 10'000.- (art. 761 al. 1 ch. 3 CPC-Fr. ; voir DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU, p. 7).

¹¹³⁶ BOLZE, par. 13 ; Guinchard-CAYROL, N 281.111.

¹¹³⁷ BOLZE, par. 9 ; DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU, p. 7.

¹¹³⁸ BOLZE, par. 5 et 13 ; DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU, p. 7 *a contrario*. Devant le tribunal judiciaire, il faut en outre que la demande ne relève pas de la compétence exclusive de ce tribunal (art. 761 al. 1 ch. 3 CPC-Fr. ; BOLZE).

¹¹³⁹ CADIET/JEULAND, N 497 s.

¹¹⁴⁰ Comp. N 455 ss et N 548 s.

555 Par contre, la représentation obligatoire des parties par un·e avocat·e (appelée « postulation ») est prévue dans de nombreuses situations qui, d'après BORTOLUZZI/PIAU/WICKERS, concernent des « matières importantes par le montant ou la qualité des intérêts en jeu »¹¹⁴¹. Selon l'exposé des motifs relatif à la Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, cette règle se justifie dans la mesure où elle est « gage d'efficacité et de qualité de la justice rendue en matière civile »¹¹⁴².

IV. Discussion et synthèse du chapitre 6

556 En matière de droit de choisir d'être représenté en procédure civile, on constate que la Suisse se distingue de l'Allemagne et la France par l'absence de procédures soumises à représentation obligatoire par un·e avocat·e.

557 En Allemagne et en France, les cas où les parties doivent être représentées ne sont pas rares, et ne se limitent pas aux procédures se déroulant devant les tribunaux suprêmes. La représentation obligatoire y est considérée comme un instrument utile tant aux justiciables qu'au bon fonctionnement de la justice¹¹⁴³.

558 S'agissant des justiciables, la représentation obligatoire assure que leurs intérêts soient défendus par une personne qui connaît les règles de la procédure¹¹⁴⁴. Chaque partie étant nécessairement représentée par un·e avocat·e, cette exigence garantit également l'égalité des armes¹¹⁴⁵. De plus, l'avocat·e a pour rôle de conseiller la partie, et pourra ainsi la dissuader de procéder à des démarches procédurales inopportunes¹¹⁴⁶.

559 Pour la justice, l'intérêt de la représentation obligatoire réside dans les compétences des avocat·e·s. Ces professionnel·le·s du droit possèdent l'expérience et les connaissances nécessaires pour présenter la cause de leurs

¹¹⁴¹ BORTOLUZZI/PIAU/WICKERS, N 622.141.

¹¹⁴² Exposé des motifs relatif à la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000036830320/?detailType=EXPOSE_MOTIFS&detailId= (consulté le 30 septembre 2023).

¹¹⁴³ GRAEF, p. 451 ; DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU, p. 7 ; ZUCK, p. 507.

¹¹⁴⁴ ZUCK, p. 507.

¹¹⁴⁵ GRAEF, p. 451 ; ZUCK, p. 507.

¹¹⁴⁶ GRAEF, p. 451 ; ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 685 ; ZUCK, p. 507.

client·e·s de manière objective et pertinente¹¹⁴⁷ et facilitent ainsi le travail des tribunaux.

En Suisse, le législateur a préféré laisser le choix de la représentation aux justiciables. C'est donc aux parties que revient la tâche d'évaluer si une représentation est opportune. Il faut souligner que ce principe de représentation facultative est fermement ancré en procédure civile suisse depuis de longues années¹¹⁴⁸, et n'est pas véritablement remis en question par la doctrine¹¹⁴⁹, la jurisprudence¹¹⁵⁰ ou les parlementaires¹¹⁵¹. Seuls quelques auteurs prennent position à cet égard¹¹⁵².

Le fait que la France et l'Allemagne connaissent l'*Anwaltszwang* et le considèrent comme utile ne signifie pas, en soi, que ce principe devrait être exporté dans notre pays. La question de savoir si certaines procédures devraient être soumises à représentation obligatoire en procédure civile ne peut être résolue isolément, mais doit être examinée au regard de l'ensemble des règles – matérielles et procédurales – qui composent le droit civil. À cet égard, la justice suisse se caractérise de manière générale par son caractère populaire¹¹⁵³. En particulier, le CPC a été pensé comme un code simple et pratique¹¹⁵⁴, et le pouvoir législatif a souhaité permettre aux personnes sans connaissances

¹¹⁴⁷ GRAEF, p. 451 ; ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 685 ; ZUCK, p. 506 s.

¹¹⁴⁸ Voir N 449 ; voir également GEERING, N 92.

¹¹⁴⁹ RÜETSCHI/VETTER, p. 68.

¹¹⁵⁰ Le Tribunal fédéral a évoqué cette problématique sans l'explorer dans un arrêt de 1979 (« *[i]n der Literatur wurde sogar - namentlich mit Blick auf ausländische Beispiele - die Frage aufgeworfen, ob nicht die Einführung eines eigentlichen Anwaltszwanges ein geeignetes Mittel wäre, um der allgemein überhandnehmenden Überlastung namentlich höchster Gerichte zu steuern* » ; ATF 105 Ia 67 cons. 5a, JdT 1981 I p. 637). Seul un article de GRISEL est cité à l'appui de ce passage. Dans sa contribution, GRISEL ne fait que mentionner qu'un *Anwaltszwang* pourrait remédier à la surcharge des tribunaux, sans approfondir le sujet (GRISEL, p. 383).

¹¹⁵¹ Durant les travaux parlementaires précédant l'adoption de la LTF, la possibilité d'instaurer un *Anwaltszwang* a été examinée par deux commissions. Elles l'ont rejeté en raison de la tradition suisse permettant aux parties de mener seules leur cause jusqu'au Tribunal fédéral (Message LTF, FF 2001 p. 4091 s.).

¹¹⁵² LÜCHINGER est en faveur d'une obligation de représentation devant le Tribunal fédéral par des avocat·e·s spécialisé·e·s, qui auraient uniquement l'autorisation de représenter des parties devant cette instance (LÜCHINGER, p. 42 ss). Il est d'avis qu'une telle mesure permettrait de décharger le Tribunal fédéral (LÜCHINGER, p. 42 s.). RÉTORNAZ considère qu'il est idéaliste de croire que tout particulier peut efficacement agir seul en procédure civile (RÉTORNAZ, *Formalisme excessif*, N 1137).

¹¹⁵³ Voir FRITZSCHE, en particulier p. 10 et 14.

¹¹⁵⁴ Message CPC, FF 2006 p. 6843 et 6855 s.

juridiques d'accéder à la justice en instaurant une procédure simplifiée pour certaines affaires¹¹⁵⁵. Il faut reconnaître, avec RÉTORNAZ, qu'il s'agit là d'une vision idéalisée de la situation et qu'en pratique, il n'est pas si aisé pour une partie laïque de procéder seule¹¹⁵⁶. Toujours est-il que la volonté de rendre la procédure civile accessible a été clairement exprimée¹¹⁵⁷. Le devoir d'interpellation (simple et renforcé) et la maxime inquisitoire sociale ont notamment été introduit·e·s dans le CPC afin de permettre aux tribunaux de pallier, dans une certaine mesure, l'absence de compétences d'une partie laïque agissant seule¹¹⁵⁸.

- 562 En procédure civile suisse, la protection des justiciables en matière de représentation est assurée par d'autres moyens qu'un *Anwaltszwang* généralisé dans certaines procédures. Premièrement, les lois de procédures civiles prévoient la possibilité pour les tribunaux d'imposer un·e représentant·e aux parties lorsque cela s'avère indispensable (art. 69 CPC et 41 LTF). Cette règle est ainsi le corollaire nécessaire à la liberté de décision offerte aux particuliers, et permet d'éviter que des parties perdent leur procès faute de posséder les compétences pour conduire une procédure. Deuxièmement, la représentation professionnelle est dans la plupart des cas réservée aux membres de certaines professions, et cette mesure est considérée comme suffisante pour garantir la protection des droits des parties et la bonne marche de la justice (à ce sujet, voir N 767).
- 563 Enfin, plus de la moitié des parties sont représentées par des avocat·e·s dans les causes civiles devant le Tribunal fédéral¹¹⁵⁹. Les justiciables semblent donc capables de déterminer s'il est utile de faire appel à un·e représentant·e professionnel·le.
- 564 Dans l'ensemble, l'absence de critiques quant au système actuel, la volonté de rendre le procès civil suisse accessible, l'existence de règles permettant de protéger les justiciables et le fait que les parties confient régulièrement leurs affaires à des représentant·e·s exerçant à titre professionnel conduisent à penser que la réglementation actuelle est satisfaisante, et qu'instaurer une

¹¹⁵⁵ Message CPC, FF 2006 p. 6863 ; HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 65.

¹¹⁵⁶ RÉTORNAZ, Formalisme excessif, N 1135 ss ; voir également SCHILLER, Bedeutung des Anwalts, p. 6.

¹¹⁵⁷ La volonté que la procédure civile soit accessible a été réitérée lors des débats au Conseil national relatifs à la modification du CPC (LÜSCHER, p. 204 ss).

¹¹⁵⁸ Voir N 1094 ss.

¹¹⁵⁹ Selon une étude menée par GEERING, 59 % des parties étaient représentées dans les affaires civiles portées devant le Tribunal fédéral entre 2007 et 2019 (GEERING, N 16 et 46).

représentation obligatoire dans certaines procédures n'est pas nécessaire en procédure civile suisse.

Deuxième Partie :

Représenté·e, représentant·e et tiers

Chapitre 7 : Représenté·e

Le présent chapitre a pour but d'étudier les personnes et les entités susceptibles d'être représentées en procédure. Nous définirons tout d'abord la notion de représenté·e (I). Nous examinerons ensuite le concept de partie (II) puis analyserons les deux capacités devant être réunies pour qu'une partie puisse être représentée (III). 565

I. Notion de représenté·e

En procédure, un·e représenté·e est une partie ayant conféré des pouvoirs de représentation à autrui (représentant·e), permettant à celui-ci d'effectuer ou de réceptionner des actes de procédure en son nom et pour son compte¹¹⁶⁰. Les actes de procédure du représentant ou de la représentante produisent directement leurs effets dans la sphère juridique de la partie¹¹⁶¹. 566

En principe, une partie est représentée par une seule personne. Il peut toutefois arriver que plusieurs parties soient représentées par une personne, notamment en cas de consorité (voir art. 72 CPC)¹¹⁶². La doctrine admet également qu'une partie puisse être représentée par plusieurs personnes¹¹⁶³. 567

II. Partie

Différentes personnes, parfois également des entités sans personnalité juridique, participent au procès. Toutes ne peuvent pas être représentées conventionnellement ; seules celles qui ont la qualité de *partie* à la procédure peuvent l'être. Cela ressort en particulier des versions allemande et italienne de l'art. 68 al. 1 CPC (« *Jede prozessfähige Partei kann sich im Prozess vertreten lassen* » ; « *Ogni parte con capacità processuale può farsi rappresentare nel processo* »)¹¹⁶⁴. 568

¹¹⁶⁰ Comp. avec la définition de la représentation conventionnelle proposée au N 164.

¹¹⁶¹ Comp. avec la définition de la représentation conventionnelle proposée au N 164.

¹¹⁶² BAUMGARTNER et al., § 20 N 45 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 72 N 1.

¹¹⁶³ Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 22 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 8 ss ; DONZALLAZ, art. 40 N 814 ; JEANDIN, p. 17 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 68 N 7.

¹¹⁶⁴ La version française de l'art. 68 al. 1 CPC ne fait pas référence à la partie ; elle dispose que « [t]oute *personne* capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès » (mise en italique ajoutée).

569 Nous exposerons tout d'abord ce qu'est une partie et quels types de parties sont connus en procédure civile (A). Nous examinerons ensuite la situation de quelques autres personnes participant à la procédure – qui n'ont pas la qualité de parties – et expliquerons pourquoi celles-ci ne peuvent pas être représentées conventionnellement (B). Enfin, nous discuterons de la situation particulière de l'enfant dans la procédure matrimoniale de ses parents (C).

A. Notion

570 Une partie est une personne ou une entité qui invoque un droit ou contre qui un droit est invoqué en justice¹¹⁶⁵. Il s'agit là de la définition de la partie au sens formel¹¹⁶⁶.

571 On précisera, comme déjà évoqué ci-dessus¹¹⁶⁷, qu'un·e *Prozessstandschafter-in* est également une partie à la procédure¹¹⁶⁸.

B. Types de parties

572 Il existe deux types de parties : les parties principales (1) et les parties accessoires (2).

¹¹⁶⁵ Voir BEINERT, p. 4 ; GULDENER, p. 124 ; voir également LÖTSCHER, N 10 ; SENN, N 5. Ces auteur·e·s définissent la partie comme une *personne*, mais le terme « entité » doit être ajouté à la définition : la qualité de partie peut également être reconnue à des entités sans personnalité juridique (par exemple les sociétés en nom collectif ou les communautés de copropriétaires par étage ; au sujet de leur capacité d'être partie et de leur capacité d'ester, voir N 620 ss et N 657 ss).

¹¹⁶⁶ HABSCHEID, Droit judiciaire, p. 174 ; SENN, N 5. On y oppose la notion de partie au sens *matériel*, définie comme étant la personne titulaire du droit invoqué en justice – c'est-à-dire légitimée (BOHNET, Parties et capacité, p. 72 s. ; BOHNET, Prozessführungsrecht, p. 470 ; HABSCHEID, Zivilprozessrecht, N 270). Selon cette théorie, la partie demanderesse a la légitimation active, et la partie défenderesse la légitimation passive (HABSCHEID, Zivilprozessrecht, N 270). Cette conception prévalait au 19^e siècle mais n'est plus d'actualité aujourd'hui (BRAUN, p. 332 ; HABSCHEID, Droit judiciaire, p. 174 ; HABSCHEID, Zivilprozessrecht, N 270 ; LÖTSCHER, N 10).

¹¹⁶⁷ Voir N 246 et 248.

¹¹⁶⁸ BOHNET/PERCASSI, Prozessstandschaft, p. 641 ; LÖTSCHER, N 1 et 511 s. ; Sur la notion de *Prozessstandschaft*, voir N 154 ss et 245 ss.

1. Parties principales

Les parties principales sont, d'une part, la partie demanderesse (à savoir celle qui affirme en son nom propre un droit en justice) et, d'autre part, la partie défenderesse (c'est-à-dire celle contre qui cette affirmation est dirigée)¹¹⁶⁹. Toute procédure civile contentieuse implique au minimum ces deux parties (*Zweiparteienprinzip*)¹¹⁷⁰.

Sont également des parties principales l'intervenant·e principal·e (art. 73 CPC)¹¹⁷¹ et l'appelé·e en cause (art. 81 s. CPC)¹¹⁷². Ces parties ne participent pas initialement au procès, mais interviennent ultérieurement.

L'intervention principale permet à un tiers d'agir contre les parties d'un procès déjà pendant en invoquant son droit préférable¹¹⁷³. Un deuxième procès s'ouvre¹¹⁷⁴, dans lequel le tiers intervenant a la position de partie demanderesse, alors que les parties au procès initial sont défenderesses¹¹⁷⁵.

Quant à l'appel en cause, il permet à une partie à un procès pendant d'obliger un tiers à y participer pour faire valoir des prétentions contre celui-ci¹¹⁷⁶. Ces prétentions sont celles que la partie prendrait contre ce tiers si elle perdait le litige¹¹⁷⁷. Le tiers devient une partie défenderesse principale dans la procédure d'appel en cause¹¹⁷⁸.

¹¹⁶⁹ BOHNET, Parties et capacité, p. 72 ss ; BRUNS, p. 52 ; voir également HABSCHIED, Droit judiciaire, p. 173 s. ; JÉQUIER, Tiers, N 10.

¹¹⁷⁰ Arrêt du TF 5D_78/2022, 5D_79/2022 du 31 octobre 2022 cons. 3.2 ; BOHNET, Parties et capacité, p. 72 ; BOHNET, Consorité nécessaire matérielle, p. 190 ; BOHNET/VARIN, p. 7 ; BRUNS, p. 51 s. ; JEANDIN, p. 5.

¹¹⁷¹ ATF 96 II 79 cons. 4, JdT 1971 I p. 329 ; DK ZPO-GÖKSU, art. 73 N 7 ; BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 73 N 4 et 12 ; HEINZMANN, Intervention, N 12 ; JÉQUIER, Tiers, N 61.

¹¹⁷² BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 81 N 40 ; JÉQUIER, Tiers, N 69 ; SK ZPO-SCHWANDER, art. 81 N 10.

¹¹⁷³ DK ZPO-GÖKSU, art. 73 N 3 ; SHK ZPO-HAHN, art. 73 N 1 ; HEINZMANN, Intervention, N 3 ; JÉQUIER, Tiers, N 60 s. ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 73 N 4.

¹¹⁷⁴ DK ZPO-GÖKSU, art. 73 N 4 ; BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 73 N 11 ; SHK ZPO-HAHN, art. 73 N 4 ; HEINZMANN, Intervention, N 5.

¹¹⁷⁵ BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 73 N 11 ; SHK ZPO-HAHN, art. 73 N 5 ; HEINZMANN, Intervention, N 12 ; JÉQUIER, Tiers, N 66 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 73 N 45 s.

¹¹⁷⁶ PC CPC-DEMIERRE, art. 78 N 1 ; HUBER-LEHMANN, N 7 ; JÉQUIER, Tiers, N 69.

¹¹⁷⁷ DK ZPO-GÖKSU, art. 81 N 1 ; HUBER-LEHMANN, N 7.

¹¹⁷⁸ BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 81 N 40 ; HUBER-LEHMANN, N 401 ; SK ZPO-SCHWANDER, art. 81 N 15. Selon le Tribunal fédéral, l'appelé·e en cause n'est pas une partie principale dans la procédure principale, mais peut agir dans ce cadre en tant qu'intervenant·e accessoire (ATF 142 III 271 cons. 1.1 ; BSK ZPO-FREI, art. 81 N 54 ; CR CPC-HALDY, art. 82 N 7).

2. Parties accessoires

577 Cette catégorie concerne la partie intervenant à titre accessoire (art. 74 ss CPC)¹¹⁷⁹.

578 L'intervention accessoire permet à un tiers de soutenir une partie dans un procès pendant¹¹⁸⁰. Contrairement à l'intervenante principale, le tiers intervenant à titre accessoire ne prend pas de conclusions propres contre les parties au procès principal¹¹⁸¹.

3. Dénonciation d'instance

579 La dénonciation d'instance est un cas particulier. Selon la suite donnée à la dénonciation, les dénoncés·es peuvent devenir des parties principales ou des parties accessoires.

580 Cette institution permet à une partie à un litige pendant d'avertir formellement un tiers qu'une procédure est en cours et qu'elle estime pouvoir faire valoir des prétentions à son encontre en cas de perte du procès¹¹⁸². Le tiers dénoncé n'est pas obligé de participer à la procédure, au contraire de l'appelé·e en cause¹¹⁸³. Quatre choix se présentent à lui : il peut (i) intervenir en faveur de la partie dénonçante (art. 79 al. 1 let. a CPC)¹¹⁸⁴, (ii) procéder à la place de la partie dénonçante si cette dernière lui donne son accord (art. 79 al. 1 let. b CPC ; il s'agit d'un cas de *Prozessstandschaft*)¹¹⁸⁵, (iii) représenter la partie

¹¹⁷⁹ BERGER et al., N 573 ; HEINZMANN, Intervention, N 14 ; PC CPC-HEINZMANN/DEMIERRE, art. 74 N 2.

¹¹⁸⁰ HEINZMANN, Intervention, N 14 ; PC CPC-HEINZMANN/DEMIERRE, art. 74 N 1 ; HUBER-LEHMANN, N 28. L'intervention accessoire est possible dans un procès au fond pendant, mais également dans une procédure de preuve à futur indépendante (ATF 142 III 40 cons. 3.2.2).

¹¹⁸¹ CR CPC-HALDY, art. 74 N 2 ; HEINZMANN, Intervention, N 14 ; PC CPC-HEINZMANN/DEMIERRE, art. 74 N 2 ; JÉQUIER, Tiers, N 89 ; voir également ATF 143 III 140 cons. 4.1.2 ; ATF 142 III 40 cons. 3.2.1.

¹¹⁸² JÉQUIER, Tiers, N 113.

¹¹⁸³ PC CPC-DEMIERRE, art. 78 N 2 ; JÉQUIER, Tiers, N 113.

¹¹⁸⁴ BSK ZPO-FREI, art. 79 N 6 ss ; DK ZPO-GÖKSU, art. 79 N 4 ss ; CR CPC-HALDY, art. 79 N 2 ; HEINZMANN, Intervention, N 48 ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 79 N 4 s.

¹¹⁸⁵ BSK ZPO-FREI, art. 79 N 12 ss ; DK ZPO-GÖKSU, art. 79 N 10 ss ; CR CPC-HALDY, art. 79 N 3 ; HEINZMANN, Intervention, N 49 ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 79 N 6 ss.

dénonçante¹¹⁸⁶ (hypothèse qui ne figure pas dans la loi¹¹⁸⁷) ou (iv) ne rien faire (art. 79 al. 2 CPC)¹¹⁸⁸. Dans le premier cas, le tiers dénoncé prend la position d'intervenant accessoire¹¹⁸⁹ et donc de partie accessoire¹¹⁹⁰. Dans le deuxième cas, le tiers devient *Prozessstandschafter*¹¹⁹¹ et partie principale¹¹⁹². Dans le troisième cas, le tiers endosse le rôle de représentant conventionnel¹¹⁹³ ; il doit donc être autorisé à représenter selon l'art. 68 al. 1 ou 2 CPC¹¹⁹⁴. Enfin, dans le dernier cas, le procès continue sans modification¹¹⁹⁵.

C. Autres participant·e·s à la procédure

Dans le but de vérifier l'hypothèse selon laquelle seules les parties peuvent être représentées conventionnellement en procédure civile, nous examinerons brièvement ci-dessous la position procédurale de trois autres participant·e·s au procès : les représentant·e·s, les témoins et les expert·e·s.

581

¹¹⁸⁶ BSK ZPO-FREI, art. 79 N 11 ; DK ZPO-GÖKSU, art. 79 N 8 ; CR CPC-HALDY, art. 79 N 3 ; HEINZMANN, Intervention, N 50 ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 79 N 13.

¹¹⁸⁷ BSK ZPO-FREI, art. 79 N 11 ; CR CPC-HALDY, art. 79 N 3 ; HEINZMANN, Intervention, N 50 ; SK ZPO-TAKEI, art. 79 N 8.

¹¹⁸⁸ Même si le tiers dénoncé décide de ne pas participer formellement à la procédure suite à la dénonciation, il conserve la possibilité de soutenir la partie hors procès (KUKO ZPO-DOMEJ, art. 79 N 10 ; DK ZPO-GÖKSU, art. 79 N 2 ; SHK ZPO-HAHN, art. 79 N 11 ; HEINZMANN, Intervention, N 51 ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 79 N 14).

¹¹⁸⁹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 79 N 3 ; DK ZPO-GÖKSU, art. 79 N 4 ; SHK ZPO-HAHN, art. 79 N 2 ; HEINZMANN, Intervention, N 48 ; JÉQUIER, Tiers, N 119.

¹¹⁹⁰ Voir N 577 s.

¹¹⁹¹ BSK ZPO-FREI, art. 79 N 12 ; SHK ZPO-HAHN, art. 79 N 6 ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 79 N 8 ; sur la notion de *Prozessstandschaft*, voir N 154 ss et N 245 ss.

¹¹⁹² BSK ZPO-FREI, art. 79 N 12 ; CR CPC-HALDY, art. 79 N 3 ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 79 N 8.

¹¹⁹³ DK ZPO-GÖKSU, art. 79 N 9 ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 79 N 13.

¹¹⁹⁴ La doctrine semble uniquement envisager la possibilité, pour le tiers dénoncé, de représenter en tant que personne de confiance au sens de l'art. 68 al. 1 CPC (BSK ZPO-FREI, art. 79 N 11 ; DK ZPO-GÖKSU, art. 79 N 9 ; CR CPC-HALDY, art. 79 N 3 ; HEINZMANN, Intervention, N 50 ; JÉQUIER, Tiers, N 122). À notre sens, rien ne s'oppose à une représentation professionnelle dans l'hypothèse où le tiers dénoncé entre dans l'une des catégories de représentant·e·s autorisé·e·s de l'art. 68 al. 2 CPC.

¹¹⁹⁵ SHK ZPO-HAHN, art. 79 N 9 ; CR CPC-HALDY, art. 79 N 4 ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 79 N 15.

1. Représentant·e·s

- 582 Les représentant·e·s ont pour rôle de représenter les parties en procédure. Pour ce faire, il leur est possible de recourir à des substituts ou des auxiliaires¹¹⁹⁶.
- 583 Certain·e·s substituts et auxiliaires – qui font partie des personnes autorisées à représenter professionnellement¹¹⁹⁷ – peuvent effectuer personnellement des actes de procédure. De ce fait, la personne qui représente à titre principal leur demande parfois d’agir à sa place dans une procédure. C’est le cas, par exemple, quand un·e avocat·e autorise un·e avocat·e-stagiaire à se rendre en audience ou à signer une demande en justice à sa place. C’est également le cas lorsqu’un·e avocat·e part en vacances et demande à une consœur ou un confrère de la même étude de réceptionner son courrier et d’effectuer d’éventuels actes de procédure nécessaires durant son absence.
- 584 Ces hypothèses supposent en principe l’octroi d’une sous-procuration (*Untervollmacht*)¹¹⁹⁸. À noter que dans le cas d’une substitution, la partie peut également octroyer une procuration directement à la personne agissant en tant que substitut¹¹⁹⁹.
- 585 La sous-procuration, qui est octroyée par la personne qui représente à titre principal¹²⁰⁰, autorise un·e auxiliaire ou un substitut à effectuer des actes de procédure au nom et pour le compte de la partie¹²⁰¹. À noter qu’il ressort de la jurisprudence que tant la personne qui représente à titre principal¹²⁰² que celle à qui une sous-procuration est octroyée¹²⁰³ doivent être autorisées à pratiquer la représentation en justice.

¹¹⁹⁶ Sur la distinction entre substitut et auxiliaire (qui est sujette à discussion), voir BK-FELLMANN, art. 398 N 538 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4421 ; CR CO I-WERRO, art. 398 N 5.

¹¹⁹⁷ Pour la liste complète des personnes autorisées à pratiquer la représentation conventionnelle, voir N 772 ss.

¹¹⁹⁸ ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 839 s. ; URECH, p. 57 s. ; au sujet de la sous-procuration, voir également N 294 ss et N 969 ss.

¹¹⁹⁹ Voir BOHNET/MARTENET, N 2674 ; BK-FELLMANN, art. 398 N 625.

¹²⁰⁰ ZK-KLEIN, art. 33 N 56 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 71.

¹²⁰¹ ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 840 ; ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 129.

¹²⁰² Arrêt du Tribunal fédéral 5A_110/2022 du 26 avril 2022 cons. 4.

¹²⁰³ Arrêt de l’OG/SO ZKBER.2020.82 du 11 janvier 2021 cons. 3.1 ss, RSJ 119/2023 p. 95.

Dans de telles situations, la partie au procès n'est pas représentée par l'avocat·e choisi·e, qui à son tour est représenté·e par un substitut ou un·e auxiliaire¹²⁰⁴. Au contraire, elle est directement représentée par la personne qui remplace l'avocat·e de son choix¹²⁰⁵. La représentation conventionnelle produit des effets dans la sphère juridique de la partie, et non dans celle de l'intermédiaire¹²⁰⁶. En d'autres termes, la personne qui représente la partie à titre principal ne peut pas elle-même être représentée dans le procès¹²⁰⁷. 586

2. Témoins

Les témoins sont des personnes amenées à relater au tribunal des faits dont elles ont eu une perception directe (art. 169 CPC). Il ne peut pas s'agir de parties¹²⁰⁸. Si le tribunal doit questionner celles-ci, il droit recourir à l'interrogatoire ou à la déposition, et non au témoignage¹²⁰⁹. 587

Les témoins doivent se présenter personnellement au tribunal¹²¹⁰. Si un·e témoin ne peut se rendre sur le lieu de l'audience pour des motifs objectifs, son 588

¹²⁰⁴ ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 838 s. ; ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 129 et 135. On constate parfois des erreurs à cet égard ; voir par exemple l'art. 12 al. 1 LAV/NE, qui dispose que « [l']avocat·e inscrit·e à un registre cantonal des avocates et des avocats peut, sous sa responsabilité, *se faire représenter* devant les tribunaux ou les autorités du canton par un avocat-stagiaire ou une avocate-stagiaire » (mise en italique ajoutée).

¹²⁰⁵ ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 839 ; ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 129 et 135 ; URECH, p. 58. Sur la possibilité pour une personne d'être à la fois substitut et représentant·e en droit des obligations, voir KLEIN, p. 15.

¹²⁰⁶ ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 838 et 840 ; URECH, p. 58 ; s'agissant des effets de la représentation en cas d'octroi d'une sous-procuration en droit matériel, voir notamment CARRON/WESSNER, N 877 ; FOURNIER, *Imputation*, N 162 ; CHK OR I-KUT, art. 33 N 20 ; SIEBENHAAR, p. 360 ; BSK OR I-WATTER, art. 33 N 20 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 71 et 74.

¹²⁰⁷ Pour une analyse détaillée concernant la question de savoir si un·e représentant·e peut être représenté·e par une personne au bénéfice d'une sous-procuration en droit matériel, voir SIEBENHAAR, p. 354 ss.

¹²⁰⁸ OFK ZPO-BORLA-GEIER, art. 169 N 2 ; FINK, N 17 ; HABSCHEID, *Zivilprozessrecht*, N 19 ; HASENBÖHLER, N 4.22 ; KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, art. 169 N 1.

¹²⁰⁹ FINK, N 17 ; SHK ZPO-REINERT, art. 169 N 1 ; SK ZPO-WEIBEL/WALZ, art. 169 N 1.

¹²¹⁰ BSK ZPO-GUYAN, art. 170 N 1 ; SHK ZPO-REINERT, art. 170 N 1. À noter que selon l'art. 190 al. 2 CPC, le tribunal peut également requérir des renseignements écrits d'une

audition peut avoir lieu à son domicile (art. 170 al. 3 CPC)¹²¹¹. En raison de cette obligation de comparution personnelle, la représentation conventionnelle des témoins est exclue. Lors de l'audition, les témoins doivent raconter des faits personnellement vécus, ce qui confirme l'exclusion de toute représentation¹²¹².

3. Expert·e·s

- 589 Les expert·e·s sont des personnes possédant des compétences dans un domaine spécifique¹²¹³. Leur rôle est de réaliser un rapport sur des faits¹²¹⁴ que le tribunal ne peut constater ou apprécier seul¹²¹⁵.
- 590 La conduite d'une expertise est une obligation strictement personnelle¹²¹⁶. Un·e expert·e est choisi par le tribunal en raison de ses compétences spécifiques et de son indépendance vis-à-vis des parties et des autres personnes qui participent à la procédure¹²¹⁷. Un·e expert·e doit donc en principe réaliser personnellement l'expertise¹²¹⁸ – c'est-à-dire effectuer les recherches essentielles et en tirer les conclusions nécessaires¹²¹⁹.
- 591 Les expert·e·s doivent également présenter personnellement les résultats de leur expertise, sous la forme d'un rapport écrit ou oral¹²²⁰. Si le rapport est écrit

personne « dont la comparution à titre de témoin ne semble pas nécessaire » (art. 190 al. 2 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 201).

¹²¹¹ GRONER, p. 229 ; BSK ZPO-GUYAN, art. 170 N 1. Le CPC ne prévoit pas la possibilité de recourir à la représentation pour les témoins dont le déplacement au tribunal se révèle impossible, contrairement à ce qui est prévu pour les parties en audience de conciliation (art. 204 al. 3 let. a et b).

¹²¹² HASENBÖHLER, N 4.103 ; SK ZPO-WEIBEL/WALZ, art. 172 N 1.

¹²¹³ BOHNET/FITZI, N 4 ; GRONER, p. 277 ; HASENBÖHLER, N 7.4.

¹²¹⁴ Par exception, une expertise peut ne pas porter sur des faits, mais sur le contenu d'un droit étranger (BOHNET/FITZI, N 11 ; BSK ZPO-DOLGE, art. 183 N 5 ; HASENBÖHLER, N 7.9 ; SK ZPO-WEIBEL, art. 183 N 5 ; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND-GROLIMUND, § 18 N 117).

¹²¹⁵ HASENBÖHLER, N 7.5 ; DK ZPO-MÜLLER, art. 183 N 7 ; SK ZPO-WEIBEL, art. 183 N 2.

¹²¹⁶ BÜHLER, p. 21 ; SHK ZPO-PERROULAZ, art. 183 N 10 ; BK ZPO-RÜETSCHI, art. 183 N 13 ; KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, art. 183 N 10.

¹²¹⁷ BÜHLER, p. 21 s. ; voir également SHK ZPO-PERROULAZ, art. 183 N 10.

¹²¹⁸ BSK ZPO-DOLGE, art. 184 N 5 ; HASENBÖHLER, N 7.162 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 187 N 6.

¹²¹⁹ BSK ZPO-DOLGE, art. 185 N 4 ; HASENBÖHLER, N 7.162.

¹²²⁰ BOHNET/FITZI, N 87 ss ; DK ZPO-MÜLLER, art. 183 N 3 ; SHK ZPO-PERROULAZ, art. 187 N 4.

(art. 187 al. 1 CPC, première phrase), l'expert·e est tenu·e de le signer¹²²¹. Si le rapport est rendu oralement (art. 187 al. 1 CPC, première phrase), l'expert·e doit logiquement le présenter en personne en audience. Sa signature est nécessaire sur le procès-verbal contenant ses déclarations¹²²². Les expert·e·s peuvent également devoir se rendre en audience pour apporter des compléments ou répondre à des questions au sujet d'un rapport écrit (art. 187 al. 1 CPC, deuxième phrase)¹²²³.

Il résulte de ce qui précède que les expert·e·s ne peuvent pas être représenté·e·s en procédure civile. 592

4. Changement de statut

Les personnes mentionnées ci-dessus – représentant·e·s, témoins, expert·e·s – n'ont donc pas la possibilité d'être représentées en procédure. 593

Il est toutefois possible que le tribunal rende une décision touchant directement les intérêts de l'une de ces personnes, alors même qu'elle n'est pas partie à la procédure. En voici quelques exemples : 594

- décision sanctionnant une personne pour avoir perturbé le déroulement de la procédure (art. 128 al. 1 CPC). Il peut notamment s'agir d'un·e représentant·e ou d'un·e témoin¹²²⁴ ;
- décision sanctionnant un·e représentant·e pour avoir usé de mauvaise foi ou de procédés téméraires (art. 128 al. 3 CPC) ;
- décision portant sur la rémunération de l'expert·e (art. 184 al. 3 CPC) ;
- décision constatant l'incapacité de postuler d'un·e avocat·e en raison d'un conflit d'intérêts¹²²⁵.

¹²²¹ GRONER, p. 292 et 301 ; HASENBÖHLER, N 7.209 ; DK ZPO-MÜLLER, art. 187 N 6.

¹²²² BOHNET/FITZI, N 89 ; HASENBÖHLER, N 7.210 ; DK ZPO-MÜLLER, art. 187 N 6.

¹²²³ HOFMANN/LÜSCHER, p. 197 ; SHK ZPO-PERROULAZ, art. 187 N 7.

¹²²⁴ BK ZPO-FREI, art. 128 N 11 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 128 N 4 ; pour un cas dans lequel une avocate a été sanctionnée sur la base de l'art. 128 CPC, voir arrêt du TF 5A_241/2023 du 27 juillet 2023.

¹²²⁵ Voir notamment arrêt du TF 1B_209/2019, 1B_212/2019 du 19 septembre 2019 cons. 2.2 ; arrêt du TF 1B_510/2018 du 14 mars 2019 cons. 1, non publié in : ATF 145 IV 218, dans lesquels le Tribunal fédéral a considéré qu'un·e avocat·e possédait un intérêt juridique protégé à l'annulation d'une décision constatant son incapacité de postuler ; voir également BOHNET/MARTENET, N 1391 ; PELLATON, p. 51.

- 595 Dans tous ces cas, la personne concernée par la décision peut recourir contre celle-ci¹²²⁶, auquel cas elle devient partie dans la nouvelle procédure ouverte par le dépôt du recours. Elle change ainsi de statut et peut alors être représentée.
- 596 Par ailleurs, dans les situations décrites ci-dessus, le tribunal devra en principe donner la possibilité à la personne concernée de prendre position avant de rendre une décision (par exemple avant d'infliger une amende sur la base de l'art. 128 al. 1 ou 3 CPC¹²²⁷). Dans cette hypothèse, préalablement à toute décision, la personne concernée bénéficiera du droit d'être entendu et pourra de ce fait être représentée conventionnellement¹²²⁸.

D. Cas particulier : l'enfant mineur·e dans la procédure matrimoniale

- 597 Selon le Tribunal fédéral, l'enfant mineur·e n'est pas véritablement une partie dans la procédure matrimoniale de ses parents¹²²⁹, mais a une position procédurale qui lui est propre¹²³⁰. L'enfant peut cependant être partie dans la procédure de *modification du jugement de divorce* de ses parents¹²³¹.
- 598 Une partie de la doctrine rejoint cet avis et considère que l'enfant se trouve dans une position *sui generis* proche de celle d'une partie, sans toutefois en être vraiment une¹²³². L'enfant n'est ni partie demanderesse ni partie défenderesse

¹²²⁶ Dans le cas des art. 128 al. 1 et 3 et 184 al. 3 CPC, voir art. 128 al. 4 et 184 al. 3 CPC. S'agissant de la décision constatant l'incapacité de postuler de l'avocat·e, voir N 735 ss.

¹²²⁷ Arrêt du TF 5A_639/2014 du 8 septembre 2015 cons. 13.3.3 et 13.4 ; OFK ZPO-JENNY/JENNY, art. 128 N 12.

¹²²⁸ Pour rappel, le droit d'être représenté est l'une des composantes du droit d'être entendu (voir N 432 ss). Précisons qu'à ce stade, la personne concernée n'a pas encore la qualité de partie.

¹²²⁹ ATF 145 III 393 cons. 2.7.2, JdT 2019 II p. 377 ; ATF 142 III 153 cons. 5.2.2, JdT 2017 II p. 202 ; voir également arrêt du ATF 147 III 451 cons. 1.2 *in fine*.

¹²³⁰ ATF 142 III 153 cons. 5.2.2, JdT 2017 II p. 202.

¹²³¹ ZOGG, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, p. 448.

¹²³² BOHNET/PERCASSI, Prozessstandschaft, p. 647 ; DIGGELMANN/ISLER, p. 143 ; SK ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 N 36 ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 299 N 1 ; ZOGG, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, p. 435 s. ; *contra* : HERZIG, Prozessstandschaft, p. 158 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-GROLIMUND, § 13 N 53 ; WILLISEGGER, p. 93 (ces auteurs considèrent l'enfant comme une partie). Une partie de la doctrine est d'avis que l'enfant ne devient une partie au sens formel que lorsqu'un·e représentant·e au sens de l'art. 299 CPC lui est nommé·e (CHOFFAT, Curatelle de représentation, p. 33 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 11.263 ; BSK ZPO-MICHEL/STECK, art. 300 N 5).

dans la procédure matrimoniale¹²³³, mais est tout de même directement touché·e dans ses droits¹²³⁴.

Dans ce cas, le Tribunal fédéral estime qu'une représentation conventionnelle de l'enfant n'est pas exclue¹²³⁵. Il s'agit donc d'une exception au principe selon lequel seules les parties peuvent être représentées conventionnellement en procédure civile. 599

Les conditions de cette représentation sont toutefois restrictives : l'enfant doit (i) être capable de discernement et (ii) agir dans une procédure touchant à ses droits strictement personnels¹²³⁶. Dans cette hypothèse, l'enfant mineur·e a la capacité d'ester et peut nommer un·e représentant·e conventionnel·le de sa propre initiative¹²³⁷. La représentation au sens de l'art. 68 CPC peut alors remplacer ou s'ajouter à une représentation selon l'art. 299 CPC (à ce sujet, voir N 230 ss)¹²³⁸. 600

Le Tribunal fédéral considère avec raison que la représentation conventionnelle de l'enfant sera rarement possible¹²³⁹ ; l'enfant mineur·e sera généralement incapable de saisir la portée des problématiques d'autorité parentale ou de garde, de sorte que sa capacité de discernement sera souvent niée à cet égard¹²⁴⁰. En outre, il est peu fréquent que seuls les droits strictement personnels d'un·e 601

¹²³³ DIGGELMANN/ISLER, p. 143.

¹²³⁴ BOHNET/PERCASSI, Prozessstandschaft, p. 647 ; DIGGELMANN/ISLER, p. 143 ; BSK ZPO-MICHEL/STECK, art. 300 N 5. Sous cet angle, l'enfant peut être considéré comme partie au sens matériel, et non formel (voir LÖTSCHER, Das Kind im Unterhaltsprozess, p. 108 ; BSK ZPO-MICHEL/STECK, art. 300 N 5 ; sur ces notions, voir N 570 et nbp 910). On peut se demander si le Tribunal fédéral n'a pas confondu les deux concepts dans l'ATF 142 III 153, car il affirme que l'enfant est une partie au sens formel, et non matériel (142 III 153 cons. 5.2.2, JdT 2017 II p. 202).

¹²³⁵ ATF 142 III 153 cons. 5.2.4, JdT 2017 II p. 202 ; arrêt du TF 5A_232/2016 du 6 juin 2016 cons. 4.

¹²³⁶ ATF 142 III 153 cons. 5.2.4, JdT 2017 II p. 202 ; ZOGG, Selbständige Unterhaltsklagen, p. 15.

¹²³⁷ ATF 142 III 153 cons. 5.2.4, JdT 2017 II p. 202 ; arrêt du TF 5A_232/2016 du 6 juin 2016 cons. 4. Au sujet de la capacité d'ester de l'enfant mineur·e, voir N 660 ss.

¹²³⁸ ATF 142 III 153 cons. 5.2.4, JdT 2017 II p. 202 ; arrêt du TF 5A_232/2016 du 6 juin 2016 cons. 4.

¹²³⁹ ATF 142 III 153 cons. 5.2.4, JdT 2017 II p. 202 ; arrêt du TF 5A_232/2016 du 6 juin 2016 cons. 4.

¹²⁴⁰ ATF 142 III 153 cons. 5.2.4, JdT 2017 II p. 202 ; voir également BSK ZPO-MICHEL/STECK, art. 300 N 6.

enfant capable de discernement soient touchés dans une procédure matrimoniale¹²⁴¹.

III. Capacités

602 En droit de procédure civile suisse, une partie peut avoir trois capacités : d'être partie, d'ester et de postuler. Ces capacités sont toutes des conditions de recevabilité nécessaires pour que la partie puisse effectuer seule des actes de procédure valables. Toutefois, celle-ci ne doit avoir que les capacités d'être partie et d'ester pour être représentée¹²⁴². Ces deux notions seront étudiées dans les pages qui suivent.

A. Capacité d'être partie

603 Pour pouvoir agir en procédure et ainsi être représentée, une partie doit posséder la capacité d'être partie (*Parteifähigkeit* ; *capacità di essere parte* ; art. 66 CPC). Nous commencerons par définir cette notion (1) et présenterons les conditions pour avoir cette capacité (2). Nous exposerons ensuite les cas de défaut de capacité d'être partie et les conséquences qui en découlent (3).

¹²⁴¹ En particulier, les questions d'autorité parentale ou de garde de l'enfant (qui ont trait aux droits strictement personnels de l'enfant ; voir ATF 120 Ia 369 cons. 1a) sont en général liées à la problématique des contributions d'entretien (qui sont des prétentions patrimoniales, et ne sont donc pas des droits strictement personnels ; sur ce point, voir ZOGG, *Selbständige Unterhaltsklagen*, p. 15).

¹²⁴² La capacité d'être partie est une condition pour avoir la capacité d'ester (DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 1 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 1), qui elle-même est une condition pour se faire représenter conventionnellement (art. 68 al. 1 CPC ; arrêt du TF 5A_232/2016 du 6 juin 2016 cons. 4).

1. Définition

On trouve diverses définitions de la capacité d'être partie dans la doctrine et la jurisprudence. Parmi celles-ci, la préférence doit être donnée à une formule simple et générale ; nous proposons de retenir la définition suivante : 604

« la faculté de figurer comme partie à un procès »¹²⁴³.

On devrait en revanche éviter de parler de « la faculté de prendre part à un procès comme partie *demanderesse ou défenderesse* »¹²⁴⁴, au risque d'exclure les parties intervenantes (principales ou accessoires), dénoncées ou appelées en cause¹²⁴⁵, qui doivent également posséder la capacité d'être partie pour agir en procédure¹²⁴⁶. 605

2. Conditions

Pour être titulaire de la capacité d'être partie, il faut en principe avoir la jouissance des droits civils (a)¹²⁴⁷. Cette capacité est cependant également reconnue à des entités qui n'ont pas la jouissance des droits civils (b)¹²⁴⁸. Ces principes sont désormais codifiés à l'art. 66 CPC¹²⁴⁹. 606

¹²⁴³ Arrêt du TF 5A_329/2009 du 9 septembre 2010 cons. 2.1 ; BOHNET/JÉQUIER, *Entreprise et personne morale*, N 60 ; HALDY, p. 525 ; HOHL, Tome I, N 685 ; JACQUEMOUD-ROSSARI, p. 77 ; pour des définitions très proches, voir également ATF 128 III 50 cons. 2b/bb ; arrêt du TF 1C_359/2013 du 14 novembre 2013 cons. 2.1 ; arrêt du TF 8C_587/2013 du 19 juin 2014 cons. 2.2 ; BOHNET, *Parties et capacité*, p. 77 et 81 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 1.

¹²⁴⁴ Voir notamment les définitions données par KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 1 ; HABSCHIED, *Zivilprozessrecht*, N 272 ; CR CPC-JEANDIN, art. 66 N 1 ; JEANDIN, p. 7 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-GROLIMUND, § 13 N 1 ; BK ZPO-STERCHI, art. 66 N 1.

¹²⁴⁵ HALDY, p. 525. Pour des détails concernant ces parties, voir N 573 ss.

¹²⁴⁶ ATF 143 III 140 cons. 4.1.2 (intervention accessoire) ; arrêt du TF B 47/02 et B 48/02 du 25 août 2003 cons. 3.2.1 (appel en cause) ; BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 82 N 14 (appel en cause) ; CR CPC-HALDY, art. 74 N 3 (intervention accessoire) ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 78 N 31 (dénonciation).

¹²⁴⁷ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 1 ; CR CPC-JEANDIN, art. 66 N 2 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 2.

¹²⁴⁸ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 1 ; CR CPC-JEANDIN, art. 66 N 2 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 2.

¹²⁴⁹ Initialement, dans l'avant-projet du CPC, l'article concernant la capacité d'être partie ne contenait qu'un alinéa ; il disposait que « [q]uiconque a la jouissance des droits civils a la capacité d'être partie » (art. 57 AP-CPC 2003). La formulation actuelle (« [I]a capacité

a. Jouissance des droits civils

607 La jouissance des droits civils est un concept de droit matériel. Définie comme l'aptitude à devenir sujet de droits et d'obligations¹²⁵⁰, elle appartient à toutes les personnes juridiques, qu'elles soient physiques ou morales¹²⁵¹.

(i) *Personnes physiques*

608 Selon l'art. 11 al. 1 CC, toutes les personnes physiques ont la jouissance des droits civils.

609 L'art. 31 al. 1 CC prévoit que « [l]a personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant ». C'est le cas lorsque l'enfant est complètement sorti·e du corps de la mère, montre des signes de vie et présente un degré de maturité suffisant¹²⁵².

610 La jouissance des droits civils de l'enfant conçu·e¹²⁵³ (*nasciturus*¹²⁵⁴) est conditionnelle¹²⁵⁵. Si l'enfant naît vivant·e, la jouissance de ses droits civils remonte au moment de sa conception¹²⁵⁶. À l'inverse, un bébé mort-né n'aura jamais eu la jouissance des droits civils¹²⁵⁷.

d'être partie est subordonnée soit à la jouissance des droits civils, soit à la qualité de partie en vertu du droit fédéral ») est plus large, et tient compte du fait que certaines entités sans personnalité morale peuvent également avoir la capacité d'être partie.

¹²⁵⁰ Art. 11 al. 2 CC ; arrêt du TF 4A_129/2021 du 9 août 2021 cons. 4.1 ; BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 11 N 3 ; Abrégé CC-MONTAVON, p. 46.

¹²⁵¹ Arrêt du TF 4A_233/2013 du 24 juin 2014 cons. 1.2 ; SHK ZPO-FISCHER, art. 66 N 3 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 7 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 66 N 3.

¹²⁵² KOHLER-VAUDAUX, p. 166 ss ; CR CC I-MANAÏ, art. 11 N 3 ss.

¹²⁵³ La doctrine est divisée sur le moment de la conception de l'enfant (fécondation ou nidation) ; pour un aperçu de la controverse, voir KOHLER-VAUDAUX, p. 205 ; CR CC I-MANAÏ, art. 31 N 12 ss.

¹²⁵⁴ BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 11 N 39 ; JEANDIN, p. 7.

¹²⁵⁵ BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 11 N 39 ; CR CC I-MANAÏ, art. 11 N 4 et art. 31 N 9. Sur la nature de cette condition (résolutoire ou suspensive), voir KOHLER-VAUDAUX, p. 182 ss.

¹²⁵⁶ BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 11 N 40 ; CR CC I-MANAÏ, art. 31 N 10.

¹²⁵⁷ BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 11 N 40.

La personnalité juridique finit avec la mort de la personne (art. 31 al. 1 CC), c'est-à-dire lorsque « les fonctions du cerveau, y compris du tronc cérébral, ont subi un arrêt irréversible » (voir art. 9 de la Loi sur la transplantation)¹²⁵⁸. 611

En droit international privé, l'art. 34 al. 1 LDIP dispose que la jouissance des droits civils d'une personne physique est régie par le droit suisse¹²⁵⁹, c'est-à-dire par l'art. 11 al. 1 CC¹²⁶⁰. Au regard de la LDIP, toutes les personnes physiques ont donc la jouissance des droits civils¹²⁶¹. 612

(ii) *Personnes morales*

Selon l'art. 53 CC, les personnes morales ont la jouissance des droits civils¹²⁶². 613

Les personnes morales de droit suisse, par conséquent titulaires de la capacité d'être partie, sont les associations¹²⁶³, les fondations¹²⁶⁴, les sociétés anonymes¹²⁶⁵, les sociétés en commandite par actions¹²⁶⁶, les sociétés à responsabilité limitée¹²⁶⁷, les sociétés coopératives¹²⁶⁸, les SICAV¹²⁶⁹ et les SICAF¹²⁷⁰. 614

S'agissant des communes, corporations, établissements et autorités de droit public, les règles qui les régissent déterminent si elles ont la capacité d'être 615

¹²⁵⁸ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 11 ; CR CC I-MANAÏ, art. 31 N 20 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 66 N 4.

¹²⁵⁹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 2 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-GROLIMUND, § 13 N 12 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 66 N 15 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 58.

¹²⁶⁰ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 27.

¹²⁶¹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-GROLIMUND, § 13 N 12.

¹²⁶² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 N 24 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 11.

¹²⁶³ Arrêt du TF 2C_736/2010 du 23 février 2012 cons. 1.2 ; CR CPC-JEANDIN, art. 66 N 4 ; JEANDIN, p. 7 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 12.

¹²⁶⁴ JEANDIN, p. 7 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 12.

¹²⁶⁵ Arrêt du TF 2C_90/2016 du 2 août 2016 cons. 1.2 ; JEANDIN, p. 7.

¹²⁶⁶ JEANDIN, p. 7 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 12.

¹²⁶⁷ Arrêt du TF 2C_500/2016 du 31 octobre 2016 cons. 1.1.3 ; JEANDIN, p. 7 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 12.

¹²⁶⁸ Arrêt du TF 2C_68/2015 du 13 janvier 2016 cons. 1.2 ; JEANDIN, p. 7 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 12.

¹²⁶⁹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 4 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 12 ; SHK LPCC-SCHUBIGER, p. 142 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 14.

¹²⁷⁰ SHK LPCC-ABT, p. 346 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 4 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 14.

partie¹²⁷¹. Parmi ces entités, l'assurance-invalidité et l'assurance-vieillesse et survivants ont notamment la capacité d'être partie¹²⁷².

- 616 La personnalité morale s'acquiert par l'inscription au registre du commerce pour les sociétés organisées corporativement et les établissements ayant un but spécial et une existence propre (art. 52 al. 1 CC)¹²⁷³.
- 617 En revanche, les corporations et les établissements de droit public, de même que les associations sans but économique, n'ont pas besoin d'inscription au registre du commerce pour avoir la personnalité juridique (art. 52 al. 2 CC)¹²⁷⁴. L'art. 60 al. 1 CC précise que les associations sans but économique « acquièrent la personnalité dès qu'elles expriment dans leurs statuts la volonté d'être organisées corporativement » (art. 60 al. 1 CC)¹²⁷⁵.
- 618 La personnalité morale prend fin lorsque la personne morale cesse d'exister, c'est-à-dire une fois qu'elle est dissoute et liquidée (et radiée si l'inscription est constitutive)¹²⁷⁶. La dissolution peut être causée par divers motifs, qui diffèrent selon les types de personnes morales¹²⁷⁷. Une fois dissoute, la personne morale entre en principe en liquidation¹²⁷⁸. Durant cette phase, elle change de but, mais conserve sa personnalité morale et sa capacité d'être partie¹²⁷⁹. Ce n'est qu'une fois la liquidation terminée qu'elle les perd définitivement¹²⁸⁰. Les personnes

¹²⁷¹ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 13 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 15.

¹²⁷² Arrêt du TF 4A_301/2016, 4A_311/2016 du 15 décembre 2016 cons. 3.3 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 15.

¹²⁷³ BK-UCHER/AEBI-MÜLLER, art. 11 N 112. Jusqu'au 31 décembre 2015, l'art. 52 al. 2 CC exemptait également les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques de s'inscrire au registre du commerce pour acquérir la personnalité juridique ; elles ne bénéficient plus de cette dispense et les fondations créées sous l'ancien droit ont eu jusqu'au 31 décembre 2021 pour procéder à leur inscription (art. 6b al. 2^{bis} Titre final CC ; BK-UCHER/AEBI-MÜLLER, art. 11 N 114 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 11a).

¹²⁷⁴ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 15 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 11.

¹²⁷⁵ Arrêt du TF 4A_576/2019 du 3 février 2020 cons. 2.2 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 15 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 11.

¹²⁷⁶ Arrêt du TF 4A_527/2020 du 22 avril 2021 cons. 5.2 ; CR CC I-XOUDIS, art. 57-58 N 2 ; voir également arrêt du TF 5A_735/2011, 5A_736/2011 du 20 février 2012 cons. 2.3 (société en nom collectif).

¹²⁷⁷ BK-UCHER/AEBI-MÜLLER, art. 11 N 116 ; Abrégé CC-MONTAVON/BALLENEGGER, p. 136.

¹²⁷⁸ BK-UCHER/AEBI-MÜLLER, art. 11 N 116 ; Abrégé CC-MONTAVON/BALLENEGGER, p. 136 ; CR CC I-XOUDIS, art. 57-58 N 8. La dissolution n'est pas suivie d'une liquidation en cas de fusion de l'entreprise (Abrégé CC-MONTAVON/BALLENEGGER, p. 136 ; CR CC I-XOUDIS, art. 57-58 N 4).

¹²⁷⁹ BK-UCHER/AEBI-MÜLLER, art. 11 N 117 ; CR CC I-XOUDIS, art. 57-58 N 8.

¹²⁸⁰ BK-UCHER/AEBI-MÜLLER, art. 11 N 117 ; CR CC I-XOUDIS, art. 57-58 N 11.

morales dont l'inscription au registre du commerce est constitutive doivent en outre avoir été radiées du registre¹²⁸¹.

En droit international privé, la jouissance des droits civils des sociétés¹²⁸² s'apprécie au regard du droit de l'État en vertu duquel elles sont organisées (art. 155 let. c LDIP *cum* art. 154 al. 1 LDIP)¹²⁸³. 619

b. Capacité d'être partie reconnue par le droit fédéral

Bien qu'elles ne soient pas dotées de la personnalité juridique, le droit fédéral reconnaît la capacité d'être partie aux entités suivantes : 620

- les sociétés en nom collectif (art. 562 CO)¹²⁸⁴ ;
- les sociétés en commandite (art. 602 CO)¹²⁸⁵ ;
- les sociétés en commandite de placements collectifs (art. 98 LPCC)¹²⁸⁶ ;
- les communautés de copropriétaires par étage (art. 712/ al. 2 CC)¹²⁸⁷, notamment dans le cadre de la gestion des affaires communes¹²⁸⁸ ainsi que pour défendre les actions en annulation des décisions de l'assemblée

¹²⁸¹ BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 11 N 117 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 16 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 16. Si l'inscription au registre du commerce n'est que déclarative, la radiation l'est aussi et n'a par conséquent aucun effet sur la capacité d'être partie de la personne morale concernée (arrêt du TF 4A_576/2019 du 3 février 2020 cons. 2.2).

¹²⁸² En matière internationale, est considéré comme société « toute société de personne organisée et tout patrimoine organisé » (art. 150 al. 1 LDIP).

¹²⁸³ ATF 138 III 714 cons. 3.3.4 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 28 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-GROLIMUND, § 13 N 12 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 61 ; voir également arrêt du TF 4A_428/2008 du 31 mars 2009 cons. 3.2.

¹²⁸⁴ Arrêt du TF 5A_58/2019 du 25 septembre 2019 cons. 3.2 ; CR CPC-JEANDIN, art. 66 N 7 ; JEANDIN, p. 8 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 66 N 15 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 66 N 7.

¹²⁸⁵ ATF 99 III 1 cons. 2, JdT 1974 II p. 42 ; arrêt du TF 5A_58/2019 du 25 septembre 2019 cons. 3.2 ; CR CPC-JEANDIN, art. 66 N 7 ; JEANDIN, p. 8 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 66 N 15 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 66 N 7.

¹²⁸⁶ SHK ZPO-FISCHER, art. 66 N 5 ; SHK LPCC-ETIQUE/VILLA, p. 182 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 66 N 7.

¹²⁸⁷ BAUMGARTNER et al., § 19 N 6. Pour un exposé détaillé des cas dans lesquels la communauté de copropriétaires a (ou n'a pas) la capacité d'être partie, voir PC CPC-MAY CANELLAS, art. 66 N 18 s. ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 28 ss.

¹²⁸⁸ ATF 117 II 40 cons. 1a, JdT 1991 I p. 622 ; ATF 116 II 55 cons. 4, JdT 1992 I p. 71 ; ATF 114 II 239 cons. 3, JdT 1989 I p. 162.

générale des copropriétaires¹²⁸⁹. Cette prérogative se limite toutefois à ce qui se rapporte aux avoirs résultant de la gestion de la communauté¹²⁹⁰ ;

- les masses en faillite (art. 240 LP)¹²⁹¹ ;
- les masses en liquidation en cas de concordat par abandon d’actif (art. 319 al. 4 LP)¹²⁹² ;
- les successions, en cas de liquidation d’office de la succession¹²⁹³ ou de succession indivise dans les procès ouverts à la suite d’une poursuite dirigée contre la succession (voir art. 49 et 59 al. 2 LP)¹²⁹⁴ ;
- le conseil d’administration des sociétés anonymes (art. 706 al. 1 CO), les gérant·e·s des sociétés à responsabilité limitée (art. 808c CO) et l’administration ou chaque associé·e des sociétés coopératives (art. 891 al. 1 CO) pour attaquer les décisions prises par l’assemblée générale (ou l’assemblée des associé·e·s dans le cas de sociétés à responsabilité limitée) de la société¹²⁹⁵ ;
- les communautés de personnes créancières d’emprunts par obligation (art. 1164 al. 1 CO)¹²⁹⁶. Leur capacité d’être partie ne concerne toutefois que la défense des intérêts communs des membres de la communauté¹²⁹⁷.

¹²⁸⁹ Arrêt du TF 5P.270/2003 du 23 décembre 2003 cons. 1.1 ; HOHL, Tome I, N 694 ; JEANDIN, p. 9 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 30 (détaillé).

¹²⁹⁰ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 3 ; CR CPC-JEANDIN, art. 66 N 9 ; JEANDIN, p. 8 s.

¹²⁹¹ Arrêt du TF 5A_58/2019 du 25 septembre 2019 cons. 3.2 ; CR CPC-JEANDIN, art. 66 N 8 ; JEANDIN, p. 8 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 66 N 16.

¹²⁹² Arrêt du TF 5A_58/2019 du 25 septembre 2019 cons. 3.2 ; CR CPC-JEANDIN, art. 66 N 8 ; JEANDIN, p. 8 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 66 N 17.

¹²⁹³ ATF 47 III 10 cons. 1 ; CR CPC-JEANDIN, art. 66 N 8 ; JEANDIN, p. 8 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 66 N 17 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 26.

¹²⁹⁴ ATF 116 III 4 cons. 2 ; ATF 113 III 79 cons. 3 ; CR CPC-JEANDIN, art. 66 N 6 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 66 N 12 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 27.

¹²⁹⁵ BAUMGARTNER et al., § 19 N 6 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 5 ; JEANDIN, p. 10 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 66 N 21 ; BK ZPO-STERCHI, art. 66 N 4d ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 33.

¹²⁹⁶ ATF 113 II 283 cons. 2, JdT 1988 I p. 79 ; BAUMGARTNER et al., § 19 N 6 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 4 ; JEANDIN, p. 9 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 66 N 20 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 66 N 8.

¹²⁹⁷ ATF 113 II 283 cons. 2, JdT 1988 I p. 79 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 4 ; JEANDIN, p. 9 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 66 N 20 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 66 N 8.

3. Absence de capacité d'être partie

a. Cas

Certaines entités sont dépourvues de la capacité d'être partie. C'est notamment le cas pour :

- les personnes décédées¹²⁹⁸. La mort met fin à la jouissance des droits civils (art. 31 al. 1 CC, en relation avec l'art. 11 CC), de sorte qu'une personne défunte n'a pas la capacité d'être partie¹²⁹⁹. Les droits patrimoniaux (mais pas les droits strictement personnels) sont toutefois transmissibles par succession et les héritières et héritiers peuvent les faire valoir en leur propre nom¹³⁰⁰. Ces personnes ont également parfois la possibilité d'invoquer leurs propres droits de la personnalité en relation avec l'individu décédé, qui comprend dans une certaine mesure la protection de la réputation des parents ou ami·e·s proches¹³⁰¹ ;
- les sociétés et les établissements qui ont un but illicite ou contraire aux mœurs (art. 52 al. 2 CC)¹³⁰² ;
- les sociétés simples (art. 530 ss CO)¹³⁰³. Leurs associé·e·s agissent ensemble en tant que consorts nécessaires¹³⁰⁴ ;

¹²⁹⁸ ATF 129 I 302 cons. 1, JdT 2005 I p. 214 ; arrêt du TF 4A_635/2016 du 22 janvier 2018 cons. 3.1.1 ; arrêt du TF 4A_43/2017 du 7 mars 2017 cons. 1.1 ; BOHNET, Procédure civile, N 399.

¹²⁹⁹ ATF 129 I 302 cons. 1.2.3, JdT 2005 I p. 214 ; arrêt du TF 4A_43/2017 du 7 mars 2017 cons. 1.1 ; BOHNET, Procédure civile, N 399.

¹³⁰⁰ Arrêt du TF 2C_140/2012 du 2 août 2012 cons. 3.2 et 3.3 ; BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 11 N 46 s.

¹³⁰¹ ATF 129 I 302 cons. 1.2.2, JdT 2005 I p. 214 ; ATF 127 I 115 cons. 6 ; ATF 109 II 353 cons. 4a, JdT 1985 I p. 98 ; BOHNET, Procédure civile, N 399. S'agissant de la protection de la personnalité des héritières et héritiers en lien avec le sort du corps de la personne défunte, voir ATF 127 I 115 cons. 6 ; ATF 101 II 177 cons. 5, JdT 1976 I p. 362 ; arrêt du TF 5A_906/2016 du 28 avril 2017 cons. 3.3.

¹³⁰² CR CC I-XOUDIS, art. 57-58 N 17 ss.

¹³⁰³ ATF 96 III 100 cons. 1, JdT 1971 II p. 41 ; arrêt du TF 4A_357/2016 du 8 novembre 2016 cons. 3.1.1 ; CR CPC-JEANDIN, art. 66 N 6 ; JEANDIN, p. 10 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 36.

¹³⁰⁴ ATF 140 III 598 cons. 3.2 ; ATF 137 III 455 cons. 3.5 ; arrêt du TF 4A_357/2016 du 8 novembre 2016 cons. 3.1.2 ; SHK ZPO-FISCHER, art. 66 N 9 ; CR CPC-JEANDIN, art. 70 N 5.

- les communautés héréditaires (art. 602 CC ; voir toutefois les exceptions mentionnées au N 620)¹³⁰⁵. Les héritières et héritiers doivent agir ensemble en tant que consortis nécessaires¹³⁰⁶ ;
- les succursales (art. 641, 778a, 836 CO)¹³⁰⁷. C'est la société, et non sa succursale, qui doit agir¹³⁰⁸ ;
- les entreprises individuelles (art. 945 ss CO)¹³⁰⁹. Ce sont leurs titulaires qui ont la capacité d'être partie¹³¹⁰ ;
- les fonds de placement collectifs (art. 25 ss LPCC)¹³¹¹. La direction de fonds (art. 32 ss LEFin) doit agir¹³¹².

¹³⁰⁵ Arrêt du TF 4A_570/2021 du 27 septembre 2022 cons. 3.1 (qui retient toutefois qu'en l'absence de personnalité juridique la communauté héréditaire n'a pas la capacité d'ester, alors qu'en réalité elle n'a pas la capacité d'être partie) ; arrêt du TF 5A_795/2013 du 27 février 2014 cons. 1 ; CR CPC-JEANDIN, art. 66 N 6 ; JEANDIN, p. 10 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 38 ss.

¹³⁰⁶ Arrêt du TF 4A_570/2021 du 27 septembre 2022 cons. 3.2 ; SHK ZPO-FISCHER, art. 66 N 9 ; CR CPC-JEANDIN, art. 70 N 5 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 38.

¹³⁰⁷ ATF 120 III 11 cons. 1 ; arrêt du TF 4A_476/2021 du 6 juillet 2022 cons. 3.1 ; arrêt du TF 1P.318/2004 du 5 juillet 2004 cons. 2 ; arrêt du TF 4P.184/2003 du 2 février 2004 cons. 2.2.2 ; SHK ZPO-FISCHER, art. 66 N 9 ; CR CPC-JEANDIN, art. 66 N 6 ; JEANDIN, p. 10 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 44.

¹³⁰⁸ ATF 120 III 11 cons. 1 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 9.

¹³⁰⁹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 9 ; SHK ZPO-FISCHER, art. 66 N 9.

¹³¹⁰ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 9 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 23.

¹³¹¹ ATF 115 III 11 cons. 2a ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 4 ; SHK ZPO-FISCHER, art. 66 N 9 ; SHK LPCC-SIERRO, p. 71 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 46.

¹³¹² KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 4 ; SHK LPCC-SIERRO, p. 71 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 46.

b. Conséquences

La capacité d'être partie est une condition de recevabilité (art. 59 al. 2 let. c CPC)¹³¹³, que le tribunal examine d'office (art. 60 CPC)¹³¹⁴. Le tribunal ne pourra pas entrer en matière sur l'acte de procédure si elle fait défaut à une partie¹³¹⁵, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse¹³¹⁶. Si l'acte concerné est une demande, elle sera déclarée irrecevable¹³¹⁷. 622

En revanche, lorsqu'une entité sans capacité d'être partie est mentionnée dans un acte et qu'il y a manifestement erreur dans la désignation de la partie, le vice peut être réparé¹³¹⁸. 623

Il peut arriver qu'une personne perde sa capacité d'être partie en cours de procédure. S'il s'agit d'une personne *physique* qui décède en cours de procès, ses héritières et héritiers prennent sa place dans la procédure (à moins que la cause ne porte sur des droits strictement personnels, non transmissibles, auquel cas la procédure devient sans objet)¹³¹⁹. Si une personne *morale* est radiée du registre du commerce et cesse donc d'exister, une réinscription au registre du commerce afin de terminer la procédure est possible (art. 164 al. 1 let. c ORC)¹³²⁰. Dans le cas contraire, la procédure devient sans objet¹³²¹. 624

¹³¹³ ATF 128 III 50 cons. 2b/bb ; arrêt du TF 5D_78/2022, 5D_79/2022 du 31 octobre 2022 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_527/2020 du 22 avril 2021 cons. 5.2 ; BAUMGARTNER et al., § 19 N 41 ; CR CPC-BOHNET, art. 59 N 71 ss ; BOHNET/VARIN, p. 7 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 11 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 66 N 4 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 66 N 2.

¹³¹⁴ Arrêt du TF 4A_527/2020 du 22 avril 2021 cons. 5.2 ; arrêt du TF 4A_66/2016 du 22 août 2016 cons. 1.2 ; BAUMGARTNER et al., § 19 N 41 ; CR CPC-BOHNET, art. 59 N 77 ; BOHNET, Défenses, p. 279 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 24.

¹³¹⁵ ATF 129 I 302 cons. 1.3, JdT 2005 I p. 214 ; arrêt du TF 4A_66/2016 du 22 août 2016 cons. 1.2.

¹³¹⁶ BOHNET, Défenses, p. 278.

¹³¹⁷ BOHNET, Défenses, p. 278 ; JACQUEMOUD-ROSSARI, p. 76 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 66 N 4.

¹³¹⁸ Arrêt du TF 4A_373/2018 du 13 mars 2019 cons. 2.2.1 ; arrêt du TF 4A_635/2016 du 22 janvier 2018 cons. 3.1.1, non publié in : ATF 144 III 93 ; BOHNET, Défenses, p. 278 s. ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 55. Le Tribunal fédéral a notamment procédé à une telle rectification dans un cas où des parties avaient agi, sans le savoir, contre une personne décédée ; la correction a consisté à désigner les hoirs de la défunte comme parties (arrêt du TF 4A_43/2017 du 7 mars 2017 cons. 1.1).

¹³¹⁹ Arrêt du TF 2C_140/2012 du 2 août 2012 cons. 3.2 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 12.

¹³²⁰ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 12 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 66 N 29a.

¹³²¹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 12.

- 625 Si la procédure a été introduite au nom d'une personne physique décédée, se pose la question de savoir qui doit supporter les frais de procédure. Dans le cas d'un avocat qui avait représenté un frère et une sœur post-mortem (une procuration avait été donnée à l'avocat avant leur décès), le Tribunal fédéral a mis les frais à charge de l'avocat¹³²². Il a considéré que les coûts de la procédure ne pouvaient pas être supportés par la succession, vu qu'elle n'avait pas pris part à la procédure¹³²³. En revanche, dans le cas d'une partie décédée pendant un procès portant sur un droit non transmissible par succession, le Tribunal fédéral a renoncé à percevoir des frais¹³²⁴.
- 626 Un jugement rendu à l'encontre d'une entité sans capacité d'être partie est nul¹³²⁵ (et pas seulement annulable) et ne peut pas être exécuté¹³²⁶.
- 627 Lorsque l'objet de la procédure est de savoir si une entité a la jouissance des droits civils, la capacité d'être partie lui est reconnue jusqu'à ce qu'il soit statué définitivement sur ce point¹³²⁷. Dans cette situation, la problématique de la jouissance des droits civils concerne tant la recevabilité que le fond du procès ; il s'agit donc d'un fait de double pertinence¹³²⁸.

B. Capacité d'ester

- 628 La capacité d'ester (*Prozessfähigkeit, capacità processuale*) est le deuxième attribut que doit posséder une partie pour être représentée¹³²⁹.

¹³²² ATF 129 I 302 cons. 2, JdT 2005 I p. 214.

¹³²³ ATF 129 I 302 cons. 2, JdT 2005 I p. 214. Les héritiers ou héritières n'ont pas pris la place des parties dans le procès, étant donné que ces dernières étaient déjà décédées au moment de l'introduction de la procédure.

¹³²⁴ Arrêt du TF 2C_140/2012 du 2 août 2012 cons. 3.2 et 3.3.

¹³²⁵ CR CPC-BOHNET, art. 59 N 77 ; BOHNET, Défenses, p. 280 ; BOHNET/VARIN, p. 7 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 66 N 12 ; *contra* : KUKO ZPO-DOMEJ, art. 66 N 11 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 66 N 25.

¹³²⁶ CR CPC-BOHNET, art. 59 N 77 ; BOHNET, Défenses, p. 280. En particulier, une entité dépourvue de la jouissance des droits civils (et donc de la capacité d'être partie) n'a pas la capacité d'être poursuivie (BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 56).

¹³²⁷ BOHNET, Défenses, p. 278 ; SHK ZPO-FISCHER, art. 66 N 2 ; SUTTER-SOMM, N 175 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 53.

¹³²⁸ BOHNET, Défenses, p. 278 ; BOHNET, Procédure civile, N 404 ; SCHUMANN, p. 415 ; SUTTER-SOMM, N 175.

¹³²⁹ Art. 68 al. 1 CPC ; arrêt du TF 5A_232/2016 du 6 juin 2016 cons. 4 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 4 ; HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.2.

Après avoir proposé une définition de la capacité d'ester (1), nous évoquerons ses conditions (2) et identifierons les hypothèses où elle fait défaut et les conséquences qui en découlent (3). 629

1. Définition

La majorité de la doctrine définit la capacité d'ester comme étant la faculté de mener (ou de conduire) le procès soi-même ou par l'intermédiaire d'un·e représentant·e choisi·e¹³³⁰. Certain·e·s auteur·e·s la décrivent également comme la faculté d'accomplir des actes de procédure personnellement ou par l'intermédiaire d'un·e représentant·e¹³³¹. Le Tribunal fédéral utilise des définitions proches, à savoir en français « la faculté de mener soi-même le procès ou de désigner un mandataire qualifié pour le faire »¹³³² et en allemand « *die Fähigkeit, selber oder durch einen zu diesem Zweck beauftragten Vertreter einen Prozess anzuheben oder andere wirksame Prozesshandlungen vorzunehmen* »¹³³³. 630

On trouve régulièrement des définitions similaires en droit allemand, par exemple « *die Fähigkeit, einen Prozess selbst oder durch einen selbst bestellten Vertreter zu führen und alle Prozesshandlungen selbst oder durch einen selbst gewählten Vertreter vorzunehmen und entgegenzunehmen* »¹³³⁴, « *die Fähigkeit, selbst oder durch bestellte Vertreter Prozesshandlungen wirksam vor- und entgegen zu nehmen* »¹³³⁵ ou encore « *die Fähigkeit, einen Prozeß als Partei entweder selbst zu führen oder jedenfalls durch einen gewillkürten Vertreter führen zu lassen* »¹³³⁶. 631

¹³³⁰ BERGER et al., N 491 ; SHK ZPO-FISCHER, art. 67 N 1 ; FUX, p. 52 ; GASSER/RICKLI, art. 67 N 1 ; GULDENER, p. 127 ; HOHL, Tome I, N 733 ; KUMMER M., p. 63 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.7, MERZ, § 30 N 1 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 1 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 1 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 1 ; pour des définitions proches, voir PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 1 ; OFK ZPO-MORF, art. 67 N 1.

¹³³¹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 N 1 ; JACQUEMOUD-ROSSARI, p. 78 ; voir également la définition proche de CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 1.

¹³³² Arrêt du TF 5A_823/2022 du 17 mai 2023 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 5A_81/2015 du 28 mai 2015 cons. 4 ; arrêt du TF 5A_441/2011 du 16 décembre 2011 cons. 1.2.2.

¹³³³ ATF 118 Ia 236 cons. 3a ; arrêt du TF 5A_194/2011 du 30 mai 2011 cons. 3.2.

¹³³⁴ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 44 N 1.

¹³³⁵ Arrêt de la BGH IX ZB 257/05 du 7 décembre 2006 N 11 ; pour des définitions proches, voir également Prütting/Gehrlein-GEHRLEIN, § 51 N 1 ; ROSENBERG, Lehrbuch, p.109.

¹³³⁶ BRAUN, p. 369.

- 632 Certains auteurs suisses proposent également des définitions qui ne font pas mention de la représentation ou du mandat, par exemple BOHNET (la « capacité de conduire personnellement le procès, de décider de la marche de la procédure »)¹³³⁷ ou SUTTER-SOMM (« *die Fähigkeit, in einem Prozess rechtswirksam Handlungen vorzunehmen* »).
- 633 Les expressions « mener » ou « conduire » un procès sont peu précises, de sorte que l'on peut se demander si elles ont le même sens que « accomplir un acte de procédure ». À notre avis, c'est le cas : lorsqu'on dit d'une partie qu'elle conduit personnellement un procès, on se représente davantage une partie qui agit seule, sans être représentée – et donc qui accomplit elle-même les actes de procédure¹³³⁸. On peut également relever que, dans les versions italienne et allemande du CPC, l'art. 69 al. 1 CPC fait référence à l'absence de capacité à *conduire* soi-même son procès¹³³⁹. Or cette disposition concerne la capacité de postuler¹³⁴⁰, qui est définie comme étant la capacité d'accomplir, sur le plan formel, les actes de procédure¹³⁴¹.
- 634 Les définitions classiques de la capacité d'ester (c'est-à-dire celles qui mentionnent la faculté d'agir par l'intermédiaire d'un·e représentant·e ou d'un·e mandataire) recourent implicitement à la notion de capacité de postuler pour expliquer celle de capacité d'ester¹³⁴². On observe que la première partie de la définition (« la faculté de mener le procès [ou d'accomplir des actes de procédure] soi-même ») correspond à l'hypothèse où une partie possède la capacité d'ester et la capacité de postuler¹³⁴³. Elle peut ainsi agir sans être représentée conventionnellement. La deuxième partie de la définition (« la faculté de mener le procès [ou d'accomplir des actes de procédure] par l'intermédiaire d'un·e représentant·e ») concerne le cas où une partie a la capacité d'ester, mais pas nécessairement la capacité de postuler¹³⁴⁴. En résumé,

¹³³⁷ BOHNET, Parties et capacité, p. 82 ; voir également arrêt de la CJ/GE ACJC/1766/2020 du 8 décembre 2020 cons. 2.1.2.

¹³³⁸ BOHNET décrit toutefois la capacité de conduire le procès comme la capacité de prendre les « grandes options » du procès et la distingue ainsi de la capacité d'accomplir les actes de procédure (BOHNET, Parties et capacité, p. 78).

¹³³⁹ En allemand, « *den Prozess selbst zu führen* » ; en italien, « *condurre la propria causa* ». En allemand, l'art. 41 LTF fait également référence à l'incapacité de conduire soi-même un procès.

¹³⁴⁰ Voir N 502.

¹³⁴¹ N 688.

¹³⁴² Dans ce sens : BRAUN, p. 369 ; RÉTORNAZ, Capacités, p. 39.

¹³⁴³ Dans ce sens : BRAUN, p. 369.

¹³⁴⁴ Dans ce sens : BRAUN, p. 369 ; ROSENBERG, Lehrbuch, p. 109.

la partie *peut* être représentée conventionnellement si elle a la capacité de postuler, et *doit* l'être si elle ne l'a pas.

Il serait judicieux de proposer une définition de la capacité d'ester indépendante de la notion de capacité de postuler. Pour cela, il faut examiner plus en détail ce que signifie « accomplir un acte de procédure ». Cette action peut être scindée en deux étapes¹³⁴⁵ :

- premièrement, il est nécessaire de décider si un acte de procédure doit être réalisé, et, si oui, lequel. Il faut pour ce faire avoir la capacité d'ester. Ce constat ressort de la jurisprudence, en particulier de l'ATF 132 I 1. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral (citant BUCHER¹³⁴⁶) explique : « *Vielmehr beinhaltet die Prozessfähigkeit lediglich die Befugnis, materiell die zu treffenden prozessualen Entscheidungen zu fällen, das heisst eine Klageeinleitung zu beschliessen, über die in Streit stehenden materiellrechtlichen Ansprüche durch Klagerückzug, Klageanerkennung oder Vergleich zu verfügen, Rechtsmittel zu ergreifen oder auf solche zu verzichten* »¹³⁴⁷. La doctrine récente a repris cette approche¹³⁴⁸ ;
- deuxièmement, l'acte de procédure doit être concrètement effectué auprès du tribunal. Seule une personne possédant la capacité de postuler – définie comme étant la capacité d'accomplir, sur le plan formel, les actes de procédure¹³⁴⁹ – peut valablement réaliser elle-même cette démarche. La seule capacité d'ester n'est pas suffisante¹³⁵⁰.

Vu ce qui précède, nous proposons de retenir la définition suivante pour la capacité d'ester :

¹³⁴⁵ Dans ce sens : RÉTORNAZ, Capacités, p. 39.

¹³⁴⁶ BK-BUCHER, art. 12 N 24 et 26.

¹³⁴⁷ ATF 132 I 1 cons. 3.1 ; voir également arrêt du TF 5A_890/2022 du 27 avril 2023 cons. 4.1.4 ; arrêt du TF 5A_890/2022 du 27 avril 2023 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 6B_40/2019 du 25 juin 2019 cons. 1 ; arrêt du TF 6B_1022/2013 du 7 mars 2014 cons. 1.2.2.

¹³⁴⁸ BOHNET, Parties et capacité, p. 78 ss ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 1 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 279 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 3 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 1.

¹³⁴⁹ Voir N 688.

¹³⁵⁰ BOHNET, Parties et capacité, p. 81 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 N 1 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 279. Il est toutefois rare qu'une partie ait la capacité d'ester mais pas la capacité de postuler (N 507).

« la capacité de décider, sur le plan matériel, de la marche de la procédure »¹³⁵¹

637 Cette description permet de bien comprendre ce qu'une partie capable d'ester peut faire dans la procédure, sans devoir recourir à la notion de capacité de postuler.

2. Conditions

a. Capacité d'être partie

638 Pour avoir la capacité d'ester, une entité doit avoir la capacité d'être partie¹³⁵². La capacité d'être partie est présentée en détail aux N 603 ss.

b. Exercice des droits civils

639 L'exercice des droits civils est la condition principale à remplir pour avoir la capacité d'ester (art. 67 al. 1 CPC ; art. 14 PCF)¹³⁵³. Il peut être défini comme la faculté à produire des effets juridiques par ses propres actes¹³⁵⁴ et appartient à certaines conditions aux personnes physiques et morales.

640 Exceptionnellement, la capacité d'ester est reconnue à des entités dépourvues de l'exercice des droits civils ; ces cas de figure seront exposés aux N 657 ss.

(i) Personnes physiques

641 La capacité d'ester appartient en principe à toute personne physique qui a l'exercice des droits civils (voir art. 67 al. 1 CPC)¹³⁵⁵, c'est-à-dire qui est

¹³⁵¹ Pour une définition proche, voir BOHNET, Parties et capacité, p. 82.

¹³⁵² BOHNET, Parties et capacité, p. 76 *in fine* ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 1 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 1.

¹³⁵³ Selon la formule utilisée par le Tribunal fédéral, « [l]a capacité d'ester en justice est le corollaire en procédure de l'exercice des droits civils » (ATF 141 III 80 cons. 1.3).

¹³⁵⁴ Abrégé CC-MONTAVON, p. 47 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 1 ; voir également OFK ZGB-SCHWANDER, art. 12 N 1.

¹³⁵⁵ CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 3 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 1. Précisons que pour les personnes physiques, la doctrine alémanique utilise une gradation pour définir l'étendue de l'exercice des droits civils. Elle distingue : (i) la capacité pleine (*volle Handlungsfähigkeit*), qui appartient aux personnes majeures, capables de discernement et non soumises à une curatelle restreignant l'exercice des droits civils ; (ii) la

majeure et capable de discernement (art. 13 CC)¹³⁵⁶. Il faut en outre que l'exercice des droits civils de la personne concernée ne soit pas restreint par une mesure de protection de l'adulte (art. 19d CC)¹³⁵⁷.

Par exception à cette règle, une personne mineure ou soumise à une curatelle restreignant l'exercice des droits civils peut, si elle est capable de discernement, agir seule en justice dans certains cas. Ces hypothèses seront présentées aux N 660 ss. 642

Aux termes de l'art. 16 CC, la capacité de discernement appartient à « toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables ». 643

Selon la jurisprudence fédérale, la « faculté d'agir raisonnablement » au sens de l'art. 16 CC se compose de deux éléments : une composante intellectuelle, à savoir « la capacité d'apprécier le sens, l'opportunité et les effets d'un acte déterminé », et une composante volontaire ou caractérielle, soit « la faculté d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable, selon sa libre volonté »¹³⁵⁸. Les causes altérant la faculté d'agir raisonnablement sont énumérées à l'art. 16 CC¹³⁵⁹. 644

capacité limitée (*beschränkte Handlungsfähigkeit*), qui appartient aux personnes majeures, capables de discernement et soumises à une curatelle restreignant en partie l'exercice des droits civils ; (iii) l'incapacité limitée (*beschränkte Handlungsunfähigkeit*), qui appartient aux personnes mineures ou sous curatelle de portée générale et capables de discernement ; (iv) l'incapacité d'ester pleine (*volle Handlungsunfähigkeit*), qui appartient aux personnes incapables de discernement. Cette terminologie est en particulier utilisée par BK-UCHER/AEBI-MÜLLER, Intro. art. 11-19d N 4 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 16 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 9 [qui relève que cette classification fait l'objet de critiques fondées]).

¹³⁵⁶ ATF 132 I 1 cons. 3.1 ; arrêt du TF 5A_1049/2020 du 28 mai 2021 cons. 2.3.1 ; BK-UCHER/AEBI-MÜLLER, art. 13 N 1 s. ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 4.

¹³⁵⁷ BK-UCHER/AEBI-MÜLLER, art. 13 N 3 ; PERCASSI, Note 5A_448/2020, p. 294 ; voir également CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 10.

¹³⁵⁸ ATF 144 III 264 cons. 6.1.1 ; ATF 134 II 235 cons. 4.3.2 ; ATF 124 III 5 cons. 1a, JdT 1998 I p. 361 ; ATF 117 II 231 cons. 2a ; arrêt du TF 5A_823/2022 du 17 mai 2023 cons. 3.2.1 ; voir également arrêt du TF 5A_325/2017 du 18 octobre 2017 cons. 6.1.1 ; arrêt du TF 5A_81/2015 du 28 mai 2015 cons. 4.1.

¹³⁵⁹ BK-UCHER/AEBI-MÜLLER, art. 16 N 83 ; CR CC I-WERRO/SCHMIDLIN, art. 16 N 23.

- 645 La capacité de discernement est relative ; elle doit être examinée selon les circonstances concrètes¹³⁶⁰. Elle est présumée, à moins qu'il existe une raison d'en douter¹³⁶¹ (par exemple si la personne concernée est dans un « état durable d'altération mentale liée à l'âge ou à la maladie »¹³⁶² ou si elle est très jeune¹³⁶³).
- 646 L'âge de la majorité est fixé à 18 ans révolus en Suisse (art. 14 CC).
- 647 Les mesures de protection de l'adulte suivantes restreignent l'exercice des droits civils de la personne concernée :
- la curatelle de portée générale (art. 398 CC). C'est la mesure la plus restrictive : elle prive entièrement la personne qui y est soumise de l'exercice des droits civils (art. 398 al. 3 CC)¹³⁶⁴. De ce fait, elle n'est prononcée qu'en dernier recours, si aucune mesure moins incisive n'entre en ligne de compte¹³⁶⁵ ;
 - la curatelle de représentation (art. 394 s. CC). En instaurant cette mesure, l'autorité de protection de l'adulte a la possibilité (mais pas l'obligation) de restreindre l'exercice des droits civils de la personne concernée pour certains actes (art. 394 al. 2 CC)¹³⁶⁶. Si une curatelle de représentation est mise en place, mais qu'elle ne touche pas à l'exercice des droits civils, la personne concernée conserve la capacité d'ester¹³⁶⁷ ;
 - la curatelle de coopération (art. 396 CC). La curatelle de coopération s'étend à des actes spécifiques, déterminés par l'autorité de protection de l'adulte¹³⁶⁸. L'exercice des droits civils – et donc également la

¹³⁶⁰ ATF 144 III 264 cons. 6.1.1 ; ATF 134 II 235 cons. 4.3.2 ; ATF 124 III 5 cons. 1a, JdT 1998 I p. 361.

¹³⁶¹ ATF 134 II 235 cons. 4.3.3 ; arrêt du TF 5A_823/2022 du 17 mai 2023 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 5A_823/2022 du 17 mai 2023 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 5A_325/2017 du 18 octobre 2017 cons. 6.1.2 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 5.

¹³⁶² ATF 144 III 264 cons. 6.1.3 ; arrêt du TF 5A_325/2017 du 18 octobre 2017 cons. 6.1.2 ; arrêt du TF 5A_951/2016 du 14 septembre 2017 3.1.3.1.

¹³⁶³ ATF 134 II 235 cons. 4.3.3.

¹³⁶⁴ BSK ZGB I-BIDERBOST, art. 398 N 4 ; MEIER P., N 902.

¹³⁶⁵ BSK ZGB I-BIDERBOST, art. 398 N 5 ; MEIER P., N 892 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 13.

¹³⁶⁶ BSK ZGB I-BIDERBOST, art. 394 N 3 et 23 ss ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 19 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 10 ; MEIER P., N 867 ; OFK ZPO-MORF, art. 67 N 6. Pour un exemple, voir arrêt du TF 4A_182/2021 du 2 juin 2021.

¹³⁶⁷ BSK ZGB I-BIDERBOST, art. 394 N 23 s. ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 13.

¹³⁶⁸ BSK ZGB I-BIDERBOST, art. 396 N 12 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 15.

capacité d'ester – de la personne concernée est limité dans la même mesure (art. 396 al. 2 CC)¹³⁶⁹.

Par contre, la curatelle d'accompagnement (art. 393 CC) ne restreint pas l'exercice des droits civils de la personne concernée (art. 393 al. 2 CC)¹³⁷⁰. 648

En droit international privé, l'art. 35 LDIP, qui régit l'exercice des droits civils, s'applique également à la capacité d'ester¹³⁷¹. Selon cet article, « [l]'exercice des droits civils est régi par le droit du domicile. Un changement de domicile n'affecte pas l'exercice des droits civils une fois que celui-ci a été acquis ». 649

(ii) *Personnes morales*

Comme pour les personnes physiques, la capacité d'ester appartient aux personnes morales qui ont l'exercice des droits civils¹³⁷². 650

Les personnes morales ont l'exercice des droits civils si elles possèdent les organes exigés légalement et statutairement (art. 54 CO)¹³⁷³. Ce sont eux qui exercent les droits civils de la personne morale en exprimant sa volonté (art. 55 al. 1 et 2 CC ; à ce sujet, voir également N 179 ss)¹³⁷⁴. 651

Les organes visés par ces dispositions sont les organes *exécutifs* des personnes morales, et non les organes législatifs ou de contrôle¹³⁷⁵. Il s'agit : 652

¹³⁶⁹ Arrêt du TF 4D_16/2020 du 17 mars 2020 (précisons que le Tribunal fédéral utilise dans cet arrêt l'expression « capacité de procéder personnellement » au lieu de capacité d'ester) ; BERGER et al., N 496 ; BSK ZGB I-BIDERBOST, art. 396 N 27 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 10 ; MEIER P., N 871 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 15.

¹³⁷⁰ Message CC protection de l'adulte, personnes et filiation, FF 2006 p. 6678 ; BERGER et al., N 497 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 18 ; MEIER I., p. 154 ; MEIER P., N 787 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 12.

¹³⁷¹ BSK IPRG-GEISER/JAMETTI, art. 35 N 9 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 35 ; CR CC I-MANAÏ, art. 12 N 17 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 16 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 41.

¹³⁷² ATF 141 III 80 cons. 1.3 ; EGGER, N 69.

¹³⁷³ ATF 141 III 80 cons. 1.3 ; BERGER et al., N 492 ; EGGER, N 27 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 6 et 14 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 4 ; JEANDIN, p. 11 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 15 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 6.

¹³⁷⁴ ATF 141 III 80 cons. 1.3.

¹³⁷⁵ ATF 141 III 80 cons. 1.3 ; BOHNET/JÉQUIER, *Entreprise et personne morale*, N 35 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 16 ; WYTTENBACH, p. 21 s.

- de la direction pour les associations (art. 69 CC)¹³⁷⁶ ;
- du conseil de fondation pour les fondations¹³⁷⁷ ;
- du conseil d’administration pour les sociétés anonymes (art. 718 CO)¹³⁷⁸ ;
- des gérant·e·s pour les sociétés à responsabilité limitée (art. 814 CO)¹³⁷⁹ ;
- des associé·e·s indéfiniment responsables pour les sociétés en commandite par actions (art. 764 CO)¹³⁸⁰ ;
- de l’administration pour les sociétés coopératives (art. 894 ss CO)¹³⁸¹ ;
- du conseil d’administration pour les SICAV (art. 51 LPCC, qui renvoie aux dispositions du CO sur la société anonyme)¹³⁸² ;
- du conseil d’administration pour les SICAF (art. 112 LPCC, qui renvoie aux dispositions du CO sur la société anonyme).

653 Selon le Tribunal fédéral, la personne morale a également la capacité d’ester lorsqu’elle agit en procédure par l’intermédiaire d’une personne habilitée à la représenter pour des actes juridiques en droit civil matériel¹³⁸³. Une société anonyme, par exemple, a donc aussi la capacité d’ester lorsqu’elle est représentée par une personne à laquelle le conseil d’administration a délégué son pouvoir de représentation (délégué·e, directrice ou directeur ; voir art. 718 al. 2 CO), un·e fondé·e de procuration (art. 458 CO) ou un·e mandataire commercial·e (art. 462 al. 2 CO)¹³⁸⁴.

¹³⁷⁶ GEISSBÜHLER/BARTH, p. 137 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 3 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 19.

¹³⁷⁷ BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 3 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 19.

¹³⁷⁸ ATF 141 III 80 cons. 1.3 ; BOHNET/JÉQUIER, *Entreprise et personne morale*, N 35 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 17 ; GEISSBÜHLER/BARTH, p. 137 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 19.

¹³⁷⁹ GEISSBÜHLER/BARTH, p. 137 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 3 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 19.

¹³⁸⁰ GEISSBÜHLER/BARTH, p. 137 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 3.

¹³⁸¹ BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 3 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 19.

¹³⁸² MÜLLER J. S., N 133 ; SHK LPCC-SCHUBIGER, p. 152.

¹³⁸³ ATF 141 III 80 cons. 1.3 ; voir également arrêt de la CJ/GE ATAS/63/2018 du 25 janvier 2018 cons. 3b.

¹³⁸⁴ ATF 141 III 80 cons. 1.3 ; arrêt de la CJ/GE ATAS/63/2018 du 25 janvier 2018 cons. 3b ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 17 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 20. Sur la représentation commerciale, voir N 187 ss.

Le Tribunal fédéral a considéré qu'un organe de fait ne pouvait pas représenter valablement une personne morale en procédure de conciliation¹³⁸⁵. De ce fait, une personne morale représentée par un organe de fait n'a pas la capacité d'ester. 654

L'exercice des droits civils des personnes morales de droit public s'apprécie au regard des règles de droit public¹³⁸⁶. 655

En matière de droit international privé, la question de l'exercice des droits civils des personnes morales est régie par le droit de l'État en vertu duquel elles sont organisées (art. 155 let. c LDIP *cum* art. 154 al. 1 LDIP)¹³⁸⁷. 656

c. Entités juridiques auxquelles le droit reconnaît la capacité d'ester

Comme exposé ci-dessus (N 620 ss), certaines entités n'ayant pas la jouissance des droits civils possèdent la capacité d'être partie. À l'identique, le droit reconnaît à ces mêmes entités la capacité d'ester¹³⁸⁸ ; il s'agit notamment : 657

- des sociétés en nom collectif (art. 562 CO)¹³⁸⁹. Elles agissent par un·e associé·e (art. 563 CO)¹³⁹⁰ ;
- des sociétés en commandite (art. 602 CO)¹³⁹¹. Elles agissent par un·e associé·e indéfiniment responsable (art. 603 CO)¹³⁹² ;
- des sociétés en commandite de placements collectifs (art. 98 LPCC)¹³⁹³. Elles agissent par un·e associé·e (art. 603 CO, en vertu du renvoi de l'art. 99 LPCC)¹³⁹⁴ ;

¹³⁸⁵ ATF 141 III 159 cons. 2.

¹³⁸⁶ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 6 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 4.

¹³⁸⁷ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 36 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 43.

¹³⁸⁸ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 15 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 5 ; JEANDIN, p. 11 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 8.

¹³⁸⁹ BERGER et al., N 492 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 15 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 5 ; MATTI, p. 1061 s. ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 7.

¹³⁹⁰ BERGER et al., N 492 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 15 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 5 ; MATTI, p. 1061 s. ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 7.

¹³⁹¹ BERGER et al., N 492 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 15 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 5 ; MATTI, p. 1061 s. ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 7.

¹³⁹² BERGER et al., N 492 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 15 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 5 ; MATTI, p. 1061 s. ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 7.

¹³⁹³ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 15 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 7.

¹³⁹⁴ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 15 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 7.

- des communautés de copropriétaires par étages (art. 712l al. 2 CC)¹³⁹⁵. Elles agissent par leur administratrice ou administrateur (art. 712t al. 2 CC)¹³⁹⁶. Pour représenter la communauté des copropriétaires par étages en justice, l’administratrice ou l’administrateur doit – sauf en procédure sommaire – avoir reçu l’autorisation préalable de l’assemblée des copropriétaires (art. 712t al. 2)¹³⁹⁷ ;
- des masses en faillite¹³⁹⁸. Elles agissent par l’administration de la faillite (art. 240 LP)¹³⁹⁹ ;
- des masses en liquidation, en cas de concordat par abandon d’actifs¹⁴⁰⁰. Elles agissent par les liquidatrices et liquidateurs (art. 319 al. 4 LP)¹⁴⁰¹ ;
- des successions, dans les cas mentionnés au N 620¹⁴⁰². En particulier, les successions liquidées d’office agissent par leur administratrice ou administrateur (art. 595 al. 1 CC), ou par l’office des faillites si elles sont insolvables (art. 597 CC)¹⁴⁰³ ;

¹³⁹⁵ ATF 142 III 551 cons. 2.2, JdT 2017 II p. 400 ; ATF 117 II 40 cons. 1a, JdT 1991 I p. 622 ; ATF 114 II 239 cons. 3, JdT 1989 I p. 162.

¹³⁹⁶ Arrêt du TF 5A_913/2012 du 24 septembre 2013 cons. 5.2.1 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 5 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 19 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 8.

¹³⁹⁷ Arrêt du TF 5A_913/2012 du 24 septembre 2013 cons. 5.2.1 ; arrêt du TF 5A_590/2011 du 27 février 2012 cons. 8.3 ; arrêt du TF 1C_289/2007 du 27 décembre 2007 cons. 1.2. Le Tribunal fédéral a qualifié cette autorisation de « pouvoir de représentation » (arrêt du TF 5A_913/2012 du 24 septembre 2013 cons. 5.2.1 et 5.2.3). L’administrateur ou l’administratrice ne peut pas pour autant être considéré·e comme un·e représentant·e conventionnel·le (dans ce sens : WERMELINGER, art. 712t N 73). On peut notamment relever qu’en cas de comparution personnelle obligatoire, la communauté des copropriétaires comparait valablement si son administrateur ou son administratrice se rend en audience (Commentario CPC-TREZZINI, art. 204 N 7). Il y a en revanche défaut si seul·e un·e représentant·e conventionnel·le (par exemple un·e avocat·e) se présente devant l’autorité (voir N 468, 479 et 489). On observe également que, dans le cadre de l’art. 712t al. 2 CC, le Tribunal fédéral applique uniquement par analogie les principes valables en matière de représentation conventionnelle (voir ATF 114 II 310 cons. 2b ; arrêt du TF 1C_289/2007 du 27 décembre 2007 cons. 1.2), ce qui sous-entend qu’il ne s’agit pas du même concept.

¹³⁹⁸ ATF 121 III 28 cons. 3 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 5 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 6 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 8.

¹³⁹⁹ ATF 130 III 248 cons. 4.1 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 5 ; MATTI, p. 1062 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 4 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 8.

¹⁴⁰⁰ CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 5 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 8.

¹⁴⁰¹ CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 5a ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 19 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 4.

¹⁴⁰² DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 15 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 5.

¹⁴⁰³ CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 5 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 19.

- le conseil d’administration des sociétés anonymes (art. 706 al. 1 CO), les gérant·e·s des sociétés à responsabilité limitée (art. 808c CO) et l’administration ou chaque associé·e des sociétés coopératives (art. 891 al. 1 CO) pour attaquer les décisions prises par l’assemblée générale (ou l’assemblée des associé·e·s dans le cas de sociétés à responsabilité limitée) de la société¹⁴⁰⁴ ;
- des communautés de personnes créancières par emprunt par obligation (art. 1164 al. 1 CO)¹⁴⁰⁵. Elles agissent par le biais d’un·e représentant·e (art. 1158 s. CO)¹⁴⁰⁶.

3. Absence de capacité d’ester

a. Cas

(i) *Entités sans capacité d’être partie*

Les entités qui n’ont pas la capacité d’être partie sont également dépourvues de la capacité d’ester¹⁴⁰⁷. C’est le cas de toutes les entités listées au N 621, notamment de la société simple¹⁴⁰⁸ et de la succursale¹⁴⁰⁹. 658

(ii) *Personnes physiques*

Les personnes physiques dépourvues de l’exercice des droits civils n’ont pas la capacité d’ester. Il s’agit des personnes mineures, incapables de discernement ou sous le coup d’une mesure de protection de l’adulte restreignant l’exercice de leurs droits civils. 659

¹⁴⁰⁴ BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 8.

¹⁴⁰⁵ BERGER et al., N 492 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 5 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 8.

¹⁴⁰⁶ BERGER et al., N 492 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 5 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 19 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 8.

¹⁴⁰⁷ La capacité d’être partie est une condition pour avoir la capacité d’ester (DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 1 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 1).

¹⁴⁰⁸ ATF 142 III 782 cons. 3.1.

¹⁴⁰⁹ ATF 144 V 313 cons. 6.3.

660 Ces personnes doivent en principe agir par l'intermédiaire de leur représentant·e légal·e (art. 67 al. 2 CPC)¹⁴¹⁰. Cette règle connaît plusieurs exceptions. Une partie dépourvue de l'exercice des droits civils, mais capable de discernement peut notamment agir seule en justice pour :

- faire valoir ses droits strictement personnels (art. 67 al. 3 let. b CPC)¹⁴¹¹, qu'ils soient relatifs ou absolus¹⁴¹². La représentation légale est notamment facultative pour les actions en changement de nom¹⁴¹³, en protection de la personnalité¹⁴¹⁴, ou encore en paternité¹⁴¹⁵ ;
- accomplir provisoirement les actes nécessaires en cas de péril en la demeure (art. 67 al. 3 let. a CPC)¹⁴¹⁶. Il peut s'agir de déposer un acte de procédure pour sauvegarder un délai¹⁴¹⁷ ou obtenir des mesures

¹⁴¹⁰ ATF 116 II 385 cons. 4 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 N 12 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 17 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 7 ; voir également ATF 129 III 55 cons. 3.1.2. Il faut réserver le cas de la curatelle de coopération : les curatrices et curateurs de coopération doivent donner leur consentement aux actes des personnes concernées par cette mesure, et non agir à leur place (voir arrêt du TF 5A_537/2022 du 15 février 2023 cons. 6.2.1 ; arrêt du TF 4D_16/2020 du 17 mars 2020 ; MEIER P., N 871 s.). Il n'y a donc pas de *représentation* légale dans ce cas (arrêt du TF 5A_537/2022 du 15 février 2023 cons. 6.2.1 ; BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 19d N 21 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 N 8 ; MEIER P., N 872 ; Abrégé CC-MONTAVON, p. 54).

¹⁴¹¹ ATF 140 III 577 cons. 3.1, SJ 2015 I p. 281 ; arrêt du TF 5A_823/2022 du 17 mai 2023 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 5A_617/2022, 5A_621/2022 du 28 septembre 2022 cons. 8.1.1 ; arrêt du TF 5A_123/2020 du 7 octobre 2020 cons. 1.1, non publié in : ATF 147 III 451 ; arrêt du TF 1C_205/2021 du 8 juillet 2021 cons. 3 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 6 ; HERZIG, Partei- und Prozessfähigkeit, p. 185 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 9 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 34.

¹⁴¹² SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 20. Les droits strictement personnels relatifs peuvent être exercés par un·e représentant·e légal·e, alors que la représentation légale est exclue pour les droits strictement personnels absolus : seul·e·s les titulaires de tels droits peuvent les exercer (ATF 117 II 6 cons. 1b ; Message CC protection de l'adulte, personnes et filiation, FF 2006 p. 6727 ; GULDENER, p. 129 ; ZK-KLEIN, art. 32 N 14 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 27).

¹⁴¹³ ATF 140 III 577 cons. 3.1, JdT 2015 II p. 319 ; ATF 117 II 6 cons. 1b.

¹⁴¹⁴ BERGER et al., N 501 ; SHK ZPO-FISCHER, art. 67 N 10 ; OFK ZPO-MORF, art. 67 N 8 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 12c.

¹⁴¹⁵ BERGER et al., N 501 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 104 ; SHK ZPO-FISCHER, art. 67 N 10 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 12h.

¹⁴¹⁶ Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 35.

¹⁴¹⁷ SHK ZPO-FISCHER, art. 67 N 10 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 15 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 12 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 28 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 35.

provisionnelles¹⁴¹⁸. L'acte doit ensuite être ratifié par un·e représentant·e légal·e¹⁴¹⁹ ;

- s'il s'agit d'une personne mineure¹⁴²⁰, faire valoir les droits rattachés à l'administration et à la jouissance du produit de son travail (voir art. 323 al. 1 CC)¹⁴²¹ ;
- faire valoir des droits spécifiques, si elle a obtenu le consentement préalable de sa représentante légale ou son représentant légal pour conduire une procédure portant sur ces droits (cf. art. 19 al. 1 CC)¹⁴²² ;
- s'il s'agit d'une personne concernée par une mesure de protection de l'adulte, faire valoir toutes les prétentions qui ne sont pas touchées par la restriction de l'exercice des droits civils¹⁴²³.

Dans toutes ces situations, la partie capable de discernement, mais dépourvue de l'exercice des droits civils peut nommer un·e représentant·e conventionnel·le pour invoquer ses droits en justice¹⁴²⁴. Elle conserve également la possibilité

661

¹⁴¹⁸ CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 15 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 12 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 28.

¹⁴¹⁹ DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 31 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 15 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 12 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 29.

¹⁴²⁰ Une partie de la doctrine admet également cette possibilité pour les adultes dont l'exercice des droits civils est limité par une mesure de protection (voir notamment KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 N 7 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 32). Il faut toutefois souligner que la disposition équivalente à l'art. 323 al. 1 CC pour les adultes sous curatelle (art. 412 aCC) a été abrogée au 31 décembre 2012 car jugée superflue (pour des explications à ce sujet, voir HOFER/HRUBESCH-MILLAUER, N 10.67).

¹⁴²¹ ATF 112 II 102 cons. 2 ; HERZIG, Partei- und Prozessfähigkeit, p. 185 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 121 ; OFK ZPO-MORF, art. 67 N 9 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 23 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 10 ; *contra* : JACQUEMOUD-ROSSARI, p. 81.

¹⁴²² Arrêt du TF 5A_123/2020 du 7 octobre 2020 cons. 1.1, non publié in : ATF 147 III 451 ; arrêt du TF IC_205/2021 du 8 juillet 2021 cons. 3 ; BERGER et al., N 500 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.15 ; MEIER I., p. 153 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 17 (qui ne semble toutefois admettre cette possibilité que pour les personnes mineures).

¹⁴²³ ZK-KLEIN, art. 32 N 14 ; OFK ZPO-MORF, art. 67 N 6 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 11. Pour la liste des différentes mesures de protection de l'adulte, voir N 647 ss.

¹⁴²⁴ Voir notamment ATF 142 III 153 cons. 5.2.4, JdT 2017 II p. 202 ; ATF 120 Ia 369 cons. 1a ; arrêt du TF 5A_91/2023, 5A_110/2023 du 6 avril 2023 cons. 6.3 ; arrêt du TF 5A_617/2022, 5A_621/2022 du 28 septembre 2022 cons. 8.1.1 ; arrêt du TF 5A_232/2016 du 6 juin 2016 cons. 4 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 6 ; CHOFFAT, Curatelle de représentation, p. 33 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 N 4 ; PRADERVAND-KERNEN, p. 342 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 14. Voir également, en procédure pénale, ATF 112 IV 9 cons. 1, JdT 1987 IV p. 5.

d'agir par représentation légale, sauf pour faire valoir un droit strictement personnel *absolu*¹⁴²⁵. Un tel droit n'est pas sujet à représentation et la partie n'a pas d'autre choix que de le faire valoir elle-même en justice¹⁴²⁶.

- 662 En revanche, une partie incapable de discernement a toujours l'obligation d'agir par le biais d'un·e représentant·e légal·e¹⁴²⁷. Cela ne pose pas de problème, sauf en ce qui concerne les droits strictement personnels absolus¹⁴²⁸. Comme ils ne sont pas sujets à représentation (légale), une partie incapable de discernement ne pourra jamais les invoquer en justice (art. 19c al. 2 CC)¹⁴²⁹.
- 663 La représentation légale d'une personne mineure est assurée par les père et mère (art. 304 CC), ou par l'un des parents si l'autorité parentale n'est pas conjointe¹⁴³⁰. Si les deux parents n'ont pas ou plus l'autorité parentale, une tutrice ou un tuteur exerce la représentation légale (art. 311 al. 2 et art. 327a ss CC)¹⁴³¹. Dans ce dernier cas, le consentement de l'autorité de protection de l'enfant est nécessaire pour agir en procédure (art. 416 al. 1 ch. 9 CC, applicable par le renvoi de l'art. 327c al. 2 CC)¹⁴³².
- 664 S'agissant d'une personne soumise à une mesure de protection de l'adulte restreignant l'exercice de ses droits civils, elle est représentée légalement par une curatrice ou un curateur¹⁴³³. Le consentement de l'autorité de protection de l'adulte est obligatoire pour agir en procédure (art. 416 al. 1 ch. 9 CC)¹⁴³⁴.

¹⁴²⁵ ATF 117 II 6 cons. 1b ; ATF 116 II 385 cons. 4, JdT 1993 I p. 611. Précisons que la représentation *conventionnelle* reste possible lorsqu'il s'agit de faire valoir un droit strictement personnel absolu en justice (ATF 116 II 385 cons. 4 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 1).

¹⁴²⁶ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 9 ; ZK-KLEIN, art. 32 N 14.

¹⁴²⁷ CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 15a.

¹⁴²⁸ NÄF, p. 34 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 9.

¹⁴²⁹ ATF 116 II 385 cons. 4 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 N 5 ; SHK ZPO-FISCHER, art. 67 N 12 ; GULDENER, p. 129 ; ZK-KLEIN, art. 32 N 14 ; OFK ZPO-MORF, art. 67 N 8 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 9.

¹⁴³⁰ BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 19-19c N 117 ; JEANDIN, p. 12 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 16.

¹⁴³¹ HOFMANN/LÜSCHER, p. 104 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 9 ; JEANDIN, p. 12 ; PRADERVAND-KERNEN, p. 341 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 16.

¹⁴³² KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 N 15 ; OFK ZPO-MORF, art. 67 N 6 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 7 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 16.

¹⁴³³ HOFMANN/LÜSCHER, p. 104 ; OFK ZPO-MORF, art. 67 N 6.

¹⁴³⁴ CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 11 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 12 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 7 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 17. L'art. 416 al. 1 ch. 9 CC réserve toutefois « les mesures provisoires prises d'urgence par le curateur » (BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 17).

En ce qui concerne une personne adulte incapable de discernement non soumise à une mesure de protection, trois scénarios sont envisageables. Premièrement, elle peut être représentée légalement par un·e mandataire pour cause d'incapacité (art. 360 ss CC), si elle en avait nommé un·e avant de perdre sa capacité de discernement¹⁴³⁵. Deuxièmement, si la personne est mariée (ou en partenariat enregistré), sa représentation légale est (à certaines conditions) assurée par sa conjointe ou son conjoint (art. 374 ss CC) ; le consentement de l'autorité de protection de l'adulte est alors nécessaire pour conduire un procès¹⁴³⁶. Troisièmement, si les deux possibilités précédentes ne s'appliquent pas, le tribunal informe l'autorité de protection de l'adulte que des mesures lui paraissent nécessaires (art. 69 al. 2 CPC)¹⁴³⁷. Celle-ci se chargera alors de nommer un·e représentant·e légal·e¹⁴³⁸.

665

(iii) *Personnes morales*

Une personne morale qui ne possède pas les organes requis pour avoir l'exercice des droits civils n'a pas la capacité d'ester¹⁴³⁹. Dans ce cas, des mesures peuvent être prises. Elles diffèrent selon le type de personne morale concernée :

666

- pour les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés coopératives, les SICAV et les SICAF, les trois mesures prévues à l'art. 731*b* al. 1^{bis} CO sont envisageables¹⁴⁴⁰ : premièrement, le tribunal peut fixer un délai à la société pour rétablir sa situation (ch. 1) ; deuxièmement, il peut nommer

¹⁴³⁵ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 N 16 ; OFK ZPO-MORF, art. 67 N 6a.

¹⁴³⁶ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 N 16 ; MEIER I., p. 152 ; OFK ZPO-MORF, art. 67 N 6b ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 16a.

¹⁴³⁷ Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 10.

¹⁴³⁸ HOHL, Tome I, N 746 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 10.

¹⁴³⁹ Dans un arrêt de 2002, le Tribunal fédéral a toutefois posé une exception à ce principe. Il a considéré qu'une personne morale dépourvue des organes nécessaires conservait pour une certaine durée l'exercice des droits civils (et donc la capacité d'ester) si ses anciens organes avaient donné procuration à un·e avocat·e pour la représenter dans un procès et que cette procuration n'avait pas été révoquée (arrêt du TF 4P.325/2001 du 21 novembre 2002 cons. 1 ; arrêt du TF 4C.399/2001 du 21 novembre 2002 cons. 2 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 21).

¹⁴⁴⁰ L'art. 731*b* CO, qui concerne les carences dans l'organisation des sociétés anonymes, s'applique par analogie aux sociétés en commandite par action (art. 764 al. 2 CO), aux sociétés à responsabilité limitée (art. 819 CO), aux sociétés coopératives (art. 908 CO) ainsi qu'aux SICAV et aux SICAF (art. 112 LPCC). À ce sujet, voir notamment CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 731*b* N 1a ; MÜLLER J. S., N 775 (s'agissant de la SICAV).

l'organe défaillant ou un·e commissaire (ch. 2) ; et troisièmement, il peut prononcer la dissolution puis ordonner la liquidation de la société (ch. 3)¹⁴⁴¹. Ces mesures peuvent être requises par toute personne actionnaire ou créancière de la société, de même que par la préposée ou le préposé·e au registre du commerce (art. 731*b* al. 1 CO)¹⁴⁴² ;

- pour les associations, le tribunal peut notamment fixer un délai à l'association pour régulariser sa situation ou nommer un·e commissaire (art. 69*c* al. 2 CC)¹⁴⁴³. Toute personne membre ou créancière de l'association peut requérir ces mesures (art. 69*c* al. 1 CC)¹⁴⁴⁴ ;
- pour les fondations, l'autorité de surveillance peut notamment fixer un délai à la fondation pour régulariser sa situation ou nommer elle-même l'organe défaillant ou un·e commissaire (art. 83*d* al. 1 CC)¹⁴⁴⁵.

b. Conséquences

667 La capacité d'ester est une condition de recevabilité (art. 59 al. 2 let. c CPC)¹⁴⁴⁶. Le tribunal examine d'office si celle-ci est remplie (art. 60 CPC)¹⁴⁴⁷.

668 Si le tribunal constate qu'une partie demanderesse n'a pas la capacité d'ester, il ne devra refuser d'entrer en matière qu'en présence d'un vice irréparable¹⁴⁴⁸ ou

¹⁴⁴¹ BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 19.

¹⁴⁴² BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 19.

¹⁴⁴³ BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 20.

¹⁴⁴⁴ BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 20.

¹⁴⁴⁵ BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 21.

¹⁴⁴⁶ Arrêt du TF 5A_823/2022 du 17 mai 2023 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 4A_527/2020 du 22 avril 2021 cons. 5.2 ; arrêt du TF 5A_448/2020 du 18 février 2021 cons. 2.1 ; BAUMGARTNER et al., § 19 N 41 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 5 ; PERCASSI, Note 5A_448/2020, p. 294 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 1 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 2.

¹⁴⁴⁷ Arrêt du TF 5A_823/2022 du 17 mai 2023 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 4A_527/2020 du 22 avril 2021 cons. 5.2 ; arrêt du TF 5A_448/2020 du 18 février 2021 cons. 2.1 ; BAUMGARTNER et al., § 19 N 41 ; BOHNET, Défenses, p. 280 ; JEANDIN, p. 13 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 1 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 2.

¹⁴⁴⁸ Ce serait le cas pour une action portant sur un droit strictement personnel absolu introduite par une partie incapable de discernement : cette dernière ne peut agir seule, car elle n'a pas

volontaire¹⁴⁴⁹. Dans le cas contraire, il doit d'abord fixer un délai à la partie pour rectifier l'irrégularité¹⁴⁵⁰. Par exemple, si une personne physique incapable d'ester dépose un acte, le tribunal devra déterminer qui assure sa représentation légale et donner à cette personne la possibilité de ratifier l'acte¹⁴⁵¹. Si le vice n'est pas réparé dans le délai, le tribunal n'entrera pas en matière¹⁴⁵².

Si la capacité d'ester fait défaut à la partie défenderesse, le tribunal devra également fixer un délai à la partie demanderesse pour rectifier le vice, en indiquant qui assure la représentation légale de la partie défenderesse¹⁴⁵³. Si celle-ci n'a pas de représentant·e légal·e, la procédure devra être suspendue dans l'attente d'en désigner un·e¹⁴⁵⁴. 669

Une décision rendue à l'encontre d'une partie dépourvue de la capacité d'ester et non représentée légalement est nulle¹⁴⁵⁵. 670

le discernement, et ne peut être représentée légalement car le droit strictement personnel invoqué est absolu (voir N 662). En procédure de divorce, le Tribunal fédéral admet toutefois que, lorsqu'une des parties perd sa capacité de discernement en cours de procédure, la procédure se poursuit si rien ne laisse penser que la volonté de divorcer ne s'est pas sérieusement modifiée – alors même que la demande en divorce est considérée comme un droit strictement personnel absolu (ATF 116 II 385, JdT 1993 I p. 611 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 9).

¹⁴⁴⁹ Un délai peut être octroyé pour rectifier un vice uniquement si celui-ci est involontaire (ATF 142 V 152 cons. 4 ; arrêt du TF 5A_395/2019 du 16 décembre 2019 cons. 6.1 ; arrêt du TF 5D_142/2017 du 24 avril 2018 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_460/2017 du 8 août 2017 cons. 3.3.2 ; BOHNET, Note 5D_142/2017, p. 359).

¹⁴⁵⁰ CR CPC-BOHNET, art. 59 N 79 ; BOHNET, Défenses, p. 280 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 N 18 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 7 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 36 s. ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 4. Pour un exemple, voir arrêt du TF 4F_9/2021 du 19 juillet 2021.

¹⁴⁵¹ ATF 112 II 102 cons. 2 ; CR CPC-BOHNET, art. 59 N 79 ; BOHNET, Défenses, p. 280 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 N 18 ; SHK ZPO-FISCHER, art. 67 N 2 ; HOHL, Tome I, N 746 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 17 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 5 ; *contra* : JACQUEMOUD-ROSSARI, p. 79 s. Pour un exemple, voir arrêt du TF 4F_9/2021 du 19 juillet 2021.

¹⁴⁵² CR CPC-BOHNET, art. 59 N 79 ; BOHNET, Défenses, p. 280 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 N 18 ; SHK ZPO-FISCHER, art. 67 N 2. Pour un exemple, voir arrêt du TF 4F_9/2021 du 19 juillet 2021.

¹⁴⁵³ BOHNET, Défenses, p. 280 s.

¹⁴⁵⁴ BOHNET, Défenses, p. 281.

¹⁴⁵⁵ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 67 N 19 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 7 (qui se réfère à l'ATF 81 I 139 cons. 5, JdT 1956 I p. 318, dans lequel le Tribunal fédéral souligne que les règles visant à protéger en justice les personnes physiques dépourvues de l'exercice des droits civils se rattachent à l'ordre public) ; voir également JÉQUIER, Tiers, N 157.

- 671 Il peut arriver que la capacité d’ester d’une partie disparaisse durant le procès. S’il s’agit d’une personne physique qui perd sa capacité de discernement, le tribunal devra en informer l’autorité de protection de l’adulte (art. 69 al. 2 CPC), qui nommera un·e représentant·e légal·e¹⁴⁵⁶. Si un organe d’une personne morale vient à manquer, les mesures présentées aux N 666 ss pourront être prises. Dans tous les cas, le tribunal pourra ordonner la suspension de la procédure si nécessaire (art. 126 CPC)¹⁴⁵⁷.
- 672 Si la capacité d’ester d’une partie fait débat, elle lui est reconnue jusqu’à ce que le tribunal statue sur cette question¹⁴⁵⁸. Si la problématique de l’exercice des droits civils est au cœur du procès, elle concerne tant la recevabilité que le droit de fond ; il s’agit dans ce cas d’un fait de double pertinence¹⁴⁵⁹.

IV. Synthèse du chapitre 7

- 673 Le chapitre 7 a permis de déterminer qui peut être représenté dans le procès civil.
- 674 Après avoir défini la notion de représenté·e, nous avons démontré que seule une partie au procès (qui peut être un·e *Prozessstandschafter·in*) a la possibilité d’être représentée conventionnellement, à l’exclusion des autres participant·e·s à la procédure.
- 675 Les deux capacités que doit posséder une partie pour être représentée – la capacité d’être partie et la capacité d’ester – ont ensuite été examinées. Nous avons commencé par définir ces deux concepts. Les différentes entités possédant ces deux capacités ont ensuite été énumérées en détail, pour terminer avec les conséquences procédurales résultant d’une absence de ces capacités.

¹⁴⁵⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 18 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 10. D’après le Tribunal fédéral, si une personne physique, avant de perdre le discernement, avait octroyé des pouvoirs de représentation à un·e avocat·e et avait convenu que ces pouvoirs subsisteraient en cas de perte de discernement, l’avocat·e peut toutefois valablement ouvrir action (ATF 132 III 222, JdT 2006 I p. 252).

¹⁴⁵⁷ SHK ZPO-FISCHER, art. 67 N 2 ; CR CPC-JEANDIN, art. 67 N 19.

¹⁴⁵⁸ ATF 118 Ia 236 cons. 3a ; arrêt du TF 5A_823/2022 du 17 mai 2023 cons. 1.1 ; arrêt du TF 5A_1049/2020 du 28 mai 2021 cons. 1.2.2 ; arrêt du TF 5A_841/2012 du 7 mars 2013 cons. 1.2 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 24 ; SUTTER-SOMM, N 185.

¹⁴⁵⁹ PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 24 ; SCHUMANN, p. 415 ; SUTTER-SOMM, N 185, qui renvoie au N 175 du même ouvrage.

À cet égard, on retiendra en particulier que les définitions de la capacité d'ester qui sont généralement proposées sont imprécises. Nous plaidons donc pour une nouvelle définition de ce concept, à savoir « la capacité de décider, sur le plan matériel, de la marche de la procédure »¹⁴⁶⁰. 676

¹⁴⁶⁰ Voir N 636.

Chapitre 8 : Représentant·e

I. Notion

En procédure, un·e représentant·e est une personne ayant reçu d'une partie au procès des pouvoirs de représentation¹⁴⁶¹. Ces pouvoirs l'autorisent à effectuer et/ou à réceptionner des actes de procédure au nom et pour le compte de la partie, de sorte que ces actes produisent directement leurs effets dans la sphère juridique de celle-ci¹⁴⁶². 677

Sur la question de savoir si plusieurs parties peuvent être représentées par la même personne, respectivement si une partie peut être représentée par plusieurs personnes, voir N 567. 678

II. Capacité de postuler

Pour représenter valablement, un·e représentant·e doit avoir la capacité de postuler¹⁴⁶³ (*Postulationsfähigkeit, capacità di procedere con atti proprii ou capacità di postulare* ; parfois également en français capacité de procéder ou capacité de revendiquer¹⁴⁶⁴). Celle-ci est indissociable des deux autres capacités (d'être partie et d'ester) connues en procédure civile suisse¹⁴⁶⁵. 679

Pour comprendre cette notion, nous en présenterons un historique succinct (A), puis entreprendrons de la définir (B), d'en déterminer les conditions (C) et d'exposer les conséquences lorsqu'elle fait défaut (D). 680

Tant les parties que les représentant·e·s peuvent avoir la capacité de postuler¹⁴⁶⁶. Sa définition est la même pour les deux. En cas de représentation, il suffit que 681

¹⁴⁶¹ ROSENBERG, Lehrbuch, p. 129.

¹⁴⁶² ROSENBERG, Lehrbuch, p. 129 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 5 ; voir également URECH, p. 56 ; WYSS, p. 48 ; comp. avec la définition de la représentation conventionnelle proposée au N 164.

¹⁴⁶³ JEANDIN, p. 17.

¹⁴⁶⁴ BOHNET, Parties et capacité, p. 80 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 278. L'expression « capacité de revendiquer » est en particulier utilisée par HABSCHIED (voir HABSCHIED, Droit judiciaire, p. 184 ss).

¹⁴⁶⁵ Voir N 697 ss et N 705 ss.

¹⁴⁶⁶ PERCASSI, Capacité de postuler, p. 278 ; voir également arrêt de la CJ/GE ACJC/1766/2020 du 8 décembre 2020 cons. 2.1.2 ; CR CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 2 ; MEIER I., p. 156 ss ; SUTTER-SOMM, N 186.

la représentante ou le représentant ait la capacité de postuler ; il importe peu de savoir si la partie représentée la possède également¹⁴⁶⁷.

682 Précisons que la partie capable de postuler qui nomme un·e représentant·e ne perd pas sa capacité de postuler¹⁴⁶⁸. Celle-ci ne se transfère pas¹⁴⁶⁹. De ce fait, la partie garde la faculté d'effectuer elle-même des actes de procédure¹⁴⁷⁰.

A. Bref historique

683 La notion de capacité de postuler que l'on connaît en procédure civile suisse trouve sa source en droit allemand¹⁴⁷¹. BOHNET relève que WACH a été le premier auteur à l'examiner en détail, et que son analyse sera reprise par HELLWIG et ROSENBERG¹⁴⁷².

684 Il convient de relever que le droit français connaît la notion de « postulation », qui désigne le fait d'« assurer la représentation obligatoire d'une partie devant une juridiction »¹⁴⁷³. Il n'y a pas de postulation lorsque la représentation est facultative¹⁴⁷⁴. La postulation est une activité réservée aux avocat·e·s¹⁴⁷⁵. Ce concept, bien que proche de la capacité de postuler connue en droit suisse, ne se confond pas avec elle. Contrairement à la postulation, la capacité de postuler

¹⁴⁶⁷ Stein/Jonas-JACOBY, § 78 N 7.

¹⁴⁶⁸ Arrêt du TF 4A_124/2018 du 27 avril 2018 cons. 2.2 ; BSK BGG-MERZ, art. 40 N 12 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 278 s. ; PERCASSI, Note 4A_124/2018, p. 408 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 7 ; *contra* : arrêt de l'OG/ZH NP150028 du 5 avril 2016 cons. 3.2.1 ; arrêt de l'OG/ZH PS120186 du 16 janvier 2013 cons. 4 ; arrêt de la CS/BE ZK 12 51 du 19 avril 2012 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 3.

¹⁴⁶⁹ Arrêt du TF 4A_124/2018 du 27 avril 2018 cons. 2.2 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 279 ; PERCASSI, Note 4A_124/2018, p. 408 ; *contra* : arrêt de l'OG/ZH NP150028 du 5 avril 2016 cons. 3.2.1 ; arrêt de l'OG/ZH PS120186 du 16 janvier 2013 cons. 4 ; arrêt de la CS/BE ZK 12 51 du 19 avril 2012 ; HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.4 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 3.

¹⁴⁷⁰ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 30 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 7 ; FHB ZPO-JAKOB, N 11.2 ; BSK BGG-MERZ, art. 40 N 12 ; OFK ZPO-MORF, art. 68 N 6a ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 279 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 3 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 7.

¹⁴⁷¹ BOHNET, Parties et capacité, p. 77 s.

¹⁴⁷² BOHNET, Parties et capacité, p. 77 s.

¹⁴⁷³ Arrêt de la 2^e chambre civile de la Cour de cassation n°14-29.185 du 28 janvier 2016 ; voir également BORTOLUZZI/PIAU/WICKERS, N 622.141 ; CADIET/JEULAND, N 498 nbp 94

¹⁴⁷⁴ Arrêt de la 2^e chambre civile de la Cour de cassation n°14-29.185 du 28 janvier 2016 ; voir également BORTOLUZZI/PIAU/WICKERS, N 622.141.

¹⁴⁷⁵ BORTOLUZZI/PIAU/WICKERS, N 622.151.

concerne autant la partie que la personne qui la représente¹⁴⁷⁶ et n'est pas restreinte aux cas de représentation obligatoire.

La capacité de postuler est étudiée tard en Suisse. Les premiers auteurs de doctrine à l'analyser sont BUCHER en 1976 (qui relève notamment qu'une personne mineure – et donc incapable d'ester – peut avoir la capacité de postuler)¹⁴⁷⁷ et GULDENER en 1979¹⁴⁷⁸. Cet intérêt tardif pour la capacité de postuler est peut-être dû au fait que cette notion n'a pas la même importance en Suisse qu'en Allemagne. En droit allemand, la capacité de postuler est un principe essentiel, indissociable du *Parteiprozess*, de l'*Anwaltsprozess* et de l'*Anwaltszwang* (voir N 541). En Suisse, ces trois concepts ne sont pas utilisés ; en particulier, il n'y a pas d'*Anwaltszwang* à proprement parler en procédure civile (voir N 447 ss).

S'agissant de la jurisprudence, le Tribunal fédéral évoque la capacité de postuler pour la première fois en 1934¹⁴⁷⁹, puis la mentionne à nouveau en 1961¹⁴⁸⁰ et en 1976¹⁴⁸¹. Ce n'est toutefois qu'en 2005 qu'il examine véritablement cette notion, dans l'ATF 132 I 1¹⁴⁸². Cet arrêt donne une définition de la capacité de postuler et indique que celle-ci fait partie de la capacité d'ester¹⁴⁸³.

Au milieu des années 2000, le concept de capacité de postuler commence à être utilisé dans les cas de conflits d'intérêts des avocat·e·s¹⁴⁸⁴. Depuis lors, le Tribunal fédéral¹⁴⁸⁵ et la doctrine (principalement romande)¹⁴⁸⁶ évoquent régulièrement la capacité de postuler en lien avec cette problématique. Il est

¹⁴⁷⁶ Voir N 681.

¹⁴⁷⁷ BK-BUCHER, art. 12 N 26.

¹⁴⁷⁸ GULDENER, p. 132 ss.

¹⁴⁷⁹ ATF 60 I 31 cons. 2. En comparaison, la capacité d'ester est déjà mentionnée dans la jurisprudence fédérale en 1881 (ATF 7 I 621 cons. 2 ; ATF 7 I 695) et la capacité d'être partie en 1887 (ATF 13 I 210 cons. 2).

¹⁴⁸⁰ ATF 87 I 73 cons. 6b.

¹⁴⁸¹ ATF 102 Ia 23.

¹⁴⁸² Cons. 3.2 et 3.3.

¹⁴⁸³ Cons. 3.2 : « *Die Postulationsfähigkeit ist Teil der Prozessfähigkeit* ». Cette jurisprudence a été confirmée dans l'arrêt du TF 5A_469/2019 du 17 novembre 2020 cons. 1.2.1.

¹⁴⁸⁴ La première décision du Tribunal fédéral laissant entendre que l'existence d'un conflit d'intérêts est un problème de capacité de postuler de l'avocat·e date de 2004 (arrêt du TF 2A.293/2003 du 9 mars 2004 ; la capacité de postuler figure comme objet de cet arrêt).

¹⁴⁸⁵ Voir, parmi de nombreux arrêts, ATF 141 IV 257 (procédure pénale) ; ATF 138 II 162 cons. 2.5 ; arrêt du TF 5A_124/2022 du 26 avril 2022 cons. 4.1.1 ; arrêt du TF 2C_885/2010 du 22 février 2011 cons. 3.1 et 3.4 ; arrêt du TF 4A_349/2015 du 5 janvier 2016 cons. 1.

¹⁴⁸⁶ Voir par exemple BOHNET/MARTENET, N 1144 et 1465 ; GRODECKI/JEANDIN ; Voir également, dans la doctrine italophone, Commentario CPC-TREZZINI, art. 67 N 15.

donc désormais établi qu'un·e avocat·e pris·e dans un conflit d'intérêts n'est pas capable de postuler¹⁴⁸⁷.

B. Définition

688 La capacité de postuler est une notion exclusivement procédurale¹⁴⁸⁸. Elle concerne la réalisation d'actes de procédure formellement valables¹⁴⁸⁹. En d'autres termes, elle permet de donner aux actes la forme requise pour produire un effet en procédure¹⁴⁹⁰. De ce fait, elle peut être définie de la façon suivante :

« la capacité d'accomplir, sur le plan formel, les actes de procédure¹⁴⁹¹ »

¹⁴⁸⁷ Selon la formule utilisée par le Tribunal fédéral, un·e avocat·e pris·e dans un conflit d'intérêts « doit se voir dénier par l'autorité la capacité de postuler » (ATF 138 II 162 cons. 2.5.1 ; arrêt du TF 5A_124/2022 du 26 avril 2022 cons. 4.1.1 ; arrêt du TF 4A_349/2015 du 5 janvier 2016 cons. 1.3). BOHNET/MARTENET sont les premiers à avoir utilisé le verbe « dénier » en lien avec la capacité de postuler (BOHNET/MARTENET, N 1144 et 1465). Il faut comprendre par cette expression que le tribunal doit constater l'incapacité de postuler de l'avocat·e pris·e dans un conflit d'intérêts.

¹⁴⁸⁸ BOHNET, Parties et capacité, p. 80. La capacité de postuler n'a pas d'équivalent en droit matériel, contrairement aux capacités d'être partie et d'ester qui sont indissociables des concepts de jouissance et d'exercice des droits civils (voir N 606 et 639).

¹⁴⁸⁹ ATF 147 III 351 cons. 6.2.1 ; BOHNET, Parties et capacité, p. 78 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 2 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 278.

¹⁴⁹⁰ BOHNET, Parties et capacité, p. 78 ; BERGERFURTH, N 26 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 684.

¹⁴⁹¹ Arrêt du TC/JU ADM 182/2022 du 9 mai 2023 cons. 1.3.3 ; arrêt de la CJ/GE ACJC/1766/2020 du 8 décembre 2020 cons. 2.1.2 ; BOHNET, Parties et capacité, p. 82 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 279 ; voir également, pour des définitions proches, ATF 147 III 351 cons. 6.2.1 ; ATF 102 Ia 23 cons. 2 ; arrêt du TF 5A_407/2021 du 6 mai 2022 cons. 1.2.1 ; GULDENER, p. 132 ; HABSCHIED, Zivilprozessrecht, N 274 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 2 ; DONZALLAZ, art. 40 N 762 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 24 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 1. À noter que des définitions plus détaillées, mais dont le sens n'est pas fondamentalement différent, sont parfois proposées. Ainsi, AUBRY GIRARDIN considère la capacité de postuler comme « l'aptitude à défendre de manière autonome ses droits devant le Tribunal, à présenter des conclusions et à prendre position par écrit ou oralement » (Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 41 N 9) alors que MORF la conçoit comme « [die] Berechtigung im Prozess Anträge zu stellen sowie Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen » (OFK ZPO-MORF, art. 67 N 1a). Voir également ATF 132 I 1, qui définit la capacité de postuler comme « la faculté, devant les tribunaux, d'exercer les droits prévus par le droit procédural, de déposer des requêtes procédurales, de présenter des plaidoiries écrites ou orales, etc. ».

Cette définition correspond dans une large mesure aux descriptions de la capacité de postuler que l'on trouve dans la jurisprudence et la doctrine allemandes, à savoir, « *die Befähigung zum persönlichen prozessualen Handeln* »¹⁴⁹², « *die Fähigkeit, in eigener Person rechtswirksam prozessual zu handeln* »¹⁴⁹³, ou encore « *die rein technische Fertigkeit, dem prozessualen Handeln die von der Prozessordnung verlangte und darum allein rechtserhebliche Erscheinungsform zu geben* »¹⁴⁹⁴.

Ce concept n'est pas toujours très bien compris. Il est parfois confondu avec la capacité d'ester¹⁴⁹⁵ (définie comme la capacité de décider, sur le plan matériel, de la marche de la procédure ; voir N 630 ss) ou considéré comme un synonyme de *Prozessführungsbefugnis*¹⁴⁹⁶ (qualité pour agir).

¹⁴⁹² Stein/Jonas-JACOBY, § 78 N 7.

¹⁴⁹³ KRÜGER/RAUSCHER-TOUSSAINT, § 78 N 1 ; ZUCK, p. 501 ; arrêt de la BGH AnwZ (Brfg) 58/11 N 3 ; arrêt de la BGH VIII ZB 111/11 N 5.

¹⁴⁹⁴ ROSENBERG, Stellvertretung, p. 684 ; voir également BERGERFURTH, N 26.

¹⁴⁹⁵ Par exemple, HRUBESCH-MILLAUER donne une définition de la capacité d'ester qui correspond à celle de la capacité de postuler (DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 1) ; TENCHIO indique qu'elle permet « de prendre les décisions procédurales » (« *die prozessualen Entscheidungen zu fällen* » ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 3), alors que cette faculté est rattachée à la capacité d'ester. Dans un arrêt de 2011, le Tribunal fédéral définit la capacité de postuler comme « la faculté de mener soi-même le procès ou de désigner soi-même un mandataire qualifié pour le faire » (arrêt du TF 5A_441/2011 du 16 décembre 2011 cons. 1.2.2.), alors qu'il s'agit de la définition généralement proposée pour la capacité d'ester (erreur relevée par BOHNET, Parties et capacité, p. 80 ; on constate la même inadvertance de la part de CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 3). Voir également les arrêts du TF 4D_16/2020 du 17 mars 2020 et 1C_132/2020 du 18 mars 2020, dans lesquels le Tribunal fédéral utilise l'expression « capacité de procéder » alors que ces affaires concernaient un problème de capacité d'ester, les recourants étant restreints dans l'exercice de leurs droits civils.

¹⁴⁹⁶ Voir arrêt du TF 4A_23/2014 du 8 juillet 2014 cons. 2 ; arrêt du TF 4A_163/2014 du 16 juin 2014 cons. 2 ; BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 12 N 23 (titre 3) ; OFK ZPO-MORF, art. 67 N 1a ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 1. La qualité pour agir correspond à la qualité pour affirmer un droit en justice (BOHNET, Prozessführungsrecht, p. 484 ; HABSCHIED, Zivilprozessrecht, N 276). Elle appartient à toute personne qui prétend être elle-même titulaire du droit qu'elle invoque en justice (BOHNET, Prozessführungsrecht, p. 472, 476 et 483 s. ; HABSCHIED, Zivilprozessrecht, N 276). Au sujet de la distinction entre qualité pour agir et légitimation, voir N 154 s.

C. Conditions

691 Quatre conditions doivent être réunies pour qu'un·e représentant·e ait la capacité de postuler : être autorisé·e à représenter par les lois de procédure (1), avoir la capacité d'être partie (2), avoir la capacité d'ester (3) et ne pas être dans l'incapacité manifeste de procéder personnellement (4).

692 À noter qu'une partie de la doctrine¹⁴⁹⁷ et certaines jurisprudences cantonales¹⁴⁹⁸ indiquent qu'un·e représentant·e doit être au bénéfice d'une procuration pour avoir la capacité de postuler¹⁴⁹⁹. Cette affirmation est erronée pour deux raisons :

- premièrement, la capacité de postuler – à l'instar des capacités d'être partie et d'ester¹⁵⁰⁰ – est un attribut de la personne¹⁵⁰¹. La partie ne peut donc pas les influencer¹⁵⁰². La situation est différente pour la procuration : l'octroi de pouvoirs de représentation est une manifestation de volonté unilatérale¹⁵⁰³. La partie peut librement choisir de donner ou de retirer la procuration à la personne qui la représente ;
- deuxièmement, les actes faits par une personne incapable de postuler ne peuvent pas être ratifiés par la partie¹⁵⁰⁴. Comme le relève GULDENER,

¹⁴⁹⁷ BOHNET/JÉQUIER, *Entreprise et personne morale*, N 88 ; BK ZPO-ZINGG, art. 59 N 62 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 24 ; voir également PC CPC-MAY CANELLAS, art. 67 N 2 ; FUX, p. 56 ; HALDY, p. 538 ; SARBACH, p. 184 ; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 10 N 7 ss (le titre *Prozessvollmacht* se trouve dans le chapitre *Postulationsfähigkeit*).

¹⁴⁹⁸ Arrêt de l'OG/ZH NA120021 du 2 juillet 2012 cons. 2 ; arrêt du Tribunal de district de Sierre du 20 décembre 1985 cons. 2, RVJ 1985 p. 220.

¹⁴⁹⁹ L'opinion inverse prévaut en droit allemand, où l'on considère la capacité de postuler et la procuration comme bien distinctes (Stein/Jonas-JACOBY, § 88 N 1 ; ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 685 ss ; voir également arrête de la BGH V ZB 35/17, V ZB 36/17, V ZB 37/17 et V ZB 38/17 N 6).

¹⁵⁰⁰ BEINERT, p. 5 ; BOHNET, *Parties et capacité*, p. 76.

¹⁵⁰¹ Arrêt du TC/JU ADM 182/2022 du 9 mai 2023 cons. 1.3.3 ; BEINERT, p. 5 ; PERCASSI, *Capacité de postuler*, p. 284. Il est intéressant de relever que WILLISEGGER qualifie les capacités de *Statusrechte*, à savoir des droits liés au statut de la partie en procédure (WILLISEGGER, p. 64).

¹⁵⁰² PERCASSI, *Capacité de postuler*, p. 284.

¹⁵⁰³ Voir N 276.

¹⁵⁰⁴ GULDENER, p. 286 nbp 30 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 19 ; dans ce sens également : arrêt du TF 5A_309/2014 du 5 novembre 2014 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_589/2010 du 3 novembre 2010 cons. 1.3.1 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 7 ; ZK-KLEIN, Intro. art. 32-40 N 114 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 68 N 44 s. Plusieurs sources indiquent néanmoins, peut-être par inadvertance, qu'un acte déposé par une personne incapable de postuler peut être ratifié (arrêt de la CJ/GE ACJC/1766/2020 du 8 décembre 2020

la loi détermine quelles personnes sont autorisées à représenter des parties – et donc capables de postuler – dans un but d'intérêt public¹⁵⁰⁵. De ce fait, la partie ne peut pas décider, par ratification, de faire produire des effets aux actes d'une personne incapable de postuler¹⁵⁰⁶. À l'inverse, les actes faits par un·e représentant·e sans pouvoirs, mais capable de postuler peuvent être ratifiés¹⁵⁰⁷.

1. Autorisation à représenter

Pour avoir la capacité de postuler, un·e représentant·e doit être une personne habilitée par la loi à représenter des parties en justice¹⁵⁰⁸. 693

Des dispositions contenues dans les lois fédérales de procédure (art. 68 al. 1 et 2 CPC, 40 al. 1 LTF et 29 al. 1 LTFB) déterminent les catégories de représentant·e·s autorisé·e·s. 694

Les conditions à remplir pour faire partie de l'une de ces catégories sont ensuite prévues soit dans la législation fédérale (ainsi, les conditions pour être un·e représentant·e professionnel·le au sens de l'art. 27 LP sont prévues par le droit fédéral¹⁵⁰⁹), soit dans la législation cantonale (par exemple, l'accès à la profession d'agent·e d'affaires breveté·e vaudois·e est réglementé dans la législation vaudoise¹⁵¹⁰), soit dans les deux (c'est le cas pour les avocat·e·s : la LLCA pose les exigences minimales pour accéder à cette profession, et les cantons précisent ces conditions¹⁵¹¹). 695

Les personnes autorisées à pratiquer la représentation et les conditions leur permettant d'exercer la représentation sont présentées en détail aux N 772 ss. 696

cons. 2.1.2 ; décision du TD de Sierre du 20 décembre 1985 dans la cause I. M. et M.L.P. c/ V.M cons. 3, RVJ 1985 p. 220 ; CR CPC-BOHNET, art. 59 N 82 ; BOHNET, Défenses, p. 282 ; BOHNET/CONOD, Bail et procédure, N 38. À ce sujet, voir également npb 1554).

¹⁵⁰⁵ GULDENER, p. 286 nbp 30. À ce sujet, voir N 768 ss.

¹⁵⁰⁶ GULDENER, p. 286 nbp 30.

¹⁵⁰⁷ Voir N 320 ss.

¹⁵⁰⁸ PERCASSI, Capacité de postuler, p. 283 ; BK ZPO-ZINGG, art. 59 N 62 ; voir également arrêt du TF 4A_87/2012 du 10 avril 2012 cons. 3.2.3 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 10 ; PERCASSI, Actes, p. 101.

¹⁵⁰⁹ Voir N 879 ss.

¹⁵¹⁰ Voir N 859 ss.

¹⁵¹¹ Voir N 800.

2. Capacité d'être partie

- 697 La capacité d'être partie est une condition pour avoir la capacité d'ester¹⁵¹², qui elle-même est une condition pour avoir la capacité de postuler¹⁵¹³. Autrement dit, seule une personne capable d'être partie peut avoir la capacité de postuler¹⁵¹⁴.
- 698 La capacité d'être partie appartient avant tout aux entités dotées de la personnalité juridique¹⁵¹⁵. Dans ce contexte, on peut se demander si la représentation conventionnelle ne peut être assurée que par une personne physique ou si elle peut aussi être le fait d'une personne morale.
- 699 La représentation par une personne morale est autorisée dans le cadre de la représentation au sens des art. 32 ss CO¹⁵¹⁶. En procédure, une partie de la doctrine considère cependant que seule une personne physique peut représenter conventionnellement une partie¹⁵¹⁷.
- 700 À notre avis, la réponse à cette question est différente selon les types de représentant·e·s. En ce qui concerne la représentation professionnelle, elle doit, dans la plupart des procédures, être assurée par une personne remplissant des conditions de formation, parfois également de probité. Or seule une personne physique peut satisfaire ces exigences.
- 701 De ce fait, les avocat·e·s, les agent·e·s d'affaires et agent·e·s juridiques breveté·e·s, les mandataires professionnellement qualifié·e·s, les conseils en brevet et les avocat·e·s-stagiaires – qui sont soumis·es à de telles conditions¹⁵¹⁸

¹⁵¹² BOHNET, Parties et capacité, p. 76 *in fine* ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 1 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 280 ; BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 1 ; voir N 638.

¹⁵¹³ N 706 ss.

¹⁵¹⁴ PERCASSI, Capacité de postuler, p. 280.

¹⁵¹⁵ Voir N 606 ss.

¹⁵¹⁶ BUCHER, Obligationenrecht, p. 600 ; ZK-KLEIN, art. 32 N 2.

¹⁵¹⁷ SHK ZPO-AFFENTRANGER, art. 68 N 2 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 2 ; FHB ZPO-JAKOB, N 11.3 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 1a ; voir également arrêt de l'OG/ZH PD110004 du 19 mai 2011 cons. 1 ; arrêt du HG/ZH HG200244 du 18 mai 2021 cons. II 2.2 ; ATF 143 III 28 cons. 2.2.2 ; *contra* : arrêt de la CS/BE ZK 11 184 du 16 mai 2011 IV cons. 15, CAN 2012 Nr. 2 p. 18 (dans lequel l'*Obergericht* bernois admet qu'une personne morale peut représenter à titre non professionnel dans le cadre des art. 68 al. 2 let. c CPC et 27 LP) ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 24 (qui indique que les mandataires professionnellement qualifié·e·s peuvent être des personnes physiques ou morales) ; HALDY, p. 535 (qui considère que les représentant·e·s en procédure peuvent être des personnes morales, sauf les avocat·e·s).

¹⁵¹⁸ Voir notamment N 799 ss (avocat·e·s ; l'arrêt du TF 2C_372/2020 du 26 novembre 2020 souligne que seul·e·s des avocat·e·s, et non des études organisées sous forme de personne

– sont à notre avis nécessairement des personnes physiques¹⁵¹⁹. En revanche, les représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 27 LP, qui doivent uniquement avoir l'exercice des droits civils pour pratiquer la représentation en justice¹⁵²⁰, peuvent être des personnes physiques ou morales¹⁵²¹.

Quant à la représentation non professionnelle, elle nécessite un lien particulier entre la partie et la personne qui la représente. Il n'est pas certain qu'un tel lien puisse être admis entre une partie et une personne morale. De ce fait, nous rejoignons les auteur·e·s qui considèrent que seule une personne physique peut représenter à titre non professionnel¹⁵²². 702

Même lorsque la représentation doit être assurée par une personne physique, la partie peut conclure le contrat de mandat sous-jacent avec une personne morale (par exemple une étude d'avocat·e·s organisée sous forme de société anonyme)¹⁵²³. La procuration devra en revanche être octroyée à une personne physique exerçant au sein de la personne morale¹⁵²⁴. 703

Pour des détails au sujet de la capacité d'être partie, nous renvoyons aux N 603 ss. 704

morale, peuvent se faire inscrire au registre cantonal [cons. 4.1]. Or l'inscription au registre est une condition pour pratiquer la représentation s'agissant de certaines catégories d'avocat·e·s [N 800 et N 801 ; voir PC CPC-MAYCANELLAS, art. 68 N 9] ; N 860 ss (agent·e·s d'affaires et agent·e·s juridiques breveté·e·s), N 915 ss (mandataires professionnellement qualifié·e·s), N 935 ss (conseils en brevet) et N 953 ss (avocat·e·s stagiaires).

¹⁵¹⁹ Dans ce sens : arrêt du TC/JU du 12 avril 1994, RJJ 1994 p. 191 ; *contra* : CR CPC-BOHNET, art. 68 N 24 (qui indique que les mandataires professionnellement qualifié·e·s peuvent être des personnes physiques ou morales) ; HALDY, p. 535 (qui considère seul·e·s les avocat·e·s sont nécessairement des personnes physiques) ; voir également FELLMANN, Anwaltsrecht, N 92 (selon lequel la capacité de postuler devrait être reconnue aux études d'avocat·e·s organisées sous la forme d'une personne morale).

¹⁵²⁰ Art. 27 al. 1 LP ; voir N 879.

¹⁵²¹ Message art. 27 LP, FF 2014 p. 8509 s. ; arrêt du KG/GR KSK 18 88 du 10 septembre 2019 cons. 4.1 ; BSK SchKG EB-STAEHELIN, art. 27 ad N 1 let. c ; BSK SchKG I-WALTHER, art. 27 N 9 et 17 ; TAPPY, CPC et LP, nbp 105 ; voir toutefois, dans le canton de Glaris, art. 15 al. 1 EG ZPO/GL.

¹⁵²² HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.4 ; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer et procédure civile, N 149 ; PÜNTENER, N 249 ; *contra* : arrêt de la CS/BE ZK 11 184 du 16 mai 2011 IV cons. 15, CAN 2012 Nr. 2 p. 18.

¹⁵²³ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 9 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 14b.

¹⁵²⁴ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 9 ; HALDY, p. 537 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 14b.

3. Capacité d’ester

- 705 Ni le CPC ni la LTF n’indiquent que la capacité d’ester est une condition pour avoir la capacité de postuler. Toutefois, le Tribunal fédéral¹⁵²⁵ et une partie de la doctrine¹⁵²⁶ considèrent que la capacité de postuler « fait partie » de la capacité d’ester. Il faut ainsi comprendre qu’en l’absence de véritable *Vertretungszwang* en procédure civile suisse, toute partie capable d’ester est généralement capable de postuler¹⁵²⁷.
- 706 Faut-il en déduire que la capacité de postuler ne peut pas exister sans la capacité d’ester – c’est-à-dire que la deuxième est une condition pour avoir la première ? À notre avis, la réponse à cette question est positive¹⁵²⁸, pour les deux raisons suivantes.
- 707 Premièrement, on imagine difficilement qu’une personne incapable d’ester – c’est-à-dire dépourvue de l’exercice des droits civils, par exemple une personne mineure ou assujettie à une curatelle de portée générale – puisse représenter une partie dans un procès¹⁵²⁹. Historiquement cependant, cette possibilité était admise. WACH considérait ainsi en 1885 qu’une personne ne possédant pas l’exercice des droits civils pouvait avoir la capacité de postuler¹⁵³⁰. En 1976, BUCHER exprimait le même avis¹⁵³¹. Précisons également qu’en droit des obligations (art. 32 ss CO), la doctrine retient qu’il suffit qu’une personne

¹⁵²⁵ ATF 132 I 1 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_890/2022 du 27 avril 2023 cons. 4.1.3 ; arrêt du TF 5A_469/2019 du 17 novembre 2020 cons. 1.2.1. À noter que la source citée dans l’ATF 132 I 1 (à savoir BK-UCHER, art. 12 N 26) ne mentionne pas que la capacité de postuler ferait partie de la capacité d’ester.

¹⁵²⁶ Voir par exemple BERTI, Zivilprozessordnung, N 328 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 3 ; JEANDIN, p. 13 et 17 ; OFK ZPO-MORF, art. 67 N 1a ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.24 ; MEIER I., p. 156 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 4 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 67 N 3 ; VOGEL, p. 91 ; arrêt du KG/GR ZK1 19 182 du 27 janvier 2020 cons. 3.1.

¹⁵²⁷ BOHNET, Parties et capacité, p. 80 ; VOGEL, p. 91 ; dans ce sens également : DONZALLAZ, art. 40 N 762.

¹⁵²⁸ PERCASSI, Capacité de postuler, p. 280 s. À noter que certaines sources indiquent qu’un·e représentant·e conventionnel·le doit avoir la capacité d’ester, sans toutefois mentionner de lien avec la capacité de postuler (Stein/Jonas-JACOBY, § 79 N 9 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 17 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 4).

¹⁵²⁹ BOHNET, Parties et capacité, p. 78 ; BOHNET, Professions, N 11 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 280 ; *contra* : BK-UCHER, art. 12 N 28

¹⁵³⁰ WACH, p. 606.

¹⁵³¹ BK-UCHER, art. 12 N 28. Il précise qu’un·e mineur·e incapable d’ester pourrait se voir confier la conduite de sa propre affaire par la personne assurant sa représentation légale.

possède la capacité de discernement (et pas nécessairement le plein exercice des droits civils) pour représenter un tiers¹⁵³².

Deuxièmement, l'art. 27 al. 1 LP, qui détermine les conditions permettant de représenter conventionnellement des parties dans les procédures d'exécution forcée et dans les procédures sommaires de l'art. 251 CPC (art. 68 al. 1 let. c CPC), prévoit que la représentation (qu'elle soit professionnelle ou non) doit être assurée par une personne ayant l'exercice des droits civils. Les procédures précitées sont considérées comme étant dans leur majorité peu complexes et ne nécessitant pas de représentation par un·e avocat·e¹⁵³³. Si l'exercice des droits civils – et donc la capacité d'ester – est nécessaire pour ces procédures considérées comme « simples », il doit logiquement en aller de même pour toutes les autres procédures civiles¹⁵³⁴.

On peut également souligner qu'en matière de représentation professionnelle, une partie des représentant·e·s autorisé·e·s doivent, de par la loi, avoir l'exercice des droits civils pour exercer leur profession. C'est le cas des avocat·e·s¹⁵³⁵, des *Sachwalter·innen*¹⁵³⁶, des *Rechtsagent·inn·en*¹⁵³⁷, des agent·e·s d'affaires breveté·e·s vaudois·es¹⁵³⁸ et des avocat·e·s-stagiaires¹⁵³⁹.

Pour des détails au sujet de la capacité d'ester, voir N 628 ss.

4. Absence d'incapacité manifeste à procéder personnellement

Pour qu'une partie ait la capacité de postuler, il ne suffit pas qu'elle ait la capacité d'être partie et la capacité d'ester. Selon les art. 69 al. 1 CPC et 41 al. 1

¹⁵³² CARRON/WESSNER, N 931 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 7 ; FOURNIER, *Imputation*, N 136 ; ZK-KLEIN, art. 32 N 3 ; VON MOOS, N 16 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 41.02 ; BSK OR I-WATTER, art. 32 N 21 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 32 N 130.

¹⁵³³ Message art. 27 LP, FF 2014 p. 8510 ; PERCASSI, *Capacité de postuler*, p. 280 s. ; *contra* : STAEHELIN, *SchKG Vertretung*, p. 18 s. (qui reproduit la position de la Fédération Suisse des avocats au sujet de la modification de l'art. 27 LP).

¹⁵³⁴ PERCASSI, *Capacité de postuler*, p. 281.

¹⁵³⁵ Art. 8 let. a LLCA.

¹⁵³⁶ Art. 9 al. 2 ch. 4 PBR/SG.

¹⁵³⁷ § 19 al. 1 let. a EG SchKG/LU.

¹⁵³⁸ Art. 22 al. 1 ch. 2 LPAg/VD.

¹⁵³⁹ Parmi de nombreux exemples, voir § 6 al. 1 AdvG/BS (renvoi à l'art. 8 LLCA) ; art. 18 al. 1 let. c LAV/FR (renvoi à l'art. 8 LLCA) ; art. 25 let. c LPAv/GE ; art. 14 let. c LAV/NE ; art. 10 al. 1 LAVv/TI (renvoi à l'art. 8 LLCA) et art. 1 let. c RAvv/TI.

LTF, il faut également qu'il n'existe aucune circonstance la faisant apparaître comme manifestement incapable d'agir par elle-même¹⁵⁴⁰.

- 711 Les hypothèses dans lesquelles une partie doit être considérée comme manifestement incapable de postuler ont été présentées au N 507. Pour rappel, une telle incapacité peut notamment résulter de l'analphabétisme de la partie¹⁵⁴¹, de son absence prolongée ou encore d'une atteinte à sa santé¹⁵⁴². En revanche, le dépôt d'un acte lacunaire par une personne sans connaissances juridiques n'est pas un cas d'incapacité de postuler¹⁵⁴³. Il en va de même lorsque l'acte n'est pas conforme aux exigences de motivation légales¹⁵⁴⁴. L'incapacité de postuler ne saurait être admise trop facilement¹⁵⁴⁵.
- 712 Dans la mesure où la notion de capacité de postuler doit être interprétée de manière uniforme, ces principes s'appliquent également pour déterminer si un·e représentant·e a la capacité de postuler¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴⁰ Au sujet des art. 69 al. 1 CPC et 41 al. 1 LTF, voir N 500 ss.

¹⁵⁴¹ Arrêt du TF 1C_223/2022 du 30 janvier 2023 cons. 4.3.2 ; arrêt du TF 6B_1123/2022 du 26 janvier 2023 cons. 2 ; arrêt du TF 6B_971/2020 du 19 janvier 2021 cons. 3 ; arrêt du TF 8C_824/2015 du 19 mai 2016 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_618/2015 du 2 mars 2016 cons. 6.7 ; arrêt du TF 1B_163/2012 du 28 mars 2012 cons. 3 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 3 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 69 N 12.

¹⁵⁴² Arrêt du TF 5A_483/2018 du 23 octobre 2018 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_368/2015 du 2 novembre 2015 cons. 2.2.4 ; DONZALLAZ, art. 41 N 861 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 69 N 3 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 282 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 3.

¹⁵⁴³ Arrêt du TF 5A_483/2018 du 23 octobre 2018 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_618/2015 du 2 mars 2016 cons. 6.7 ; arrêt du TF 4A_45/2014 du 19 mai 2014 cons. 2.2.1 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 69 N 2a et 5 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 4.

¹⁵⁴⁴ Arrêt du TF 6B_563/2020 du 10 juillet 2020 cons. 3 ; arrêt du TF 6B_323/2020 du 4 mai 2020 cons. 6.

¹⁵⁴⁵ Arrêt du TF2C_708/2016 du 24 août 2016 cons. 2.2 ; arrêt du TF 5A_618/2012 du 27 mai 2013 cons. 3.1 ; arrêt du TF 1B_163/2012 du 28 mars 2012 cons. 3.

¹⁵⁴⁶ PC CPC-MAY CANELLAS, art. 68 N 8 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 281 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 69 N 13. STERCHI est plus nuancé : il considère que l'art. 69 al. 1 CPC ne peut s'appliquer aux représentant·e·s que dans le cas où une partie naïve est manipulée par un·e représentant·e incompetent·e, en particulier si la procédure est soumise à la maxime d'office (BK ZPO-STERCHI, art. 69 N 6 ; du même avis : HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.13 ; dans ce sens également : CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 69 N 6).

D. Conséquences d'une incapacité de postuler

1. Principe

Bien qu'elle ne soit pas mentionnée à l'art. 59 CPC, la capacité de postuler est une condition de recevabilité¹⁵⁴⁷. 713

Le tribunal examine d'office si cette exigence est remplie (art. 60 CPC)¹⁵⁴⁸. 714

Une demande déposée par un·e représentant·e incapable de postuler est donc irrecevable¹⁵⁴⁹. Précisons néanmoins que si un acte est signé par une partie capable de postuler *et* par la personne qui la représente sans avoir la capacité de postuler, l'acte est valable et le tribunal peut entrer en matière¹⁵⁵⁰. 715

Avant de prononcer l'irrecevabilité, le tribunal doit toutefois rendre une décision constatant l'incapacité de postuler et fixant un délai à la partie pour rectifier l'irrégularité (art. 132 al. 1 CPC par analogie ; art. 42 al. 5 LTF)¹⁵⁵¹ (nous reviendrons sur les spécificités de cette décision ci-dessous¹⁵⁵²). La partie 716

¹⁵⁴⁷ ATF 147 III 351 cons. 6.2.1 ; arrêt du TF 5A_407/2021 du 6 mai 2022 cons. 1.2.1 ; arrêt du TF 4A_87/2012 du 10 avril 2012 cons. 3.2.3 ; arrêt de la CJ/GE ATAS/271/2022 du 22 mars 2022 cons. 1 ; arrêt de la CJ/GE ACJC/1766/2020 du 8 décembre 2020 cons. 2.1.2 ; arrêt du KG/GR ZK1 19 182 du 27 janvier 2020 cons. 3.1 ; BOHNET, Défenses, p. 282 ; JÉQUIER, Délégation, p. 210 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 68 N 13 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 285 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 2 ; BK ZPO-ZINGG, art. 59 N 62.

¹⁵⁴⁸ Arrêt de la CJ/GE CAPH/64/2023 du 14 juin 2023 cons. 2.1.2 ; arrêt du TF 5A_469/2019 du 17 novembre 2020 cons. 3.2 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 285.

¹⁵⁴⁹ Arrêt de la CJ/GE CAPH/64/2023 du 14 juin 2023 cons. 2.1.2 ; arrêt du TF 4A_87/2012 du 10 avril 2012 cons. 3.2.3 ; arrêt du TC/JU ADM 182/2022 du 9 mai 2023 cons. 1.3.3 ; BOHNET, Parties et capacité, p. 79 ; BOHNET, Défenses, p. 282 ; JÉQUIER, Délégation, p. 210.

¹⁵⁵⁰ Voir par exemple arrêt du TF 5A_450/2021 du 3 mars 2022 cons. 1.2 ; arrêt du TF 5D_55/2021 du 12 avril 2021 cons. 2.

¹⁵⁵¹ ATF 147 III 351 cons. 6.3 ; ATF 142 I 10 ; ATF 139 III 249 cons. 1 ; Arrêt de la CJ/GE CAPH/64/2023 du 14 juin 2023 cons. 2.1.2 ; arrêt du TF 5A_407/2021 du 6 mai 2022 cons. 1.2.1 ; arrêt du TF 4A_87/2012 du 10 avril 2012 cons. 3.2.3 ; arrêt de la CJ/GE ATAS/271/2022 du 22 mars 2022 cons. 1 ; arrêt de la CJ/GE ACJC/1766/2020 du 8 décembre 2020 cons. 2.1.2 ; arrêt de la CS/BE ZK 16 449 du 29 novembre 2016 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 17 ; BOHNET, Parties et capacité, p. 79 ; JÉQUIER, Délégation, p. 210 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 68 N 13 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 284. Il peut aussi arriver qu'une personne annonce au tribunal qu'elle représente une partie, sans encore déposer d'acte. Dans ce cas, la décision du tribunal devra constater l'incapacité de postuler et inviter la partie à désigner un·e autre représentant·e.

¹⁵⁵² Voir N 723 ss.

pourra alors redéposer le même acte (sans modification de son contenu¹⁵⁵³) signé par une personne capable de postuler – c’est-à-dire elle-même ou un·e représentant·e autorisé·e¹⁵⁵⁴. Un délai n’a toutefois pas à être fixé sur la base de l’art. 132 al. 1 CPC ou de l’art. 42 al. 5 LTF en cas de vice volontaire¹⁵⁵⁵.

- 717 Selon la CourEDH, lorsque l’incapacité de postuler d’un·e représentant·e n’est pas manifeste et n’a pas été soulevée précédemment dans la procédure, le tribunal ne peut pas – par économie de procédure – renoncer à la fixation d’un délai et entrer en matière en présumant que la partie redéposera le même acte en y ajoutant sa signature¹⁵⁵⁶.
- 718 Si l’incapacité de postuler concerne la personne qui représente la partie défenderesse, le tribunal devra aussi prononcer une décision constatant l’incapacité de postuler et fixant un délai à la partie pour rectifier l’irrégularité (art. 132 al. 1 CPC par analogie ; art. 42 al. 5 LTF). À défaut de régularisation, l’acte déposé par la partie défenderesse ne sera pas pris en considération.
- 719 Lorsque l’incapacité de postuler d’un·e représentant·e survient en cours de procès, indépendamment du dépôt d’un acte de procédure (par exemple parce que l’avocat·e représentant·e la partie a été radié·e du registre), le tribunal devra également prononcer l’incapacité de postuler et rendre la partie attentive au fait que, pour la suite de la procédure, elle pourra procéder seule ou désigner un·e autre représentant·e.

¹⁵⁵³ Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 17 ; BOHNET, Note *Rivera Vazquez et Calleja Delsordo c. Suisse*, N 12.

¹⁵⁵⁴ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 7 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 285 ; BK ZPOSTERCHI, art. 68 N 19 ; voir également RÜETSCHI/VETTER, p. 82. L’acte de procédure doit être *redéposé* (voir notamment arrêt du TF 4A_70/2020 du 18 juin 2020 cons. 2) ; il n’est pas exact d’utiliser le terme « ratification » à cet égard (sur cette problématique, voir N 692).

¹⁵⁵⁵ Arrêt du TF 5D_142/2017 du 24 avril 2018 cons. 3.1 ; arrêt du TF 5A_460/2017 du 8 août 2017 cons. 3.3.2 ; arrêt du TF 5A_822/2014 du 4 mai 2015 cons. 2.3 ; pour un exemple de cas dans lequel un tribunal a considéré que le vice était volontaire, voir arrêt de l’OG/SO ZKBER.2020.82 du 11 janvier 2021, CAN 2021 Nr. 28 p. 85 (acte signé par une personne incapable de postuler parce que non autorisée à pratiquer la représentation selon l’art. 68 al. 2 CPC).

¹⁵⁵⁶ Arrêt de la CourEDH *Rivera Vazquez et Calleja Delsordo c. Suisse* du 22 janvier 2019, no 65048/13, § 44 ss ; critique : BOHNET, Note *Rivera Vazquez et Calleja Delsordo c. Suisse*, N 12. Dans son jugement, la CourEDH souligne notamment que dans le cas d’espèce, le représentant choisi par les parties paraissait capable de postuler (il s’agissait d’un avocat inscrit au registre, dont l’inaptitude à représenter les parties résultait d’un problème d’indépendance). Les requérants avaient donc été « pris au dépourvu par la tournure imprévisible et inattendue que la décision du Tribunal fédéral de disqualifier leur avocat a donnée à la procédure » (§ 46).

En audience, si un·e représentant·e non autorisé·e se présente seul·e, la partie est défaillante au sens de l'art. 147 al. 1 CPC¹⁵⁵⁷. La conséquence est alors celle de l'art. 147 al. 2 CPC : la procédure suit son cours à moins d'une règle spéciale. 720

S'il s'avère que la partie est elle aussi incapable de postuler, les art. 69 al. 1 CPC et 41 al. 1 LTF s'appliquent à celle-ci (voir N 500 ss). 721

Précisons que dans certains cantons, les personnes exerçant des activités réservées aux avocat·e·s sans y être autorisées peuvent être sanctionnées pénalement¹⁵⁵⁸. Dans une procédure soumise au monopole de l'avocat·e¹⁵⁵⁹, une sanction pénale pourrait donc être prononcée contre une personne incapable de postuler car représentant des parties sans être un·e avocat·e. 722

2. Quelques particularités de la décision concernant la capacité de postuler d'un·e représentant·e¹⁵⁶⁰

a. Autorité compétente

(i) Principe

La décision constatant l'absence de capacité de postuler d'un·e représentant·e et fixant un délai pour remédier au vice est une décision relative à la conduite du procès¹⁵⁶¹. Le tribunal en charge de l'affaire est donc compétent pour la rendre sur la base de l'art. 124 CPC¹⁵⁶². Par ailleurs, la capacité de postuler est une condition de recevabilité¹⁵⁶³ qui doit, d'après l'art. 60 CPC, être examinée par le tribunal en charge de l'affaire¹⁵⁶⁴. 723

¹⁵⁵⁷ Arrêt de l'OG/ZH LA120020 du 20 décembre 2012 cons. 4.3.3 ; BSK ZPO-GOZZI, art. 147 N 8 ; KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY/BRUNNER, art. 147 N 1 ; DK ZPO-MERZ, art. 147 N 12 ; TAPPY, Défaute, N 68.

¹⁵⁵⁸ Voir notamment § 18 EG BGFA/AG ; art. 44 al. 1 let. a LA/BE ; art. 37 AnwG/SG ; art. 29 LAVv/TI ; § 25 AnwG/TG ; art. 18 let. a LPAv/VS.

¹⁵⁵⁹ Sur cette notion, voir N 768 ss.

¹⁵⁶⁰ Sur la question de l'intérêt à recourir contre la décision concernant l'incapacité de postuler d'un·e avocat·e (sujet qui ne sera pas abordé ici), voir MAURON, p. 439 ss.

¹⁵⁶¹ Arrêt de la CJ/GE ATAS/271/2022 du 22 mars 2022 cons. 1 ; JÉQUIER, Délégation, p. 210 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 285.

¹⁵⁶² JÉQUIER, Délégation, p. 205 et 210 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 284.

¹⁵⁶³ N 713.

¹⁵⁶⁴ BOHNET/PERCASSI, Note 5A_485/2020, p. 302.

724 Ces principes sont également valables dans l'hypothèse où l'incapacité de postuler d'un·e avocat·e résulte d'un conflit d'intérêts¹⁵⁶⁵ ou d'un manque d'indépendance¹⁵⁶⁶. La décision d'écarter un·e avocat·e de la procédure en raison d'un tel conflit n'est pas une sanction disciplinaire au sens de l'art. 17 LLCA, mais constitue la conséquence de l'incapacité de postuler de l'avocat·e¹⁵⁶⁷.

(ii) *Attribution de la compétence à l'autorité de surveillance des avocat·e·s*

725 Se pose néanmoins la question de savoir s'il est admissible d'attribuer, en procédure civile, la compétence de se prononcer sur la capacité de postuler d'un·e avocat·e à l'autorité de surveillance en cas de conflits d'intérêts (ou d'un manque d'indépendance).

726 Cette question a d'abord été résolue en procédure pénale. Dans l'ATF 138 II 162, le Tribunal fédéral a relevé qu'avant l'entrée en vigueur du CPP, les cantons étaient compétents pour désigner l'autorité chargée de statuer sur la capacité de postuler d'un·e avocat·e pris·e dans un conflit d'intérêts¹⁵⁶⁸. Ils pouvaient donc confier cette compétence à l'autorité de surveillance et, à défaut d'une base légale en ce sens, il revenait au tribunal en charge de l'affaire de se prononcer à ce sujet¹⁵⁶⁹. Le Tribunal fédéral a ensuite exposé qu'en vertu de l'art. 62 CPP qui venait d'entrer en vigueur et selon lequel « [l]a direction de la procédure ordonne les mesures nécessaires au bon déroulement et à la légalité de la procédure », les cantons pourraient ne plus avoir la possibilité de confier cette tâche à l'autorité de surveillance¹⁵⁷⁰. Il a souligné que le fait d'écarter un·e avocat·e de la procédure en raison d'un conflit d'intérêts n'était pas une mesure disciplinaire¹⁵⁷¹.

¹⁵⁶⁵ ATF 147 III 351 cons. 6.3 ; arrêt du TF 5A_146/2023 du 23 mai 2023 cons. 5.3.2 ; arrêt du TF 5A_407/2021 du 6 mai 2022 cons. 1.2.1 ; BOHNET, Conflits d'intérêts, p. 236 ; FELLMANN/BURGER, p. 17 ; JÉQUIER, Délégation, p. 210 s. ; dans ce sens également : arrêt du TF 5A_562/2021 du 3 décembre 2021 cons. 3.3.1.

¹⁵⁶⁶ BOHNET, Défenses, p. 282.

¹⁵⁶⁷ ATF 138 II 162 cons. 2.5.1 ; arrêt du TF 5A_146/2023 du 23 mai 2023 cons. 5.3.2 ; arrêt du TF 5A_51/2019 du 7 octobre 2019 cons. 3.4.1 ; BOHNET/MARTENET, N 1145 ; GRODECKI/JEANDIN, p. 130 s. ; NOVIER, Capacité de postuler, p. 17.

¹⁵⁶⁸ ATF 138 II 162 cons. 2.5.1.

¹⁵⁶⁹ ATF 138 II 162 cons. 2.5.1.

¹⁵⁷⁰ ATF 138 II 162 cons. 2.5.1.

¹⁵⁷¹ ATF 138 II 162 cons. 2.5.1.

Par la suite, le Tribunal fédéral a confirmé son approche en procédure pénale, retenant dans plusieurs affaires que l'autorité en charge de la procédure était compétente pour statuer sur la capacité de postuler d'un·e avocat·e pris·e dans un conflit d'intérêts¹⁵⁷². 727

En procédure civile, cette problématique a longtemps fait débat. La doctrine était majoritairement d'avis que la compétence de se prononcer sur la capacité de postuler d'un·e avocat·e pris dans un conflit d'intérêts devait revenir à l'autorité en charge de l'affaire¹⁵⁷³. REISER et VALTICOS préconisaient en revanche de donner cette compétence à l'autorité de surveillance, celle-ci étant selon eux la mieux placée pour examiner les cas de conflit d'intérêts¹⁵⁷⁴. CHAPPUIS et JORDAN allaient également dans ce sens¹⁵⁷⁵. 728

Le Tribunal fédéral s'est finalement prononcé sur cette question dans l'ATF 147 III 351, relatif à une affaire genevoise. Il a retenu que la décision portant sur la capacité de postuler d'un·e avocat·e était une décision relative à la conduite du procès¹⁵⁷⁶. Dans ces circonstances, la compétence de statuer devait revenir au tribunal compétent sur le fond de la cause¹⁵⁷⁷. Il a ensuite écarté les arguments avancés par la doctrine préconisant la compétence de l'autorité de surveillance¹⁵⁷⁸. Il a souligné que la décision excluant un·e avocat·e de la procédure en raison d'un conflit d'intérêts relevait de la procédure et que le CPC réglementait de manière exhaustive la question de l'autorité habilitée à statuer sur une telle question¹⁵⁷⁹. En vertu de la primauté du droit fédéral, les cantons n'étaient pas habilités à désigner une autre autorité pour se prononcer sur cette problématique en procédure civile¹⁵⁸⁰. 729

¹⁵⁷² ATF 141 IV 257 cons. 2.2 ; arrêt du TF 1B_191/2020 du 26 août 2020 cons. 2 ; arrêt du TF 1B_582/2019 du 20 mars 2020 cons. 4 et 5.1.

¹⁵⁷³ BOHNET, *Conflits d'intérêts*, p. 236 ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 691 ; FELLMANN/BURGER, p. 17 ; GRODECKI/JEANDIN, p. 131 s. ; JÉQUIER, *Délégation*, p. 213 ss.

¹⁵⁷⁴ REISER/VALTICOS, p. 59.

¹⁵⁷⁵ JORDAN, p. 40 ; CHAPPUIS, *Profession d'avocat*, p. 151 s.

¹⁵⁷⁶ ATF 147 III 351 cons. 6.3.

¹⁵⁷⁷ ATF 147 III 351 cons. 6.3.

¹⁵⁷⁸ ATF 147 III 351 cons. 6.3.

¹⁵⁷⁹ ATF 147 III 351 cons. 6.3.

¹⁵⁸⁰ ATF 147 III 351 cons. 6.3. À noter que la Commission du barreau de Genève – qui est l'autorité de surveillance du canton – reste compétente pour se prononcer sur la capacité de postuler d'un·e avocat·e en procédure administrative cantonale (arrêt de la CJ/GE DCSO/237/2021 du 17 juin 2021 cons. 2.1.2.3 ; MAURON, p. 439).

- 730 La solution retenue dans l'ATF 147 III 351 s'applique également lorsqu'un conflit d'intérêts est allégué pour la première fois devant le Tribunal fédéral ; ainsi, celui-ci est compétent pour statuer sur cette question¹⁵⁸¹.
- 731 Cette solution a l'avantage d'uniformiser la jurisprudence en matières civile et pénale¹⁵⁸². Elle permet également d'éviter la suspension de la procédure au fond dans l'attente que l'autorité de surveillance ouvre une procédure et statue sur le cas¹⁵⁸³. De plus, il en résulte que la même autorité est compétente, quelle que soit la cause de l'incapacité de postuler¹⁵⁸⁴.
- 732 L'approche du Tribunal fédéral présente néanmoins certains inconvénients. Comme le relève CHAPPUIS, il arrive qu'un litige entre les mêmes parties soit soumis à plusieurs autorités (civile, pénale ou administrative)¹⁵⁸⁵. Chacune devra donc se prononcer séparément sur la capacité de postuler de l'avocat·e¹⁵⁸⁶. Cette situation peut potentiellement conduire à des décisions contradictoires, qui devraient être contestées par des voies de droit différentes¹⁵⁸⁷. En outre, seule l'autorité de surveillance a la compétence de prononcer des sanctions disciplinaires¹⁵⁸⁸. En cas de conflit d'intérêts avéré, il y aura donc deux autorités saisies – le tribunal en charge de l'affaire et l'autorité de surveillance¹⁵⁸⁹ – entraînant également un risque de décisions contradictoires¹⁵⁹⁰. Finalement, la solution du Tribunal fédéral comporte des risques pour le secret professionnel¹⁵⁹¹. Un·e avocat·e soupçonné·e de se trouver en situation de conflit d'intérêts pourrait devoir révéler au tribunal du fond des faits couverts par le secret professionnel (par exemple des éléments relatifs à un précédent mandat) pour expliquer sa position¹⁵⁹².

¹⁵⁸¹ Arrêt du TF 5A_455/2022 du 9 novembre 2022 cons. 1.3 ; arrêt du TF 5A_407/2021 du 6 mai 2022 cons. 1.2.1.

¹⁵⁸² BOHNET/PERCASSI, Note 5A_485/2020, p. 302 ; CHAPPUIS, Autorité compétente, p. 384 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 288.

¹⁵⁸³ Arrêt du TC/JU ADM 182/2022 du 9 mai 2023 cons. 1.3.3 ; BOHNET/PERCASSI, Note 5A_485/2020, p. 302 ; MÜLLER/EGLI, p. 1066 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 288.

¹⁵⁸⁴ PERCASSI, Capacité de postuler, p. 288 s. ; voir également JÉQUIER, Délégation, p. 215.

¹⁵⁸⁵ CHAPPUIS, Autorité compétente, p. 385 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 289.

¹⁵⁸⁶ CHAPPUIS, Autorité compétente, p. 385 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 289.

¹⁵⁸⁷ CHAPPUIS, Autorité compétente, p. 385 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 289.

¹⁵⁸⁸ CHAPPUIS, Autorité compétente, p. 385 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 289.

¹⁵⁸⁹ CHAPPUIS, Autorité compétente, p. 385 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 289.

¹⁵⁹⁰ BOHNET/PERCASSI, Note 5A_485/2020, p. 302 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 289.

¹⁵⁹¹ CHAPPUIS, Autorité compétente, p. 385.

¹⁵⁹² CHAPPUIS, Autorité compétente, p. 385 ; dans le même sens : BOHNET/PERCASSI, Note 5A_485/2020, p. 302 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 289.

Dans tous les cas, vu les principes jurisprudentiels développés jusqu'ici – à savoir qu'un·e avocat·e perd sa capacité de postuler en cas de conflit d'intérêts, et que la capacité de postuler est une notion procédurale – une autre solution que celle choisie par le Tribunal fédéral aurait difficilement été envisageable¹⁵⁹³. Pour donner la compétence de statuer à l'autorité de surveillance, il faudrait donc repenser conceptuellement ces principes ou procéder à une modification législative¹⁵⁹⁴. 733

Enfin, soulignons que les agent·e·s d'affaires breveté·e·s vaudois·es et les *Rechtsagent·inn·en* saint-gallois·es sont également soumis·es à une surveillance disciplinaire¹⁵⁹⁵ et à l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts¹⁵⁹⁶. Le raisonnement exposé ci-dessus vaut de ce fait également pour ces professionnel·le·s¹⁵⁹⁷. 734

b. Recours et condition du préjudice difficilement réparable ou irréparable

(i) *Décision constatant l'incapacité de postuler d'un·e représentant·e*

La décision constatant l'incapacité de postuler d'un·e représentant·e est une décision de conduite du procès (art. 124 CPC)¹⁵⁹⁸. Elle peut faire l'objet d'un recours au niveau cantonal sur la base de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC, c'est-à-dire si elle est susceptible de causer un préjudice difficilement réparable¹⁵⁹⁹. 735

¹⁵⁹³ BOHNET/PERCASSI, Note 5A_485/2020, p. 302 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 290.

¹⁵⁹⁴ BOHNET/PERCASSI, Note 5A_485/2020, p. 302 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 290.

¹⁵⁹⁵ N 867.

¹⁵⁹⁶ N 863.

¹⁵⁹⁷ À ce sujet, relevons que l'art. 55 al. 2 LPAG/VD permet à l'autorité de surveillance des agent·e·s d'affaires breveté·e·s de se dessaisir de mandats en cas de manquement à leurs devoirs professionnels. Cette disposition est en particulier applicable en cas de conflit d'intérêts (Conseil d'État VD, Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 20 mai 1957 sur la profession d'agent d'affaires breveté, septembre 2018, p. 2). Vu l'ATF 147 III 351, cette disposition semble désormais sans portée.

¹⁵⁹⁸ Arrêt de l'OG/ZH PC210014 du 21 juin 2021 cons. 2.1 ; BOHNET, Conflits d'intérêts, p. 236 ; FELLMANN/BURGER, p. 17 ; JÉQUIER, Délégation, p. 210 ; voir également arrêt du KG/GR ZK2 21 11 du 30 août 2021 cons. 1.1 et 1.3.

¹⁵⁹⁹ Arrêt du TF 4D_58/2014 du 17 octobre 2014 cons. 1.1 et 2 ; arrêt du TC/FR 101 2022 257 du 12 janvier 2023 cons. 1.1 ; arrêt de l'OG/ZH PC210014 du 21 juin 2021 cons. 2.1 ; arrêt du KG/GR ZK2 21 11 du 30 août 2021 cons. 1.3 ; arrêt de l'AG/BS BEZ.2020.26 (AG.2020.411) du 3 juillet 2020 cons. 1 ; arrêt du TC/FR 102 2019 166 du 5 septembre 2019 cons. 1.1.

- 736 Devant le Tribunal fédéral, cette décision est considérée en matière civile comme incidente, tant pour la partie que pour la personne qui la représente¹⁶⁰⁰. Un recours est donc recevable sur la base de l'art. 93 al. 1 let. a LTF, ce qui suppose que la décision puisse causer un préjudice irréparable¹⁶⁰¹.
- 737 À noter que si la condition du préjudice irréparable de l'art. 93 al. 1 let. a LTF est remplie, celle du préjudice difficilement réparable de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC l'est aussi¹⁶⁰².
- 738 La partie ainsi que la personne qui la représente sont toutes deux susceptibles de subir un préjudice difficilement réparable, respectivement irréparable¹⁶⁰³. Pour la partie, ce préjudice découle du fait qu'elle devra désigner un·e autre représentant·e pour la suite de la procédure et ne pourra donc pas être

¹⁶⁰⁰ Arrêt du TF 4A_635/2021 du 5 janvier 2022 cons. 5.2 ; arrêt du TF 4A_313/2020 du 1^{er} octobre 2020 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_967/2014 du 27 mars 2015 cons. 1.1 ; arrêt du TF 4D_58/2014 du 17 octobre 2014 cons. 1.2. Curieusement, le Tribunal fédéral considère en matière pénale que la décision constatant l'incapacité de postuler d'un·e avocat·e est incidente pour la partie, mais finale (au sens de l'art. 90 LTF) pour l'avocat·e (voir arrêt du TF 1B_632/2020 du 17 mars 2021 cons. 1 ; arrêt du TF 1B_191/2020 du 26 août 2020 cons. 1 ; arrêt du TF 1B_582/2019 du 20 mars 2020 cons. 1 ; arrêt du TF 1B_209/2019 et 1B_212/2019 du 19 septembre 2019 cons. 2.2 ; arrêt du TF 1B_510/2018 du 14 mars 2019 cons. 1, non publié in : ATF 145 IV 218 ; arrêt du TF 1B_354/2016 du 1^{er} novembre 2016 cons. 1 ; arrêt du TF 1B_226/2016 du 15 septembre 2016 cons. 1 ; dans le même sens : CHAPPUIS/PELLATON, p. 320). Dans un arrêt en matière civile (il semble que ce soit le seul), le Tribunal fédéral a également considéré que la décision était incidente pour la partie, mais finale pour l'avocat·e, en s'appuyant sur des arrêts rendus en matière pénale (arrêt du TF 5A_202/2020, 5A_204/2020 du 5 août 2020 cons. 2.2).

¹⁶⁰¹ Arrêt du TF 4A_7/2023 du 28 février 2023 cons. 1.1 ; arrêt du TF 5A_761/2022 du 12 janvier 2023 cons. 1.1 ; arrêt du TF 4A_635/2021 du 5 janvier 2022 cons. 5.2 ; arrêt du TF 5A_967/2014 du 27 mars 2015 cons. 1.1 ; arrêt du TF 5A_289/2014 du 21 octobre 2014 cons. 1.2, non publié in : ATF 140 III 555 ; arrêt du TF 4D_58/2014 du 17 octobre 2014 cons. 1.2. Dans deux de ces décisions, le Tribunal fédéral écarte d'emblée et expressément l'hypothèse d'un recours sur la base de l'art. 93 al. 1 let. b LTF – qui suppose que l'admission du recours permette de conduire à une décision finale évitant une procédure probatoire longue et coûteuse – en cas de décision constatant l'incapacité de postuler d'un·e représentant·e (arrêt du TF 5A_967/2014 du 27 mars 2015 cons. 1.1 ; arrêt du TF 4D_58/2014 du 17 octobre 2014 cons. 1.2).

¹⁶⁰² ATF 137 III 380 cons. 2.2 ; arrêt du TF 4A_7/2023 du 28 février 2023 cons. 1.2.

¹⁶⁰³ Arrêt du TF 5A_761/2022 du 12 janvier 2023 cons. 1.1 ; arrêt du TF 5A_311/2022, 5A_437/2022 du 9 novembre 2022 cons. 2.2.2 ; arrêt du TF 5A_124/2022 du 26 avril 2022 cons. 1.1 ; arrêt du TF 4A_25/2022 du 11 février 2022 cons. 4.2 ; arrêt du TF 4A_635/2021 du 5 janvier 2022 cons. 5.2 ; arrêt du TF 4A_20/2021 du 12 octobre 2021 cons. 1 ; arrêt du TF 4A_313/2020 du 1^{er} octobre 2020 cons. 3 ; CHAPPUIS, Conflit d'intérêts et secret, p. 173.

représentée par la personne qu'elle avait initialement choisie¹⁶⁰⁴. Pour la représentante ou le représentant, le préjudice résulte de la perte de son mandat¹⁶⁰⁵.

Le préjudice difficilement réparable ou irréparable doit être démontré dans le recours, à moins qu'il ne soit évident¹⁶⁰⁶. Le préjudice a été considéré comme évident dans le cas de recours dirigés contre des décisions constatant qu'un avocat n'avait pas la capacité de postuler en raison d'un conflit d'intérêts¹⁶⁰⁷. En revanche, le Tribunal fédéral n'a pas retenu le caractère évident du préjudice dans le cas d'un représentant écarté de la procédure faute d'être autorisé à exercer cette activité (pour une raison autre qu'un conflit d'intérêts)¹⁶⁰⁸.

739

Cette appréciation différente ne se justifie pas. Dans les deux cas, le résultat est le même : la partie ne peut pas être représentée par la personne de son choix¹⁶⁰⁹. La raison de l'incapacité de postuler importe peu. De ce fait, le caractère évident du préjudice aurait également dû être retenu dans la deuxième hypothèse¹⁶¹⁰.

740

¹⁶⁰⁴ Arrêt du TF 4A_7/2023 du 28 février 2023 cons. 1.1 ; arrêt du TF 5A_761/2022 du 12 janvier 2023 cons. 1.1 ; arrêt du TF 5A_311/2022, 5A_437/2022 du 9 novembre 2022 cons. 2.2.2 ; arrêt du TF 4A_635/2021 du 5 janvier 2022 cons. 5.2 ; arrêt du TF 4A_20/2021 du 12 octobre 2021 cons. 2.2 ; arrêt du TF 5A_967/2014 du 27 mars 2015 cons. 1.2 ; arrêt du TF 5A_289/2014 du 21 octobre 2014 cons. 1.2, non publié in : ATF 140 III 555 ; arrêt du TF 4D_58/2014 du 17 octobre 2014 cons. 1.3 ; arrêt du KG/GR ZK2 21 11 du 30 août 2021 cons. 1.4 ; BOHNET/MARTENET, N 1391.

¹⁶⁰⁵ BOHNET, Conflits d'intérêts, p. 237 ; BOHNET/MARTENET, N 1391 ; voir également arrêt du TF 4A_20/2021 du 12 octobre 2021 cons. 2.2 (dans lequel le Tribunal fédéral relève que l'avocat·e écarté·e d'une procédure est « empêché d'exercer son métier ») ; arrêt du TF 1B_20/2017 du 23 février 2017 cons. 1.1.

¹⁶⁰⁶ ATF 141 III 80 cons. 1.2 ; ATF 137 III 522 cons. 1.3 ; arrêt du TF 4A_404/2020 du 17 septembre 2020 cons. 4 ; arrêt du TF 4D_58/2014 du 17 octobre 2014 cons. 1.3 ; PERCASSI, Note 4A_404/2020, p. 579.

¹⁶⁰⁷ Arrêt du TF 5A_967/2014 du 27 mars 2015 cons. 1.2 ; arrêt du TF 4D_58/2014 du 17 octobre 2014 cons. 2 (arrêt dont la solution est approuvée par CHAPPUIS, Conflit d'intérêts et secret, p. 173) ; voir également arrêt du TC/FR 102 2019 166 du 5 septembre 2019 cons. 1.1.

¹⁶⁰⁸ Arrêt du TF 4A_404/2020 du 17 septembre 2020 cons. 4. Cette décision n'indique pas la raison pour laquelle le représentant a été écarté de la procédure ; il n'est toutefois pas présenté comme un avocat se trouvant dans une situation de conflit d'intérêts. La même solution a été retenue par l'*Appellationsgerichts* bâlois (arrêt AG/BS BEZ.2020.26 [AG.2020.411] du 3 juillet 2020 cons. 1).

¹⁶⁰⁹ PERCASSI, Note 4A_404/2020, p. 579 s.

¹⁶¹⁰ PERCASSI, Note 4A_404/2020, p. 580.

(ii) *Décision constatant la capacité de postuler d'un·e représentant·e*

- 741 Les mêmes principes sont valables pour une décision qui constate qu'un·e représentant·e a bien la capacité de postuler : elle peut faire l'objet d'un recours immédiat au niveau cantonal sur la base de l'art. 319 let. b ch. 1 CPC¹⁶¹¹ et au niveau fédéral sur la base de l'art. 93 al. 1 let. a LTF¹⁶¹².
- 742 La question de savoir si une partie peut recourir contre la décision constatant que la partie *adverse* est représentée par une personne capable de postuler se pose.
- 743 Le Tribunal fédéral a jugé qu'une partie qui contestait que la partie adverse fût valablement représentée par un syndicat (qui agissait en tant que mandataire professionnellement qualifié au sens de l'art. 68 al. 2 let. d CPC) ne subissait pas de préjudice irréparable¹⁶¹³. Il a souligné dans cette affaire que l'art. 68 al. 2 CPC protégeait avant tout la partie représentée¹⁶¹⁴. La condition de l'art. 93 al. 1 let. b LTF a également été considérée comme non satisfaite, la recourante n'étant pas parvenue à démontrer qu'une procédure probatoire longue et coûteuse pouvait être évitée en cas d'admission du recours¹⁶¹⁵.
- 744 Le Tribunal fédéral a en outre déclaré irrecevables à plusieurs reprises des recours formulés par une partie contre la décision constatant que l'avocat·e de la partie adverse ne se trouvait pas dans une situation de conflit d'intérêts¹⁶¹⁶. Il retient que dans un tel cas, la partie recourante ne subit pas de préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF, car les inconvénients subis sont en principe « purement matériels et dépourvus de caractère juridique »¹⁶¹⁷.

¹⁶¹¹ Arrêt du TC/NE ARMC.2015.28 du 31 août 2015 cons. 1, RJN 2016 p. 221.

¹⁶¹² Arrêt du TF 4A_25/2022 du 11 février 2022 cons. 4.2 ; arrêt du TF 4A_635/2021 du 5 janvier 2022 cons. 5.2 ; arrêt du TF 4A_436/2015 du 17 mai 2016 cons. 1.1.

¹⁶¹³ Arrêt du TF 4A_436/2015 du 17 mai 2016 cons. 1.2.2. Au sujet de cet arrêt, voir BOHNET, Note 4A_436/2015, p. 434 s. ; au sujet de la décision cantonale attaquée dans cet arrêt, voir nbp 1932.

¹⁶¹⁴ Arrêt du TF 4A_436/2015 du 17 mai 2016 cons. 1.2.2.

¹⁶¹⁵ Arrêt du TF 4A_436/2015 du 17 mai 2016 cons. 1.3.2.

¹⁶¹⁶ Arrêt du TF 5A_181/2023 du 24 avril 2023 cons. 3.1 ; arrêt du TF 5A_311/2022, 5A_437/2022 du 9 novembre 2022 cons. 2.2.2 ss ; arrêt du TF 4A_25/2022 du 11 février 2022 cons. 4.2 ; arrêt du TF 4A_635/2021 du 5 janvier 2022 cons. 5.2 et 5.3 ; arrêt du TF 4A_313/2020 du 1^{er} octobre 2020 cons. 3 et 4 ; arrêt du TF 4A_589/2018 du 29 mai 2019 cons. 4 ; arrêt du TF 5A_47/2014 du 27 mai 2014 cons. 4.

¹⁶¹⁷ Arrêt du TF 5A_311/2022, 5A_437/2022 du 9 novembre 2022 cons. 2.2.2 ; arrêt du TF 4A_25/2022 du 11 février 2022 cons. 4.2 ; arrêt du TF 4A_635/2021 du 5 janvier 2022

Ce raisonnement ne saurait néanmoins s'appliquer lorsque le conflit d'intérêts allégué implique la partie adverse, son avocat·e et la partie recourante¹⁶¹⁸. Cette dernière peut avoir été représentée ou conseillée par l'avocat·e de la partie adverse lors d'un précédent mandat. La partie recourante est dans ce cas directement concernée par la question du conflit d'intérêts¹⁶¹⁹. Si celui-ci est avéré, il existe un risque que l'avocat·e utilise des informations apprises dans un précédent mandat à l'encontre de la partie recourante, favorisant ainsi la partie adverse¹⁶²⁰. Dans ce cas, la condition du préjudice difficilement réparable ou irréparable est remplie.

745

III. Représentation professionnelle et non professionnelle

Dans les procédures soumises au CPC, la représentation non professionnelle est autorisée. Elle s'oppose ainsi à la représentation professionnelle¹⁶²¹. Nous verrons comment distinguer ces deux notions (A) puis examinerons les raisons pour lesquelles la représentation professionnelle (mais non la représentation non professionnelle) est réservée à certaines catégories de personnes (B).

746

A. Distinction

Faute de précision dans le CPC¹⁶²², savoir si la représentation est exercée à titre professionnel ou non se détermine à l'aide de divers critères. La jurisprudence et la doctrine en proposent un certain nombre ; nous en avons retenu quatre (1). En complément à ces critères, nous suggérons de faire un parallèle avec les

747

cons. 5.2 ; arrêt du TF 4A_313/2020 du 1^{er} octobre 2020 cons. 3 ; arrêt du TF 4A_589/2018 du 29 mai 2019 cons. 4.

¹⁶¹⁸ Pour un exemple où une partie se prévalait du fait que l'avocate de la partie adverse avait appris des informations susceptibles d'être utilisées à son détriment, voir arrêt du TF 4A_25/2022 du 11 février 2022 cons. 4.2. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral – fidèle à sa jurisprudence – a toutefois nié l'existence d'un risque de préjudice irréparable (arrêt du TF 4A_25/2022 du 11 février 2022 cons. 4.3).

¹⁶¹⁹ BOHNET, *Conflits d'intérêts*, p. 237 ; voir également PERCASSI, *Note 4A_25/2022*, N 13.

¹⁶²⁰ BOHNET, *Conflits d'intérêts*, p. 237 ; voir également PERCASSI, *Note 4A_25/2022*, N 13.

¹⁶²¹ Arrêt du TA/TI 12.2013.97 du 7 juillet 2014 cons. 4 ; BOHNET/ECKLIN, *Représentation*, p. 334.

¹⁶²² Avant l'entrée en vigueur du CPC, certaines législations cantonales énuméraient les proches ayant la possibilité de représenter des parties (en principe des membres de la famille ; voir art. 31a aGOG/AI ; § 67 al. 2 let. a ZPO/AG ; § 30 ZPO/TG ; § 30 al. 1 ZPO/ZG ; voir également, en Allemagne § 79 (2) ch. 2 ZPO-All. et en France art. 762 CPC-Fr.). Cette

éléments permettant de distinguer le mandat onéreux, le mandat gratuit et l'acte de complaisance (2).

748 Dans tous les cas, le caractère non professionnel de la représentation ne saurait être admis trop facilement¹⁶²³. À défaut, les règles en matière de représentation professionnelle – qui visent notamment à protéger les justiciables – ne pourraient que difficilement atteindre leur but¹⁶²⁴.

1. Critères proposés par la jurisprudence et la doctrine

a. Lien de proximité

749 La représentation non professionnelle nécessite un lien particulier entre représenté·e et représentant·e. Le Tribunal fédéral a souligné cet élément dans l'ATF 140 III 555, exposant que le caractère professionnel de la représentation devait être retenu lorsque « la confiance dans le représentant ne trouve pas son origine dans sa personne ou sa proximité avec le représenté, mais dans d'autres caractéristiques du représentant (par exemple ses prétendues compétences, son appartenance à une association, etc.) et donc des critères similaires à ceux utilisés pour choisir un homme ou une femme du métier »¹⁶²⁵.

750 L'existence d'un lien de proximité a également été prise en compte par les tribunaux supérieurs des cantons de Genève¹⁶²⁶, Bâle-Ville¹⁶²⁷, Lucerne¹⁶²⁸ et Zurich¹⁶²⁹. A notamment été considéré comme personne de confiance agissant à titre non professionnel un colocataire¹⁶³⁰, mais pas le département des affaires sociales et de la santé d'une commune¹⁶³¹.

solution avait l'avantage de rendre superflue la distinction entre représentation professionnelle et non professionnelle.

¹⁶²³ ATF 140 III 555 cons. 2.3, JdT 2016 II p. 386 ; BOHNET, Note 5A_289/2014, p. 16 s. ; BOHNET, Représentation non professionnelle, p. 2 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 111.

¹⁶²⁴ ATF 140 III 555 cons. 2.3, JdT 2016 II p. 386.

¹⁶²⁵ ATF 140 III 555 cons. 2.3, JdT 2016 II p. 386.

¹⁶²⁶ Arrêt de la CJ/GE ACJC/71/2015 du 23 janvier 2015 cons. 2.2.

¹⁶²⁷ Arrêt de l'AG/BS BEZ.2018.45 (AG.2018.711) du 2 novembre 2018 cons. 2.

¹⁶²⁸ Arrêt du KG/LU 3B 17 54 du 9 janvier 2018 cons. 1.1, LGVE 2018 II Nr. 1, RSJ 2019 p. 459.

¹⁶²⁹ Arrêt de l'OG/ZH LC170004 du 7 août 2017 cons. 4.3.

¹⁶³⁰ Arrêt de la CJ/GE ACJC/963/2013 du 7 août 2013 cons. 5.

¹⁶³¹ Arrêt du KG/LU 3B 17 54 du 9 janvier 2018 cons. 1.1, LGVE 2018 II Nr. 1, RSJ 2019 p. 459.

La représentation non professionnelle doit donc être exercée par une « personne de confiance »¹⁶³². Cette notion vise notamment les ami·e·s et les membres de la famille de la partie¹⁶³³, mais non des personnes morales¹⁶³⁴ (comme indiqué au N 702, l'existence d'un lien de proximité entre une partie et une personne morale est difficilement envisageable). 751

Une relation de proximité est toutefois à elle seule insuffisante pour retenir le caractère non professionnel de la représentation. Les autres critères doivent également être examinés. Ainsi, même s'il existe un lien de proximité, la représentation devra être qualifiée de professionnelle si la partie est représentée par un·e avocat·e (N 759)¹⁶³⁵ ou si la représentation est rémunérée (N 755). 752

b. Volonté de représenter dans un nombre indéterminé de cas

Le Tribunal fédéral a jugé dans l'ATF 140 III 555 qu'une personne disposée à représenter des parties dans un nombre indéterminé de cas agit à titre professionnel¹⁶³⁶. Dans cette hypothèse, il importe peu de savoir si son activité est rémunérée ou non¹⁶³⁷. 753

Selon DOMEJ, ce critère ne devrait pas nécessairement être considéré à lui seul comme suffisant, car il exclut la représentation par des organisations caritatives¹⁶³⁸. Cependant, rien n'indique que la représentation non professionnelle ait pour but de permettre aux organisations caritatives d'agir pour des parties en procédure, ce d'autant plus que le critère précédent (lien de proximité) semble également faire défaut dans une telle hypothèse. 754

¹⁶³² Message CPC, FF 2006 p. 6893 ; DIETSCHY-MARTENET, fors, frais et représentation, N 56.

¹⁶³³ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 11a ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 332 ; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer et procédure civile, N 149 ; DIETSCHY-MARTENET, fors, frais et représentation, N 57 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 111.

¹⁶³⁴ HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.4 ; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer et procédure civile, N 149 ; DIETSCHY-MARTENET, fors, frais et représentation, N 57 ; PÜNTENER, N 249 ; *contra* : arrêt de la CS/BE ZK 11 184 du 16 mai 2011 IV cons. 15, CAN 2012 Nr. 2 p. 18.

¹⁶³⁵ Dans ce sens : BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 335.

¹⁶³⁶ ATF 140 III 555 cons. 2.3, JdT 2016 II p. 386.

¹⁶³⁷ ATF 140 III 555 cons. 2.3, JdT 2016 II p. 386.

¹⁶³⁸ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 10 ; du même avis : TEREKHOV, p. 251 nbp 5.

c. Rémunération

- 755 La représentation doit être qualifiée de professionnelle si elle est rémunérée¹⁶³⁹. Le remboursement des frais occasionnés¹⁶⁴⁰ (par exemple le coût d'envoi des courriers recommandés ou des déplacements) ainsi que les marques de gratitude¹⁶⁴¹ ne sont cependant pas suffisants pour qualifier la représentation de professionnelle.
- 756 Le critère de la rémunération a été pris en compte dans un arrêt tessinois, dans lequel un représentant a été qualifié de professionnel parce qu'il était rémunéré, mais également parce qu'il définissait les parties comme ses « clients » et se présentait comme avocat sans être inscrit au registre cantonal¹⁶⁴².
- 757 En revanche, il ressort de l'ATF 140 III 555 que la *gratuité* de l'activité ne permet pas nécessairement de considérer que la représentation est non professionnelle¹⁶⁴³. Dans ce contexte, soulignons que les lois sur la profession d'avocat·e de Bâle-Ville et à Bâle-Campagne prévoient que, pour être qualifiée de professionnelle, la représentation doit s'exercer contre rémunération¹⁶⁴⁴. Au regard de l'ATF précité, ces dispositions sont désormais incompatibles avec la notion de représentation professionnelle en procédure civile¹⁶⁴⁵.

¹⁶³⁹ BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 332 et 335 ; BOHNET/JÉQUIER, Entreprise et personne morale, N 66 ; BOHNET/MARTENET, N 948 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 111 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 5 ; PC CPC-MAY CANELLAS, art. 68 N 3 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-GROLIMUND, § 13 N 16 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 6 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 68 N 9. HESS considère que la représentation doit être qualifiée de professionnelle si elle est (i) exercée par une personne disposant d'une formation (ii) de manière répétée et (iii) contre rémunération (HESS, p. 38). Pour cet auteur, ces critères sont cumulatifs ; le critère de la rémunération n'est donc pas à lui seul suffisant pour qualifier la représentation de professionnelle.

¹⁶⁴⁰ BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 6 ; *contra* : DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 5.

¹⁶⁴¹ BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 332 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 8.

¹⁶⁴² Arrêt du TA/TI 12.2013.97 du 7 juillet 2014 cons. 4.

¹⁶⁴³ ATF 140 III 555 cons. 2.3, JdT 2016 II p. 386 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 332.

¹⁶⁴⁴ § 4 al. 2 AnwG/BL (« [a]ls berufsmässig gilt die wiederkehrende Vertretung gegen Entgelt ») ; § 4 al. 2 AdvG/BS (« [a]ls berufsmässig gilt die Parteivertretung gegen Entgelt »).

¹⁶⁴⁵ Arrêt de l'AG/BS ZB.2019.1 du 29 avril 2019 cons. 1.2.3, BJM 2022 p. 75 ; SUTTER-SOMM, N 197. À noter que ces définitions sont contenues dans des lois sur la profession d'avocat·e, de sorte qu'elles valent pour tous les domaines du droit. Même incompatibles avec le droit fédéral en procédure civile, elles conservent leur portée dans les autres matières.

d. Qualifications professionnelles

Les qualifications professionnelles de la personne assurant la représentation de la partie sont également des éléments à prendre en compte pour déterminer si la représentation est professionnelle¹⁶⁴⁶. 758

Ainsi, des connaissances en droit étendues (notamment en droit de procédure) ou l'exercice d'une profession juridique (en particulier celle d'avocat·e) sont des indices du caractère professionnel de la représentation¹⁶⁴⁷. À notre avis, ces qualifications doivent apporter à la partie un réel avantage dans l'ensemble de la procédure. 759

2. Critères distinguant le mandat onéreux, le mandat gratuit et l'acte de complaisance

Même en recourant aux critères précités, il peut s'avérer difficile de déterminer si la représentation est professionnelle ou non. Nous proposons de recourir dans ce cas aux critères permettant de différencier le mandat de l'acte de complaisance. Notre raisonnement est le suivant. 760

Les notions de représentation professionnelle et non professionnelle peuvent être rapprochées des concepts de mandat onéreux, de mandat gratuit et d'acte de complaisance. À notre avis, il est sensé de retenir que : 761

- lorsque la relation entre représentant·e et représenté·e est un contrat de mandat onéreux, la représentation est professionnelle ;
- lorsque la relation entre représentant·e et représenté·e s'analyse comme un contrat de mandat gratuit, la représentation est professionnelle, bien que non rémunérée ;
- lorsque la relation entre représentant·e et représenté·e est qualifiée d'acte de complaisance, il s'agit de représentation non professionnelle. Envisagée de cette façon, la représentation non professionnelle est celle

¹⁶⁴⁶ BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 335 ; BOHNET/MARTENET, N 948 ; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer et procédure civile, N 147 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 68 N 9. HESS considère que la représentation doit être qualifiée de professionnelle si elle est (i) exercée par une personne disposant d'une formation (ii) de manière répétée et (iii) contre rémunération (HESS, p. 38). Pour cet auteur, ces critères sont cumulatifs ; le critère de la formation n'est donc pas à lui seul suffisant pour qualifier la représentation de professionnelle.

¹⁶⁴⁷ Voir BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 334 s.

qui s'effectue sans volonté de se lier contractuellement à la partie, dans le seul but de rendre un service à celle-ci.

- 762 Avec ce parallélisme, les éléments différenciant les concepts de mandat onéreux, de mandat gratuit et d'acte de complaisance peuvent donc être utilisés pour déterminer la nature – professionnelle ou non – de la représentation.
- 763 Le mandat onéreux est facile à distinguer du mandat gratuit et de l'acte de complaisance : il est rémunéré, contrairement aux deux autres¹⁶⁴⁸. Ce critère étant déjà l'un de ceux suggérés par la doctrine pour déterminer si la représentation est professionnelle, cette distinction n'apporte rien de nouveau¹⁶⁴⁹.
- 764 En revanche, comme exposé ci-dessus (N 136), différencier le mandat gratuit (qui suppose une volonté de se lier contractuellement¹⁶⁵⁰) de l'acte de complaisance est moins évident. Pour ce faire, il faut examiner le cas concret et tenir compte de divers critères, notamment la façon dont le service a été rendu, son fondement et son but, sa signification juridique et économique, les circonstances dans lesquelles il a été rendu ainsi que les intérêts des parties¹⁶⁵¹. Pour le Tribunal fédéral, l'existence d'un intérêt reconnaissable à bénéficier des conseils ou du soutien d'un professionnel parle en faveur d'un lien contractuel¹⁶⁵².
- 765 Examiner la représentation à l'aide de ce faisceau d'indices permet de tenir compte des particularités de chaque cas. Par exemple, si une partie part à l'étranger pendant un mois et désigne comme représentant un ami juriste afin qu'il assure le suivi de la procédure (réception des actes de procédure du tribunal à son domicile, réalisation de démarches urgentes si nécessaire), la représentation devra plutôt être qualifiée de non professionnelle. Dans une telle hypothèse, le but de la représentation est d'apporter une aide ponctuelle à une partie qui s'absente, et non de la soutenir tout au long de la procédure.

¹⁶⁴⁸ MÜLLER C., N 2616 (s'agissant de la distinction entre mandat onéreux et acte de complaisance).

¹⁶⁴⁹ N 755 ss.

¹⁶⁵⁰ HUGUENIN, N 3232 ; MAISSEN/PURTSCHERT/RUSCH, N 13, 17 et 20 ; MÜLLER C., N 2614 ; CR CO I-WERRO, art. 394 N 42.

¹⁶⁵¹ ATF 137 III 539 cons. 4.1, JdT 2013 II 274 ; ATF 129 III 181 cons. 3.1, JdT 2003 I 236 ; ATF 116 II 695 cons. 2bb, JdT 1991 I 625.

¹⁶⁵² ATF 137 III 539 cons. 4.1, JdT 2013 II 274 ; ATF 129 III 181 cons. 3.1, JdT 2003 I 236 ; ATF 116 II 695 cons. 2bb, JdT 1991 I 625.

3. Test proposé

Pour déterminer si la représentation est professionnelle ou non, nous proposons donc le test suivant, consistant à répondre à une suite de questions : 766

1. Y a-t-il un lien de proximité entre la partie et la personne qui la représente ?
Non : la représentation est professionnelle / Oui : question suivante
2. La personne représentant la partie est-elle disposée à représenter dans un nombre indéterminé de cas ?
Oui : la représentation est professionnelle / Non : question suivante
3. La représentation est-elle rémunérée ?
Oui : la représentation est professionnelle / Non : question suivante
4. La personne représentant la partie possède-t-elle des qualifications juridiques étendues, apportant un réel avantage dans l'ensemble de la procédure ?
Oui : la représentation est professionnelle / Non : questions suivantes
5. Faisceau d'indices : de quelle façon le service est-il rendu ? Quel est son fondement, son but, sa signification juridique et économique ? Dans quelles circonstances a-t-il été rendu ? Quels sont les intérêts des parties ?
En fonction des réponses données à ces questions, la représentation sera qualifiée de professionnelle ou non professionnelle.

B. Restrictions en matière de représentation professionnelle

En procédure civile suisse, la représentation non professionnelle peut être exercée par toute personne (qualifiée de « personne de confiance ») capable de postuler. Aucune autre condition ne doit être satisfaite. 767

En revanche, le cercle des personnes autorisées à pratiquer la représentation professionnelle est limité (voir art. 68 al. 2 CPC et 40 al. 1 LTF)¹⁶⁵³. Lorsque cette activité est réservée aux avocats – ce qui est le cas dans un nombre 768

¹⁶⁵³ La seule exception à ce principe concerne les domaines délimités par les art. 68 al. 2 let. c CPC et 27 LP, dans lesquels la représentation n'est pas soumise à des exigences particulières (voir N 869 ss à ce sujet).

important de procédures¹⁶⁵⁴ – on parle de « monopole de l'avocat·e »¹⁶⁵⁵. Il ne s'agit pas d'un monopole au sens économique¹⁶⁵⁶ ou juridique¹⁶⁵⁷ du terme : le monopole de l'avocat·e est une mesure limitant l'exercice d'une activité professionnelle à des personnes titulaires d'une autorisation étatique de police¹⁶⁵⁸.

769 Deux motifs justifient de limiter le cercle des individus autorisés à pratiquer la représentation professionnelle :

- la protection du public. Ce motif a surtout été évoqué en lien avec le monopole de l'avocat·e. Ainsi, le monopole protège les justiciables, car il assure que les personnes qui les représentent en procédure possèdent certaines garanties¹⁶⁵⁹ (à savoir, pour les avocat·e·s, les conditions d'accès à la profession, l'obligation de respecter des règles professionnelles et l'assujettissement à une surveillance disciplinaire¹⁶⁶⁰). Le Tribunal fédéral a également relevé que l'art. 68 al. 2 CPC « vise à garantir la qualité de la représentation, et protège donc au premier chef la partie assistée »¹⁶⁶¹ ;

¹⁶⁵⁴ L'étendue du monopole de l'avocat·e est présentée aux N 794 ss.

¹⁶⁵⁵ FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 808 ; WIPF, p. 89 ; voir également BRUNNER/HENN/KRIESI, p. 16. Précisons que les avocat·e·s-stagiaires peuvent également représenter des parties en justice dans certaines procédures soumises au monopole de l'avocat·e (à savoir toutes les procédures se déroulant devant les autorités cantonales dans lesquelles la représentation est réservée aux avocat·e·s ; voir npb 1697 et N 951).

¹⁶⁵⁶ POLEDNA, p. 91 s. ; voir également BERNARD, p. 174 ; BOHNET/MARTENET, N 918. Au sens économique, un monopole est une situation où des personnes exercent une activité exempte de toute concurrence (THEURILLAT, p. 205 ; POLEDNA, p. 91).

¹⁶⁵⁷ ATF 130 II 87 cons. 3 ; BERNARD, p. 181 ; POLEDNA, p. 91 s. ; voir également BOHNET/MARTENET, N 918 ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 37 et 807 ; WIPF, p. 89. Au sens juridique, un monopole est une situation dans laquelle l'exercice d'une activité est réservé à la collectivité publique (POLEDNA, p. 91 ; THEURILLAT, p. 205).

¹⁶⁵⁸ ATF 130 II 87 cons. 3 ; BERNARD, p. 181 ; POLEDNA, p. 91 s. ; THEURILLAT, p. 206 ; voir également BOHNET/MARTENET, N 918 ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 37.

¹⁶⁵⁹ ATF 140 III 555 cons. 2.3, JdT 2016 II p. 386 cons. 2.3 ; ATF 130 II 87 cons. 3 ; arrêt de l'OG/ZH LA160012 du 14 octobre 2016 cons. 5.4 ; BOHNET/MARTENET, N 917 ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 811 ; voir également arrêt du TF 2P.22/2000 du 22 mars 2000 cons. 2c.

¹⁶⁶⁰ ATF 140 III 555 cons. 2.3, JdT 2016 II p. 386 cons. 2.3 ; ATF 105 Ia 67 cons. 5a et 5b, JdT 1981 I p. 637 ; BOHNET/MARTENET, N 917 ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 809 ss ; POLEDNA, p. 93 ss (qui met l'accent sur l'obligation d'indépendance à laquelle sont soumis·es les avocat·e·s) ; voir également ATF 114 Ia 34 cons. 2b.

¹⁶⁶¹ Arrêt du TF 4A_436/2015 du 17 mai 2016 cons. 1.2.2.

- le bon fonctionnement de la justice. Réserver la représentation professionnelle à des personnes possédant certaines compétences « permet de faciliter la tâche des tribunaux et contribue à assurer la protection des droits et une bonne administration de la justice »¹⁶⁶². En matière pénale, le Tribunal fédéral a souligné que le monopole tendait à garantir une conduite irréprochable de la procédure, ce qui est dans l'intérêt public à l'application claire et correcte du droit¹⁶⁶³.

Précisons que les restrictions quant aux personnes autorisées à pratiquer la représentation en justice à titre professionnel ne s'appliquent qu'à la représentation au sens large, qui comprend l'assistance¹⁶⁶⁴. Si une partie se fait aider d'une autre manière par un tiers (par exemple si celui-ci lui fournit des conseils juridiques ou rédige des actes de procédure que la partie signe elle-même), les restrictions posées par les art. 68 al. 2 CPC et 40 al. 1 LTF ne s'appliquent pas¹⁶⁶⁵.

770

Finalement, il convient de souligner que la cession d'une créance à un tiers qui n'est pas autorisé à représenter une partie professionnellement ne peut en principe pas être considérée comme un moyen d'éviter l'application de l'art. 68 al. 2 CPC¹⁶⁶⁶.

771

IV. Représentant·e·s autorisé·e·s

Plusieurs catégories de personnes sont habilitées à représenter des parties en procédure civile. Nous les examinerons dans les pages qui suivent, en commençant par les personnes de confiance (A), seul·e·s représentant·e·s n'exerçant pas à titre professionnel. Viendront ensuite les représentant·e·s professionnel·le·s, à savoir les avocat·e·s (B), les agent·e·s d'affaires et les agent·e·s juridiques breveté·e·s (C), les représentant·e·s professionnel·le·s au

772

¹⁶⁶² ATF 114 Ia 34 cons. 2b ; voir également ATF 105 Ia 67 cons. 5a, JdT 1981 I p. 637 ; arrêt du TF 2P.22/2000 du 22 mars 2000 cons. 2c ; BOHNET/MARTENET, N 916.

¹⁶⁶³ ATF 99 V 120 cons. 3c ; arrêt du TF 6B_874/2021 du 24 août 2022.

¹⁶⁶⁴ Voir N 203 ss au sujet de la notion d'assistance et des différences avec la représentation.

¹⁶⁶⁵ BERNARD, p. 174 ; BOHNET/MARTENET, N 983 s. ; laissant la question ouverte : RÜETSCHI/VETTER, p. 84 ; *contra* : ATF 71 I 3. Dans le canton d'Argovie, la loi d'introduction à la LLCA dispose que lorsque la représentation et l'assistance est réservée aux avocat·e·s, la rédaction d'actes de procédure l'est également et prévoit une sanction pénale en cas de violation de cette règle (§ 2 al. 3 et 18 EG BGFA/AG). À notre avis, une telle réglementation est inadmissible, car contraire au droit fédéral.

¹⁶⁶⁶ BOHNET/MARTENET, N 985 ; voir également arrêt du TF 4D_76/2020 du 2 juin 2021 cons. 4.4.

sens de l'art. 27 LP (D), les mandataires professionnellement qualifié·e·s (E), les conseils en brevet (F), les avocat·e·s-stagiaires (G) et les employé·e·s et gérant·e·s d'immeubles (H). Cette présentation détaillée des représentant·e·s autorisé·e·s se terminera par une synthèse (I).

- 773 Pour toutes ces personnes, nous présenterons les procédures dans lesquelles elles peuvent intervenir, les conditions qu'elles doivent satisfaire pour pratiquer la représentation en justice et les garanties qu'elles offrent pour la partie et pour le système judiciaire. Nous évoquerons également la genèse de certaines dispositions légales pour mieux comprendre la réglementation actuelle.

A. Personnes de confiance

- 774 Toute partie peut être représentée dans un procès civil par une personne de confiance n'agissant pas à titre professionnel. Cette possibilité ne figure pas expressément dans le Code de procédure civile, mais résulte d'une lecture *a contrario* de l'art. 68 al. 1 et 2 CPC. Elle est admise par le Message du CPC¹⁶⁶⁷, le Tribunal fédéral¹⁶⁶⁸ et la doctrine¹⁶⁶⁹, et n'a pas donné lieu à discussion durant les débats parlementaires¹⁶⁷⁰.
- 775 Par définition, la personne de confiance représente à titre non professionnel. Pour déterminer si quelqu'un agit en tant que personne de confiance, il est donc nécessaire d'établir si la représentation est professionnelle ou non. Nous renvoyons à cet égard aux critères de distinction entre ces deux types de représentation définis aux N 747 ss.

1. Cantons concernés

- 776 Les personnes de confiance sont autorisées à représenter des parties dans tous les cantons. Elles n'ont pas besoin d'être établies dans le canton où se déroule la procédure.

¹⁶⁶⁷ Message CPC, FF 2006 p. 6893.

¹⁶⁶⁸ ATF 140 III 555.

¹⁶⁶⁹ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 11 ; GASSER/RICKLI, art. 68 N 2 ; OFK ZPO-MORF, art. 68 N 1 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 3 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 1.

¹⁶⁷⁰ BOHNET, Défenses, p. 281 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 1.

2. Domaine de compétence

Les personnes de confiance peuvent représenter les parties au niveau cantonal devant toutes les instances et dans tous les types de procédure. En revanche, elles ne sont autorisées à agir ni devant le Tribunal fédéral en matière civile¹⁶⁷¹, ni devant le Tribunal fédéral des brevets. 777

3. Conditions pour représenter

N'importe quelle personne de confiance peut exercer la représentation non professionnelle en procédure civile selon le droit fédéral¹⁶⁷², à condition d'avoir la capacité de postuler¹⁶⁷³. 778

On constate toutefois que quelques cantons posent des exigences pour la représentation non professionnelle : 779

- dans le canton de Bâle-Campagne, § 3 al. 1 AnwG/BL pose trois conditions à la représentation non professionnelle : (i) avoir l'exercice des droits civils, (ii) ne pas avoir été condamné pénalement pour des infractions incompatibles avec la représentation en justice et (iii) ne pas faire l'objet d'actes de défaut de biens ;
- dans le canton de Bâle-Ville, § 3 al. 1 AdvG/BS prévoit que les représentant·e·s non professionnel·le·s doivent avoir l'exercice des droits civils ;
- dans le canton des Grisons, l'art. 11 al. 1 let. a EGz ZPO/GR prévoit que toute personne ayant l'exercice des droits civils et n'étant pas avocat·e au sens de la LLCA doit demander une autorisation au tribunal pour représenter une partie. Cette exigence s'applique en particulier à la représentation non professionnelle (art. 11 al. 1 let. a EGz ZPO/GR) et donc à la personne de confiance.

¹⁶⁷¹ HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.12 ; voir également arrêt du TF 5A_801/2020 du 29 septembre 2020 cons. 2 et arrêt du TF 5A_938/2020 du 20 novembre 2020 cons. 2, qui soulignent qu'une recourante ne peut pas être représentée par son mari devant le Tribunal fédéral.

¹⁶⁷² Arrêt du TF 5A_803/2019 du 3 avril 2020 cons. 3.3 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 109.

¹⁶⁷³ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 5 ; sur la notion de capacité de postuler, voir N 679 ss.

- 780 Il est possible de mentionner que la représentation non professionnelle nécessite d'avoir l'exercice des droits civils, étant donné qu'il s'agit déjà d'une condition pour avoir la capacité de postuler et donc représenter en procédure civile (voir N 705 ss). Cette exigence n'a dès lors pas de portée propre. En revanche, les autres conditions ne sont pas admissibles. Le droit fédéral régit de manière exhaustive la représentation non professionnelle au sens de l'art. 68 al. 1 CPC, de sorte que les cantons ne sont pas autorisés à régler cette question¹⁶⁷⁴.
- 781 Le tribunal du canton des Grisons a d'ailleurs considéré que l'exigence consistant à demander et obtenir une autorisation pour représenter une partie à titre non professionnel était contraire au droit fédéral¹⁶⁷⁵. Il a estimé que cette condition n'était pas conforme au principe de la liberté de représentation de l'art. 68 al. 1 CPC, de sorte que l'art. 11 EGz ZPO/GR devrait être révisé ou au moins corrigé en conséquence¹⁶⁷⁶.
- 782 À noter que dans les cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne, les conditions en matière de représentation non professionnelle sont contenues dans des lois sur la profession d'avocat·e. Elles valent donc pour tous les domaines du droit et conservent leur portée dans les matières où les cantons ont la compétence de légiférer sur la représentation en justice (par exemple en procédure administrative).

4. Garanties

- 783 Les personnes de confiance ne présentent aucune garantie particulière, ni pour les parties ni pour la justice. Elles ne sont pas tenues d'avoir une formation spécifique, ne sont pas soumises à des règles professionnelles et ne sont pas assujetties à une surveillance étatique¹⁶⁷⁷. À notre avis, elles ne sont pas non plus liées à la partie représentée par un contrat de mandat (voir N 760 ss).
- 784 Les législations de Bâle-Campagne et Bâle-Ville soumettent les personnes de confiance aux règles professionnelles applicables aux avocat·e·s (§ 3 al. 3 AnwG/BL ; § 3 al. 2 AdvG/BS). Dans la mesure où – comme exposé ci-dessus (N 780) – le droit fédéral régit de manière exhaustive la représentation non professionnelle au sens de l'art. 68 al. 1 CPC, ces dispositions doivent être

¹⁶⁷⁴ Arrêt du TF 5A_758/2016 du 14 février 2017 cons. 4.4 ; HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.2 et 12.12.

¹⁶⁷⁵ KG/GR KSK 11 48 du 1^{er} juillet 2011 cons. 2a bb, PKG 2011 p. 94.

¹⁶⁷⁶ KG/GR KSK 11 48 du 1^{er} juillet 2011 cons. 2a bb, PKG 2011 p. 94.

¹⁶⁷⁷ BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 3.

considérées comme contraires au droit fédéral¹⁶⁷⁸. Il faut également souligner que certaines règles professionnelles contenues dans la LLCA n'ont pas vocation à s'appliquer à des personnes de confiance (par exemple l'obligation d'être au bénéfice d'une assurance responsabilité civile professionnelle, art. 12 let. f LLCA, ou l'obligation d'accepter les défenses d'office et les mandats d'assistance judiciaire, art. 12 let. g LLCA).

Cette absence de garanties amène certains auteurs à considérer qu'il est difficilement justifiable d'autoriser la représentation non professionnelle en procédure ordinaire¹⁶⁷⁹. 785

Nous ne partageons pas cette opinion pour les raisons suivantes : 786

- la représentation, même exercée par une personne sans qualifications particulières, présente des avantages¹⁶⁸⁰. Elle permet par exemple à une partie qui ne peut pas se rendre à une audience de se faire remplacer facilement et gratuitement ;
- le système suisse donne aux parties la liberté de décider si elles veulent être représentées ou non, en partant du principe que celles-ci sont capables de faire un choix judicieux à cet égard (N 560 ss). La possibilité de désigner une personne de confiance comme représentant·e s'inscrit également dans cette logique ;
- les personnes de confiance doivent avoir la capacité de postuler pour représenter des parties, ce qui suppose notamment qu'elles ne soient pas manifestement incapables d'agir par elles-mêmes (voir N 710 ss). Si cette capacité fait défaut, le tribunal doit le constater et fixer un délai à la partie pour qu'elle signe elle-même l'acte déposé par la personne incapable de postuler ou qu'elle le fasse signer un·e représentant·e autorisé·e¹⁶⁸¹. Une telle décision a pour conséquence que la personne de confiance incapable de postuler ne peut plus continuer à représenter la partie dans la procédure. Il existe donc une possibilité d'écarter une personne de confiance de la procédure dans les cas les plus problématiques.

¹⁶⁷⁸ Arrêt du TF 5A_758/2016 du 14 février 2017 cons. 4.4.

¹⁶⁷⁹ BOHNET, Retour vers le futur, p. 13 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 333 s.

¹⁶⁸⁰ Voir N 254 ss.

¹⁶⁸¹ Voir N 713 ss.

B. Avocat·e·s

787 Les avocat·e·s, toujours autorisé·e·s à représenter des parties en procédure civile, sont les représentant·e·s professionnel·le·s par excellence¹⁶⁸².

1. Quelques chiffres

788 En 2021, 10'965 avocat·e·s étaient membres actifs à la Fédération Suisse des Avocats (FSA), organisation faîtière des avocat·e·s exerçant à titre indépendant en Suisse¹⁶⁸³. Ce chiffre ne correspond cependant pas tout à fait au nombre total d'avocat·e·s qui peuvent pratiquer la représentation en justice en Suisse. D'une part, l'inscription à la FSA ou à un ordre cantonal des avocat·e·s (dont les membres sont automatiquement affiliés à la FSA) n'est pas obligatoire. Il y a donc des avocat·e·s autorisé·e·s à représenter des parties qui ne sont pas membres d'une organisation. HAEGI estime néanmoins que 95% des avocat·e·s sont membres d'un ordre cantonal des avocat·e·s¹⁶⁸⁴ – et donc par la même occasion membres de la FSA. D'autre part, la FSA compte également des membres passifs qui n'exercent plus.

2. Cantons concernés

789 L'art. 68 al. 2 let. a CPC autorise les avocat·e·s à représenter des parties dans tous les cantons de Suisse.

790 Les avocat·e·s inscrit·e·s dans un registre cantonal (qui peuvent être titulaires d'un brevet suisse [voir N 800]¹⁶⁸⁵ ou UE/AELE [voir N 801])¹⁶⁸⁶ ainsi que les avocat·e·s UE/AELE inscrit·e·s au tableau (N 802 s.)¹⁶⁸⁷ bénéficient de la libre circulation pour l'activité de représentation en justice. Peu importe le canton de

¹⁶⁸² BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 336 ; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, N 21.

¹⁶⁸³ https://www.sav-fsa.ch/documents/672183/2058067/Mitgliederstatistik_31.12.2021.pdf/cc822bb0-a328-f867-df48-fe8da738ad7a?t=1648051133591 (consulté le 30 septembre 2023).

¹⁶⁸⁴ HAEGI, p. 94.

¹⁶⁸⁵ BOHNET/MARTENET, N 757 ; CR LLCA-JEANNERET, art. 4 N 3.

¹⁶⁸⁶ BOHNET/MARTENET, N 759 ; CR LLCA-JEANNERET, art. 4 N 3.

¹⁶⁸⁷ BOHNET/MARTENET, N 760.

leur établissement professionnel, ces personnes sont habilitées à représenter des parties dans toute la Suisse, sans autre autorisation¹⁶⁸⁸.

Les avocat·e·s UE/AELE prestataires de services (N 804 ss) peuvent également pratiquer dans toute la Suisse¹⁶⁸⁹, mais doivent établir leur qualité d'avocat·e chaque fois qu'une autorité le demande (art. 22 LLCA)¹⁶⁹⁰. 791

Les avocat·e·s titulaires d'un brevet au sens de l'art. 3 al. 2 LLCA (N 808 ss) ne bénéficient pas de la libre circulation et ne peuvent représenter des parties que dans le canton ayant délivré leur brevet¹⁶⁹¹. 792

3. Domaine de compétence et monopole

En procédure civile, les avocat·e·s peuvent représenter des parties dans toutes les procédures se déroulant devant les autorités cantonales¹⁶⁹². Les membres de cette profession (excepté·e·s les avocat·e·s titulaires d'un brevet au sens de l'art. 3 al. 2 LLCA¹⁶⁹³) peuvent également pratiquer la représentation en justice devant le Tribunal fédéral¹⁶⁹⁴ et le Tribunal fédéral des brevets¹⁶⁹⁵. 793

¹⁶⁸⁸ Message LLCA, FF 1999 p. 5360.

¹⁶⁸⁹ BOHNET/MARTENET, N 761.

¹⁶⁹⁰ Message LLCA, FF 1999 p. 5376 ; BOHNET/MARTENET, N 761 ; CR LLCA-DREYER, art. 22 N 1.

¹⁶⁹¹ ATF 141 II 280 cons. 7.1 ; arrêt du TF 5A_461/2012 du 1^{er} février 2013 ; BOHNET/MARTENET, N 631 et 762 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 75. Il serait toutefois possible pour un canton d'autoriser, devant ses autorités, la représentation par des avocat·e·s au sens de l'art. 3 al. 2 LLCA ayant obtenu leur brevet dans un autre canton (BOHNET/MARTENET, N 764).

¹⁶⁹² Art. 68 al. 2 let. a CPC ; BOHNET, Procédure civile, N 433 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 13 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 336 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 816 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 74.

¹⁶⁹³ Les avocat·e·s titulaires d'un brevet au sens de l'art. 3 al. 2 LLCA ne peuvent agir que devant des autorités cantonales (N 808).

¹⁶⁹⁴ Art. 40 al. 1 LTF ; arrêt du TF 6B_390/2022 du 27 juillet 2022 cons. 1.1 ; arrêt du TF 5A_110/2022 du 26 avril 2022 cons. 2 ; arrêt du TF 6B_178/2021 du 24 février 2022 cons. 1.1 ; arrêt du TF 6B_1234/2021 du 15 novembre 2021 cons. 2 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 8 ss ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 826.

¹⁶⁹⁵ ZELLWEGER, p. 285.

794 La représentation professionnelle est réservée aux avocat·e·s dans certaines procédures (monopole de l'avocat·e¹⁶⁹⁶). En procédure civile suisse, l'étendue de ce monopole est la suivante.

a. Monopole devant les instances cantonales

795 Devant les instances cantonales, le monopole concerne toutes les procédures, sauf celles où la représentation par des professionnel·le·s qui ne sont pas des avocat·e·s est autorisée¹⁶⁹⁷. Il est délimité en partie par le CPC et en partie par les lois cantonales :

- le CPC pose le principe : seul·e·s les avocat·e·s peuvent représenter des parties devant les autorités cantonales (art. 68 al. 2 let. a CPC)¹⁶⁹⁸. Il faut toutefois réserver les procédures sommaires de l'art. 251 CPC, où la représentation professionnelle est libre¹⁶⁹⁹.
- les cantons prévoient des exceptions : ils peuvent réglementer la représentation professionnelle par des personnes qui ne sont pas des avocat·e·s dans certaines procédures (art. 68 al. 2 let. b et d CPC)¹⁷⁰⁰. Dans les domaines où les cantons n'ont pas de compétence ou n'ont pas fait usage de la compétence accordée, le monopole de l'avocat·e s'applique¹⁷⁰¹.

b. Monopole devant le Tribunal fédéral

796 Devant le Tribunal fédéral, le monopole s'applique aux procédures en matière civile (art. 40 al. 1 LTF)¹⁷⁰². Cela comprend les recours en matière civile au sens

¹⁶⁹⁶ Sur cette notion, voir N 768 ss.

¹⁶⁹⁷ BOHNET, Professions, N 34 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 816 ss. Précisons que les *avocat·e·s-stagiaires* peuvent également représenter des parties en justice dans ces procédures cantonales (N 951).

¹⁶⁹⁸ ATF 141 II 280 cons. 6.4 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 336 ; SUTTER-SOMM, N 195.

¹⁶⁹⁹ Voir N 869 ss, et en particulier N 880.

¹⁷⁰⁰ ATF 141 II 280 cons. 6.4 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 114.

¹⁷⁰¹ ATF 141 II 280 cons. 6.4.

¹⁷⁰² Arrêt du TF 6B_1234/2021 du 15 novembre 2021 cons. 2 ; arrêt du TF 5A_833/2015 du 20 octobre 2015 cons. 2.2 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 1 et 8 ss ;

de l'art. 72 al. 1 et 2 LTF¹⁷⁰³, les recours constitutionnels subsidiaires au sens de l'art. 113 LTF concernant des affaires de droit civil¹⁷⁰⁴, ainsi que les actions directes au Tribunal fédéral portant sur des contestations de droit civil au sens de l'art. 120 al. 1 let. b LTF¹⁷⁰⁵.

Le monopole concerne également les demandes de révision (art. 121 ss LTF) et de rectification (art. 129 LTF), lorsqu'elles concernent des arrêts du Tribunal fédéral rendus au terme de l'une des procédures mentionnées au paragraphe précédent¹⁷⁰⁶. 797

c. Monopole devant le Tribunal fédéral des brevets

Devant le Tribunal fédéral des brevets, le monopole s'étend à toutes les procédures, sauf celles concernant la validité d'un brevet, dans lesquelles les conseils en brevet peuvent également représenter des parties¹⁷⁰⁷ (voir N 933). 798

4. Conditions pour représenter

a. Exigences propres à chaque catégorie d'avocat·e·s

Les art. 68 al. 2 let. a CPC et 40 al. 1 LTF autorisent la représentation par les avocat·e·s au sens de la LLCA. Ces dispositions visent les catégories d'avocat·e·s présentées ci-dessous, autorisé·e·s à représenter à différentes conditions¹⁷⁰⁸. 799

FELLMANN, Anwaltsrecht, N 826 ; HOHL, Tome II, N 73 ; BSK BGG-MERZ, art. 40 N 4 ; SUTTER-SOMM, N 198.

¹⁷⁰³ ATF 134 III 520 cons. 1.3, JdT 2008 II p. 86 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 826 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 9 ; HOHL, Tome II, N 73.

¹⁷⁰⁴ ATF 134 III 520 cons. 1.2, JdT 2008 II p. 86 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 15 ; BOHNET/MARTENET, N 925 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 828 ; HOHL, Tome II, N 73 ; SK AnwG-NATER, art. 3 N 7a.

¹⁷⁰⁵ BOHNET/MARTENET, N 926 ; DONZALLAZ, art. 40 N 775. L'art. 18 al. 1 PCF renvoie à l'art. 40 LTF pour les questions de représentation des parties.

¹⁷⁰⁶ BOHNET/MARTENET, N 926.

¹⁷⁰⁷ ATF 143 III 28 cons. 2.2.2 ; Message LTFB, FF 2008 p. 403 ; MEIER I., p. 544 ; ZELLWEGER, p. 285 s.

¹⁷⁰⁸ Message CPC, FF 2006 p. 6894 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 13 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 14 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 7 ss ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 8.

(i) *Avocat·e·s titulaires d'un brevet suisse et inscrit·e·s dans un registre cantonal (art. 6 ss LLCA)*

800 Pour représenter en justice, ces avocat·e·s doivent être inscrit·e·s dans un registre cantonal¹⁷⁰⁹. Des conditions de formation et des conditions personnelles doivent être satisfaites pour l'inscription¹⁷¹⁰ :

- Conditions de formation. L'inscription au registre nécessite d'être titulaire d'un brevet d'avocat·e suisse. Les cantons sont compétents pour déterminer les conditions d'octroi de ce titre (art. 3 al. 1 LLCA)¹⁷¹¹. La LLCA pose néanmoins trois exigences minimales pour obtenir le brevet :
 - obtention d'un diplôme universitaire en droit (art. 7 al. 1 let. a LLCA ; licence ou master d'une université suisse ou diplôme étranger équivalent) ;
 - accomplissement d'un stage d'au moins un an (art. 7 al. 1 let. b LLCA)¹⁷¹² ;
 - réussite d'un examen à l'issue de ce stage (art. 7 al. 1 let. b LLCA)¹⁷¹³.
- Conditions personnelles. Énoncées à l'art. 8 LLCA, ces conditions sont les suivantes :
 - exercice des droits civils (art. 8 al. 1 let. a LLCA) ;
 - absence de condamnation pénale pour des faits incompatibles avec la profession (art. 8 al. 1 let. b LLCA) ;
 - absence d'acte de défaut de biens (art. 8 al. 1 let. c LLCA) et ;
 - indépendance : l'avocat·e ne peut être employé·e que par des personnes elles-mêmes inscrites dans un registre cantonal (art. 8 al. 1 let. d LLCA). L'art. 8 al. 2 LLCA prévoit toutefois que

¹⁷⁰⁹ BOHNET/MARTENET, N 675 et 770 ; CR LLCA-REISER/JEANNERET, Intro. art. 4-11 N 4.

¹⁷¹⁰ Message LLCA, FF 1999 p. 5362 ; CR LLCA-JEANNERET/REISER, art. 6 N 6 s.

¹⁷¹¹ ATF 134 II 329 cons. 5.1 ; arrêt du TF 2C_887/2020 du 18 août 2021 cons. 4.1 et 6.2 ; BOHNET, Professions, N 5 ; CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD, art. 1 N 45 et art. 3 N 4 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 110 ; HOHL, Tome II, N 68.

¹⁷¹² BOHNET, Professions, N 6 ; BOHNET/MARTENET, N 504 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 119 ; HAEGI, p. 107.

¹⁷¹³ BOHNET, Professions, N 6 ; BOHNET/MARTENET, N 504 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 119.

l'avocat·e employé·e par une organisation reconnue d'utilité publique peut s'inscrire au registre sans remplir cette condition, si son activité se limite à des mandats concernant strictement le but visé par cette organisation (art. 8 let. d LLCA)¹⁷¹⁴. La condition de l'indépendance n'a pas été considérée comme satisfaite dans le cas d'un avocat représentant, devant le Tribunal fédéral, des parties qu'il avait déjà défendues devant les instances cantonales en qualité d'employé de l'ASLOCA¹⁷¹⁵. D'une part, l'exigence de l'art. 8 al. 1 let. d LLCA n'était pas remplie : l'avocat avait commencé le mandat en qualité de collaborateur de l'ASLOCA puis l'avait poursuivi seul¹⁷¹⁶. D'autre part, il ne pouvait pas se prévaloir de l'art. 8 al. 2 LLCA, l'ASLOCA n'étant pas une organisation reconnue d'utilité publique au sens de cette disposition¹⁷¹⁷.

(ii) *Avocat·e·s UE/AELE (non titulaires d'un brevet suisse) inscrit·e·s dans un registre cantonal (art. 4 et 30 ss LLCA)*

Il s'agit de la seconde catégorie d'avocat·e·s qui doivent s'inscrire au registre pour pratiquer la représentation en justice. Les conditions suivantes doivent être remplies pour l'inscription :

801

- nationalité d'un État étranger membre de l'UE ou de l'AELE ou nationalité suisse (art. 2 al. 3 LLCA)¹⁷¹⁸ ;
- conditions de formation. Une des conditions alternatives suivantes doit être remplie (art. 30 al. 1 LLCA)¹⁷¹⁹ :

¹⁷¹⁴ BOHNET, Professions, N 45 ; BOHNET/MARTENET, N 602 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1.

¹⁷¹⁵ ATF 139 III 249 ; concernant cet arrêt, voir Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 13 ; BOHNET, Note ATF 139 III 249.

¹⁷¹⁶ ATF 139 III 249.

¹⁷¹⁷ ATF 139 III 249.

¹⁷¹⁸ BOHNET/MARTENET, N 849.

¹⁷¹⁹ Message LLCA, FF 1999 p. 5380 ; BOHNET/MARTENET, N 851 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 193. L'art. 30 al. 1 LLCA dispense expressément les avocat·e·s UE/AELE souhaitant s'inscrire au registre des conditions posées à l'art. 7 let. b LLCA (stage et examen). Cela signifie-t-il qu'*a contrario*, la condition de l'art. 7 let. a LLCA (formation universitaire) doit être remplie pour l'inscription ? En réalité, des exigences de formation universitaire sont d'ores et déjà prévues dans la loi (suisse ou étrangère). Si l'inscription est requise après la réussite d'une épreuve d'aptitude (art. 30 al. 1 let. a LLCA), ces conditions sont celles de l'art. 31 al. 1 let. a LLCA (voir, si elles sont plus strictes, celles requises selon l'art. 31 al. 1 let. b LLCA pour obtenir un diplôme permettant l'exercice de la profession

- réussite d'une épreuve d'aptitude (art. 30 al. 1 let. a LLCA). Les conditions d'accès à cette épreuve et le contenu de celle-ci figurent à l'art. 31 LLCA ;
- pratique d'au moins trois ans en tant qu'avocat·e UE/AELE inscrit·e au tableau (N 802 ss), durant laquelle une activité effective et régulière en droit suisse a été réalisée (art. 30 al. 1 let. b ch. 1 LLCA). Alternativement, si une telle activité n'a pas été conduite de manière effective et régulière pendant les trois ans d'inscription au tableau, l'inscription au registre est possible moyennant la réalisation d'un entretien de vérification des compétences professionnelles (art. 30 al. 1 let. b ch. 2 LLCA)¹⁷²⁰. L'art. 32 LLCA règle le déroulement de cet entretien.
- conditions personnelles. Les conditions de l'art. 8 LLCA, énumérées au N 800, doivent être réunies¹⁷²¹.

(iii) *Avocat·e·s UE/AELE inscrit·e·s au tableau (art. 27 ss LLCA)*

802 Ces avocat·e·s peuvent pratiquer la représentation en justice sous leur titre d'origine et de manière permanente (art. 27 al. 1 LLCA)¹⁷²². Pour ce faire, une inscription au tableau est nécessaire (art. 27 al. 1 LLCA *in fine* ; le tableau et le registre sont deux répertoires distincts¹⁷²³). Elle peut être requise aux conditions suivantes :

dan s un État UE/AELE). Si l'inscription est demandée sur la base d'une expérience pratique (art. 30 al. 1 let. b LLCA), l'avocat·e doit avoir été inscrit·e au tableau, ce qui requière l'autorisation de pratiquer dans son pays d'origine (art. 21 al. 1 LLCA). Or cette autorisation nécessite en principe d'avoir achevé des études universitaires (voir notamment, en France, l'art. 11 2° de la Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ; en Allemagne, § 4 Nr. 1 BRAO *cum* § 5 s. DRiG, ou encore en Italie, l'art. 2 al. 3 de la Legge 31 dicembre 2012, no 247, Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense ; voir également à ce sujet IECL XVI-CLARK, chap. 3 N 15 ss).

¹⁷²⁰ Message LLCA, FF 1999 p. 5381 ; BOHNET/MARTENET, N 866.

¹⁷²¹ BOHNET/MARTENET, N 850 (qui indiquent que l'inscription au registre des avocat·e·s UE/AELE est bien soumise aux conditions de l'art. 8 LLCA).

¹⁷²² Arrêt du TF 6B_68/2018 du 7 novembre 2018 cons. 1 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 185. Sur la notion d'« activité permanente », voir CR LLCA-CHAPPUIS/CHÂTELAIN, art. 27 N 3 ss.

¹⁷²³ BOHNET, Professions, N 27 ; BOHNET/MARTENET, N 839 ; CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD, art. 2 N 41.

- nationalité d'un État étranger membre de l'UE ou de l'AELE ou nationalité suisse (art. 2 al. 3 LLCA)¹⁷²⁴ ;
- autorisation à exercer dans l'État de provenance (UE ou AELE) sous l'un des titres professionnels figurant dans l'annexe à la LLCA (art. 24 *cum art.* 27 al. 2 LLCA)¹⁷²⁵. Pour exercer la profession d'avocat·e dans les États européens, il faut en principe remplir des conditions de formation (formation universitaire, stage, examen d'aptitude) et des conditions personnelles¹⁷²⁶ similaires à celle prévues en Suisse.

La représentation par les avocat·e·s inscrit·e·s au tableau est de plus soumise à « l'obligation d'agir de concert » prévue par l'art. 23 LLCA (voir art. 27 al. 2 LLCA, qui renvoie à l'art. 23 LLCA)¹⁷²⁷. Cet article dispose que « [p]our les procédures où l'assistance d'un avocat est obligatoire, l'avocat prestataire de services agit de concert avec un avocat inscrit à un registre cantonal des avocats ». Cette disposition n'est pratiquement pas appliquée en procédure civile suisse, la représentation n'étant obligatoire que dans les situations, rares, prévues aux art. 69 CPC et 41 LTF¹⁷²⁸. 803

(iv) *Avocat·e·s UE/AELE prestataires de services (art. 21 ss LLCA)*

Ces avocat·e·s peuvent pratiquer la représentation en justice sous leur titre d'origine (art. 24 LLCA) et de manière occasionnelle¹⁷²⁹ (ce qui les distingue des avocat·e·s UE/AELE inscrit·e·s au tableau, qui peuvent pratiquer cette activité de manière permanente¹⁷³⁰). 804

¹⁷²⁴ BOHNET/MARTENET, N 833 ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 185 et 192.

¹⁷²⁵ CR LLCA-CHAPPUIS/CHÂTELAIN, art. 27 N 1 ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 187.

¹⁷²⁶ Voir par exemple, en France, art. 11 de la Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ; en Allemagne, § 4 Nr. 1 BRAO *cum* § 5 ss DRiG et § 7 BRAO ; en Italie, les art. 2 al. 3 et 17 al. 1 de la Legge 31 dicembre 2012, no 247, Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense ; voir également IECL XVI-CLARK, chap. 3 N 15 ss.

¹⁷²⁷ BOHNET/MARTENET, N 836 ; CR LLCA-CHAPPUIS/CHÂTELAIN, art. 27 N 12 ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 188.

¹⁷²⁸ CHAPPUIS/GURTNER, N 51. Pour des précisions au sujet des art. 69 CPC et 41 LTF, voir N 500 ss.

¹⁷²⁹ Arrêt du TF 6B_68/2018 du 7 novembre 2018 cons. 1 ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 178 s.

¹⁷³⁰ Arrêt du TF 6B_68/2018 du 7 novembre 2018 cons. 1 ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 185.

805 Les conditions suivantes permettent à ces avocat·e·s de représenter des parties (art. 21 LLCA)¹⁷³¹ :

- nationalité d'un État étranger membre de l'UE ou de l'AELE ou nationalité suisse (art. 2 al. 3 LLCA)¹⁷³² ;
- autorisation à exercer dans l'État de provenance (UE ou AELE) sous l'un des titres professionnels figurant dans l'annexe à la LLCA¹⁷³³.

806 En revanche, une inscription au registre ou au tableau n'est pas nécessaire¹⁷³⁴.

807 À l'instar des avocat·e·s inscrit·e·s au tableau, les avocat·e·s prestataires de service sont soumis à l'obligation d'agir de concert (art. 23 LLCA ; voir N 803 pour des détails à ce sujet).

(v) *Avocat·e·s titulaires d'un brevet au sens de l'art. 3 al. 2 LLCA*

808 Les cantons peuvent autoriser la représentation par des avocat·e·s titulaires d'un brevet au sens de l'art. 3 al. 2 LLCA devant leurs propres autorités¹⁷³⁵. Cette disposition concerne deux types de personnes :

- les avocat·e·s remplissant les conditions pour l'inscription au registre, mais n'y étant pas inscrit·e·s¹⁷³⁶ ;
- les avocat·e·s ne remplissant pas les conditions pour l'inscription au registre¹⁷³⁷ (par exemple les avocat·e·s titulaires d'un brevet cantonal

¹⁷³¹ BOHNET/MARTENET, N 813

¹⁷³² BOHNET/MARTENET, N 812 ; CR LLCA-DREYER, art. 21 N 12 et 15 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 176 et 182. Selon BOHNET/MARTENET, une personne possédant la nationalité d'un État tiers (c'est-à-dire non UE ou AELE), habilitée à exercer en tant qu'avocat·e dans un pays UE ou AELE et salariée d'une étude d'avocat·e·s devrait également pouvoir pratiquer en tant qu'avocat·e prestataire de service (BOHNET/MARTENET, N 814).

¹⁷³³ CR LLCA-DREYER, art. 21 N 12 ss.

¹⁷³⁴ Arrêt du TF 6B_68/2018 du 7 novembre 2018 cons. 1 ; BOHNET/MARTENET, N 813 ; voir également art. 21 al. 2 LLCA.

¹⁷³⁵ ATF 141 II 280 cons. 7.1 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 13 ; BOHNET/MARTENET, N 950 ; SK AnwG-NATER, art. 3 N 4 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 75 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 7c ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 8.

¹⁷³⁶ BOHNET/MARTENET, N 218 ; CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD, art. 2 N 29.

¹⁷³⁷ BOHNET/MARTENET, N 221 ; CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD, art. 2 N 30.

octroyé à des conditions moins strictes que le brevet « classique » de l’art. 3 al. 1 LLCA¹⁷³⁸).

b. Absence de conflit d’intérêts et indépendance

Les différents types d’avocat·e·s autorisé·e·s à pratiquer la représentation sont soumis·es à des règles professionnelles¹⁷³⁹, en particulier celle d’exercer en toute indépendance (art. 12 let. b LLCA) et celle d’éviter les conflits d’intérêts (art. 12 let. c LLCA¹⁷⁴⁰). 809

La violation de ces règles – en particulier si un·e avocat·e représente une partie malgré un conflit d’intérêts – entraîne une conséquence procédurale (en plus d’une éventuelle sanction disciplinaire) : l’autorité en charge de la procédure¹⁷⁴¹ doit rendre une décision constatant que l’avocat·e n’a pas la capacité de postuler et ne peut donc pas représenter la partie¹⁷⁴². 810

Autrement dit, l’absence de conflit d’intérêts et l’indépendance ne sont pas uniquement des règles professionnelles ; ce sont également des conditions pour valablement représenter des parties¹⁷⁴³. 811

5. Garanties

La profession d’avocat·e est entourée d’un cadre légal et réglementaire important. Une grande partie des règles applicables à ces professionnel·le·s protègent les intérêts de leurs client·e·s, et sont au bénéfice des parties qui font appel à des avocat·e·s pour les représenter en justice. Certaines de ces règles servent également les intérêts de la justice, en contribuant à la bonne marche du procès. 812

¹⁷³⁸ CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD, art. 2 N 30.

¹⁷³⁹ Voir N 815.

¹⁷⁴⁰ À ce sujet, voir N 818 ss.

¹⁷⁴¹ Sur la question de l’autorité compétente pour se prononcer sur l’incapacité de postuler d’un·e avocat·e pris·e dans un conflit d’intérêts, voir N 723 ss.

¹⁷⁴² Voir N 713 ss.

¹⁷⁴³ PERCASSI, Capacité de postuler, p. 284.

a. Conditions d'accès à la profession

813 Tout d'abord, la LLCA subordonne l'accès à la profession d'avocat·e à des conditions de formation et des conditions personnelles¹⁷⁴⁴. Ces exigences garantissent que les avocat·e·s disposent de connaissances juridiques et font preuve d'une certaine probité.

b. Règles professionnelles

814 L'exercice de la profession d'avocat·e est soumise à des règles professionnelles, qui sont des « norme[s] de droit édictée[s] par une autorité afin de réglementer une profession dans un but d'intérêt public »¹⁷⁴⁵. Elles sont énumérées exhaustivement aux art. 12 et 13 LLCA¹⁷⁴⁶.

815 Les règles professionnelles s'appliquent aux avocat·e·s inscrit·e·s au registre¹⁷⁴⁷ (N 800 et N 801), inscrit·e·s au tableau¹⁷⁴⁸ (N 802 s.) et prestataires de services¹⁷⁴⁹ (N 804 ss). L'application de ces règles aux avocat·e·s au sens de l'art. 3 al. 2 LLCA (N 808) est discutée en doctrine¹⁷⁵⁰.

816 La violation des règles professionnelles peut entraîner diverses sanctions disciplinaires (art. 17 LLCA), allant jusqu'à une interdiction temporaire, voire définitive, de pratiquer (art. 17 al. 1 let. d et e LLCA).

¹⁷⁴⁴ Voir N 799 ss.

¹⁷⁴⁵ Message LLCA, FF 1999 p. 5367 ; ATF 144 II 473 cons. 4.4 ; ATF 140 III 6 cons. 3.1 ; ATF 136 III 296 cons. 2.1.

¹⁷⁴⁶ ATF 136 III 296 cons. 2.1 ; BOHNET, Professions, N 36 ; BOHNET/MARTENET, N 1103 et 1115.

¹⁷⁴⁷ BOHNET/MARTENET, N 1112.

¹⁷⁴⁸ Voir art. 25 LLCA, applicable en vertu du renvoi de l'art. 27 al. 2 LLCA ; BOHNET/MARTENET, N 843 et 1112 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 102 et 188. L'art. 25 LLCA, qui s'applique également aux avocat·e·s inscrit·e·s au tableau (art. 27 al. 2 LLCA) précise que les avocat·e·s prestataires de service ne sont pas soumis·es aux obligations d'accepter des mandats d'office (art. 12 let. g LLCA) et de communiquer des modifications relatives aux données du registre (art. 12 let. j LLCA).

¹⁷⁴⁹ Voir art. 25 LLCA ; Message LLCA, FF 1999 p. 5376 ss ; BOHNET/MARTENET, N 830 et 1112 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 102 et 180. L'art. 25 LLCA précise que les avocat·e·s prestataires de service ne sont pas soumis·es aux obligations d'accepter des mandats d'office (art. 12 let. g LLCA) et de communiquer des modifications relatives aux données du registre (art. 12 let. j LLCA).

¹⁷⁵⁰ BOHNET/MARTENET, N 218 ss ; CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD, art. 2 N 29 s.

Une analyse approfondie de toutes les règles professionnelles des art. 12 et 13 LLCA dépasserait le cadre de notre travail. Nous avons choisi d'en présenter brièvement deux qui, selon le Tribunal fédéral, protègent à la fois les intérêts privés des client·e·s des avocat·e·s et l'intérêt public à la bonne marche de la justice. Elles illustrent à notre avis au mieux les garanties qu'offrent les avocat·e·s pratiquant la représentation en procédure. 817

(i) *Interdiction des conflits d'intérêts (art. 12 let. c LLCA)*

Selon la jurisprudence fédérale, l'interdiction des conflits d'intérêts protège en premier lieu les client·e·s des avocat·e·s¹⁷⁵¹. Les membres de la profession sont soumis à une obligation de fidélité et un devoir de diligence envers leurs client·e·s, dont le respect n'est plus assuré en cas de conflit d'intérêts¹⁷⁵². 818

La prohibition des conflits d'intérêts permet aussi de garantir la bonne marche du procès¹⁷⁵³. Celle-ci risque d'être entravée lorsqu'un·e avocat·e n'est pas capable de défendre pleinement une partie en raison d'un tel conflit, ou si un·e avocat·e est susceptible d'utiliser contre la partie adverse des informations que celle-ci lui aurait fourni à l'occasion d'un précédent mandat¹⁷⁵⁴. 819

La portée de cette règle est spécialement importante en matière de représentation conventionnelle. Comme exposé plus haut, l'avocat·e perd sa capacité de postuler en cas de conflit d'intérêts et ne peut plus représenter la partie¹⁷⁵⁵. 820

¹⁷⁵¹ ATF 145 IV 218 cons. 2.1 ; ATF 141 IV 257 cons. 2.1 ; arrêt du TF 5A_27/2023 du 21 mars 2023 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_766/2022 du 26 janvier 2023 cons. 3.2 ; arrêt du TF 1B_476/2022 du 6 décembre 2022 cons. 2.2.1 ; arrêt du TF 5A_455/2022 du 9 novembre 2022 cons. 1.3.2 ; arrêt du TF 2C_867/2021 du 2 novembre 2022 cons. 4.1 ; arrêt du TF 1B_52/2022 du 19 mai 2022 cons. 2.1.2 ; arrêt du TF 5A_124/2022 du 26 avril 2022 cons. 4.1.1 ; arrêt du TF 2C_742/2021 du 28 décembre 2021 cons. 4.2 ; arrêt du TF 5A_536/2021 du 8 septembre 2021 cons. 4.1.1.

¹⁷⁵² ATF 145 IV 218 cons. 2.1 ; ATF 141 IV 257 cons. 2.1 ; ATF 135 II 145 cons. 9.1.

¹⁷⁵³ ATF 145 IV 218 cons. 2.1 ; ATF 141 IV 257 cons. 2.1 ; ATF 138 II 162 cons. 2.5.2 ; arrêt du TF 5A_27/2023 du 21 mars 2023 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_766/2022 du 26 janvier 2023 cons. 3.2 ; arrêt du TF 1B_476/2022 du 6 décembre 2022 cons. 2.2.1 ; arrêt du TF 5A_455/2022 du 9 novembre 2022 cons. 1.3.2 ; arrêt du TF 2C_867/2021 du 2 novembre 2022 cons. 4.1 ; arrêt du TF 1B_52/2022 du 19 mai 2022 cons. 2.1.2 ; arrêt du TF 5A_124/2022 du 26 avril 2022 cons. 4.1.1 ; arrêt du TF 2C_742/2021 du 28 décembre 2021 cons. 4.2 ; arrêt du TF 5A_536/2021 du 8 septembre 2021 cons. 4.1.1.

¹⁷⁵⁴ ATF 145 IV 218 cons. 2.1 ; ATF 141 IV 257 cons. 2.1 ; ATF 138 II 162 cons. 2.5.2.

¹⁷⁵⁵ N 809 ss.

(ii) Secret professionnel (art. 13 LLCA)

- 821 Selon le Tribunal fédéral, le secret professionnel « est indispensable à la profession et, partant, à une administration saine de la justice »¹⁷⁵⁶.
- 822 Premièrement, le secret professionnel protège les client·e·s des avocat·e·s : il est l'assurance que leurs déclarations seront gardées confidentielles, et leur permet de communiquer librement¹⁷⁵⁷. Les avocat·e·s apprennent ainsi à connaître en détail la situation de leurs client·e·s et peuvent les conseiller et les représenter efficacement¹⁷⁵⁸.
- 823 Deuxièmement, le secret sert l'intérêt public¹⁷⁵⁹. Les avocat·e·s jouent un rôle important pour le fonctionnement des institutions judiciaires¹⁷⁶⁰. La justice possède donc un intérêt à ce que cette profession soit exercée convenablement¹⁷⁶¹. Le secret professionnel des avocat·e·s permettant une représentation efficace des justiciables¹⁷⁶², il est essentiel à la profession et constitue de ce fait une protection pour l'ordre juridique et l'accès à la justice¹⁷⁶³.

¹⁷⁵⁶ ATF 147 IV 385 cons. 2.2 ; ATF 145 II 229 cons. 7.1 ; ATF 144 II 147 cons. 5.3.3 ; ATF 138 II 440 cons. 21, JdT 2013 I p. 135.

¹⁷⁵⁷ ATF 147 IV 385 cons. 2.2 ; ATF 145 II 229 cons. 7.1 ; ATF 117 Ia 341 cons. 6a ; BOHNET/MARTENET, N 1805 ; BOHNET/MELCARNE, Levée du secret, p. 29 s.

¹⁷⁵⁸ ATF 117 Ia 341 cons. 6a ; ATF 91 I 200 cons. 3, JdT 1966 I p. 295 ; BOHNET/MARTENET, N 1805 ; BOHNET/MELCARNE, Levée du secret, p. 29 s.

¹⁷⁵⁹ Arrêt de la CourEDH *Michaud c. France* du 6 décembre 2012, no 12323/11, CEDH 2012, § 123 ; ATF 147 IV 385 cons. 2.2 ; ATF 145 II 229 cons. 7.1 ; arrêt du TF 2C_586/2015 du 9 mai 2016 cons. 2.1 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 666 ; BOHNET/MELCARNE, Levée du secret, p. 30.

¹⁷⁶⁰ ATF 147 IV 385 cons. 2.2 ; ATF 145 II 229 cons. 7.1 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 666.

¹⁷⁶¹ BOHNET/MARTENET, N 1807.

¹⁷⁶² Arrêt de la CourEDH *Michaud c. France* du 6 décembre 2012, no 12323/11, CEDH 2012, § 118 ; ATF 117 Ia 341 cons. 6a ; ATF 91 I 200 cons. 3, JdT 1966 I p. 295 ; arrêt du TF 2C_586/2015 du 9 mai 2016 cons. 2.1 ; BOHNET/MARTENET, N 1805.

¹⁷⁶³ ATF 147 IV 385 cons. 2.2 ; ATF 145 II 229 cons. 7.1 ; ATF 144 II 147 cons. 5.3.3 ; ATF 135 III 597 cons. 3.4 ; arrêt du TF 2C_586/2015 du 9 mai 2016 cons. 2.1 ; BOHNET/MELCARNE, Levée du secret, p. 30.

Ce secret professionnel est *absolu* : même délié·e·s du secret, les avocat·e·s ne sont jamais obligé·e·s de divulguer les informations confiées (art. 13 al. 1 LLCA, dernière phrase)¹⁷⁶⁴. 824

Plusieurs autres dispositions légales visent à assurer le respect du secret professionnel et lui accordent de ce fait une protection supplémentaire. Il s'agit notamment de l'art. 321 CP¹⁷⁶⁵, et, en procédure civile, des art. 160 al. 1 let. b, 163 al. 1 let. b et 166 al. 1 let. b CPC¹⁷⁶⁶. 825

c. Règles déontologiques

En plus des règles professionnelles, les avocat·e·s sont soumis·es à des règles déontologiques, qui sont des normes adoptées par des organisations professionnelles¹⁷⁶⁷. 826

Les règles déontologiques ne s'imposent de façon directe qu'aux avocat·e·s membres de l'organisation les ayant édictées¹⁷⁶⁸. Leur portée dépasse toutefois ce champ d'application : selon le Tribunal fédéral, ces règles permettent « de préciser ou d'interpréter les règles professionnelles, mais uniquement dans la mesure où elles expriment une opinion largement répandue au plan national »¹⁷⁶⁹. 827

La Fédération suisse des Avocats (FSA) a édicté en 2005 le Code suisse de déontologie (aCSD), afin d'harmoniser les règles déontologiques au niveau national¹⁷⁷⁰. Ce code a désormais été remplacé par un nouveau Code suisse de 828

¹⁷⁶⁴ ATF 136 III 296 cons. 3.3 ; BOHNET/MARTENET, N 1853 ; CHAPPUIS/STEINER, p. 92 s. ; voir également art. 4 al. 3 CSD ; ATF 144 II 147 cons. 5.3.3 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 850 et 940.

¹⁷⁶⁵ Sur la différence entre la protection du secret de l'art. 321 CP et celle de l'art. 13 LLCA, voir ATF 147 IV 385 cons. 2.6.2 ; BOHNET/MELCARNE, Secret professionnel, p. 40 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 652 ; CHAPPUIS/STEINER, p. 91 s.

¹⁷⁶⁶ CHAPPUIS/STEINER, p. 87 s.

¹⁷⁶⁷ Message LLCA, FF 1999 p. 5367 ; ATF 144 II 473 cons. 4.4 ; ATF 140 III 6 cons. 3.1 ; ATF 136 III 296 cons. 2.1 ; CR LLCA-VALTICOS, art. 12 N 1.

¹⁷⁶⁸ Message LLCA, FF 1999 p. 5367 s. ; BOHNET, Professions, N 38 ; HAEGI, p. 94 ; CR LLCA-VALTICOS, art. 12 N 1.

¹⁷⁶⁹ ATF 144 II 473 cons. 4.4 ; ATF 140 III 6 cons. 3.1 ; ATF 136 III 296 cons. 2.1 ; ATF 130 II 270 cons. 3.1.1 ; voir également arrêt du TF 2C_101/2023 du 11 mai 2023 cons. 7.1. Sur les conditions auxquelles les règles déontologiques peuvent servir à préciser ou interpréter les règles professionnelles, voir CHAPPUIS/GURTNER, N 997 ss.

¹⁷⁷⁰ ATF 144 II 473 cons. 4.4 ; ATF 140 III 6 cons. 3.1 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 996 ; CR LLCA-VALTICOS, art. 12 N 2 ; STAEHELIN, Standesregeln, p. 24.

déontologie (CSD) adopté le 9 juin 2023 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2023¹⁷⁷¹. Au niveau cantonal¹⁷⁷², on trouve encore des règles déontologiques dans les cantons de Fribourg¹⁷⁷³, de Genève¹⁷⁷⁴, du Valais¹⁷⁷⁵ et de Vaud¹⁷⁷⁶.

- 829 En cas de violation des règles déontologiques, les ordres des avocat·e·s cantonaux ont la compétence de prononcer des sanctions associatives à l'encontre de leurs membres¹⁷⁷⁷.

d. Surveillance disciplinaire

- 830 La LLCA soumet les avocat·e·s à la surveillance d'une autorité cantonale (art. 14 LLCA). Cette dernière a pour tâche principale de s'assurer que les règles professionnelles de la LLCA sont respectées¹⁷⁷⁸. Si celles-ci sont violées par un·e avocat·e, l'autorité de surveillance compétente peut prononcer des mesures disciplinaires à son encontre (art. 17 LLCA).
- 831 L'assujettissement à une autorité de surveillance garantit que le respect des règles professionnelles fait l'objet d'un contrôle. Cela permet notamment

¹⁷⁷¹ Art. 40 CSD.

¹⁷⁷² CHAPPUIS/GURTNER relèvent toutefois que le maintien de règles déontologiques au niveau cantonal est un « procédé dont la pertinence paraît douteuse » (CHAPPUIS/GURTNER, N 996). Pour BOHNET/MARTENET, il ne reste que peu de place pour des règles déontologiques cantonales suite à l'adoption de l'aCSD ; elles restent toutefois admissibles (BOHNET/MARTENET, N 275).

¹⁷⁷³ Les « Us et Coutumes de l'Ordre des avocats Fribourgeois », adoptés par l'Assemblée générale de l'Ordre des avocats Fribourgeois le 24 février 2011, sont disponibles sur https://www.oaf.ch/images/docs/2020/200522OAFUs_coutumes.pdf (consulté le 30 septembre 2023).

¹⁷⁷⁴ Les « Us et coutumes », adoptés par le Conseil de l'Ordre des avocats de Genève le 5 octobre 2017, sont disponibles sur <https://odage.ch/wp-content/uploads/2022/08/us-et-coutumes-2021.pdf> (consulté le 30 septembre 2023).

¹⁷⁷⁵ Les « Us et coutumes du barreau valaisan », adoptés par l'Ordre des avocats valaisans le 8 juin 2004, sont disponibles sur <https://www.oavs.ch/Documents/UsCoutumes.pdf> (consulté le 30 septembre 2023).

¹⁷⁷⁶ Les « Usages du barreau vaudois », adoptés par le Conseil de l'Ordre des avocats vaudois le 25 juin 2019, sont disponibles sur <https://oav.ch/wp-content/uploads/2021/04/ubv-avril-2021.pdf> (consulté le 30 septembre 2023).

¹⁷⁷⁷ Voir art. 39 CSD ; BOHNET, Professions, N 83 ; BOHNET/MARTENET, N 313 ; SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, N 38 ; STAEHELIN, Standesregeln, p. 26.

¹⁷⁷⁸ BOHNET/MARTENET, N 2028 ; FELLMANN, N 697 ; HOHL, Tome II, N 91.

d'améliorer la confiance du public en la profession et d'assurer le bon fonctionnement de la justice¹⁷⁷⁹.

Le Tribunal fédéral a également souligné que le prononcé d'une mesure disciplinaire à l'encontre d'un membre d'une profession libérale avait plusieurs objectifs, à savoir « de maintenir l'ordre dans la profession, d'en assurer le fonctionnement correct, d'en sauvegarder le bon renom et la confiance des citoyens envers cette profession, ainsi que de protéger le public contre ceux de ses représentants qui pourraient manquer des qualités nécessaires »¹⁷⁸⁰. 832

e. Règles contractuelles

Les avocat·e·s sont lié·e·s à la partie représentée par un contrat de mandat¹⁷⁸¹, 833
comme la plupart des représentant·e·s professionnel·le·s¹⁷⁸².

En tant que mandataires, les avocat·e·s sont soumis·es à diverses obligations, 834
qui sont autant de garanties pour la partie représentée.

Certaines obligations résultant du contrat de mandat se recourent (entièrement 835
ou partiellement) avec les règles professionnelles applicables aux avocat·e·s.
Par exemple, l'obligation de diligence de l'art. 12 let. a LLCA résulte également
de l'art. 398 al. 2 CO¹⁷⁸³. L'obligation de présenter une facture détaillée aux
client·e·s découle de l'art. 12 let. i LLCA ainsi que de l'art. 400 CO¹⁷⁸⁴.

¹⁷⁷⁹ WOLLFERS, p. 173.

¹⁷⁸⁰ ATF 149 II 109 cons. 9.1 ; ATF 143 I 352 cons. 3.3. Bien que ces deux arrêts concernent des médecins, les principes qu'ils énoncent sont à notre avis également pertinents pour les avocat·e·s.

¹⁷⁸¹ ATF 134 III 534 cons. 3.2.2 ; ATF 126 II 249 cons. 4b ; ATF 117 II 563 cons. 2a ; BOHNET/MARTENET, N 2527 ; ENGEL, Contrats, p. 490 ; BK-FELLMANN, art. 394 N 50 et 144 ; HAEGI, p. 95 ; HESS, p. 24 ; HOHL, Tome II, N 69.

¹⁷⁸² Voir N 130 ss.

¹⁷⁸³ ATF 144 II 473 cons. 5.3.1 ; arrêt du TF 2C_878/2011 du 28 février 2012 cons. 5.1 ; CR LLCA-VALTICOS, art. 12 N 8. Ces dispositions n'ont cependant pas tout à fait le même champ d'application. Le devoir de diligence de l'art. 398 al. 2 CO concerne uniquement les client·e·s de l'avocat·e, tandis que l'art. 12 let. a LLCA est une clause générale s'imposant dans tout l'exercice de la profession (ATF 144 II 473 cons. 5.3.1 ; arrêt du TF 2C_878/2011 du 28 février 2012 cons. 5.1 ; voir également SCHILLER/NATER, p. 52).

¹⁷⁸⁴ Arrêt du TF 2C 314/2020 du 3 juillet 2020 cons. 4 ; arrêt du TF 2C_133/2012 du 18 juin 2012 cons. 4.3.2 ; BOHNET/MARTENET, N 1785 et 2836.

- 836 En cas de violation d'une obligation découlant du mandat, l'avocat·e est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle¹⁷⁸⁵. Il en va différemment en cas de violation d'une règle professionnelle (qui peut entraîner une sanction disciplinaire ; voir N 816) ou d'une règle déontologique (qui peut déboucher sur une sanction associative ; voir N 829).
- 837 Parmi les obligations contractuelles des mandataires, citons par exemple l'obligation de suivre les instructions (art. 397 CO), la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO ; l'obligation de fidélité comprend notamment l'obligation d'informer¹⁷⁸⁶, de conseiller¹⁷⁸⁷ et d'éviter les conflits d'intérêts¹⁷⁸⁸ ainsi que le devoir de discrétion¹⁷⁸⁹) ou encore l'obligation de rendre compte (art. 400 CO).

C. Agent·e·s d'affaires et agent·e·s juridiques breveté·e·s

- 838 La deuxième catégorie de personnes autorisées à représenter des parties à titre professionnel est celle des « agents d'affaires » et des « agents juridiques brevetés » (art. 68 al. 2 let. b CPC)¹⁷⁹⁰.
- 839 Comme on le verra, ces personnes sont autorisées à représenter des parties dans trois cantons (Lucerne, Saint-Gall et Vaud), bénéficient d'un domaine de compétence relativement étendu et offrent des garanties non négligeables pour les parties et la bonne marche de la justice. Les législations concernant ces représentant·e·s varient toutefois de façon importante d'un canton à l'autre. Ainsi, dans les cantons de Vaud et Saint-Gall, ces professions sont réglementées plus strictement que dans le canton de Lucerne.

¹⁷⁸⁵ À ce sujet, voir N 1227 ss.

¹⁷⁸⁶ ATF 115 II 62 cons. 3a, JdT 1989 I p. 539 ; BK-FELLMANN art. 398 N 150 ss ; MÜLLER C., N 2780 ; BSK OR I-OSER/WEBER, art. 398 N 9 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4465 ss.

¹⁷⁸⁷ ATF 124 III 155 cons. 3a, JdT 1999 I p. 125 ; ATF 115 II 62 cons. 3a, JdT 1989 I p. 539 ; MÜLLER C., N 2798 ; BSK OR I-OSER/WEBER, art. 398 N 9 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4469.

¹⁷⁸⁸ MÜLLER C., N 2806 ; BSK OR I-OSER/WEBER, art. 398 N 10 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4470 ss ; CR CO I-WERRO, art. 398 N 29.

¹⁷⁸⁹ BK-FELLMANN, art. 398 N 40 ; HOFSTETTER, p. 108 ss ; BSK OR I-OSER/WEBER, art. 398 N 11 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4476 ss.

¹⁷⁹⁰ Précisons également que selon l'art. 37 LPAg/VD, les stagiaires des agent·e·s d'affaires breveté·e·s peuvent également représenter des parties dans le canton de Vaud. Bien que les stagiaires ne soient pas mentionnés à l'art. 68 al. 2 let. b CPC, cette réglementation semble admissible (comp. avec la situation des avocat·e·s-stagiaires exposée au N 945).

La profession d'agent·e d'affaires était également réglementée dans le canton de Genève jusqu'au 31 octobre 2022¹⁷⁹¹. La loi régissant cette profession a été abrogée, car elle instaurait un monopole de représentation devant les offices cantonaux des poursuites et des faillites (art. 1 LPAA/GE), ce que l'art. 27 al. 1 LP n'autorise plus depuis le 1^{er} janvier 2018¹⁷⁹². 840

1. Genèse de l'art. 68 al. 2 let. b CPC

Dans l'avant-projet du CPC, la disposition concernant la représentation professionnelle (art. 60 AP-CPC 2003) ne mentionnait pas différentes catégories de représentant·e·s. Dans le projet ensuite présenté aux chambres, la disposition faisait référence aux agent·e·s d'affaires breveté·e·s et aux représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 27 LP. Elle prévoyait alors le même domaine de compétence pour les deux, à savoir les procédures sommaires d'exécution forcée¹⁷⁹³. 841

Ce choix s'inscrivait dans une logique historique. Depuis le 19^e siècle, les agent·e·s d'affaires, *Rechtsagent·inn·en*, *Geschäftsagent·inn·en* et autres professionnel·le·s de ce type étaient en principe autorisé·e·s par les cantons à représenter des personnes (généralement créancières) en matière de poursuites¹⁷⁹⁴. L'art. 27 LP – qui réglemente la représentation dans le domaine de l'exécution forcée – faisait d'ailleurs explicitement référence aux « agents d'affaires »¹⁷⁹⁵ jusqu'à sa modification en 1994¹⁷⁹⁶ (entrée en vigueur en 1997¹⁷⁹⁷). 842

¹⁷⁹¹ L'art. 20 LaLP/GE, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2022, a abrogé la LPAA/GE, qui réglementait la profession d'agent·e·s d'affaires dans le canton de Genève.

¹⁷⁹² Voir le Rapport de la commission judiciaire et de la police chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'État modifiant la loi d'application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LaLP) (E 3 60) (Mise en conformité avec le droit fédéral) PL 13006-A, p. 5.

¹⁷⁹³ Message CPC, FF 2006 p. 6894 ; voir également ATF 141 II 280 cons. 6.5.

¹⁷⁹⁴ EUGSTER, p. 13 ss, ZÜRCHER, p. 44 s. ; voir également BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 337.

¹⁷⁹⁵ Voir l'art. 27 de la première version de la LP, adoptée le 11 avril 1889 (RO 11 p. 488). À noter que la version allemande de la loi ne faisait référence ni à la *Geschäftsagentur* ni à la *Rechtsagentur*.

¹⁷⁹⁶ RO 1995 p. 1233.

¹⁷⁹⁷ RO 1995 p. 1309.

- 843 Lors des débats parlementaires de 2007 et 2008, le Conseil des États¹⁷⁹⁸ puis le Conseil national¹⁷⁹⁹ acceptèrent, sur proposition de la commission, de véritablement dresser une liste des représentant·e·s autorisé·e·s. Une distinction a été faite entre les « agents d'affaires et les agents juridiques brevetés » (art. 66 al. 2 let. b P-CPC 2006) et les « représentants professionnels au sens de l'article 27 LP » (art. 66 al. 2 let. c P-CPC 2006). Des domaines de compétence différents ont été introduits pour ces deux types de représentant·e·s.
- 844 Pourquoi avoir prévu ces deux catégories dans le CPC alors qu'historiquement, les agent·e·s d'affaires et les agent·e·s juridiques breveté·e·s étaient des représentant·e·s au sens de l'art. 27 LP ? La raison est la suivante : certains cantons (Vaud et Saint-Gall en particulier) autorisaient depuis longtemps la représentation en justice par les agent·e·s d'affaires breveté·e·s et les *Rechtsagent·inn·en* hors du domaine des poursuites¹⁸⁰⁰. De ce fait, les placer dans la catégorie des représentant·e·s au sens de l'art. 27 LP et limiter leur activité aux procédures d'exécution forcée aurait réduit leurs perspectives professionnelles¹⁸⁰¹.

2. Quelques chiffres

- 845 Dans toute la Suisse, on compte actuellement environ une centaine de représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC :
- dans le canton de Lucerne, 42 personnes figuraient en septembre 2023 dans la liste des *Sachwalter·innen* disponible sur le site du canton¹⁸⁰². Soulignons toutefois que dans ce canton, la principale occupation des *Sachwalter·innen* n'est apparemment pas la représentation en justice¹⁸⁰³. En effet, les *Sachwalter·innen* sont les seules personnes autorisées à

¹⁷⁹⁸ BO/CE 2007 p. 508.

¹⁷⁹⁹ BO/CN 2008 p. 648 s.

¹⁸⁰⁰ BO/CN 2008 p. 648 s. ; voir également ATF 141 II 280 cons. 6.5. Sur le domaine de compétence des agent·e·s d'affaires breveté·e·s vaudois·es et des *Rechtsagent·inn·en* saint-gallois·es avant l'entrée en vigueur du CPC, voir BOVARD, p. 33 ss ; EUGSTER, p. 40 ss y compris nbp 116 et 54 s.

¹⁸⁰¹ BO/CN 2008 p. 648 s. ; voir également ATF 141 II 280 cons. 6.5.

¹⁸⁰² https://gerichte.lu.ch/anwaelte_notare_sachwalter/sachwalter (consulté le 30 septembre 2023).

¹⁸⁰³ Sur le site officiel du canton de Lucerne, il n'est même pas indiqué que les *Sachwalter·innen* ont la faculté de représenter des parties en justice (voir https://gerichte.lu.ch/anwaelte_notare_sachwalter/sachwalter [consulté le 30 septembre 2023]).

effectuer des mandats de commissaire¹⁸⁰⁴ en matière d'exécution forcée¹⁸⁰⁵. Ces professionnel·le·s bénéficient donc du monopole de cette activité, qui ne constitue pas de la représentation de parties en justice¹⁸⁰⁶ ;

- dans le canton de Saint-Gall, la *St. Galler Rechtsagentenverband* comptait, selon son site internet, 21 membres pratiquant activement la profession de *Rechtsagent-inn-en* en septembre 2023¹⁸⁰⁷ ;
- dans le canton de Vaud, 23 agent·e·s d'affaires breveté·e·s étaient inscrit·e·s au registre cantonal en septembre 2023¹⁸⁰⁸.

3. Cantons concernés

Les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC comprennent les *Sachwalter-innen* à Lucerne, les *Rechtsagent-inn-en* à Saint-Gall et les agent·e·s d'affaires breveté·e·s dans le canton de Vaud¹⁸⁰⁹. 846

À noter qu'en procédure civile, les *Sachwalter-innen* lucernois·e·s ne peuvent représenter des parties que dans les procédures sommaires au sens de l'art. 251 CPC¹⁸¹⁰. Ce domaine de compétence est le même que celui des représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 27 LP (art. 68 al. 2 let. c CPC ; voir N 876 ss). Pour cette raison, le Tribunal fédéral considère les *Sachwalter-innen* de Lucerne comme des représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. c CPC (et non let. b)¹⁸¹¹. 847

¹⁸⁰⁴ *Sachwalter-in* signifie d'ailleurs « commissaire » en français.

¹⁸⁰⁵ § 8 EG SchKG/LU. Les commissaires agissent dans plusieurs procédures prévues par la LP, en particulier dans les procédures concordataires (voir notamment art. 293b et 295 LP).

¹⁸⁰⁶ Voir Message art. 27 LP, FF 2014 p. 8510 ; voir également BSK SchKG EB-STAEHELIN, art. 27 ad N 1 let. b.

¹⁸⁰⁷ <https://www.sgrv.ch/praktizierend> (consulté le 30 septembre 2023).

¹⁸⁰⁸ <https://www.vd.ch/themes/justice/registres-professionnels/registre-vaudois-des-agents-daffaires-brevetes/> (consulté le 30 septembre 2023).

¹⁸⁰⁹ BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 340 ; GASSER/RICKLI, art. 68 N 6 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 75 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 18 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 10.

¹⁸¹⁰ HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.7 et 12.15.

¹⁸¹¹ Voir arrêt du TF 5A_816/2011 du 23 avril 2012 cons. 4 et 5, non publiés in : ATF 138 III 396. § 82 JusG/LU, qui autorisait la représentation par des *Sachwalter-innen* et qui est aujourd'hui abrogé (voir nbp 1827), faisait expressément référence à l'art. 68 al. 1 let. c (et non let. b) CPC.

- 848 Nous avons toutefois décidé de traiter ces représentant·e·s conjointement avec les agent·e·s d'affaires breveté·e·s vaudois·e·s et les *Rechtsagent·inn·en* saint-gallois·es, comme le fait la doctrine¹⁸¹². Deux raisons justifient ce choix. Premièrement, les professions connues dans ces trois cantons ont des points communs : leur exercice nécessite d'avoir réussi un examen portant sur des matières juridiques¹⁸¹³ et elles sont soumises à une surveillance étatique¹⁸¹⁴. Deuxièmement, le titre de ces trois professions sont mentionnés dans les versions française et allemande de l'art. 68 al. 2 let. b CPC (« les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés », respectivement « *patentierte Sachwalterinnen und Sachwalter sowie Rechtsagentinnen und Rechtsagenten* » dans la version allemande du CPC).
- 849 Les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC peuvent uniquement représenter des parties dans le canton les autorisant à agir en justice et ne bénéficient donc pas de la libre circulation¹⁸¹⁵.
- 850 Rien n'empêche cependant les cantons d'autoriser, devant leurs propres autorités, les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC d'un autre canton. Aucun canton n'a édicté de disposition légale à cet effet. À Genève, les agent·e·s d'affaires vaudois·es sont toutefois, de fait, autorisé·e·s à représenter des parties dans les mêmes domaines que dans le canton de Vaud¹⁸¹⁶. En l'absence de base légale genevoise à cet effet, cette pratique paraît cependant contraire au droit fédéral¹⁸¹⁷.

¹⁸¹² BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 340 (qui relèvent que la doctrine peine à différencier les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC des représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. c CPC) ; GASSER/RICKLI, art. 68 N 6 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 75 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 18 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 10.

¹⁸¹³ N 860.

¹⁸¹⁴ N 867.

¹⁸¹⁵ ATF 141 II 280 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 338 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 75 s. ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 9a ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 11 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 10.

¹⁸¹⁶ Dans plusieurs affaires portées devant la Cour de justice de Genève, des agent·e·s d'affaires breveté·e·s vaudois·es ont représenté des parties (voir par exemple arrêt de la CJ/GE CAPH/17/2019 du 17 janvier 2019 ; arrêt de la CJ/GE CAPH/109/2015 du 23 juin 2015 ; arrêt de la CJ/GE ACJC/578/2016 du 25 avril 2016). La question de l'admissibilité de la représentation par un·e agent·e d'affaires breveté·e vaudois·e n'a été soulevée dans aucune de ces décisions.

¹⁸¹⁷ Voir en particulier arrêt du TF 2C_607/2014 et 2C_608/2014 du 13 avril 2011.

4. Domaine de compétence

a. Au niveau cantonal

Les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC peuvent agir en 851
procédure de conciliation jusqu'à la délivrance de l'autorisation de procéder,
sans restriction quant à la procédure applicable en première instance¹⁸¹⁸.

La représentation est en revanche limitée dans la suite de la procédure. Ces 852
personnes sont autorisées à agir en première instance uniquement dans les
affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée¹⁸¹⁹ et dans les affaires
soumises à la procédure sommaire¹⁸²⁰ (art. 68 al. 2 let. b CPC). *A contrario*,
elles ne sont pas autorisées dans les procédures non patrimoniales et les affaires
soumises à la procédure ordinaire.

Cette catégorie de représentant·e·s est à notre avis également autorisée à 853
procéder devant les autorités cantonales supérieures¹⁸²¹. À la lecture du texte
légal, il semble que c'est le type de procédure qui importe (procédure simplifiée
non patrimoniale ou sommaire), et non le niveau de l'autorité.

¹⁸¹⁸ BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 339 ; BOHNET/JÉQUIER, Entreprise et personne morale, N 71 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 10 ; TEREKHOV, p. 252.

¹⁸¹⁹ Les affaires patrimoniales sont celles qui portent sur un objet dont la valeur peut être exprimée en argent (BOHNET, Procédure civile, N 388 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 339). Elles sont soumises à la procédure simplifiée (i) si leur valeur litigieuse est inférieure ou égale à CHF 30'000.- (art. 243 al. 1 CPC), (ii) si elles figurent dans la liste de l'art. 243 al. 2 CPC ou (iii) si elles entrent dans la catégorie des procédures indépendantes concernant des enfants en droit de la famille (art. 295 CPC ; voir BOHNET, Procédure civile, N 903 ss).

¹⁸²⁰ Les affaires soumises à la procédure sommaire sont mentionnées aux art. 248 ss CPC et 271 CPC. Les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC peuvent représenter des parties dans ces procédures même si elles ne sont pas patrimoniales (CR CPC-BOHNET, art. 68 N 17 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 340).

¹⁸²¹ Cette solution est celle des cantons de Saint-Gall et Vaud. À Saint-Gall, l'art. 11 al. 1 let. a AnwG/SG précise que les *Rechtsagent·inn·en* peuvent agir dans les procédures de recours. Dans le canton de Vaud, la loi ne régleme nte pas ce point. Néanmoins, il n'est pas rare de voir des arrêts du Tribunal cantonal notifiés à des agent·e·s d'affaires breveté·e·s, ce qui signifie que ces professionnel·le·s peuvent représenter des parties en appel et en recours (voir par exemple arrêt du TC/VD CACI/613 du 27 novembre 2019 ; arrêt du TC/VD CACI/587 du 6 novembre 2019 ; arrêt du TC/VD CACI/547 du 15 octobre 2019).

- 854 TENCHIO estime que les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC ne peuvent pas agir dans les affaires de droit de la famille¹⁸²². Toutefois, rien dans le CPC, les débats parlementaires ou le Message du Conseil fédéral n'indique que tel serait le cas¹⁸²³.
- 855 La liste de procédures figurant à l'art. 68 al. 2 let. b CPC est exhaustive¹⁸²⁴. Les cantons ne peuvent l'étendre¹⁸²⁵.
- 856 Ils ont toutefois la possibilité de restreindre le domaine de compétence des représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC¹⁸²⁶, ce que la plupart ont fait à différents degrés :
- dans le canton de Lucerne, les *Sachwalter·innen* peuvent uniquement agir dans les procédures sommaires au sens de l'art. 251 CPC¹⁸²⁷, où la

¹⁸²² BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 10.

¹⁸²³ Dans le même sens : BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 340.

¹⁸²⁴ ATF 141 II 280 cons. 6.3 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 338.

¹⁸²⁵ ATF 141 II 280 cons. 6.3 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 338 ; BOHNET/JÉQUIER, Entreprise et personne morale, N 71 ; HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.15 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 75 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 10. À noter que les art. 2 al. 1 let. f LPag/VD et 11 LJB/VD autorisent les agent·e·s d'affaires breveté·e·s vaudois·es à représenter des parties devant le Tribunal des baux. Ce tribunal est compétent pour toutes « les contestations relatives aux baux à loyers portant sur des choses immobilières, quelle que soit la valeur litigieuse » (art. 2 al. 1 *cum* art. 1 al. 1 et 2 LJB/VD), c'est-à-dire également pour les affaires soumises à la procédure ordinaire (en droit du bail, seules les procédures patrimoniales de moins de CHF 30'000.- [art. 243 al. 1 CPC] ou mentionnées à l'art. 243 al. 2 let. c CPC sont soumises à la procédure simplifiée). Malgré la formulation des art. 2 al. 1 let. f LPag/VD et 11 LJB/VD, les agent·e·s d'affaires ne sont pas autorisé·e·s à représenter des parties en *procédure ordinaire* devant le Tribunal des baux (art. 68 al. 2 let. b CPC *a contrario* ; BOHNET/CONOD, Droit du bail, N 1481 ; DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer et procédure civile, N 152 ; DIETSCHY-MARTENET, fors, frais et représentation, N 66 ; Rapport explicatif sur le nouveau tarif des dépens en matière civile p. 8 ad art. 10-13, disponible sur https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/etat_droit/justice/fichiers_pdf/Rapport_explicatif_sur_le_tarif_des_depens_en_matiere_civile.pdf [consulté le 30 septembre 2023]).

¹⁸²⁶ ATF 141 II 280 cons. 6.3 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 338 ; BOHNET/JÉQUIER, Entreprise et personne morale, N 71 ; HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.15 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 11 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 11.

¹⁸²⁷ À Lucerne, jusqu'au 31 décembre 2018, § 82 JusG/LU autorisait les *Sachwalter·innen* à représenter des parties dans les procédures sommaires au sens de l'art. 251 CPC et dans les procédures de recours au sens des art. 17 et 18 LP. Cette disposition a été abrogée suite à l'adoption puis l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2018 de l'art. 27 al. 1 LP (Message JusG/LU, p. 9 s.), qui a ouvert la représentation dans les procédures sommaires selon l'art. 251 CPC à tous types de professionnel·le·s et supprimé la possibilité pour les cantons de réglementer ce domaine. De ce fait, la base légale lucernoise n'était plus nécessaire pour

représentation professionnelle est désormais libre selon les art. 27 LP et 68 al. 2 let. c CPC. Leur domaine de compétence est donc très limité par rapport à ce que permet l'art. 68 al. 2 let. b CPC ;

- dans le canton de Vaud, les agent·e·s d'affaires breveté·e·s ne peuvent pas assister ou représenter des parties dans les procédures de conciliation portant sur des procès en nullité de mariage, en séparation de corps, en constatation et contestation de filiation et en interdiction (art. 2 al. 1 let. d LPAg/VD).

b. Au niveau fédéral

Les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC ne peuvent agir ni devant le Tribunal fédéral, ni devant le Tribunal fédéral des brevets. 857

5. Conditions pour représenter

a. Condition de droit fédéral

Le droit fédéral ne pose qu'une condition pour permettre la représentation par des agent·e·s d'affaires et des agent·e·s juridiques breveté·e·s : le droit cantonal doit autoriser ces personnes à représenter des parties en justice (art. 68 al. 2 let. b CPC)¹⁸²⁸. 858

b. Conditions de droit cantonal

Les cantons sont compétents pour déterminer les conditions autorisant les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC à agir en procédure. 859

Tous les cantons concernés – Lucerne, Saint-Gall et Vaud – ont prévu des conditions d'accès aux professions d'agent·e d'affaires, de *Sachwalter·in* et de *Rechtsagent·in*. Dans ces cantons, on trouve des conditions de type suivant : 860

autoriser la représentation par des *Sachwalter·innen* dans le cadre de la LP (Message JusG/LU, p. 9 s).

¹⁸²⁸ ATF 141 II 280 cons. 6.4 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 338.

- conditions de formation. La réussite d'un examen est nécessaire pour devenir agent·e d'affaires breveté·e¹⁸²⁹, *Sachwalter·in*¹⁸³⁰ ou *Rechtsagent·in*¹⁸³¹. Dans tous les cantons, le contenu de l'examen est juridique¹⁸³². Mis à part dans le canton de Vaud¹⁸³³, les législations cantonales n'exigent pas d'avoir accompli une formation spécifique ou un stage préalable pour se présenter à l'examen¹⁸³⁴ ;
- conditions personnelles¹⁸³⁵. Les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC doivent avoir l'exercice des droits civils¹⁸³⁶, ne pas faire l'objet d'un acte de défaut de biens¹⁸³⁷ et, de manière générale, présenter des garanties de moralité¹⁸³⁸ ;
- absence de conflits d'intérêts. Dans les cantons de Saint-Gall et Vaud, les *Rechtsagent·inn·en* et les agent·e·s d'affaires breveté·e·s sont soumis·es à des règles professionnelles¹⁸³⁹, en particulier celle d'éviter

¹⁸²⁹ Art. 15 ss LPAg/VD.

¹⁸³⁰ § 19 al. 1 let. b EG SchKG/LU.

¹⁸³¹ Voir notamment art. 3 al. 2 AnwG/SG et art. 7 PBR/SG ; voir également St. Galler Rechtsagentenverband, p. 3 s.

¹⁸³² § 4 VPBKS/LU ; art. 7 PBR/SG ; art. 17 al. 2 et 3 LPAg/VD.

¹⁸³³ Dans le canton de Vaud, pour se présenter à l'examen, il faut soit (i) être titulaire d'un bachelier en droit d'une université suisse (ou titre équivalent) et avoir effectué un stage de deux ans, soit (ii) être titulaire d'une maturité gymnasiale, d'une maturité professionnelle (ou titre équivalent) ou d'un brevet d'aptitudes aux fonctions de préposé aux poursuites et aux faillites et avoir effectué un stage de trois ans (art. 19 LPAg/VD ; voir également art. 38 al. 1 ch. 5 LPAg/VD).

¹⁸³⁴ À Saint-Gall, il est toutefois usuel de compléter au préalable une formation de *Rechtsfachmann* ou de *Rechtsfachfrau*, donnée au *Zentrum für beruflich Weiterbildung* du canton (St. Galler Rechtsagentenverband, p. 4).

¹⁸³⁵ Dans le canton de Vaud, ces conditions personnelles doivent être remplies pour obtenir l'autorisation d'exercer, après avoir passé l'examen (voir art. 21 et 22 LPAg/VD). À Lucerne, ces conditions personnelles doivent être données pour obtenir la patente de *Sachwalter·in*. Enfin, à Saint-Gall, la loi se contente de lister les documents à fournir pour se présenter à l'examen (art. 9 al. 2 PBR/SG). La majorité de ces documents sont des justificatifs de conditions personnelles, qui doivent être remplies pour passer l'examen (voir St. Galler Rechtsagentenverband, p. 4).

¹⁸³⁶ § 19 al. 1 let. a EG SchKG/LU ; art. 9 al. 2 ch. 4 PBR/SG ; art. 22 al. 1 ch. 2 LPAg/VD ; voir également St. Galler Rechtsagentenverband, p. 4.

¹⁸³⁷ § 19 al. 1 let. a EG SchKG/LU *cum* § 2 al. 4 let. d VPBKS/LU ; art. 9 al. 2 ch. 3 PBR/SG ; art. 22 al. 1 ch. 4 LPAg/VD.

¹⁸³⁸ § 19 al. 1 let. a EG SchKG/LU ; art. 22 al. 1 ch. 6 LPAg/VD. À Saint-Gall, voir St. Galler Rechtsagentenverband, p. 4 (où il est précisé qu'il faut être *vertrauenswürdig* pour devenir *Rechtsagent·in*).

¹⁸³⁹ Voir N 863.

les conflits d'intérêts¹⁸⁴⁰. En cas de violation de cette règle, le tribunal en charge de l'affaire¹⁸⁴¹ doit rendre une décision constatant que la représentante ou le représentant n'a pas la capacité de postuler et ne peut donc pas représenter la partie. L'absence de conflit d'intérêts est donc une condition de la représentation par les *Rechtsagent·inn·en* et les agent·e·s d'affaires breveté·e·s ;

- autres conditions. Dans le canton de Vaud, pour être inscrit·e comme agent·e d'affaires et exercer, il faut être assuré·e en responsabilité civile¹⁸⁴² et être Suisse ou ressortissant·e d'un pays membre de l'UE¹⁸⁴³.

6. Garanties

À l'instar de la profession d'avocat·e¹⁸⁴⁴, les métiers d'agent·e d'affaires, de *Sachwalter·in* et de *Rechtsagent·in* sont encadrés par diverses règles. La plupart d'entre elles sont des garanties pour leurs client·e·s de même que pour le fonctionnement de la justice. 861

a. Conditions d'accès à la profession

L'accès aux professions d'agent·e d'affaires, de *Sachwalter·in* et de *Rechtsagent·in* est soumis à des conditions de formation et à des conditions personnelles (N 858 ss). Ces exigences assurent que ces professionnel·le·s possèdent des connaissances juridiques et font preuve d'une certaine probité. 862

b. Règles professionnelles

Deux des trois cantons connaissant les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC soumettent ces professionnel·le·s à des règles professionnelles ou des devoirs : 863

¹⁸⁴⁰ Art. 12 let. c LLCA, applicable aux *Rechtsagent·inn·en* en vertu du renvoi de l'art. 1 al. 3 AnwG/SG ; art. 48a LPAg/VD.

¹⁸⁴¹ Sur la question de l'autorité compétente pour se prononcer sur l'incapacité de postuler d'un·e *Rechtsagent·in* ou d'un·e agent·e d'affaires breveté·e pris·e dans un conflit d'intérêts, voir N 734.

¹⁸⁴² Art. 22 al. 1 ch. 3 LPAg/VD.

¹⁸⁴³ Art. 22 al. 1 ch. 5 LPAg/VD.

¹⁸⁴⁴ Voir N 812 ss.

- dans le canton de Saint-Gall, les règles professionnelles applicables aux avocat·e·s¹⁸⁴⁵ valent également pour les *Rechtsagent·inn·en* (art. 1 al. 3 AnwG/SG)¹⁸⁴⁶. De ce fait, les deux professions offrent les mêmes garanties en termes de règles professionnelles ;
- dans le canton de Vaud, les agent·e·s d'affaires breveté·e·s sont soumis·es à des devoirs (art. 47 à 53 LPAG/VD). Plusieurs d'entre eux – secret professionnel, indépendance, interdiction des conflits d'intérêts, publicité mesurée, obligation d'accepter les mandats d'office – correspondent dans une large mesure aux règles professionnelles des art. 12 let. b, c, d, g et 13 LLCA applicables aux avocat·e·s¹⁸⁴⁷. Quelques autres devoirs des agent·e·s d'affaires se recoupent avec leurs obligations contractuelles de mandataires¹⁸⁴⁸.

864 À moins d'une disposition cantonale expresse dans ce sens (comme l'art. 1 al. 3 AnwG/SG), les règles professionnelles concernant les avocat·e·s ne sont pas applicables par analogie aux représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC¹⁸⁴⁹.

865 Soulignons également que les *Rechtsagent·inn·en* et les agent·e·s d'affaires breveté·e·s du canton de Vaud doivent respecter le secret professionnel. À lire la loi, ce secret semble avoir la même portée que celui des avocat·e·s¹⁸⁵⁰. Or ce

¹⁸⁴⁵ Pour des détails au sujet des règles professionnelles applicables aux avocat·e·s, voir N 814 ss.

¹⁸⁴⁶ Voir également St. Galler Rechtsagentenverband, p. 3.

¹⁸⁴⁷ Comp. art. 48 LPAG/VD et 13 LLCA (secret professionnel) ; art. 48a al. 1 LPAG/VD et 12 let. b LLCA (indépendance) ; art. 48a al. 2 LPAG/VD et 12 let. c LLCA (interdiction des conflits d'intérêts), art. 49 LPAG/VD et 12 let. d LLCA (publicité mesurée) ; art. 50a LPAG/VD et 12 let. g LLCA (obligation d'accepter les mandats d'office).

¹⁸⁴⁸ Comp. notamment art. 50 LPAG/VD et 400 CO. Les devoirs d'éviter les conflits d'intérêts et d'indépendance, prévus à l'art. 48a LPAG/VD, sont récents : cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2020. Le but de cette modification législative était de soumettre les agent·e·s d'affaires breveté·e·s à des règles similaires à celles applicables aux avocat·e·s (voir Conseil d'État VD, Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 20 mai 1957 sur la profession d'agent d'affaires breveté, septembre 2018, p. 2).

¹⁸⁴⁹ ATF 115 Ia 134 cons. 2, dans lequel le Tribunal fédéral avait jugé que l'obligation faite aux avocat·e·s de pratiquer en toute indépendance ne s'appliquait pas aux agent·e·s d'affaires vaudois·es, faute de base légale.

¹⁸⁵⁰ L'art. 1 al. 3 AnwG/SG renvoie aux règles professionnelles applicables aux avocat·e·s et l'art. 48 al. 2 LPAG/VD dispose que « [l]'agent d'affaires breveté ne peut être obligé de révéler ce qu'un client lui a confié, même s'il est délié du secret ». À noter que le Tribunal fédéral considère le secret professionnel comme un point commun entre les agent·e·s d'affaires breveté·e·s vaudois·es et les avocat·e·s (arrêt du TF 5A_279/2019 du 30 juillet 2019 cons. 4.3.2).

n'est pas tout à fait le cas : par exemple, les art. 321 CP¹⁸⁵¹ et 160 al. 1 let. b CPC¹⁸⁵² ne s'appliquent pas aux *Rechtsagent·inn·en* et aux agent·e·s d'affaires breveté·e·s et les art. 163 al. 2 et 166 al. 2 CPC ne protègent leur secret que dans une mesure limitée¹⁸⁵³.

c. Règles déontologiques¹⁸⁵⁴

Des associations ayant édicté des règles déontologiques existent les cantons de Saint-Gall (*Rechtsagentenverband*)¹⁸⁵⁵ et Vaud (Association des agents d'affaires brevetés du canton de Vaud)¹⁸⁵⁶. Les *Rechtsagent·inn·en* et les agent·e·s d'affaires breveté·e·s membres de ces associations doivent donc

866

¹⁸⁵¹ ATF 147 IV 385 cons. 2.8.4. L'art. 321 CP s'applique notamment aux « défenseurs en justice ». Cette expression vise les personnes assurant la défense des parties en procédure pénale, et non les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC (BOHNET/MARTENET, N 1797 ; BOHNET/MELCARNE, Secret professionnel, p. 36 s. ; *contra* : CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 37 [qui considère que la notion de « défenseur en justice » n'est pas limitée à la procédure pénale]).

¹⁸⁵² ATF 147 IV 385 cons. 2.8.4 ; CR CPC-JEANDIN, art. 160 N 19a ; DK ZPO-HIGI, art. 160 N 17 ; *contra* : BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 21. Le texte de l'art. 160 al. 1 let. b CPC ne fait pas référence aux représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC. Lors des débats parlementaires au sujet de la loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, les chambres ont d'ailleurs rejeté la proposition d'étendre le champ d'application de l'art. 160 al. 1 let. b CPC à l'ensemble des représentant·e·s de l'art. 68 al. 2 let. b CPC (BO/CN 2012 p. 1198 s.).

¹⁸⁵³ Les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC n'étant pas visé·e·s par l'art. 321 CP (voir nbp 1851), il faut les considérer comme des personnes dépositaires d'autres secrets protégés par la loi au sens des art. 163 al. 2 et 166 al. 2 CPC (BOHNET/MELCARNE, Secret professionnel, p. 37 ; voir également SK ZPO-HASENBÖHLER, art. 166 N 74 ; DK ZPO-HIGI, art. 166 N 32 ; BK ZPO-RÜETSCHI, art. 166 N 57, qui mentionnent que ces deux dispositions s'appliquent aussi aux secrets fondés sur le droit cantonal). De ce fait, ces représentant·e·s ne peuvent refuser de collaborer qu'en rendant « vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité » (art. 166 al. 1 let. b CPC).

¹⁸⁵⁴ Sur la distinction entre règles professionnelles et déontologiques, voir N 814.

¹⁸⁵⁵ <https://www.sgrv.ch/> (consulté le 30 septembre 2023). Les règles déontologiques de l'association sont disponibles sur <https://sgrv.ch/wp-content/uploads/2022/04/Standesregeln-SGRV-Stand-28.-April-2006.pdf> (consulté le 30 septembre 2023).

¹⁸⁵⁶ Les usages édictés par l'association peuvent être obtenus sur demande.

respecter ces règles déontologiques et sont susceptibles d'être sanctionné·e·s sur le plan associatif en cas de violation¹⁸⁵⁷.

d. Surveillance disciplinaire

867 Toutes les professions précitées sont soumises à la surveillance d'autorités étatiques¹⁸⁵⁸. Ces dernières sont compétentes pour mener les procédures disciplinaires et prononcer des sanctions si nécessaire¹⁸⁵⁹.

e. Règles contractuelles

868 Les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC sont mandataires de la partie représentée et doivent à ce titre respecter les art. 394 ss CO¹⁸⁶⁰. À ce sujet, nous renvoyons aux N 833 ss.

D. Représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 27 LP

869 La troisième catégorie de personnes autorisées à pratiquer la représentation à titre professionnel est celle des représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 27 LP (art. 68 al. 2 let. c CPC).

870 Les art. 68 al. 2 CPC et 27 LP doivent se lire en parallèle : ainsi, l'art. 68 al. 2 let. c CPC délimite le domaine de compétence des représentant·e·s au sens de l'art. 27 LP en procédure civile, tandis que l'art. 27 LP régit les conditions pour représenter dans ce domaine.

¹⁸⁵⁷ Voir art. 22 ss des statuts de la *St. Galler Rechtsagentenverband*, disponibles sur <https://sgrv.ch/wp-content/uploads/2022/04/Verbandsdokumentation-SGRV-Stand-27.-September-2018.pdf> (consulté le 30 septembre 2023).

¹⁸⁵⁸ § 21 EG SchKG/LU ; art. 1 al. 3 AnwG/SG ; art. 55 LPAg/VD.

¹⁸⁵⁹ § 21 al. 2 et 3 § 21 EG SchKG/LU ; art. 1 al. 3 *cum* 36 ss AnwG/SG ; art. 61 ss LPAg/VD.

¹⁸⁶⁰ Voir, pour les agent·e·s d'affaires breveté·e·s vaudois·es, arrêt du TF 5A_279/2019 du 30 juillet 2019 ; TC/VD HC/2013/721 du 5 septembre 2013 cons. 4.3.2.

1. Genèse de l'actuel art. 27 LP

Les cantons avaient la compétence de réserver la représentation à certaines personnes sous l'égide de l'ancien art. 27 LP. Ils ont perdu cette prérogative au 1^{er} janvier 2018, date de l'entrée en vigueur de l'actuel art. 27 LP¹⁸⁶¹. À noter qu'au 30 septembre 2023, on trouvait encore dans certaines législations cantonales des dispositions – désormais contraires au droit fédéral – réservant la représentation (y compris en matière d'exécution forcée) à certaines catégories de personnes¹⁸⁶². 871

Pour comprendre les raisons de cette modification, il convient de revenir sur le processus législatif ayant conduit à l'adoption du nouvel art. 27 LP. Tout commence le 30 septembre 2010, lorsque le conseiller national RUTSCHMANN dépose une motion pour réformer cette disposition¹⁸⁶³. Selon lui, l'art. 27 LP contrevient à la LMI ; en réservant à des professions cantonales la représentation en matière d'exécution forcée, certains cantons (il pointe ici du doigt Genève et Vaud) empêchent les personnes domiciliées hors de leurs frontières d'exercer cette activité sur leur territoire¹⁸⁶⁴. 872

La motion est acceptée par les deux chambres du Parlement¹⁸⁶⁵. Le Conseil fédéral présente un avant-projet en 2013 et l'art. 27 LP dans sa teneur actuelle est finalement adopté en 2015¹⁸⁶⁶. 873

Trois arguments semblent avoir été décisifs dans l'adoption du nouvel art. 27 LP : (i) la volonté d'unifier la procédure civile et l'exécution forcée au niveau suisse¹⁸⁶⁷, (ii) les coûts de la représentation professionnelle pour les justiciables, plus élevés lorsque cette activité est confiée à un·e avocat·e ou un·e agent·e d'affaires¹⁸⁶⁸ et (iii) le faible nombre de cantons réservant encore la 874

¹⁸⁶¹ BO/CN 2015 p. 917 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 342 ; BSK SchKG EB-STAEHELIN, art. 27 ad N 1 let. a.

¹⁸⁶² Voir art. 2 et 3 al. 1 let. b AnwG/AR ; § 4 AnwG/BL ; § 4 AdvG/BS ; art. 10 al. 1 cum art. 12 AnwG/SG ; art. 13 al. 1 EG SchKG/UR.

¹⁸⁶³ Motion RUTSCHMANN, 10.3780 ; voir également Message art. 27 LP, FF 2014 p. 8508 ; BSK SchKG EB-STAEHELIN, art. 27 ad N 1 let. b ; STAEHELIN, SchKG Vertretung, p. 17.

¹⁸⁶⁴ Motion RUTSCHMANN, 10.3780 ; voir également Message art. 27 LP, FF 2014 p. 8508.

¹⁸⁶⁵ BO/CN 2010 p. 2159 ; BO/CE 2011 p. 357 s. ; voir également Message art. 27 LP, FF 2014 p. 8508.

¹⁸⁶⁶ BO/CN 2015 p. 1913 ; BO/CE 2015 p. 1090.

¹⁸⁶⁷ Message art. 27 LP, FF 2014 p. 8509 ; BO/CE 2015 p. 779 et 781 ; BO/CN 2015 p. 918 et 920.

¹⁸⁶⁸ BO/CE 2015 p. 782 ; BO/CN 2015 p. 918 et 920.

représentation dans le domaine de l'exécution forcée à des professions déterminées¹⁸⁶⁹.

2. Cantons concernés

875 Dans les procédures mentionnées ci-dessous, les représentant·e·s au sens de l'art. 27 LP peuvent représenter des parties dans n'importe quel canton, et ceci indépendamment de leur domicile privé ou professionnel.

3. Domaine de compétence

a. Au niveau cantonal

876 Les représentant·e·s au sens de l'art. 27 LP peuvent uniquement agir dans les causes soumises à la procédure sommaire selon l'art. 251 CPC¹⁸⁷⁰. Il s'agit notamment des procédures judiciaires de mainlevée, de séquestre, de faillite et de sursis concordataire (art. 251 let. a CPC)¹⁸⁷¹. À notre sens, ces représentant·e·s peuvent également poursuivre la procédure en deuxième instance.

877 Le CPC n'autorise pas les représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 27 LP en procédure de conciliation. Les procédures sommaires dans lesquelles ces représentant·e·s peuvent agir ne sont d'ailleurs jamais précédées d'une tentative de conciliation (art. 198 let. a CPC)¹⁸⁷².

¹⁸⁶⁹ BO/CE 2015 p. 779 ; BO/CN 2015 p. 917 et 920.

¹⁸⁷⁰ BO/CN 2015 p. 919 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 19a ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 341 ; BSK SchKG EB-STAEHELIN, art. 27 ad N 1 let. d.

¹⁸⁷¹ BO/CE 2015 p. 781 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 19a ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 342 ; BSK SchKG I-WALTHER, art. 27 N 12.

¹⁸⁷² BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 350.

b. Au niveau fédéral

Les représentant·e·s au sens de l'art. 27 LP ne peuvent agir ni devant le Tribunal fédéral en matière civile¹⁸⁷³ ni devant le Tribunal fédéral des brevets. 878

4. Conditions pour représenter

Les conditions pour représenter dans les procédures sommaires de l'art. 251 CPC sont à rechercher uniquement à l'art. 27 LP (voir N 870). Cette disposition ne pose qu'une exigence pour représenter des parties à titre professionnel : avoir l'exercice des droits civils¹⁸⁷⁴. Ce faisant, l'art. 27 LP ne fait que répéter l'une des conditions de la capacité de postuler, valable pour l'ensemble des personnes autorisées à représenter en procédure civile¹⁸⁷⁵. 879

La représentation selon les art. 27 LP et 68 al. 2 let. d CPC est donc libre¹⁸⁷⁶ : n'importe quel individu possédant l'exercice des droits civils peut s'improviser représentant·e professionnel·le dans ce cadre. 880

En pratique, la représentation est toutefois souvent assurée par des personnes connaissant le domaine de l'exécution forcée, par exemple des avocat·e·s, des agent·e·s d'affaires, des fiduciaires, des sociétés de recouvrement, des gérances immobilières ou encore des assurances de la protection juridique¹⁸⁷⁷. 881

5. Garanties

Comme on le verra ci-dessous, les garanties communes à l'ensemble des représentant·e·s au sens de l'art. 27 LP (c'est-à-dire quelle que soit leur profession) sont peu nombreuses et plutôt faibles. En particulier, la loi n'impose pas de formation spécifique pour ces représentant·e·s¹⁸⁷⁸ et ne les soumet ni à 882

¹⁸⁷³ La représentation est réservée aux avocat·e·s en matière civile devant le Tribunal fédéral, y compris lorsqu'il s'agit d'une procédure d'exécution forcée (ATF 134 III 520 cons. 1.5, JdT 2008 II p. 86 ; BSK SchKG I-WALTHER, art. 27 N 13).

¹⁸⁷⁴ Les conditions pour avoir l'exercice des droits civils sont détaillées aux N 639 ss.

¹⁸⁷⁵ Voir N 705 ss.

¹⁸⁷⁶ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 19a.

¹⁸⁷⁷ Voir notamment BO/CE 2015 p. 778 ; BO/CN 2015 p. 917 ; SK Schkg-MILANI, art. 27 N 11.

¹⁸⁷⁸ TAPPY, CPC et LP, nbp 105.

des règles professionnelles¹⁸⁷⁹ ni à une surveillance disciplinaire¹⁸⁸⁰. De ce fait, les garanties pour la partie et pour la justice dépendront avant tout de la personne choisie comme représentant·e.

a. Possibilité d'interdire la représentation en cas de justes motifs

883 L'art. 27 al. 1 LP, dernière phrase, prévoit que « [I]es cantons peuvent interdire la représentation professionnelle à une personne pour de justes motifs ». Appliquer cette disposition revient à constater l'incapacité de postuler du représentant ou de la représentante concerné·e.

884 Cette faculté n'était pas prévue dans le projet initial présenté par le Conseil fédéral en 2014, mais a été ajoutée lors des débats au Conseil national, sur proposition de la commission¹⁸⁸¹. Elle poursuit un but d'intérêt public, à savoir celui d'empêcher la représentation par des personnes incompetentes ou agissant de manière abusive¹⁸⁸². Pour prononcer une interdiction de représentation, les cantons n'ont pas besoin d'une base légale supplémentaire dans leur législation¹⁸⁸³.

885 De nombreuses questions restent encore ouvertes quant à cette faculté cantonale d'interdire la représentation professionnelle à une personne pour de justes motifs¹⁸⁸⁴.

886 Premièrement, la notion de « justes motifs » n'a pas encore été précisée par la jurisprudence fédérale. Des motifs personnels (par exemple l'absence de compétences suffisantes¹⁸⁸⁵ ou le fait d'avoir des dettes¹⁸⁸⁶), de même que des motifs conjoncturels (par exemple l'existence d'une situation de conflit

¹⁸⁷⁹ Il faut notamment souligner que les représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 27 LP ne sont pas soumis·es au secret professionnel. Lors des débats parlementaires au sujet de la loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, les chambres ont d'ailleurs rejeté la proposition d'étendre le champ d'application de l'art. 160 al. 1 let. b CPC à l'ensemble des représentant·e·s de l'art. 68 al. 2 CPC (BO/CN 2012 p. 1198 s.).

¹⁸⁸⁰ BSK SchKG I-WALTHER, art. 27 N 22.

¹⁸⁸¹ BO/CN 2015 p. 921 ; voir également BSK SchKG EB-STAEHELIN, art. 27 ad N 1 let. e.

¹⁸⁸² BO/CN 2015 p. 917 ss ; voir également BSK SchKG EB-STAEHELIN, art. 27 ad N 1 let. e.

¹⁸⁸³ BSK SchKG I-WALTHER, art. 27 N 28 ; *contra* : SK Schkg-MILANI, art. 27 N 13.

¹⁸⁸⁴ BO/CE 2015 p. 779.

¹⁸⁸⁵ Arrêt du TC/VD GE.2019.0256 du 26 août 2020 cons. 4b ; BO/CN 2015 p. 917 s. ; BSK SchKG I-WALTHER, art. 27 N 24.

¹⁸⁸⁶ Dans ce sens : BSK SchKG I-WALTHER, art. 27 N 24.

d'intérêts¹⁸⁸⁷) pourraient entrer en ligne de compte¹⁸⁸⁸. Dans un arrêt de 2020, le Tribunal cantonal vaudois a confirmé l'interdiction faite à un ancien agent d'affaires breveté de représenter des parties sur la base de l'art. 27 LP¹⁸⁸⁹. Il a retenu que celui-ci avait violé ses obligations de mandataire (art. 397 ss CO) et ainsi adopté des comportements dont le caractère abusif était manifeste¹⁸⁹⁰.

Deuxièmement, l'art. 27 LP n'indique pas quelle autorité cantonale est compétente pour prononcer une interdiction de représentation¹⁸⁹¹. De ce fait, certains cantons ont adopté des dispositions désignant l'autorité compétente¹⁸⁹². À notre avis, dans la mesure où – lorsque la représentation est exercée devant les tribunaux – il s'agit d'un problème de capacité de postuler, cette compétence devrait en principe revenir à l'autorité en charge de l'affaire¹⁸⁹³. 887

Il pourrait cependant s'avérer nécessaire d'interdire durablement la représentation dans certaines situations¹⁸⁹⁴. Ce serait le cas si une personne, après avoir été déclarée incapable de postuler et interdite de représentation dans plusieurs procédures distinctes, continue d'accepter des mandats et de représenter des parties en justice. Dans cette hypothèse, les cantons devraient pouvoir désigner l'autorité cantonale compétente pour prononcer une interdiction de représentation de durée illimitée¹⁸⁹⁵. S'ils ne l'ont pas fait, 888

¹⁸⁸⁷ Les parlementaires CRAMER et SCHMID évoquent ce motif, mais demeurent dubitatifs (BO/CE 2015 p. 780 ; BO/CE 2015 p. 779).

¹⁸⁸⁸ À noter que l'art. 107 al. 2 JG/SH, adopté avant l'entrée en vigueur du nouvel art. 27 LP, contient une liste de motifs permettant d'interdire la représentation en matière d'exécution forcée.

¹⁸⁸⁹ Arrêt du TC/VD GE.2019.0256 du 26 août 2020.

¹⁸⁹⁰ Arrêt du TC/VD GE.2019.0256 du 26 août 2020 cons. 4d.

¹⁸⁹¹ BSK SchKG EB-STAEHELIN, art. 27 ad N 1 let. f.

¹⁸⁹² Dans le canton de Lucerne, § 7a EG SchKG prévoit que les autorités de surveillance inférieures en matière d'exécution forcée sont compétentes pour prononcer une interdiction de représentation. À Schaffhouse, l'art. 107 al. 2 JG/SH, adopté avant l'entrée en vigueur du nouvel art. 27 LP, dispose que l'*Obergericht* est compétent pour interdire la représentation. Dans le canton de Vaud, l'art. 44 LVLP/VD prévoit que le Tribunal cantonal est compétent pour prononcer une interdiction de représentation. L'art. 6 al. 1 let. d ROTC/VD précise qu'au sein du Tribunal cantonal, la Cour administrative est compétente pour statuer sur cette question (compétence confirmée dans l'arrêt du TC/VD GE.2019.0256 du 26 août 2020 cons. 2).

¹⁸⁹³ Voir les développements aux N 723 ss en matière de capacité de postuler de l'avocat·e.

¹⁸⁹⁴ BSK SchKG I-WALTHER, art. 27 N 24.

¹⁸⁹⁵ Une telle interdiction de durée a notamment été prononcée dans le canton de Vaud (voir arrêt du TC/VD GE.2019.0256 du 26 août 2020).

WALTHER est d'avis que cette compétence doit revenir à l'autorité de surveillance au sens de l'art. 13 LP¹⁸⁹⁶.

889 Troisièmement, si l'on admet qu'une interdiction durable de représenter puisse être prononcée, la question de son étendue territoriale se pose. STAEHELIN considère que les cantons peuvent prononcer une interdiction sur leur propre territoire, voire dans toute la Suisse¹⁸⁹⁷. Cette solution, bien qu'elle permette une protection large des justiciables, nous paraît difficile à appliquer. Elle nécessiterait de mettre en place un système (actuellement inexistant¹⁸⁹⁸) permettant de connaître les personnes interdites de représentation dans les différents cantons suisses.

b. Règles contractuelles

890 Les représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 27 LP sont lié·e·s contractuellement à la partie représentée. Ce contrat sera la plupart du temps un mandat¹⁸⁹⁹, mais il pourrait également s'agir d'un contrat de travail. La partie bénéficiera donc des garanties offertes par le contrat en question (au sujet des obligations imposées aux mandataires, voir N 833 ss ; au sujet des obligations imposées aux employé·e·s, voir N 982).

E. Mandataires professionnellement qualifié·e·s en matière de contrat de bail et de travail

891 Selon l'art. 68 al. 2 let. d CPC, les mandataires professionnellement qualifié·e·s peuvent représenter les parties devant les juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail si le droit cantonal le prévoit.

892 À noter que, lors des débats concernant la modification du CPC, le Conseil national a rejeté une proposition visant à autoriser les mandataires

¹⁸⁹⁶ BSK SchKG I-WALTHER, art. 27 N 29.

¹⁸⁹⁷ BSK SchKG EB-STAEHELIN, art. 27 ad N 1 let. f.

¹⁸⁹⁸ Voir TAPPY, CPC et LP, nbp 105.

¹⁸⁹⁹ Précisons que, lorsqu'une partie est représentée par une assurance de protection juridique – ce qui est possible dans le cadre des art. 68 al. 2 let. c CPC et 27 LP – ce sont également les règles du contrat de mandat qui s'appliquent (BOHNET/ECKLIN, Avocat et assurance, N 58 ss).

professionnellement qualifié·e·s à représenter des parties également en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale¹⁹⁰⁰.

1. Cantons concernés

Vingt cantons autorisent la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s ; parmi eux, on observe que :

- dix-sept cantons autorisent ces représentant·e·s en droit du bail et en droit du travail : Appenzell Rhodes-Extérieures¹⁹⁰¹, Argovie¹⁹⁰², Fribourg¹⁹⁰³, Genève¹⁹⁰⁴, Glaris¹⁹⁰⁵, les Grisons¹⁹⁰⁶, le Jura¹⁹⁰⁷, Lucerne¹⁹⁰⁸, Neuchâtel¹⁹⁰⁹, Schaffhouse¹⁹¹⁰, Soleure¹⁹¹¹, le Tessin¹⁹¹², Thurgovie¹⁹¹³, le Valais¹⁹¹⁴, Vaud¹⁹¹⁵, Zoug¹⁹¹⁶ et Zurich¹⁹¹⁷ ;

¹⁹⁰⁰ BO/CN 2022 p. 684 ss.

¹⁹⁰¹ Art. 3 al. 1 let. a et c AnwG/AR.

¹⁹⁰² § 18 EG ZPO/AG. En droit du bail, la représentation par les mandataires professionnellement qualifié·e·s est très restreinte dans le canton d'Argovie : elle se limite aux procédures de conciliation et aux procédures d'expulsion en première instance (§ 18 al. 2 EG ZPO/AG).

¹⁹⁰³ Art. 129 LJ/FR.

¹⁹⁰⁴ Art. 15 LaCC/GE.

¹⁹⁰⁵ Art. 15 al. 2 EG ZPO/GL.

¹⁹⁰⁶ Art. 11 al. 1 let. c EGz ZPO/GR.

¹⁹⁰⁷ Art. 32 al. 2 let. b LTBLF/JU et art. 26 al. 2 let. c LCPH/JU.

¹⁹⁰⁸ § 83 JusG/LU.

¹⁹⁰⁹ Art. 7 et 7a LI-CO/NE.

¹⁹¹⁰ Art. 68 al. 1 JG/SH.

¹⁹¹¹ § 3 al. 1 AnwG/SO.

¹⁹¹² Art. 12 al. 1 LACPC/TI.

¹⁹¹³ § 62 al. 2 ch. 2 et 3 VZSR/TG.

¹⁹¹⁴ Art. 85 LACC/VS ; art. 45 LcTr/VS. En droit du bail, la représentation par les mandataires professionnellement qualifié·e·s est très restreinte dans le canton du Valais : elle se limite aux procédures de conciliation (art. 85 LACC/VS).

¹⁹¹⁵ Art. 36 al. 2 et 3 CDPJ/VD et art. 11 LJB/VD.

¹⁹¹⁶ § 100 GOG/ZG.

¹⁹¹⁷ § 11 al. 2 let. a AnwG/ZH.

- trois cantons autorisent ces représentant·e·s en droit du travail uniquement : Berne¹⁹¹⁸, Saint-Gall¹⁹¹⁹ et Uri¹⁹²⁰.

894 Parmi ces vingt cantons, tous n'ont pas institué de juridictions spéciales en matière de bail et/ou de travail, condition pourtant nécessaire pour permettre aux mandataires professionnellement qualifié·e·s de représenter des parties (voir N 896 ss). La situation se présente de la façon suivante¹⁹²¹ :

- sur les dix-sept cantons autorisant ces représentant·e·s en droit du bail et en droit du travail, on observe que :
 - cinq cantons ont prévu des juridictions spéciales dans les deux domaines : Fribourg¹⁹²², Genève¹⁹²³, le Jura¹⁹²⁴, Vaud¹⁹²⁵ et Zurich¹⁹²⁶ ;
 - trois cantons ont prévu une juridiction spéciale en droit du travail uniquement : Argovie¹⁹²⁷ Lucerne¹⁹²⁸ et le Valais¹⁹²⁹ ;
 - huit cantons n'ont prévu aucune juridiction spéciale : Appenzell Rhodes-Extérieures, Glaris, les Grisons, Schaffhouse, Soleure, le Tessin, Thurgovie et Zoug ;
 - le canton de Neuchâtel a adopté une réglementation singulière : l'art. 17a OJN/NE qualifie le Tribunal civil de « juridiction spéciale en matière de contrat de bail et de contrat de travail ». Cette disposition a pour unique but de permettre la représentation par des

¹⁹¹⁸ Art. 9 al. 2 LiCPM/BE. Cette disposition indique que les mandataires professionnellement qualifié·e·s peuvent *accompagner* ou *assister* des parties. Vu la confusion qui existe parfois entre les notions de représentation et d'assistance (N 206), on peut se demander si le législateur bernois a réellement souhaité limiter l'activité des mandataires professionnellement qualifié·e·s à l'assistance. FRÖHLICH est d'avis que c'est le cas (FRÖHLICH, N 564).

¹⁹¹⁹ Art. 12 al. 1 let. a AnwG/SG.

¹⁹²⁰ Art. 1 du RBVSA/UR.

¹⁹²¹ Voir notamment BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 344 s. ; HEINZMANN, Juridiction prud'homale, p. 20 ss.

¹⁹²² Art. 3 al. 1 let. b et 56 s. LJ/FR (bail) et art. 3 al. 1 let. c et 54 s. LJ/FR (travail).

¹⁹²³ Art. 1 let. b ch. 2 et 88 LOJ/GE (bail) et art. 1 let. e LOJ/GE et LTPH/GE (travail).

¹⁹²⁴ LTBLF/JU (bail) et LCPH/JU (travail).

¹⁹²⁵ Art. 2 al. 1 ch. 1 let. e LOJV/VD et art. 3 ss LJB/VD (bail) et art. 2 al. 1 ch. 2 let. 1 LOJV/VD et LJT/VD (travail).

¹⁹²⁶ § 3 al. 1 let. a GOG/ZH.

¹⁹²⁷ § 50 al. 1 et 53 GOG/AG.

¹⁹²⁸ § 3 al. 2 let. c, 23 al. 1 let. b et 32 JusG/LU.

¹⁹²⁹ Art. 38 ss LcTr/VS.

mandataires professionnellement qualifié·e·s¹⁹³⁰. Toutefois, le Tribunal civil est un tribunal ordinaire¹⁹³¹, de sorte que l'art. 17a OJN/NE semble contraire au droit fédéral¹⁹³².

- sur les trois cantons autorisant ces représentant·e·s en droit du travail uniquement, on constate que :
 - un canton, celui de Berne, n'a pas à proprement parler institué de juridiction spéciale en droit du travail¹⁹³³. Toutefois, les tribunaux régionaux bernois siègent dans une composition paritaire dans les litiges concernant le droit du travail et la LSE lorsque la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.-¹⁹³⁴. Dans ce cas de figure, les tribunaux régionaux bernois peuvent être assimilés à des juridictions spéciales de droit du travail¹⁹³⁵ ;
 - deux cantons n'ont prévu aucune juridiction spéciale : Saint-Gall et Uri.

Les mandataires professionnellement qualifié·e·s ne bénéficient pas d'une libre circulation en vertu du droit fédéral¹⁹³⁶. Les cantons ont toutefois la possibilité d'autoriser devant leurs propres autorités la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s établi·e·s dans d'autres cantons¹⁹³⁷.

895

¹⁹³⁰ Arrêt du TC/NE ARMC.2015.28 du 31 août 2015 cons. 2c, RJN 2016 p. 221 ; BOHNET, Procédure civile, N 443 ; BOHNET/CONOD, Droit du bail, N 1444.

¹⁹³¹ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 21 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 344 s.

¹⁹³² Dans ce sens : BOHNET, Procédure civile, N 443 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 21 ; BOHNET/CONOD, Droit du bail, N 1485 ; voir également CHAPPUIS/GURTNER, N 116 ; HEINZMANN, Juridiction prud'homale, p. 28. Le Tribunal cantonal neuchâtelois a toutefois jugé que cette disposition était valable (arrêt du TC/NE ARMC.2015.28 du 31 août 2015 cons. 2, RJN 2016 p. 221). Un recours a été interjeté au Tribunal fédéral contre cette décision, déclaré irrecevable faute de remplir l'une des conditions alternatives de l'art. 93 al. 1 LTF (arrêt du TF 4A_436/2015 du 17 mai 2016 cons. 1).

¹⁹³³ HEINZMANN, Juridiction prud'homale, p. 24.

¹⁹³⁴ Art. 9 al. 1 LiCPM/BE.

¹⁹³⁵ HEINZMANN, Juridiction prud'homale, p. 24.

¹⁹³⁶ HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.16 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 79 ; SK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 23 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 13.

¹⁹³⁷ PÜNTENER, N 258.

2. Domaine de compétence

a. Au niveau cantonal

(i) Exigence d'une juridiction spéciale

896 Selon la doctrine majoritaire, la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s n'est possible que devant les *juridictions spéciales* en matière de contrat de bail et de contrat de travail¹⁹³⁸. À défaut d'avoir instauré de telles juridictions, les cantons ne peuvent pas autoriser ces représentant·e·s dans les affaires de droit du bail et de droit du travail¹⁹³⁹.

897 Nous rejoignons cet avis, qui s'impose inévitablement à la lecture du texte de l'art. 68 al. 2 let. d CPC¹⁹⁴⁰ : il dispose que, si le droit cantonal le prévoit, les mandataires professionnellement qualifié·e·s sont autorisé·e·s à représenter des parties « devant les juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail ». Il est fait référence à des *tribunaux* spécialisés en droit du bail ou du travail, et non des causes ou des affaires dans ces matières.

898 L'interprétation des autres versions linguistiques, qui évoquent « [die] Miet- und Arbeitsgerichten » et « [il] giudice della locazione e al giudice del lavoro », ne conduit pas à un résultat différent.

899 Un nombre important de cantons a toutefois autorisé la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s sans avoir prévu de juridictions spéciales dans leur organisation judiciaire (voir N 894 ss), ignorant (volontairement ou non) la condition posée à l'art. 68 al. 2 let. d CPC.

¹⁹³⁸ BACHOFNER, Mieterausweisung, N 610 ; CR CPC-BOHNET, art. 68 N 21 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 343 ; BOHNET/JÉQUIER, Entreprise et personne morale, N 73 ; DIETSCHY, Conflits de travail, N 330 ; GASSER/RICKLI, art. 68 N 7 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 118 ; HEINZMANN, Juridiction prud'homale, p. 28 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 111 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 10 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 78 ; SCYBOZ, p. 15 ; voir également arrêt de l'AG/BS ZB.2019.1 du 29 avril 2019 cons. 1.2.4, BJM 2022 p. 75 ; *contra* : HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.16 ; FRÖHLICH, N 560 s. ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 14 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 13 ; TEREKHOV, p. 253 (ces auteurs considèrent que les cantons devraient pouvoir autoriser les mandataires professionnellement qualifié·e·s dans tous les procès de droit du bail ou du travail, sans égard à leur organisation judiciaire).

¹⁹³⁹ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 21 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 343 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 111.

¹⁹⁴⁰ DIETSCHY-MARTENET, fors, frais et représentation, N 67 ; voir également BOHNET/JÉQUIER, Entreprise et personne morale, N 73.

L'exigence de la juridiction spéciale n'a que peu de pertinence dans ces circonstances. Elle conduit à qualifier de contraire au droit fédéral une solution pourtant pragmatique (celle d'autoriser la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s dans toutes les affaires de droit du bail et de droit du travail) choisie par de nombreux cantons¹⁹⁴¹. 900

Il serait par conséquent opportun de modifier le texte de l'art. 68 al. 2 let. d CPC pour y indiquer que la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s est autorisée dans les *causes* de droit du bail et de droit du travail. 901

(ii) *Notion de juridiction spéciale*

Le CPC ne précise pas ce qu'il faut entendre par « juridictions spéciales ». À lire les débats parlementaires, il s'agirait uniquement de juridictions paritaires¹⁹⁴². Une partie de la doctrine partage ce point de vue¹⁹⁴³. 902

À notre avis, il est juste de considérer les juridictions paritaires comme des juridictions spéciales au sens de l'art. 68 al. 2 let. c CPC. Toutefois, retenir que *seules* les autorités composées paritairement sont des juridictions spéciales conduit à un résultat insatisfaisant. 903

Dans la majorité des cantons connaissant la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s et ayant institué des juridictions spéciales, celles-ci siègent souvent¹⁹⁴⁴ – mais pas toujours – dans une composition paritaire. Les législations cantonales prévoient généralement que ces autorités 904

¹⁹⁴¹ Critiques par rapport à l'exigence d'une juridiction spéciale : CR CPC-BOHNET, art. 68 N 21 ; HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 2.16 ; DIETSCHY-MARTENET, fors, frais et représentation, N 67 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 13 (qui considère même qu'il ne s'agit pas d'une exigence) ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 68 N 25.

¹⁹⁴² BO/CN 2008 p. 649 (« dans la logique de la possibilité pour les cantons d'avoir des tribunaux paritaires et d'avoir des juges qui sont issus des partenaires sociaux, il s'agit de conserver également la faculté, pour les mandataires professionnellement qualifiés issus des partenaires sociaux, de pouvoir représenter les parties dans ces causes-là, par respect de la nature et de l'identité de ce type de juridiction paritaire »).

¹⁹⁴³ BACHOFNER, Mietrechtliche Verfahren, p. 76 ; BOHNET/JÉQUIER, Entreprise et personne morale, N 73 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 116 ; DIETSCHY, Conflits de travail, N 330 ; SUTTER-SOMM, N 3.22. En revanche, pour FRÖHLICH, tout tribunal qui traite en première instance de questions de droit du travail doit être considéré comme un *Arbeitsgericht* (FRÖHLICH, N 561).

¹⁹⁴⁴ Voir § 53 al. 3 GOG/AG *cum* § 8 EG ZPO/AG ; art. 9 al. 1 LiCPM/BE ; art. 55 al. 3 et 57 al. 3 LJ/FR ; art. 88 LOJ/GE et art. 15 al. 1 *cum* 12 LTPH/GE ; art. 30 LTBLF/JU et art. 11 LCPH/JU ; art. 39 al. 3 LcTr/VS ; art. 4 al. 1 LJB/VD et art. 10 al. 1 LJT/VD ; § 15 et 16

doivent ou peuvent siéger à juge unique dans certaines affaires peu complexes, par exemple si la valeur litigieuse est faible, si la procédure est sommaire ou si la procédure concerne des mesures (super)provisionnelles¹⁹⁴⁵. Or si la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s n'était autorisée que devant des autorités paritaires, cela signifierait qu'elle serait possible dans les causes où les enjeux sont importants, mais pas dans les affaires les plus simples. Une telle solution ne serait pas opportune.

905 Pour cette raison, nous sommes d'avis que les « juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail » incluent non seulement les autorités paritaires, mais également les autorités qui traitent exclusivement des affaires de droit du bail ou de droit du travail¹⁹⁴⁶.

GOG/ZH. En revanche, le canton de Lucerne n'a pas institué de juridiction paritaire en droit du travail (HEINZMANN, Juridiction prud'homale, p. 25).

¹⁹⁴⁵ En Argovie, l'*Arbeitsgericht* siège à juge unique en procédure sommaire (§ 9 EG ZPO/AG) ; à Fribourg, le tribunal des prud'hommes et le tribunal des baux siègent à juge unique en cas de valeur litigieuse inférieure à CHF 8'000.-, en procédure sommaire et en procédure d'expulsion en matière de bail à loyer et de bail à ferme non agricole (art. 54 al. 2 et 56 al. 2 LJ/FR) ; à Genève, le Tribunal des prud'hommes siège à juge unique pour statuer sur des mesures superprovisionnelles (art. 15 al. 2 LTPH/GE) ; au Jura, le Tribunal des baux à loyer et à ferme et le Conseil de prud'hommes siègent à juge unique en cas de valeur litigieuse inférieure à CHF 10'000.- (art. 29 al. 1 LTBLF/JU et 10 al. 1 LCPH/JU) ou dans les causes mentionnées aux art. 29 al. 2 LTBLF/JU et 10 al. 2 LCPH/JU ; en Valais, le Tribunal du travail siège à juge unique pour rendre des mesures superprovisionnelles et provisionnelles (art. 39 al. 4 LcTr/VS) ; dans le canton de Vaud, le Tribunal des baux peut siéger à juge unique avec l'accord des parties lorsque la cause ne lui paraît pas présenter de difficultés particulières (art. 6 al. 3 LJB/VD), tandis que le tribunal des prud'hommes siège à juge unique pour statuer sur les mesures provisionnelles et superprovisionnelles (art. 10 al. 3 LJT/VD) et peut siéger à juge unique avec l'accord des parties lorsque la cause ne paraît pas présenter de difficultés particulières (art. 10 al. 4 LJT/VD) ; à Zurich, l'*Arbeitsgericht* et le *Mietgericht* siègent à juge unique si la valeur litigieuse est inférieure ou égale à CHF 30'000.- ; toutefois, si la valeur litigieuse est supérieure à CHF 15'000.-, ces tribunaux peuvent décider de siéger paritairement à trois juges, et doivent le faire si la partie le demande (§ 25 et 26 GOG/ZH).

¹⁹⁴⁶ Dans le même sens : BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 344.

(iii) Procédure de conciliation

Selon la doctrine, les mandataires professionnellement qualifié·e·s peuvent également représenter des parties en procédure de conciliation¹⁹⁴⁷. Cette affirmation doit être précisée :

906

- dans les cantons ayant institué des juridictions spéciales, la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s est à notre avis possible dans les procédures de conciliation précédant les procédures se déroulant devant ces juridictions¹⁹⁴⁸. Dans ce cas, il importe peu de savoir si l'autorité de conciliation est spécialisée dans le domaine concerné ou non. Si ces représentant·e·s sont autorisé·e·s dans les procédures de première instance, il serait incohérent de les exclure de la conciliation ;
- dans les cantons n'ayant pas institué de juridictions spéciales, la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s est selon nous autorisée en procédure de conciliation si celle-ci se déroule devant une autorité de conciliation paritaire ou traitant uniquement des affaires de droit du bail ou de droit du travail¹⁹⁴⁹. Ce type d'autorité peut être assimilé à une « juridiction spéciale » au sens de l'art. 68 al. 2 let. d CPC¹⁹⁵⁰.

¹⁹⁴⁷ BOHNET, Procédure civile, N 442 ; CR CPC-BOHNET, art. 204 N 8 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 350 ; BOHNET/JÉQUIER, Entreprise et personne morale, N 74 ; HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.8 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 68 N 9a ; FRÖHLICH, N 561 ; GASSER/RICKLI, art. 68 N 7 ; SCHRANK, nbp 1825 et 1898 ; voir également arrêt de l'OG/ZH RU210021 du 16 mars 2021 cons. 3.5.3.

¹⁹⁴⁸ BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 350 ; HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.8.

¹⁹⁴⁹ En vertu du droit fédéral, les cantons doivent obligatoirement prévoir des autorités de conciliation paritaires en droit du bail (art. 200 al. 1 CPC) et en droit du travail lorsque le litige relève de la LSE (art. 200 al. 2 CPC ; voir DK ZPO-EGLI, art. 200 N 1 ; SK ZPO-HONEGER, art. 200 N 1). Dans les autres affaires de droit du travail, les cantons sont libres de prévoir des autorités de conciliation paritaires (CR CPC-BOHNET, art. 200 N 3), ce que plusieurs d'entre eux ont fait (par exemple Glaris, art. 53 al. 2 let. b GOG/GL ; Neuchâtel, art. 12 al. 2 OJN/NE ; Saint-Gall, art. 10 GerG/SG ; Zoug, § 12 al. 1 de la Verordnung über die Schlichtungsbehörden).

¹⁹⁵⁰ Dans le même sens : BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 343 s.

(iv) *Première instance*

- 907 Le droit fédéral ne pose aucune exigence quant aux types de procédures (sommaire, simplifiée ou ordinaire) dans lesquelles la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s est admissible¹⁹⁵¹. Les cantons sont toutefois libres de prévoir des restrictions à cet égard¹⁹⁵², ce que plusieurs ont fait¹⁹⁵³.

(v) *Deuxième instance*

- 908 La représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s n'est pas admissible devant les tribunaux cantonaux supérieurs¹⁹⁵⁴, ceux-ci ne pouvant généralement pas être considérés comme des juridictions spéciales¹⁹⁵⁵.
- 909 Le canton de Genève constitue toutefois une exception : il autorise les mandataires professionnellement qualifié·e·s à représenter des parties « devant

¹⁹⁵¹ BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 349.

¹⁹⁵² ATF 141 II 280 cons. 6.3.

¹⁹⁵³ Parmi les cantons concernés, on trouve notamment Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 3 al. 1 let. a AnwG/AR ; représentation limitée, en droit du travail, aux procédures devant les *Einzelrichter-innen*), Argovie (§ 18 al. 2 EG ZPO/AG ; représentation limitée, en droit du bail, aux procédures de conciliation et d'expulsion en première instance), Glaris (art. 15 al. 2 EG ZPO/GL ; représentation limitée, en droit du bail et en droit du travail, aux procédures simplifiées), Neuchâtel (art. 7 LI-CO/NE ; représentation limitée, en droit du bail, aux procédures de conciliation, sommaires et simplifiées), Saint-Gall (art. 12 al. 1 let. a AnwG/SG ; représentation limitée, en droit du travail, aux procédures devant l'*Einzelrichter-in*), Soleure (§ 3 al. 1 AnwG/SO ; représentation limitée, en droit du bail, aux procédures sommaires et, en droit du travail, aux procédures simplifiées.), le Tessin (art. 12 al. 1 LACPC/TI ; représentation limitée, en droit du bail et en droit du travail, aux procédures sommaires et simplifiées), le Valais (art. 85 LACC/VS ; représentation limitée, en droit du bail, aux procédures de conciliation). On peut également relever qu'en droit du travail, la compétence du Tribunal du travail valaisan est limitée aux causes soumises à la procédure simplifiée (art. 40 LcTr/VS), ce qui a pour effet de limiter la représentation par des mandataires professionnellement qualifiés dans la même mesure.

¹⁹⁵⁴ Arrêt de l'OG/ZH RU210021 du 16 mars 2021 cons. 3.5.3 ; arrêt de l'OG/ZH RU150071 du 18 janvier 2016 cons. 3.2 ; *contra* : BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 13a. Certains cantons ont expressément autorisé la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s en deuxième instance, malgré l'absence de juridiction spéciale à ce niveau : Appenzell Rhodes-Extérieures (art. 3 al. 1 let. a AnwG/AR) et Saint-Gall (art. 12 al. 1 let. a AnwG/SG).

¹⁹⁵⁵ Voir, dans le canton de Bâle-Ville, arrêt de l'AG/BS ZB.2019.1 du 29 avril 2019 cons. 1.2.4, BJM 2022 p. 75.

la chambre des baux et loyers et la chambre des prud'hommes de la Cour de justice »¹⁹⁵⁶, véritables juridictions spéciales de deuxième instance¹⁹⁵⁷.

b. Au niveau fédéral

Les mandataires professionnellement qualifié·e·s ne peuvent représenter des parties ni devant le Tribunal fédéral en matière civile, ni devant le Tribunal fédéral des brevets. 910

3. Conditions pour représenter

a. Conditions posées par le droit fédéral

Les deux premières conditions permettant la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s sont posées par l'art. 68 al. 2 let. d CPC et ont déjà été évoquées ci-dessus : premièrement, le droit cantonal doit autoriser ces personnes à représenter des parties (voir N 893 ss)¹⁹⁵⁸ et, deuxièmement, il doit prévoir des juridictions spéciales dans le domaine concerné (voir N 896 ss). 911

La troisième condition pour pouvoir représenter valablement des parties selon l'art. 68 al. 2 let. d CPC est celle d'être un·e « mandataire professionnellement qualifié·e ». 912

Cette notion fait en premier lieu référence aux représentant·e·s des partenaires sociaux¹⁹⁵⁹. En droit du travail, il s'agit des représentant·e·s des syndicats et des associations patronales¹⁹⁶⁰, et, en droit du bail, des représentant·e·s des 913

¹⁹⁵⁶ Art. 15 LaCC/GE.

¹⁹⁵⁷ Art. 121 s. LOJ/GE (bail) et 123 s. LOJ/GE (travail).

¹⁹⁵⁸ ATF 141 II 280 cons. 6.4 et 6.6.

¹⁹⁵⁹ BO/CN 2008 p. 649 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 346 ; BOHNET/MARTENET, N 957.

¹⁹⁶⁰ BOHNET, Procédure civile, N 444 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 346 ; BOHNET/MARTENET, N 957 ; DIETSCHY, Conflits de travail, N 331 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 9c.

associations de locataires¹⁹⁶¹ et des représentant·e·s des associations de propriétaires¹⁹⁶² ou de gérant·e·s d'immeubles¹⁹⁶³.

- 914 Cette catégorie de représentant·e·s inclut également d'autres personnes spécialisées en droit du bail ou du travail – par exemple des sociétés de conseil spécialisées dans les domaines précités¹⁹⁶⁴, voire des régies immobilières¹⁹⁶⁵ ou des fiduciaires¹⁹⁶⁶.
- 915 Les mandataires professionnellement qualifié·e·s doivent posséder des connaissances étendues dans leur domaine d'activité (bail ou travail) pour représenter des parties¹⁹⁶⁷. Une formation juridique générale n'est pas suffisante ; il faut pouvoir démontrer une certaine spécialisation dans le domaine concerné¹⁹⁶⁸. Aucune formation spécifique n'est toutefois exigée, de sorte que les compétences nécessaires peuvent se baser sur la pratique et/ou la théorie¹⁹⁶⁹.

b. Conditions posées par le droit cantonal

- 916 Les cantons ont la possibilité – mais pas l'obligation – de poser des exigences supplémentaires pour la représentation sur la base de l'art. 68 al. 2 let. d CPC¹⁹⁷⁰. Ce faisant, ils peuvent définir des conditions plus strictes que celles découlant du droit fédéral, mais ne sauraient se montrer plus permissifs. Afin d'avoir un aperçu large des réglementations existantes, nous avons décidé de

¹⁹⁶¹ BACHOFNER, Mieterausweisung, N 612 ; BOHNET, Procédure civile, N 444 ; BOHNET/CONOD, Droit du bail, N 1567 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 346 ; BOHNET/MARTENET, N 957 ; HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.8 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 9c.

¹⁹⁶² BACHOFNER, Mieterausweisung, N 612 ; BOHNET, Procédure civile, N 444 ; BOHNET/CONOD, Droit du bail, N 1567 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 346 ; BOHNET/MARTENET, N 957 ; BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 9c.

¹⁹⁶³ BOHNET, Procédure civile, N 444 ; BOHNET/CONOD, Droit du bail, N 1567 ; BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 346 ; BOHNET/MARTENET, N 957.

¹⁹⁶⁴ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 24 ; DIETSCHY, Conflits de travail, N 331 ; dans le même sens : arrêt de la CJ/GE CAPH/115/2015 du 2 juillet 2015 cons. 3.1.

¹⁹⁶⁵ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 24 ; HAP Immobiliarmietrecht-BÜHLMANN, N 12.18.

¹⁹⁶⁶ CR CPC-BOHNET, art. 68 N 24.

¹⁹⁶⁷ BOHNET/ECKLIN, Représentation, p. 346 ; DIETSCHY, Conflits de travail, N 331 ; FRÖHLICH, N 563 ; SCYBOZ, p. 15 nbp 37.

¹⁹⁶⁸ Arrêt du TF 5A_279/2019 du 30 juillet 2019 cons. 4.3.2.

¹⁹⁶⁹ Arrêt de la CJ/GE ACJC/77/2017 du 23 janvier 2017 cons. 2.1 ; voir également DIETSCHY-MARTENET, bail à loyer et procédure civile, N 154.

¹⁹⁷⁰ PÜNTENER, N 258.

présenter ici les conditions posées par les cantons qui ont institué des juridictions spéciales, mais également ceux qui n'ont pas prévu de telles juridictions¹⁹⁷¹.

Plusieurs législations cantonales définissent la notion de mandataire professionnellement qualifié·e plus restrictivement que ce que permet le droit fédéral¹⁹⁷². Ainsi, suivant les cantons, la représentation au sens de l'art. 68 al. 2 let. d CPC est réservée :

- aux représentant·e·s de partenaires sociaux (Berne¹⁹⁷³, Glaris¹⁹⁷⁴, le Jura¹⁹⁷⁵, Neuchâtel¹⁹⁷⁶, Saint-Gall¹⁹⁷⁷, le Valais¹⁹⁷⁸, Vaud¹⁹⁷⁹, Zoug¹⁹⁸⁰) ;

¹⁹⁷¹ Pour rappel, si l'on s'en tient à une interprétation littérale de l'art. 68 al. 2 let. d CPC, les mandataires professionnellement qualifié·e·s ne peuvent pas représenter des parties dans les cantons n'ayant pas de juridictions spéciales en droit du bail ou en droit du travail (N 896 ss).

¹⁹⁷² Par exemple, les législations des cantons de Genève (art. 15 LaCC/GE), des Grisons (art. 11 al. 1 let. c EGz ZPO/GR), et de Zurich (§ 11 al. 2 let. a AnwG/ZH) ne précisent pas ce qu'il faut entendre par le terme de « mandataire professionnellement qualifié·e ». À Genève et à Zurich, la jurisprudence a néanmoins fourni des clarifications à cet égard. Ainsi, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice genevoise a exposé que « [s]elon [la pratique cantonale], la qualité de mandataire professionnellement qualifié était surtout reconnue, devant la Juridiction des prud'hommes, à des personnes morales actives à Genève dans la défense des travailleurs ou des employeurs, c'est-à-dire à des associations professionnelles, syndicales ou patronales, ou à des sociétés de protection juridique » (arrêt de la CJ/GE CAPH/61/2023 du 8 juin 2023, cons. 2.4 ; arrêt de la CJ/GE CAPH/115/2015 du 2 juillet 2015 cons. 3.1 ; arrêt de la CJ/GE CAPH/133/2014 du 17 septembre 2014 cons. 3.1 ; voir également arrêt du TF 4A_268/2010 du 21 octobre 2010 cons. 6.2). À Zurich, la jurisprudence a entériné la pratique antérieure au CPC, qui voulait que seules des personnes employées de syndicats ou d'organisations patronales pouvaient représenter des parties dans les procès de droit du travail (arrêt du TF 6B_1167/2020 du 3 décembre 2020 cons. 4.5.3).

¹⁹⁷³ Art. 9 al. 2 LiCPM.

¹⁹⁷⁴ Art. 15 EG ZPO/GL.

¹⁹⁷⁵ Art. 32 al. 2 let. b LTBLF/JU et art. 26 al. 2 let. b LCPH/JU.

¹⁹⁷⁶ Art. 7 et 7a LI-CO/NE.

¹⁹⁷⁷ Art. 12 al. 1 let. a AnwG/SG.

¹⁹⁷⁸ Art. 45 LcTr/Vs. En revanche, en droit du bail (où les mandataires professionnellement qualifié·e·s peuvent représenter en procédure de conciliation, art. 85 LACC/Vs), la législation valaisanne ne précise pas de qui il peut s'agir (DIETSCHY-MARTENET, fors, frais et représentation, N 69).

¹⁹⁷⁹ Art. 36 al. 2 et 3 CDPJ/VD et art. 11 LJB/VD.

¹⁹⁸⁰ § 100 GOG/ZG.

- aux représentant·e·s de partenaires sociaux et aux gérant·e·s d'immeubles en droit du bail (Appenzell Rhodes-Extérieures¹⁹⁸¹, Argovie¹⁹⁸², Fribourg¹⁹⁸³, Lucerne¹⁹⁸⁴, Schaffhouse¹⁹⁸⁵, Soleure¹⁹⁸⁶, Thurgovie¹⁹⁸⁷);
- aux représentant·e·s de partenaires sociaux, aux gérant·e·s d'immeubles en droit du bail et aux fiduciaires (le Tessin)¹⁹⁸⁸.

- 918 En outre, au Jura, les mandataires professionnellement qualifié·e·s doivent se faire inscrire sur une liste¹⁹⁸⁹. Au Tessin, ces représentant·e·s doivent notamment avoir été considéré·e·s par un·e juge comme étant capables de présenter et de discuter l'affaire avec la clarté nécessaire¹⁹⁹⁰. Dans le canton de Vaud, les mandataires professionnellement qualifié·e·s en droit du bail doivent obtenir une autorisation du Tribunal cantonal pour représenter des parties¹⁹⁹¹. Enfin, dans le canton d'Uri, il est notamment nécessaire de réussir un examen oral et de remplir les conditions de l'art. 8 LLCA pour s'inscrire sur la liste des mandataires professionnellement qualifié·e·s¹⁹⁹².
- 919 On relèvera également qu'à Neuchâtel, seules les personnes titulaires du brevet d'avocat neuchâtelois qui remplissent les conditions de l'art. 8 al. 1 let. a, b et c LLCA peuvent représenter des parties en droit du bail en tant que mandataires professionnellement qualifié·e·s¹⁹⁹³. On peut considérer que cette règle est une application de l'art. 3 al. 2 LLCA, qui permet aux cantons « d'autoriser les titulaires des brevets d'avocat qu'ils délivrent à représenter des parties devant leurs propres autorités judiciaires ».

¹⁹⁸¹ Art. 3 al. 1 let. a et c AnWG/AR (à noter que, selon cette disposition, les représentant·e·s des partenaires sociaux ne peuvent représenter des parties qu'en droit du travail, et non en droit du bail, où seules les gérances d'immeubles ont le droit de pratiquer la représentation).

¹⁹⁸² § 18 EG ZPO/AG.

¹⁹⁸³ Art. 129 al. 1 et 2 LJ/FR.

¹⁹⁸⁴ § 83 JusG/LU.

¹⁹⁸⁵ Art. 68 al. 1 et 2 JG/SH.

¹⁹⁸⁶ § 3 al. 1 AnWG/SO.

¹⁹⁸⁷ § 62 al. 2 ch. 2 et 3 VZSR/TG.

¹⁹⁸⁸ Art. 12 al. 1 LACPC/TI.

¹⁹⁸⁹ Art. 32 al. 3 LTBLF/JU et art. 26 al. 3 LCPH/JU.

¹⁹⁹⁰ Art. 12 al. 2 let. c LACPC/TI.

¹⁹⁹¹ Art. 36 al. 2 CDPJ/VD et art. 11 LJB/VD.

¹⁹⁹² Art. 1 ss RBVSA/UR.

¹⁹⁹³ Art. 7 LI-CO/NE. Ces conditions ne s'appliquent toutefois pas aux mandataires professionnellement qualifié·e·s en matière de droit du travail (comp. art. 7a LI-CO/NE).

Les cantons d'Appenzell Rhodes-Extérieures et de Schaffhouse ont par ailleurs 920
 prévu que le tribunal a la compétence d'empêcher un·e mandataire
 professionnellement qualifié·e de représenter une partie lorsque cela s'avère
 nécessaire pour la sauvegarde des intérêts de celle-ci¹⁹⁹⁴. À notre avis, de telles
 dispositions n'apportent rien de nouveau : si un tribunal réalise qu'un·e
 mandataire professionnellement qualifié·e n'est pas apte à représenter une
 partie, c'est qu'en réalité cette personne n'est pas « qualifiée » au sens de
 l'art. 68 al. 2 let. d CPC. De ce fait, cette dernière n'a pas la capacité de postuler
 et n'est pas autorisée à pratiquer la représentation en justice.

4. Garanties

Les garanties communes à l'ensemble des mandataires professionnellement 921
 qualifié·e·s sont plutôt faibles.

La loi ne précise généralement pas quelles connaissances pratiques ou 922
 théoriques permettent à un·e mandataire d'être considéré·e comme
 « professionnellement qualifié·e » au sens de l'art. 68 al. 2 let. d CPC (à part
 dans le canton de Neuchâtel, où l'art. 7 LI-CO/NE précisant les conditions de
 formation qui leur sont applicables¹⁹⁹⁵).

Par conséquent, ces représentant·e·s n'offrent dans l'absolu aucune assurance
 en termes de formation. Pour cette raison, HEINZMANN est d'avis qu'un·e
 justiciable choisissant de se faire représenter par un·e mandataire
 professionnellement qualifié·e « prend un risque non négligeable dont il n'est
 peut-être pas conscient »¹⁹⁹⁶.

¹⁹⁹⁴ Art. 3 al. 2 AnwG/AR ; art. 68 al. 3 JG/SH.

¹⁹⁹⁵ Voir N 918.

¹⁹⁹⁶ (HEINZMANN, Juridiction prud'homale, p. 29).

- 923 Les mandataires professionnellement qualifié·e·s ne sont soumis·es ni à une surveillance disciplinaire ni à des règles professionnelles¹⁹⁹⁷. En particulier, ces représentant·e·s ne sont pas tenu·e·s par le secret professionnel¹⁹⁹⁸.
- 924 En revanche, comme la plupart des représentant·e·s professionnel·le·s, les mandataires professionnellement qualifié·e·s sont mandataires des parties et doivent à ce titre respecter les règles des art. 394 ss CO¹⁹⁹⁹. Ces obligations contractuelles imposées aux mandataires constituent des garanties non négligeables pour la partie²⁰⁰⁰. Dans un arrêt de 2016 rendu en procédure administrative, le Tribunal cantonal jurassien a notamment retenu, en s'inspirant de la législation applicable aux avocat·e·s, que l'obligation de fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO) imposait aux mandataires professionnellement qualifié·e·s l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts en procédure²⁰⁰¹.

¹⁹⁹⁷ Arrêt du TF 5A_279/2019 du 30 juillet 2019 cons. 4.1 et 4.3.2. Lorsqu'un·e mandataire professionnellement qualifié·e est rattaché·e à une association, il est cependant possible que cette dernière ait la compétence de prononcer des sanctions associatives à son encontre (arrêt du TF 5A_279/2019 du 30 juillet 2019 cons. 4.4). Par ailleurs, on peut se demander si les mandataires professionnellement qualifié·e·s du canton d'Uri doivent respecter des règles professionnelles, dans la mesure où l'art. 6 RBVSA/UR prévoit que les dispositions de la LLCA et de l'*Anwaltsverordnung* sont applicables à la représentation professionnelle dans les affaires de droit du travail.

¹⁹⁹⁸ Arrêt du TF 5A_279/2019 du 30 juillet 2019 cons. 4.1 et 4.3.2. À noter que lors des débats parlementaires au sujet de la loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, les chambres ont rejeté la proposition d'étendre le champ d'application de l'art. 160 al. 1 let. b CPC à l'ensemble des représentant·e·s de l'art. 68 al. 2 CPC (BO/CN 2012 p. 1198 s.). En outre, l'art. 321 CP ne s'applique pas aux mandataires professionnellement qualifié·e·s (ATF 147 IV 385 cons. 2.8.4). La notion de « défenseur en justice » figurant dans cette disposition vise uniquement les personnes assurant la défense des parties en procédure pénale, et non les représentant·e·s au sens de l'art. 68 al. 2 let. d CPC (BOHNET/MARTENET, N 1797 ; BOHNET/MELCARNE, *Secret professionnel*, p. 36 s. ; *contra* : CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 37 [qui considère que la notion de « défenseur en justice » n'est pas limitée à la procédure pénale]).

¹⁹⁹⁹ Arrêt du TF 5A_279/2019 du 30 juillet 2019 cons. 4.3.2.

²⁰⁰⁰ À ce sujet, nous renvoyons aux N 833 ss.

²⁰⁰¹ Arrêt du TC/JU ADM 2016 86 du 3 mars 2017.

F. Conseils en brevet

1. Genèse de la LCBr et de l'art. 29 LTFB

Avant l'entrée en fonction du Tribunal fédéral des brevets, les tribunaux cantonaux jugeaient les affaires en matière de droit des brevets²⁰⁰². Jusqu'à l'entrée en vigueur du CPC, ils étaient compétents pour régler la procédure dans ces causes et déterminaient notamment le cercle des personnes autorisées à représenter des parties en justice. La représentation dans le domaine du droit des brevets ne répondait généralement à aucune règle spécifique. 925

À cette époque, la profession de conseil en brevets n'était pas réglementée en Suisse et le titre de « conseil en brevets » n'était pas protégé²⁰⁰³. 926

Le processus législatif visant à modifier cette situation débute le 17 juin 2005, date à laquelle LEUMANN-WÜRSCH dépose une initiative parlementaire²⁰⁰⁴. Celle-ci a deux objectifs : premièrement, la création d'un tribunal fédéral des brevets²⁰⁰⁵, et, deuxièmement, la réglementation de la profession de conseil en brevets²⁰⁰⁶. La procédure législative est lancée et aboutira à l'adoption simultanée, le 20 mars 2009²⁰⁰⁷, de la Loi sur le Tribunal fédéral des brevets (LTFB, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010 et le 1^{er} janvier 2012 pour les art. 21, 23, 26 à 32 et 34 à 41²⁰⁰⁸) et la Loi sur les conseils en brevets (LCBr, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011²⁰⁰⁹). Le Tribunal fédéral des brevets entrera en fonction le 1^{er} janvier 2012²⁰¹⁰. 927

Depuis lors, le Tribunal fédéral des brevets a la compétence exclusive pour statuer en première instance sur les actions en validité ou en contrefaçon d'un brevet et les actions en octroi d'une licence sur un brevet (art. 1 al. 1 et 26 al. 1 let. a LTFB). Devant cette autorité judiciaire, les conseils en brevets peuvent représenter des parties dans les procédures concernant la validité d'un brevet à 928

²⁰⁰² Message LTFB, FF 2008 p. 380 ss.

²⁰⁰³ Message LCBr, FF 2008 p. 331 ss.

²⁰⁰⁴ Intervention parlementaire LEUMANN-WÜRSCH, 05.418.

²⁰⁰⁵ Intervention parlementaire LEUMANN-WÜRSCH, 05.418 ; Message LTFB, FF 2008 p. 381.

²⁰⁰⁶ Intervention parlementaire LEUMANN-WÜRSCH, 05.418 ; Message LCBr, FF 2008 p. 334.

²⁰⁰⁷ BO/CN 2009 p. 595 ; BO/CE 2009 p. 281.

²⁰⁰⁸ Art. 42 al. 2 LTFB.

²⁰⁰⁹ Art. 20 al. 2 LCBr.

²⁰¹⁰ <https://www.bundespatentgericht.ch/fr/> (consulté le 30 septembre 2023).

condition d'exercer leur profession en toute indépendance (art. 29 al. 1 LTFB)²⁰¹¹. La profession de conseil en brevets est réglementée par la LCBBr.

2. Quelques chiffres

- 929 En septembre 2023, 510 conseils en brevets étaient inscrits au registre suisse des conseils en brevets²⁰¹².
- 930 Cependant, toutes ces personnes ne peuvent pas représenter des parties en justice. L'art. 29 al. 1 LTFB autorise la représentation par les conseils en brevets à condition que cette profession soit exercée en toute indépendance (sur cette notion, voir N 936). Or l'indépendance n'est pas une condition pour s'inscrire au registre suisse²⁰¹³. Il y a donc des conseils en brevets inscrits qui ne sont pas indépendants et qui n'ont pas la faculté de représenter des parties en justice.
- 931 Comme on le verra, les conseils en brevets ne sont autorisés à représenter des parties que dans les procédures concernant la validité d'un brevet se déroulant devant le Tribunal fédéral des brevets (art. 29 al. 1 LTFB ; N 933). Sur la vingtaine d'affaires liquidées par cette autorité en 2021, seules quatre concernaient uniquement la validité d'un brevet²⁰¹⁴. La représentation en justice par des conseils en brevets est donc une activité plutôt rare.
- 932 On peut en déduire que la profession de conseil en brevets s'exerce principalement hors du cadre judiciaire. Elle consiste notamment à assister et conseiller des client·e·s pour toutes les problématiques liées à des brevets, et à les représenter dans les procédures (administratives) se déroulant devant des offices de brevets²⁰¹⁵.

²⁰¹¹ MEIER I., p. 544 ; ZELLWEGER, p. 285.

²⁰¹² <https://www.ige.ch/fr/proteger-votre-pi/brevets/avant-le-depot/conseils-en-brevets/registre-suisse-des-conseils-en-brevets.html> (consulté le 30 septembre 2023).

²⁰¹³ L'art. 12 LCBBr renvoie à l'art. 2 LCBBr s'agissant des conditions à remplir pour s'inscrire au registre des conseils en brevet. Or l'indépendance ne figure pas dans les conditions de l'art. 2 LCBBr (reproduites aux N 935 ss).

²⁰¹⁴ Rapport de gestion 2021 du Tribunal fédéral des brevets, p. 90 (disponible sur https://www.bundespategericht.ch/fileadmin/web-dateien/BPGer_GB2021_FR_Web.pdf [consulté le 30 septembre 2023]). Dans le rapport, il est question d'actions « en nullité » – ce qui correspond aux procédures concernant la validité d'un brevet au sens de l'art. 29 al. 1 LTFB.

²⁰¹⁵ <https://www.ige.ch/fr/proteger-votre-pi/brevets/avant-le-depot/conseils-en-brevets.html> (consulté le 30 septembre 2023).

3. Domaine de compétence

Le domaine où la représentation par des conseils en brevets est possible en procédure civile est très restreint : ces professionnel·le·s peuvent uniquement représenter des parties dans les procédures concernant la validité d'un brevet devant le Tribunal fédéral des brevets (art. 29 al. 1 LTFB)²⁰¹⁶. Selon le Message du Conseil fédéral, cette réglementation est justifiée par le fait que les actions en nullité soulèvent des questions techniques, que les conseils en brevets sont capables d'appréhender²⁰¹⁷. La représentation est en revanche réservée aux avocat·e·s dans les autres procédures, celles-ci nécessitant avant tout des connaissances en droit civil et procédural²⁰¹⁸. 933

Les conseils en brevets ne peuvent pas représenter des parties dans les procédures civiles se déroulant devant les autorités cantonales²⁰¹⁹ ou devant le Tribunal fédéral²⁰²⁰. 934

4. Conditions pour représenter

Pour pouvoir représenter des parties en justice, les conseils en brevets doivent remplir les conditions posées à l'art. 2 LCBBr (art. 29 al. 1 LTFB)²⁰²¹ : 935

- obtention d'un titre reconnu du degré tertiaire en sciences naturelles ou en ingénierie. Il peut s'agir d'un titre délivré par une haute école suisse (art. 4 LCBBr et 2 OCBBr) ou étrangère (art. 5 LCBBr ; le titre doit être reconnu comme équivalent à un titre suisse) ;
- réussite de l'examen fédéral de conseil en brevets ou d'un examen étranger de conseil en brevets reconnu (art. 6 et 7 LCBBr). L'examen fédéral de conseil en brevet est réglementé aux art. 3 ss OCBBr. Quant

²⁰¹⁶ ATF 143 III 28 cons. 2.2.2 ; Message LTFB, FF 2008 p. 403 ; MEIER I., p. 544 ; ZELLWEGER, p. 285 s. L'art. 29 al. 3 LTFB précise qu'« [u]n conseil en brevets [...] peut faire un exposé technique des faits dans tous les débats du Tribunal fédéral des brevets ». Dans ce cas, il ne s'agit toutefois plus de représentation.

²⁰¹⁷ Message LTFB, FF 2008 p. 403.

²⁰¹⁸ Message LTFB, FF 2008 p. 403.

²⁰¹⁹ RÜETSCHI/VETTER, p. 74 nbp. 52.

²⁰²⁰ ATF 147 III 337 cons. 8 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 13 ; MEIER I., p. 544. À noter toutefois que si un·e avocat·e représente une partie devant le Tribunal fédéral et fait appel à un conseil en brevets pour l'aider dans la procédure, l'indemnité de dépens couvre les frais de ce dernier (ATF 147 III 337 cons. 8 ; arrêt du TF 4A_500/2021 du 31 janvier 2022 cons. 8.2).

²⁰²¹ Message LTFB, FF 2008 p. 403.

aux examens étrangers de conseil en brevets, ils sont reconnus en Suisse aux conditions posées par les art. 23 ss OCB^r ;

- expérience pratique (art. 9 LCBr et 27 ss OCB^r) ;
- domicile de notification en Suisse ;
- inscription au registre des conseils en brevets (art. 11 ss LCBr et 31 ss OCB^r).

936 En outre, les conseils en brevets doivent exercer leur profession « en toute indépendance » (art. 29 al. 1 LCBr). Le Tribunal fédéral des brevets peut demander que la preuve de l'indépendance soit apportée au moyen de documents appropriés (art. 29 al. 2 LCBr). Selon le Message du Conseil fédéral, « [e]n vertu de ce principe, [les conseils en brevets] ne seraient par conséquent pas autorisés à représenter à titre d'indépendants leur employeur ou les employés de ce dernier, des entreprises liées, des clients ou des partenaires d'affaires ». Il s'agit donc d'une indépendance structurelle, similaire à celle prévue à l'art. 8 al. 1 let. d LLCA pour les avocat·e·s²⁰²².

937 Enfin, les conseils en brevets doivent obtenir l'autorisation de la Commission administrative du Tribunal fédéral des brevets pour représenter des parties (art. 4 al. 1 let. a RTFB).

5. Garanties

a. Conditions d'accès à la profession

938 L'accès à la profession de conseil en brevets est soumis à des conditions (N 935 ss), notamment de formation, qui garantissent que ces professionnel·le·s possèdent les compétences nécessaires pour représenter des parties en matière de brevet.

939 De plus, seul un conseil en brevet indépendant peut représenter des parties en justice (N 936). Cela permet d'éviter dans une certaine mesure les conflits entre les intérêts propres d'un conseil en brevets et les intérêts de la partie représentée.

²⁰²² Le message concernant la LTFB se réfère d'ailleurs à deux arrêts rendus en droit de l'avocat·e (Message LTFB, FF 2008 p. 404 nbp 30 et 31).

b. Règles professionnelles

Les conseils en brevet sont tenus au secret professionnel selon l'art. 10 LCBBr. Ce secret est étendu : il est protégé par l'art. 321 CP, et en procédure civile par les art. 160 al. 1 let. b²⁰²³, 163 al. 1 let. b et 166 al. 1 let. b CPC. Cependant, contrairement aux avocat·e·s, les conseils en brevets ne bénéficient pas d'un secret absolu²⁰²⁴. Ainsi, selon les art. 163 al. 1 let. b (renvoi) et 166 al. 1 let. b CPC, un conseil en brevet soumis à l'obligation de dénoncer ou délié du secret a le devoir de collaborer, à moins de rendre vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité.

940

c. Règles déontologiques

Il existe plusieurs associations professionnelles auxquelles les conseils en brevets inscrits au registre suisse et exerçant leur activité en tant qu'indépendants peuvent s'affilier. Parmi celles-ci, les deux associations suivantes, qui appliquent des codes de conduite, méritent en particulier d'être mentionnées :

941

- l'Association suisse des Conseils en Propriété Industrielle (ASCPI)²⁰²⁵, qui est l'une des associations nationales affiliées à la Fédération Internationale des Conseils en Propriété Intellectuelle (FICPI)²⁰²⁶. L'ensemble des conseils en brevets membres de l'ASCPI sont également membres de la FICPI²⁰²⁷ et sont de ce fait soumis au Code de

²⁰²³ Dans la version initiale du CPC, l'art. 160 al. 1 let. b CPC ne protégeait que les correspondances échangées avec un·e avocat·e. Cette disposition a été modifiée par la Loi fédérale sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats (RO 2013 847), adoptée le 28 septembre 2012 et entrée en vigueur le 1^{er} mai 2013.

²⁰²⁴ CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 127 ; CR CPC-JEANDIN, art. 166 N 16. Sur la notion de secret absolu, voir N 824.

²⁰²⁵ Les conseils en brevets inscrits au registre suisse et exerçant leur activité en tant qu'indépendants peuvent devenir membres de cette association en vertu des art. 6 et 7.1 des statuts de l'ASCPI, disponibles sur <https://www.vsp.ch/fr/association/status.html> (consulté le 30 septembre 2023).

²⁰²⁶ <https://ficpi.org/organisation/national-associations/ficpi-switzerland> et <https://www.vsp.ch/fr/> (tous deux consultés le 30 septembre 2023).

²⁰²⁷ Art. 4 des statuts de la FICPI, disponibles sur <https://ficpi.org/system/files/FICPI-Statutes-2022.pdf> (consulté le 30 septembre 2023).

conduite professionnelle de la FICPI²⁰²⁸. Certaines règles contenues dans ce code constituent des garanties en matière de représentation en justice, notamment la Règle 4 (devoir de « mettre à la disposition des tiers les services et la compétence professionnelle d'un conseil indépendant et objectif ») et la Règle 6 (devoir « d'éviter de représenter des intérêts en conflits »)²⁰²⁹.

- l'Association des conseils en brevets suisses et européens de profession libérale (ACBSE)²⁰³⁰. L'ensemble des conseils en brevets membres de l'ACBSE doivent respecter le Code de conduite professionnelle de l'Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets (epi)²⁰³¹. Ce code prescrit notamment d'agir « comme un conseiller indépendant »²⁰³² et d'éviter les conflits d'intérêts²⁰³³, deux obligations qui contribuent à assurer une représentation de qualité²⁰³⁴.

942 Les statuts des deux associations précitées prévoient la possibilité de prononcer des sanctions associatives en cas de violation de leurs codes de conduites respectifs par un membre²⁰³⁵. Même si de telles sanctions n'ont pas de conséquences directes sur la représentation en procédure, elles ont un effet dissuasif.

²⁰²⁸ Règle 1 du Code de Conduite Professionnelle de la FICPI, disponible sur <https://ficpi.org/system/files/FICPI-Code-of-Conduct-2022.pdf> et sur <https://www.vsp.ch/fr/association/ficpi-code.html> (tous deux consultés le 30 septembre 2023).

²⁰²⁹ Règles 4 et 6 du Code de Conduite Professionnelle de la FICPI, disponible sur <https://ficpi.org/system/files/FICPI-Code-of-Conduct-2022.pdf> et sur <https://www.vsp.ch/fr/association/ficpi-code.html> (tous deux consultés le 30 septembre 2023). Concernant l'importance de l'interdiction des conflits d'intérêts en droit de l'avocat·e, voir N 818 ss.

²⁰³⁰ Les conseils en brevets inscrits au registre suisse et exerçant leur activité en tant qu'indépendants peuvent devenir membres de cette association en vertu de § 7 al. 1 let. b des statuts de l'ACBSE, disponibles sur <https://www.vespa.swiss/fr/l-association/statuts> (consulté le 30 septembre 2023).

²⁰³¹ § 12 al. 1 des statuts de l'ACBSE, disponibles sur <https://www.vespa.swiss/fr/l-association/statuts> (consulté le 30 septembre 2023).

²⁰³² Art. 1 c du Code de conduite professionnelle de l'epi, disponible sur https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/2022/06/a61_fr.html (consulté le 30 septembre 2023).

²⁰³³ Art. 4 d à f du Code de conduite professionnelle de l'epi, disponible sur https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/2022/06/a61_fr.html (consulté le 30 septembre 2023).

²⁰³⁴ Voir, s'agissant des avocat·e-s, N 818 ss.

²⁰³⁵ Art. 15.4 des statuts de l'ASCPI, disponibles sur <https://www.vsp.ch/fr/association/status.html>; § 12 al. 2 à 4 des statuts de l'ACBSE, disponibles sur <https://www.vespa.swiss/fr/l-association/statuts> (tous deux consultés le 30 septembre 2023).

d. Surveillance disciplinaire

L'art. 13 LCBr soumet les conseils en brevets à la surveillance disciplinaire du Département fédéral de justice et de police. Cette surveillance garantit un meilleur respect des règles applicables à la profession et permet d'assurer que les conseils en brevets remplissent les conditions permettant d'exercer cette profession. 943

e. Règles contractuelles

Comme la plupart des représentant·e·s conventionnel·le·s agissant professionnellement, les conseils en brevets sont des mandataires qui doivent respecter les règles des art. 394 ss CO. Les obligations contractuelles résultant du mandat constituent des garanties non négligeables pour la partie ; elles sont évoquées aux N 833 ss. 944

G. Avocat·e·s-stagiaires

Les avocat·e·s-stagiaires, bien que ne figurant pas dans la liste des représentant·e·s professionnel·le·s autorisé·e·s de l'art. 68 al. 2 CPC²⁰³⁶, sont bien habilité·e·s à représenter des parties en procédure civile si le droit cantonal le prévoit²⁰³⁷. 945

²⁰³⁶ BO/CN 2008 p. 648 ; BOHNET/MARTENET, N 951 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 7 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 283 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 79.

²⁰³⁷ BOHNET/MARTENET, N 951 ; BOHNET/JÉQUIER, Entreprise et personne morale, N 69 ; DK ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 68 N 7 ; MÜLLER/OBRIST/ODERMATT, p. 984 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 283 ; RÜETSCHI/VETTER, p. 79 s. ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 10 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 9 ; voir également CR CPC-BOHNET, art. 68 N 15. Lors des débats parlementaires au sujet du CPC, le conseiller national NIDEGGER avait précisé ce qui suit au sujet des avocat·e·s-stagiaires : « À l'alinéa 2 lettre a, il est question des < avocats autorisés », sans que les avocats stagiaires soient mentionnés. Renseignements pris auprès de l'administration, le point de vue du Conseil fédéral à ce sujet comprend également les avocats stagiaires, même s'ils ne sont pas mentionnés en toutes lettres, les conditions de leur activité devant les tribunaux étant réglées par la loi fédérale sur la libre circulation des avocats et les lois cantonales qui ne sont évidemment pas restreintes par le Code de procédure civile » (BO/CN 2008 p. 648).

1. Quelques chiffres

- 946 Le nombre d'avocat·e·s-stagiaires en Suisse est important. On trouve souvent au moins un·e avocat·e-stagiaire par étude d'avocat·e·s, voire plusieurs si la taille de l'étude le permet.
- 947 Dans certains cantons, le registre des avocat·e·s comprend également une liste des avocat·e·s-stagiaires, ce qui permet de savoir combien de personnes effectuent actuellement un stage. Ainsi, on peut relever qu'en septembre 2023, les avocat·e·s-stagiaires étaient 161 à Fribourg²⁰³⁸, 454 à Genève²⁰³⁹, 18 aux Grisons²⁰⁴⁰ et 189 dans le canton de Vaud²⁰⁴¹. On peut donc supposer que dans toute la Suisse, il y a quelques milliers d'avocat·e·s-stagiaires, chiffre qui n'est pas négligeable.

2. Cantons concernés

- 948 Tous les cantons autorisent les avocat·e·s-stagiaires à représenter des parties en procédure civile²⁰⁴².

²⁰³⁸ [fr.ch/sj/institutions-et-droits-politiques/gouvernement-et-administration/registre-des-stagiaires](https://www.sj.ch/institutions-et-droits-politiques/gouvernement-et-administration/registre-des-stagiaires) (consulté le 30 septembre 2023).

²⁰³⁹ http://ge.ch/justice/donnees/avocats/search?_query=C_FONCTION%3AAS&_page=1&_no_escape=1 > (consulté le 30 septembre 2023).

²⁰⁴⁰ https://www.justiz-gr.ch/fileadmin/dateien/Rechtsanwaelte_und_Notare/Aufsichtskommission_Rechtsanwaelte/Praktikumsbewilligungen/Register_Praktikumsbewilligungen.pdf (consulté le 30 septembre 2023).

²⁰⁴¹ <https://www.vd.ch/themes/justice/registres-professionnels/registre-cantonal-vaudois-des-avocats/> (consulté le 30 septembre 2023).

²⁰⁴² Art. 9 AnWG/AR ; art. 15 AnWG/AI ; § 3 EG BGFA/AG ; art. 8 LA/BE ; § 6 AnWG/BL ; § 6 AdvG/BS ; art. 22 LAV/FR ; art. 33 LPAv/GE ; art. 3 al. 2 AnWG/GL ; art. 8 AnWG/GR ; art. 34 al. 1 LAV/JU ; § 3 al. 3 AnWG/LU et § 8 VAnWP/LU ; art. 12 LAV/NE ; art. 5 AnWG/NW ; art. 5 AnWG/OW ; art. 18 AnWG/SG *cum art.* 21 PBR/SG ; art. 7 AnWG/SH ; § 4 AnWR/SZ ; § 10 AnWG/SO ; art. 2 al. 2 LAVv/TI ; § 13 AnWG/TG ; art. 2 al. 3 AnV/UR ; art. 7 LPAv/VS ; art. 28 LPAv/VD ; § 2 al. 2 EG BGFA/ZG ; § 5 AnWG/ZH. Certaines dispositions cantonales précitées prévoient que les avocat·e·s-stagiaires peuvent intervenir ou se présenter devant les tribunaux (voir notamment art. 9 al. 1 AnWG/AR ; art. 33 LPAv/GE ; art. 8 al. 1 AnWG/GR ; art. 34 al. 1 LAV/JU ; § 13 al. 1 AnWG/TG). À notre sens, il faut par là comprendre que les stagiaires sont autorisé·e·s à représenter des parties.

Contrairement aux avocat·e·s au sens de la LLCA, les avocat·e·s-stagiaires ne bénéficient pas de la libre circulation²⁰⁴³. De ce fait, les stagiaires ne peuvent en principe représenter que dans le canton où se déroule leur stage²⁰⁴⁴. Cela résulte parfois de la législation cantonale, comme dans le canton de Genève²⁰⁴⁵ ou de Zurich²⁰⁴⁶. Dans le canton de Vaud, à lire la loi, seul·e·s les stagiaires vaudois·es peuvent représenter des parties en justice²⁰⁴⁷. Il existe toutefois une pratique selon laquelle un·e avocat·e-stagiaire d'un autre canton peut agir en tant que représentant·e devant les autorités vaudoises en sollicitant au préalable une autorisation de plaider de la Chambre des avocats²⁰⁴⁸.

949

Les cantons peuvent toutefois permettre aux avocat·e·s-stagiaires d'un autre canton de représenter des parties devant leurs propres autorités. Par exemple, devant les tribunaux de Bâle-Ville, les avocat·e·s-stagiaires de Bâle-Campagne sont également autorisé·e·s à représenter des parties²⁰⁴⁹. Dans le canton de Neuchâtel, la loi ne restreint pas la représentation aux avocat·e·s-stagiaires du canton²⁰⁵⁰. Saint-Gall admet la représentation par un·e avocat·e-stagiaire effectuant son stage sous la direction d'un·e avocat·e établi·e dans un canton voisin²⁰⁵¹. Les cantons de Lucerne, Obwald, Nidwald et Uri ont conclu un accord autorisant les stagiaires de l'un de ces cantons à représenter des parties devant les autorités d'un autre de ces cantons sans autorisation additionnelle²⁰⁵².

950

²⁰⁴³ BOHNET, Professions, N 25 ; BOHNET/MARTENET, N 922 ; CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD, art. 2 N 12 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 10.

²⁰⁴⁴ Certaines dispositions cantonales le précisent expressément, comme l'art. 33 LPAv/GE ou § 5 al. 1 AnwG/ZH (BOHNET, Professions, N 25).

²⁰⁴⁵ Voir art. 32 et 33 LPAv/GE *cum art.* 28 LPAv/GE.

²⁰⁴⁶ § 5 al. 1 et 2 AnwG/ZH.

²⁰⁴⁷ Voir art. 28 LPAv/VD *cum art.* 21 *ss* LPAv/VD.

²⁰⁴⁸ Arrêt du TC/VD CREP/217 du 21 mars 2019 cons. 2.1.

²⁰⁴⁹ § 6 al. 1 AdvG/BS.

²⁰⁵⁰ L'art. 12 al. 1 Lav/NE prévoit que « [I]’avocat·e inscrit·e à un registre cantonal des avocates et des avocats peut, sous sa responsabilité, se faire représenter devant les tribunaux ou les autorités du canton par un avocat-stagiaire ou une avocate-stagiaire » (mise en italique ajoutée). Il faut donc en déduire que les avocat·e·s ne doivent pas nécessairement être inscrit·e·s au registre du canton de Neuchâtel pour que leurs stagiaires puissent représenter des parties dans ce canton (BOHNET, Professions, N 25).

²⁰⁵¹ Art. 18 al. 2 AnwG/SG.

²⁰⁵² Voir arrêt du Tribunal fédéral 1B_470/2020 du 22 décembre 2020 cons. 3.2 (dans lequel le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si cet accord devait être qualifié d'arrangement informel ou de traité intercantonal ; cons. 3.2.4).

3. Domaine de compétence

951 Sauf disposition légale contraire, les avocat·e·s-stagiaires peuvent représenter des parties dans toutes les procédures se déroulant devant les autorités judiciaires cantonales. Certains cantons ont restreint la représentation par des avocat·e·s-stagiaires à la procédure orale, comme Berne²⁰⁵³, le Jura²⁰⁵⁴ et Vaud²⁰⁵⁵.

952 En revanche, les avocat·e·s-stagiaires ne peuvent pas représenter des parties en matière civile devant le Tribunal fédéral²⁰⁵⁶ ou devant le Tribunal fédéral des brevets.

4. Conditions pour représenter

a. Conditions posées par le droit fédéral

953 Un·e avocat·e-stagiaire doit remplir les conditions d'admission au stage avant de pouvoir représenter des parties en justice. À cet égard, le droit fédéral ne pose qu'une seule condition : être titulaire d'un bachelor en droit (art. 7 al. 3 LLCA).

²⁰⁵³ Art. 8 LA/BE ; arrêt de la CS/BE ZK 12 51 du 19 avril 2012. Précisons que dans cette décision, la Cour suprême bernoise avait refusé l'octroi d'un délai pour régulariser un acte signé par une stagiaire (arrêt de la CS/BE ZK 12 51 du 19 avril 2012 cons. 3). Cet arrêt a été réformé par l'arrêt de la CS/BE ZK 16 449 du 29 novembre 2016, dans lequel la Cour suprême a confirmé qu'en cas de dépôt d'un acte signé par le collaborateur d'un avocat, un délai devait être octroyé pour rectifier le vice. Cette modification de jurisprudence ne change toutefois rien au fait que les avocat·e·s-stagiaires ne sont pas autorisé·e·s à signer personnellement des actes de procédure – et donc à représenter des parties en procédure écrite – dans le canton de Berne.

²⁰⁵⁴ Art. 34 al. 1 LAV/JU. Selon la dernière phrase de cette disposition, « [le maître de stage] doit signer les pièces de procédure rédigées par son stagiaire ». Il en résulte que les stagiaires du Jura ne peuvent représenter seul·e·s que pour accomplir des actes de procédure oraux.

²⁰⁵⁵ Art. 29 LPAv/VD. Selon la première phrase de cette disposition, « [I]es avocats signent les pièces de procédure que rédigent leurs avocats stagiaires ». Il en résulte que les stagiaires du canton de Vaud ne peuvent représenter seul·e·s que pour accomplir des actes de procédure oraux.

²⁰⁵⁶ Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 40 N 14 ; CR LLCA-BOHNET/OTHENIN-GIRARD, art. 2 N 10 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 127 ; DONZALLAZ, art. 40 N 781 ; BSK BGG-MERZ, art. 40 N 6 ; PERCASSI, Capacité de postuler, p. 283. Cette solution s'appliquait sous l'empire de l'art. 29 al. 2 OJ (ATF 107 IV 68).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il s'agit d'une condition nécessaire : un master en droit, s'il n'a pas été précédé d'un bachelor *en droit*, n'est pas suffisant pour l'admission au stage²⁰⁵⁷. Cette condition est également maximale : les cantons ne peuvent pas poser des exigences de formation plus élevées (par exemple en requérant un master ou un doctorat pour l'admission au stage)²⁰⁵⁸. 954

Le bachelor peut avoir été obtenu auprès d'une université suisse ou d'une université de l'un des États qui ont conclu avec la Suisse un accord de reconnaissance mutuelle des diplômes²⁰⁵⁹. Dans ce deuxième cas, il faut que le diplôme soit équivalent, c'est-à-dire qu'il garantisse « que la personne concernée dispose des connaissances suffisantes de base en droit suisse »²⁰⁶⁰. Il est toutefois peu vraisemblable qu'une université étrangère offre un bachelor axé sur le droit suisse²⁰⁶¹. 955

b. Conditions posées par le droit cantonal

La représentation par les avocat·e·s-stagiaires doit être prévue par les cantons²⁰⁶². Ce sont eux qui déterminent les conditions auxquelles les avocat·e·s-stagiaires peuvent pratiquer cette activité. Deux conditions, présentées ci-dessous, se retrouvent dans toutes les législations cantonales. 956

(i) Autorisation / inscription dans un registre

La représentation en justice par des avocat·e·s-stagiaires nécessite au préalable une autorisation ou une inscription dans un registre cantonal. Cette condition est formulée différemment selon les cantons. Ainsi, on peut classer les cantons en trois catégories. 957

La première catégorie de cantons (majoritairement romands) soumet l'entier du stage à une autorisation cantonale ou à une inscription dans un registre cantonal 958

²⁰⁵⁷ ATF 146 II 309 cons. 4.4.5 ; arrêt du TF 2C_887/2020 du 18 août 2021 cons. 4.1.

²⁰⁵⁸ ATF 146 II 309 cons. 4.3 ; NOVIER, Conditions de formation, p. 232.

²⁰⁵⁹ ATF 146 II 309 cons. 4.4.6 ; arrêt du TF 2C_887/2020 du 18 août 2021 cons. 4.1.

²⁰⁶⁰ ATF 146 II 309 cons. 4.4.6 ; arrêt du TF 2C_887/2020 du 18 août 2021 cons. 4.1.

²⁰⁶¹ BOHNET, Professions, N 7.

²⁰⁶² BOHNET/MARTENET, N 951 ; BOHNET/JÉQUIER, Entreprise et personne morale, N 69 ; MÜLLER/OBRIST/ODERMATT, p. 984 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 68 N 10.

(Fribourg²⁰⁶³, Genève²⁰⁶⁴, le Jura²⁰⁶⁵, Lucerne²⁰⁶⁶, Neuchâtel²⁰⁶⁷, Schwyz²⁰⁶⁸, Soleure²⁰⁶⁹, Uri²⁰⁷⁰, le Valais²⁰⁷¹, Vaud²⁰⁷² et le Tessin²⁰⁷³). Une fois cette démarche effectuée, l'avocat·e-stagiaire peut représenter des parties en justice²⁰⁷⁴. L'autorisation ou l'inscription est subordonnée à des conditions. S'agissant des exigences de formation, les cantons ne peuvent exiger ni plus ni moins qu'un bachelors en droit pour l'admission au stage (voir N 953 ss). De ce fait, les législations cantonales reprennent en principe cette condition²⁰⁷⁵; certaines requièrent en revanche une formation plus poussée pour accéder au stage (par exemple une licence ou un master) et apparaissent donc contraires au droit fédéral²⁰⁷⁶.

959 Les cantons sont libres de poser d'autres exigences pour octroyer une autorisation de stage ou inscrire une personne au registre des stagiaires. À cet égard, ils prévoient généralement des conditions similaires ou identiques à tout

²⁰⁶³ Art. 17 al. 2 LAV/FR.

²⁰⁶⁴ Art. 26 al. 2 et 28 al. 2 LPAv/GE.

²⁰⁶⁵ Art. 32 al. 1 LAV/JU.

²⁰⁶⁶ § 4 VANwP/LU.

²⁰⁶⁷ Art. 14 et 15 LAV/NE.

²⁰⁶⁸ § 2 AnwR/SZ.

²⁰⁶⁹ § 6 al. 3 JPV/SO.

²⁰⁷⁰ Art. 4 et 7 RANwP/GL.

²⁰⁷¹ Art. 1 RLPAv/VS.

²⁰⁷² Art. 21 LPAv/VD.

²⁰⁷³ La lecture et la comparaison des art. 10 al. 1 LAVv/TI et 1 RAVv/TI donnent l'impression que l'accès au stage et l'inscription au registre des stagiaires (qui permet la représentation, voir art. 2 al. 2 LAVv/TI) sont des procédures séparées, soumises à des conditions différentes. Selon la *Commissione per l'avvocatura* du Tessin, il s'agit toutefois d'une seule et même étape (voir *Commissione per l'avvocatura*, Consigli e informazioni per la pratica legale e l'alunnato giudiziario p. 1 s., disponible sur https://www4.ti.ch/fileadmin/POTERI/GIUDIZIARIO/IscrizioneRegistri/20150101EDIR-consigli_e_info_per_pratica_legale_e_alunnato_giudiziario.pdf [consulté le 30 septembre 2023]). Il faut donc lire ensemble les art. 10 al. 1 LAVv/TI et 1 RAVv/TI.

²⁰⁷⁴ Voir notamment art. 32 LPAv/GE; § 4 al. 1 AnwR/SZ; art. 2 al. 2 LAVv/TI. Dans les cantons de Soleure et d'Uri, une fois admis·es au stage, les stagiaires doivent encore requérir une autorisation pour représenter des parties en justice (§ 10 al. 1 AnwG/SO; art. 2 al. 3 AnwV/UR).

²⁰⁷⁵ Art. 25 let. f LPAv/GE; art. 32 al. 2 let. a LAV/JU; art. 14 let. a LAV/NE; § 6 al. 1 let. a JPV/SO; art. 5 al. 1 LPAv/VS; art. 21 al. 1 LPAv/VD; art. 4 RANwP/GL.

²⁰⁷⁶ Art. 18 al. 1 let. b LAV/FR; § 3 al. 1 AnwG/LU cum § 4 al. 2 let. a VANwP/LU; § 2 al. 2 let. c AnwR/SZ (qui fait erronément référence à l'art. 8 let. a LLCA au lieu de l'art. 7 let. a LLCA); art. 10 al. 1 LAVv/TI. Pour rappel, la licence en droit, diplôme qui était décerné dans les universités avant l'entrée en vigueur du système de Bologne, équivaut aujourd'hui à un master en droit (Message modification LLCA, FF 2005 p. 6213 et 6220).

ou partie de celles de l'art. 8 al. 1 LLCA²⁰⁷⁷. Ils requièrent aussi parfois d'être au bénéfice d'un engagement auprès d'un·e maître de stage²⁰⁷⁸, de ne pas avoir échoué définitivement à l'examen du barreau dans un autre canton ou pays²⁰⁷⁹, ou encore de justifier que la/le maître de stage envisagé·e bénéficie de plusieurs années de pratique²⁰⁸⁰.

La deuxième catégorie de cantons ne soumet pas le stage lui-même à une autorisation cantonale, mais uniquement la *représentation* en justice par les avocat·e·s-stagiaires (Appenzell Rhodes-Extérieures²⁰⁸¹, Appenzell Rhodes-Intérieures²⁰⁸², Argovie²⁰⁸³, Bâle-Campagne²⁰⁸⁴, Bâle-Ville²⁰⁸⁵, Glaris²⁰⁸⁶, les Grisons²⁰⁸⁷, Nidwald²⁰⁸⁸, Obwald²⁰⁸⁹, Saint-Gall²⁰⁹⁰, Schaffhouse²⁰⁹¹, Thurgovie²⁰⁹², Zoug²⁰⁹³ et Zurich²⁰⁹⁴). 960

Cette autorisation est subordonnée à des conditions. En termes de formation, les cantons ne peuvent pas exiger plus qu'un bachelors pour l'admission au stage (N 953 ss). Cependant, lorsque l'autorisation porte uniquement sur la représentation et non l'admission au stage, il est à notre sens admissible de poser des conditions de formation plus strictes. Plusieurs cantons l'ont fait et 961

²⁰⁷⁷ Art. 18 al. 1 let. c LAV/FR ; art. 25 let. c à e LPAV/GE ; art. 32 al. 2 let. b LAV/JU ; § 3 al. 1 AnwG/LU *cum* § 4 al. 2 let. b à d VANwP/LU ; art. 14 let. c à e LAV/NE ; § 2 AnwR/SZ (n'indique pas expressément les conditions à remplir, mais liste les documents à fournir pour obtenir autorisation de stage) ; § 6 al. 1^{bis} JPV/SO ; art. 10 al. 1 LAVv/TI et art. 1 let. c et d RA_vv/TI ; art. 5 al. 2 LPA_v/VS ; art. 21 al. 2 LPA_v/VD. Seul le canton d'Uri ne prévoit pas de telles conditions.

²⁰⁷⁸ Art. 18 al. 1 let. a LAV/FR ; art. 26 al. 1 LPA_v/GE ; art. 1 let. b RA_vv/TI ; art. 21 al. 2 LPA_v/VD.

²⁰⁷⁹ Art. 32 al. 2 let. c LAV/JU ; art. 14 let. b LAV/NE.

²⁰⁸⁰ Art. 12 al. 1 RPA_v/GE (inscription au registre durant cinq ans, dont trois ans à Genève) ; art. 14 let. f LAV/NE (deux ans de pratique) ; art. 22 al. 1 LPA_v/VD (sept ans de pratique, dont deux ans au cours des deux dernières années).

²⁰⁸¹ Art. 9 AnwG/AR.

²⁰⁸² Art. 15 AnwG/AI.

²⁰⁸³ § 3 EG BGFA/AG et § 11 ss AnwV/AG.

²⁰⁸⁴ § 6 AnwG/BL.

²⁰⁸⁵ § 6 AdvG/BS.

²⁰⁸⁶ Art. 3 al. 2 AnwG/GL.

²⁰⁸⁷ Art. 8 AnwG/GR.

²⁰⁸⁸ Art. 5 AnwG/NW.

²⁰⁸⁹ Art. 5 AnwG/OW.

²⁰⁹⁰ Art. 18 AnwG/SG et art. 21 PBR/SG.

²⁰⁹¹ Art. 7 AnwG/SH.

²⁰⁹² § 13 AnwG/TG.

²⁰⁹³ § 2 al. 2 EG BGFA/ZG.

²⁰⁹⁴ § 5 AnwG/ZH.

requièrent un master (ou une licence) pour obtenir l'autorisation de représenter²⁰⁹⁵. Quelques mois de pratique préalable sont parfois également exigés²⁰⁹⁶.

- 962 Les cantons peuvent également poser d'autres conditions. En principe, ils soumettent l'autorisation à tout ou partie des exigences de l'art. 8 al. 1 LLCA²⁰⁹⁷ et à la condition que le stage soit effectué auprès ou sous la responsabilité d'un·e avocat·e (exigence que nous examinerons séparément ci-dessous)²⁰⁹⁸.
- 963 L'autorisation possède une durée limitée (suivant les cantons, entre un et quatre ans)²⁰⁹⁹, qui peut parfois être prolongée²¹⁰⁰.

²⁰⁹⁵ Art. 9 al. 1 AnwG/AR ; art. 7 al. 1 let. b AnwKGO/AI (n'indique pas expressément les conditions à remplir, mais liste les documents à fournir pour obtenir l'autorisation de représenter) ; § 11 al. 1 let. b AnwV/AG (n'indique pas expressément les conditions à remplir, mais liste les documents à fournir pour obtenir l'autorisation de représenter) ; art. 3 al. 2 AnwG/GL ; art. 8 al. 1 AnwG/GR ; art. 5 al. 2 ch. 1 AnwG/NW ; art. 5 al. 1 AnwG/OW ; art. 21 al. 1 let. a PBR/SG ; art. 7 al. 2 AnwG/SH ; § 2 al. 2 EG BGFA/ZG.

²⁰⁹⁶ § 11 al. 1 let. c AnwV/AG (trois mois de pratique ; la disposition n'indique pas expressément les conditions à remplir, mais liste les documents à fournir pour obtenir l'autorisation de représenter) ; art. 8 al. 1 AnwG/GR (deux mois de pratique) ; art. 5 al. 2 ch. 2 AnwG/NW (deux mois de pratique) ; art. 21 al. 1 let. b PBR/SG (six mois de pratique) ; § 5 al. 2 let. b AnwG/ZH (six mois de pratique si l'avocat·e stagiaire est titulaire d'un master en droit, un an de pratique si elle/il n'a qu'un bachelor en droit).

²⁰⁹⁷ Art. 9 al. 1 AnwG/AR ; art. 7 al. 1 let. d à f AnwKGO/AI (n'indique pas expressément les conditions à remplir, mais liste les documents à fournir pour obtenir l'autorisation de représenter) ; § 11 al. 1 let. c AnwV/AG (n'indique pas expressément les conditions à remplir, mais liste les documents à fournir pour obtenir l'autorisation de représenter) ; § 6 al. 1 let. b AnwG/BL ; § 6 al. 1 AdvG/BS ; art. 3 al. 2 AnwG/GL ; art. 8 al. 1 AnwG/GR ; art. 5 al. 2 ch. 1 AnwG/NW ; art. 5 al. 1 AnwG/OW ; art. 21 al. 1 let. c PBR/SG ; art. 7 al. 2 AnwG/SH ; § 2 al. 2 EG BGFA/ZG ; § 5 al. 2 let. b AnwG/ZH. La législation du canton de Thurgovie ne prévoit pas de telles conditions.

²⁰⁹⁸ Art. 9 al. 1 AnwG/AR ; art. 15 al. 1 AnwG/AI ; § 3 al. 1 EG BGFA/AG ; § 6 al. 1 ; AnwG/BL ; § 6 al. 1 AdvG/BS ; art. 3 al. 2 AnwG/GL ; art. 8 al. 1 AnwG/GR ; art. 5 al. 1 et 2 ch. 3 AnwG/NW ; art. 5 AnwG/OW ; art. 21 al. 2 ch. 4 PBR/SG *cum art.* 18 al. 2 AnwG/SG ; art. 7 al. 1 AnwG/SH ; § 10 al. 1 AnwG/SO ; § 13 al. 1 AnwG/TG ; § 2 al. 2 EG BGFA/ZG ; § 5 al. 1 AnwG/ZH.

²⁰⁹⁹ Art. 9 al. 3 AnwG/AR ; art. 15 al. 1 AnwG/AI ; § 12 AnwV/AG ; § 6 al. 2 AnwG/BL ; § 6 al. 2 AdvG/BS ; art. 3 al. 2 AnwG/GL ; art. 8 al. 2 AnwG/GR ; art. 5 al. 3 AnwG/NW ; art. 5 al. 2 AnwG/OW ; art. 18 al. 1 AnwG/SG ; art. 7 al. 3 AnwG/SH ; § 13 al. 1 AnwG/TG ; § 2 al. 2 EG BGFA/ZG ; § 5 al. 3 AnwG/ZH.

²¹⁰⁰ § 12 AnwV/AG ; § 6 al. 2 AnwG/BL ; § 6 al. 2 AdvG/BS ; art. 3 al. 2 AnwG/GL ; art. 8 al. 2 AnwG/GR ; art. 7 al. 3 AnwG/SH ; § 2 al. 2 EG BGFA/ZG ; § 5 al. 3 AnwG/ZH.

La troisième et dernière catégorie ne comprend que le canton de Berne, qui a opté pour un système unique. À l'instar des cantons susmentionnés, seule la représentation est soumise à autorisation, et non tout le stage. 964

Il ne s'agit toutefois pas d'une autorisation de durée : selon l'art. 8 LA/BE, l'autorisation doit être donnée par écrit pour chaque audience (al. 4). Elle doit émaner de l'avocat·e formant l'avocat·e-stagiaire (al. 1) et être approuvée par le tribunal ou l'autorité qui dirige la procédure (al. 3). Elle n'est pas soumise à conditions. 965

(ii) *Supervision par un·e avocat·e*

Pour pouvoir représenter des parties en procédure, un·e stagiaire doit agir sous la responsabilité d'un·e avocat·e. Tous les cantons ne formulent pas cette exigence de la même manière²¹⁰¹, mais l'idée est la même : les stagiaires n'ont pas terminé leur formation et ne présentent pas les mêmes garanties que les avocat·e·s, de sorte que leur activité ne saurait être exercée de manière indépendante. 966

L'avocat·e supervisant le stage doit pouvoir personnellement représenter des parties en justice. De ce fait, il doit s'agir d'un avocat·e au sens de la LLCA²¹⁰². 967

²¹⁰¹ Certaines législations cantonales indiquent que l'avocat·e-stagiaire agit sous la responsabilité d'un·e avocat·e ou d'un·e maître de stage (art. 9 al. 4 AnwG/AR ; § 3 al. 1 EG BGFA/AG ; art. 22 al. 1 LAV/FR ; art. 33 LPAV/GE ; art. 3 al. 2 AnwG/GL ; art. 34 al. 1 LAV/JU ; art. 12 LAV/NE ; art. 5 al. 2 ch. 3 AnwG/NW ; art. 5 al. 3 AnwG/OW ; art. 18 al. 2 AnwG/SG ; art. 21 al. 2 ch. 4 PBR/SG ; § 3 al. 2 AnwR/SZ ; art. 6 al. 4 RA/vv/TI ; § 13 al. 1 AnwG/TG ; art. 2 al. 3 AnwV/UR ; art. 7 al. 1 LPAV/VS ; art. 28 al. 1 LPAV/VD ; § 2 al. 2 EG BGFA/ZG ; § 5 al. 1 AnwG/ZH ; similaire : § 6 al. 3 AnwG/BL) ou sous la surveillance d'un·e avocat·e (art. 8 al. 1 AnwG/GR). D'autres requièrent une déclaration de responsabilité de l'avocat·e supervisant l'avocat·e-stagiaire (art. 7 al. 1 let. g AnwKGO/AI ; § 6 al. 1 et 3 AdvG/BS ; art. 21 al. 2 ch. 4 PBR/SG). D'autres encore disposent que les actes d'un·e stagiaire sont assimilés à ceux l'avocat·e qui l'emploie – ce qui signifie, en d'autres termes, que l'avocat·e est responsable des agissements de son avocat·e-stagiaire (art. 15 al. 1 AnwG/AI ; art. 8 al. 3 LA/BE ; art. 7 al. 1 AnwG/SH ; § 10 al. 1 AnwG/SO). Le droit lucernois ne fait pas référence à la responsabilité de l'avocat·e maître de stage (peut-être par inadvertance) ; on peut toutefois relever que § 3 al. 3 AnwG/LU et § 8 VAnwP/LU ne permettent qu'aux stagiaires employé·e·s par des avocat·e·s de représenter des parties.

²¹⁰² De nombreuses lois cantonales précisent que l'avocat·e maître de stage doit être inscrit·e au registre (art. 9 al. 1 AnwG/AR ; § 3 al. 1 EG BGFA/AG ; § 6 al. 3 AnwG/BL ; § 6 al. 3 AdvG/BS ; art. 21 al. 1 LAV/FR ; art. 12 al. 1 RPAV/GE ; art. 3 al. 1 AnwG/GL ; art. 8 al. 1 AnwG/GR ; art. 33 al. 2 LAV/JU ; § 5 al. 2 VAnwP/LU ; art. 5 al. 1 AnwG/NW ; art. 5 al. 1

- 968 Cette exigence a pour conséquence qu'un·e candidat·e à l'examen du barreau qui ne se trouve pas en stage dans une étude d'avocat·e·s ne peut pas représenter des parties en justice. Ainsi, la représentation est par exemple exclue durant l'éventuelle phase du stage se déroulant auprès d'une autorité²¹⁰³ ou durant la période de révision qui suit le stage et précède l'examen du barreau²¹⁰⁴.
- 969 En Argovie, à Bâle-Campagne et à Bâle-Ville, la loi prévoit également que les avocat·e·s-stagiaires doivent présenter une procuration de substitution à chacune de leurs interventions en procédure²¹⁰⁵. Il faut par là comprendre qu'un document écrit doit être fourni au tribunal. Il sied d'apporter quelques précisions à cet égard.
- 970 L'octroi d'une procuration (au sens de « pouvoirs de représentation ») est une condition applicable à toute représentation : le représentant ou la représentante doit en principe avoir reçu des pouvoirs de représentation pour agir valablement au nom d'autrui²¹⁰⁶. Lorsque la représentation est assurée par un·e stagiaire (qui ne représente pas à titre principal, mais remplace un·e avocat·e), cette procuration est appelée procuration de substitution (*Substitutionsvollmacht*)²¹⁰⁷

AnwG/OW ; art. 18 al. 2 AnwG/SG ; art. 7 al. 1 AnwG/SH ; § 3 al. 2 AnwR/SZ ; § 7 al. 2 JPV/SO ; § 13 al. 1 AnwG/TG ; art. 6 al. 1 LPAv/VS ; art. 22 al. 1 et 25 al. 3 LPAv/VD ; § 2 al. 2 EG BGFA/ZG ; § 5 al. 2 let. a AnwG/ZH). Cela paraît opportun. Parmi toutes les catégories d'avocat·e·s autorisé·e·s à pratiquer la représentation en justice, seul·e·s les avocat·e·s qui sont inscrit·e·s au registre ont nécessairement des connaissances pratiques et/ou théoriques de droit suisse (voir N 799 ss), ce qui paraît indispensable pour former un·e stagiaire en vue de passer l'examen du barreau en Suisse.

²¹⁰³ Dans de nombreux cantons, le stage peut se dérouler tout ou partie auprès d'une autorité ; voir notamment § 2 AnwV/AG ; § 7 al. 2 AdvG/BS ; art. 4 al. 2 OExA/BE ; art. 21 al. 2 Lav/FR ; art. 31 al. 4 LPAv/GE ; art. 5 RAnwP/GL ; art. 33 al. 1 LAV/JU ; § 5 al. 3 VAnwP/LU ; art. 16 LAV/NE ; art. 8 al. 1 ch. 2 AnwG/NW ; art. 6 al. 2 AnwG/OW ; art. 4 al. 3 PBR/SG ; § 1 al. 2 let. 2 RAV/SH ; § 3 al. 3 AnwR/SZ ; § 7 al. 2 JPV/SO ; art. 13 let. b LAVv/TI ; § 9 al. 1 ch. 2 AnwV/TG ; art. 6 al. 2 LPAv/VS ; art. 25 al. 2 LPAv/VD ; § 6 al. 2 EG BGFA/ZG ; § 7 VFPAwB/ZH.

²¹⁰⁴ Il est toutefois possible qu'un·e candidat·e à l'examen du barreau révise en étant encore en stage auprès d'un·e avocat·e, auquel cas la représentation est possible.

²¹⁰⁵ § 13 AnwV/AG ; § 6 al. 3 AnwG/BL ; § 6 al. 3 AdvG/BS. Dans le canton d'Argovie, il est en outre nécessaire d'informer le tribunal et la partie adverse à l'avance qu'un·e stagiaire interviendra en audience (§ 13 AnwV/AG, deuxième phrase).

²¹⁰⁶ Pour des détails au sujet de la procuration, voir N 272 ss.

²¹⁰⁷ § 13 AnwV/AG ; § 6 al. 3 AnwG/BL ; § 6 al. 3 AdvG/BS. Bien que l'expression « procuration de substitution » soit utilisée, l'avocat·e-stagiaire est un·e auxiliaire, et non un substitut de l'avocat·e maître de stage (N 972). On préférera donc le terme de « sous-procuration ». Pour des critiques plus générales de l'expression « procuration de substitution », voir ZK-KLEIN, art. 33 N 57 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 42.16.

ou sous-procuration (*Untervollmacht*)²¹⁰⁸. Celle-ci est octroyée par l'avocat·e à l'avocat·e-stagiaire pour lui permettre d'effectuer valablement des actes de procédure au nom et pour le compte de la partie²¹⁰⁹.

En règle générale, la sous-procuration n'a pas besoin d'être prouvée sous une forme particulière dans le cadre de la procédure²¹¹⁰. Les législations d'Argovie, de Bâle-Campagne et de Bâle-Ville, qui exigent la présentation d'un titre de procuration de substitution lorsqu'un·e stagiaire intervient en procédure, introduisent donc une exception à cette règle.

971

5. Garanties

a. Responsabilité de l'avocat·e supervisant le stage

Comme nous venons de l'exposer (N 966), les avocat·e·s-stagiaires représentent des parties sous la responsabilité de leur maître de stage. Dans ce contexte, les stagiaires sont des auxiliaires des avocat·e·s²¹¹¹.

972

Les avocat·e·s répondent des actes de leurs auxiliaires comme s'ils étaient les leurs²¹¹². Autrement dit, le comportement d'un·e stagiaire est imputable à l'avocat·e qui assure sa supervision. Pour cette raison, les maîtres de stage doivent s'assurer que leurs stagiaires respectent les règles professionnelles et déontologiques applicables aux avocat·e·s, de même que les obligations contractuelles résultant du contrat de mandat liant l'avocat·e à la partie représentée en procédure. La représentation par un·e stagiaire présente ainsi indirectement les mêmes garanties que lorsqu'elle est exercée par un·e avocat·e.

973

²¹⁰⁸ Voir URECH, p. 58.

²¹⁰⁹ URECH, p. 57 s. Sur la théorie générale de la sous-procuration en droit des obligations, voir ZK-KLEIN, art. 33 N 56 ss ; BSK OR I-WATTER, art. 33 N 20 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 71 ss.

²¹¹⁰ Voir N 294 ss.

²¹¹¹ ATF 145 II 229 cons. 7.3 ; BOHNET/MARTENET, N 2665 ; DROZ, N 402 ; voir également ATF 117 II 563 cons. 3.

²¹¹² ATF 117 II 563 cons. 3 ; URECH, p. 56.

b. Conditions d'accès au stage

- 974 La représentation par un·e avocat·e-stagiaire n'est possible que si les conditions permettant d'accéder au stage (N 958 ss) ou de représenter des parties en tant que stagiaire (N 960 ss) sont remplies.
- 975 Ces règles garantissent que les avocat·e·s-stagiaires possèdent une formation minimale et une certaine probité, ce qui contribue à assurer la qualité de la représentation. Le Tribunal fédéral a notamment souligné qu'« [i] est ainsi tant dans l'intérêt des justiciables que dans celui d'une bonne administration de la justice que les avocats stagiaires disposent d'une formation suffisante de base en droit suisse »²¹¹³.

c. Règles professionnelles

- 976 Les avocat·e·s-stagiaires ne sont pas soumis·es aux règles professionnelles et déontologiques applicables aux avocat·e·s ; seul·e·s leurs maîtres de stage le sont²¹¹⁴.
- 977 Les cantons peuvent toutefois adopter des dispositions soumettant les avocat·e·s-stagiaires aux règles professionnelles de la LLCA (à titre de droit cantonal supplétif), dans la mesure où le statut de stagiaire n'est pas réglementé par le droit fédéral. C'est notamment le cas dans les cantons de Fribourg²¹¹⁵, de Genève²¹¹⁶, du Jura²¹¹⁷, de Neuchâtel²¹¹⁸, du Tessin²¹¹⁹, d'Uri²¹²⁰, du Valais²¹²¹

²¹¹³ ATF 146 II 309 cons. 4.4.4.

²¹¹⁴ URECH, p. 59 ss.

²¹¹⁵ Art. 22 al. 2 LAV/FR. Cette disposition indique que « [l]es règles relatives aux avocats s'appliquent par analogie aux stagiaires », ce qui comprend à notre avis les règles professionnelles de la LLCA.

²¹¹⁶ Art. 32 LPAv/GE. Cette disposition prévoit que les avocat·e·s-stagiaires sont tenu·e·s « d'observer les obligations générales incombant aux avocats », ce qui comprend à notre avis les règles professionnelles de la LLCA.

²¹¹⁷ Art. 34 al. 3 LAV/JU.

²¹¹⁸ Art. 20 Lav/NE.

²¹¹⁹ Art. 6 al. 5 RAvv/TI.

²¹²⁰ Art. 2 al. 4 AnwV/UR.

²¹²¹ Art. 7 al. 2 LPAv/VS. Cet article dispose que « [l]es dispositions légales et réglementaires relatives aux avocats s'appliquent aussi aux avocats stagiaires », ce qui comprend à notre avis les règles professionnelles de la LLCA.

et de Vaud²¹²². Ces réglementations rendent les stagiaires personnellement responsables du respect des règles de la profession d'avocat·e et sont susceptibles d'avoir une plus grande influence sur leur comportement. De ce fait, elles constituent des garanties supplémentaires pour les parties et la bonne marche de la justice.

Indépendamment de ces législations cantonales, les avocat·e·s-stagiaires, en tant qu'auxiliaires de leurs maîtres de stage, doivent respecter le secret professionnel en vertu des art. 13 al. 2 LLCA²¹²³ et 321 al. 1 CP²¹²⁴. Ce secret bénéficie également de la protection des art. 163 al. 1 let. b et 166 al. 1 let. b CPC. Dans ce cadre, les avocat·e·s-stagiaires doivent à notre avis être assimilé·e·s aux avocat·e·s (et non aux autres personnes auxquelles s'applique l'art. 321 CP), et donc pouvoir refuser de collaborer sans avoir à rendre vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 166 al. 1 let. b *in fine*, applicable également par analogie à l'art. 163 al. 1 let. b CPC). De même, un document signé par un·e stagiaire à la place de l'avocat·e maître de stage doit pouvoir bénéficier de la protection de l'art. 160 al. 1 let. b CPC.

978

d. Règles déontologiques

Les avocat·e·s-stagiaires doivent respecter les règles déontologiques applicables à leur maître de stage, ce qui ressort de l'art. 2 al. 2 CSD (« [l]es règles déontologiques doivent également être respectées par les auxiliaires de l'avocat·e, en particulier par ses stagiaires. L'avocat·e en assure le respect »).

979

²¹²² Art. 31 LPAV/VD. Cette disposition prévoit que « [d]ans les causes qui leurs sont confiées par leurs maîtres de stage, les avocats stagiaires sont astreints aux mêmes obligations que les avocats », ce qui comprend à notre avis les règles professionnelles de la LLCA.

²¹²³ CHAPPUIS/GURTNER, N 714.

²¹²⁴ BOHNET/MARTENET, N 1798 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 714 ; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 50 s. ; URECH, p. 61 s. Une violation du secret professionnel peut entraîner une sanction pénale pour les avocat·e·s-stagiaires en vertu de l'art. 321 CP, car cette disposition leur est directement applicable (BOHNET/MARTENET, N 1865 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 714).

e. Surveillance disciplinaire

980 Certains cantons soumettent les avocat·e·s-stagiaires à une surveillance étatique (par exemple Appenzell Rhodes-Intérieures²¹²⁵, Lucerne²¹²⁶, Neuchâtel²¹²⁷, Obwald²¹²⁸, Schaffhouse²¹²⁹, Soleure²¹³⁰, le Tessin²¹³¹ et Uri²¹³²).

f. Règles contractuelles

981 Contrairement aux autres représentant·e·s exerçant à titre professionnel²¹³³, les avocat·e·s-stagiaires ne sont en principe pas lié·e·s contractuellement à la partie représentée²¹³⁴. Celle-ci est toutefois liée par un contrat de mandat à l'avocat·e qui supervise le stage²¹³⁵, et bénéficie de cette manière des garanties offertes par ce contrat lorsqu'elle est représentée par un·e stagiaire²¹³⁶.

982 Par ailleurs, la relation entre avocat·e-stagiaire et maître de stage relève du contrat de travail²¹³⁷. Cette situation profite également à la partie, car l'avocat·e-stagiaire qui la représente doit respecter les obligations résultant de ce contrat durant son stage. Il s'agit notamment de l'obligation de diligence (art. 321a CO), de l'obligation d'observer les directives générales et les instructions données par l'employeur (art. 321d CO) et de l'obligation de réparer le dommage causé à l'employeur (art. 321e CO).

²¹²⁵ Art. 15 al. 2 AnwG/Al.

²¹²⁶ § 8 al. 1 VAnwP/LU.

²¹²⁷ Art. 20 Lav/NE.

²¹²⁸ Art. 14 al. 5 RAnwPR/OW.

²¹²⁹ Art. 7 al. 4 AnwG/SH.

²¹³⁰ § 10 al. 2 AnwG/SO.

²¹³¹ Art. 5 al. 1 RAvv/TI.

²¹³² Art. 2 al. 4 AnwV/UR.

²¹³³ Voir N 833, 868, 890, 924, 944 et 995.

²¹³⁴ BOHNET/MARTENET, N 2601 ; URECH, p. 58 et 106.

²¹³⁵ BOHNET/MARTENET, N 2601.

²¹³⁶ Voir URECH, p. 56.

²¹³⁷ DROZ, N 402 ; URECH, p. 101 (à noter qu'au moment où URECH a écrit sa contribution, les art. 319 ss CO figuraient sous le titre de *Dienstvertrag* dans la version allemande du CO ; ce titre a été remplacé par *Arbeitsvertrag* au 1^{er} janvier 1972 [voir Message CO, FF 1967 II p. 300]).

H. Employé·e·s et gérant·e·s d'immeubles en procédure de conciliation

Selon l'art. 204 al. 3 let. c CPC, déjà évoqué auparavant (N 133), peuvent se faire représenter en procédure de conciliation « dans les litiges au sens de l'art. 243, l'employeur ou l'assureur qui délègue un employé et le bailleur qui délègue le gérant de l'immeuble, à la condition que ceux-ci soient habilités, par écrit, à transiger ». 983

Cette disposition n'indique pas si l'employé·e, respectivement la gérante ou le gérant d'immeubles, agit en tant que représentant·e conventionnel·le ou non. Comme exposé précédemment (N 134), suivant le type de procuration octroyée, la représentation par un·e employé·e sera considérée comme conventionnelle ou commerciale. 984

Ces personnes ne sont pas mentionnées dans la liste des représentant·e·s professionnel·le·s autorisé·e·s de l'art. 68 al. 2 CPC. Dans la mesure où l'art. 204 al. 3 let. c CPC est une *lex specialis* par rapport à l'art. 68 al. 2 CPC²¹³⁸, elles sont bien habilitées à représenter des parties à titre professionnel. 985

1. Cantons concernés

La représentation par des employé·e·s et des gérant·e·s d'immeubles est possible dans tous les cantons. Rien n'empêche à notre avis que la représentation soit exercée par une personne établie dans un canton qui n'est pas celui où se déroule la procédure. 986

2. Domaine de compétence

Les employé·e·s et les gérant·e·s d'immeubles ne peuvent représenter des parties qu'en procédure de conciliation. 987

Selon l'art. 204 al. 3 let. c CPC, il doit s'agir d'un litige au sens de l'art. 243 CPC, c'est-à-dire (i) dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.- ou (ii) figurant dans la liste de l'art. 243 al. 2 CPC. 988

²¹³⁸ BOHNET/MARTENET, N 941.

989 À noter que certains cantons autorisent également les gérant·e·s d'immeubles à représenter des parties en tant que mandataires professionnellement qualifié·e·s (N 917). Dans ce cas, leur domaine de compétence est plus large.

3. Conditions pour représenter

990 L'art. 204 al. 3 let. c CPC pose deux conditions à la représentation.

991 Premièrement, le représentant ou la représentante doit être un·e employé·e ou un·e gérant·e d'immeubles. Il existe en Suisse un brevet fédéral de gérant·e d'immeubles²¹³⁹, mais rien n'indique que le législateur ait voulu réserver la représentation dans le cadre de l'art. 204 al. 2 let. c CPC aux seul·e·s titulaires de ce brevet. Par ailleurs, bien que la loi mentionne « le gérant de l'immeuble », il peut s'agir de toute personne employée par la gérance (et pas uniquement de l'employé·e effectivement chargé·e de la gestion de l'immeuble concerné par la procédure)²¹⁴⁰.

992 Deuxièmement, la partie doit être un employeur ou un assureur (si la représentation est assurée par un·e employé·e), ou une bailleresse ou un bailleur (si la représentation est assurée par un·e gérant·e d'immeubles).

993 L'art. 204 al. 3 let. c CPC précise que les employé·e·s et les gérant·e·s d'immeubles doivent être habilité·e·s à transiger par écrit. Cette condition n'est en réalité pas différente de l'exigence, posée par l'art. 68 al. 3 CPC, de produire une preuve des pouvoirs de représentation²¹⁴¹. Cette preuve peut être apportée par écrit (production d'un titre de procuration) ou par oral (confirmation par la partie, en audience, de l'existence des pouvoirs et consignation au procès-verbal)²¹⁴². En procédure de conciliation, la partie qui est représentée à l'audience est forcément absente²¹⁴³. La preuve des pouvoirs doit donc inévitablement être apportée par écrit.

²¹³⁹ Le règlement de l'examen permettant d'obtenir ce brevet est disponible sur le site https://www.svit.ch/sites/default/files/2018-03/Re%CC%80glement_ge%CC%81rant_d_immeubles_2012.pdf (consulté le 30 septembre 2023).

²¹⁴⁰ CR CPC-BOHNET, art. 204 N 15, qui relève en particulier que le texte allemand du CPC fait référence à la gérance de l'immeuble (*Liegenschaftsverwaltung*).

²¹⁴¹ À ce sujet, voir N 287 ss.

²¹⁴² Voir N 293 ss.

²¹⁴³ Il convient ici de préciser les éléments suivants : nous avons indiqué au N 208 que la représentation est également possible lorsque la partie est présente à une audience. Toutefois, cette hypothèse n'est pas envisageable en procédure de conciliation : l'art. 204 al. 1 et 2 CPC oblige les parties à comparaître personnellement et leur permet uniquement

4. Garanties

Les employé·e·s et les gérant·e·s d'immeubles ne sont pas nécessairement au bénéfice d'une formation spécifique, ne doivent pas respecter de règles professionnelles et ne sont pas soumis·es à une surveillance disciplinaire. 994

Ces représentant·e·s sont lié·e·s à la partie par un contrat – de travail pour les employé·e·s, et de mandat *sui generis* pour les gérant·e·s d'immeubles²¹⁴⁴. La partie bénéficie donc de garanties offertes par le contrat en question lorsqu'elle est représentée par l'une des personnes précitées. Au sujet du mandat, voir N 833 ss. 995

V. Synthèse du chapitre 8

Le présent chapitre a tout d'abord permis de définir ce qu'est un·e représentant·e conventionnel·le. 996

Ensuite, la capacité de postuler a été examinée. Nous avons notamment déterminé quelles sont les conditions pour qu'un·e représentant·e la possède, ce qui ne ressort actuellement pas clairement de la jurisprudence et de la doctrine. Elles sont au nombre de quatre : ainsi, la capacité de postuler est donnée à tout·e représentant·e qui (i) est une personne autorisée à pratiquer la représentation selon les lois de procédure, (ii) possède la capacité d'être partie, (iii) possède la capacité d'ester et (iv) n'est pas concerné·e par un motif d'incapacité manifeste de postuler. En matière de capacité de postuler, nous avons également clarifié les spécificités de la décision constatant l'incapacité (ou la capacité) de postuler d'un·e représentant·e. On soulignera en particulier que, compte tenu de la jurisprudence actuelle, seule l'autorité en charge de la procédure civile est compétente pour se prononcer à ce sujet. 997

Les notions de représentation professionnelle et non professionnelle ont ensuite été étudiées. Nous avons notamment proposé une méthode, sous la forme d'une série de questions, permettant de délimiter ces deux concepts. 998

d'être assistées. Cela signifie que la personne qui les accompagne ne peut pas effectuer d'actes de procédure à leur place (voir N 209), comme signer une transaction à l'issue de l'audience. Si la partie est autorisée à se faire représenter sur la base de l'art. 204 al. 3 CPC, elle est donc nécessairement absente.

²¹⁴⁴ ATF 106 II 157 cons. 2 ; arrêt du TF 6B_960/2017 du 2 mai 2018 cons. 1.3 ; arrêt du TF 4A_145/2016 du 19 juillet 2016 cons. 3.1.

- 999 Quant aux représentant·e·s autorisé·e·s, on constate qu'une partie à une procédure civile peut faire son choix entre un certain nombre de personnes. Pour orienter sa décision, elle devra tenir compte de différents paramètres.
- 1000 Premièrement, elle devra décider si elle souhaite être représentée professionnellement ou non. L'avantage principal de la représentation non professionnelle est d'être gratuite. Au-delà de cet aspect financier, elle offre peu de garanties. La représentation non professionnelle peut toutefois présenter un intérêt dans certaines circonstances pour la partie qui souhaite procéder seule. C'est par exemple le cas si elle a besoin de se faire remplacer ponctuellement à une audience et ne veut pas mandater un·e professionnel·le à cette fin ou si elle habite à l'étranger et souhaite désigner un domicile de notification (représentation passive²¹⁴⁵) qui n'engendre pas de frais.
- 1001 Deuxièmement, si la partie opte pour la représentation professionnelle, elle devra choisir entre différents types de représentant·e·s professionnel·le·s autorisé·e·s. L'avocat·e se présente comme la personne la plus apte à exercer cette activité, notamment en termes de formation, de règles professionnelles et de surveillance disciplinaire. De plus, les avocat·e·s étant autorisé·e·s à agir devant toutes les instances et dans tous les types de procédures, la partie pourra être représentée par la même personne tout au long du procès. En optant pour un·e autre professionnel·le, par exemple un·e agent·e d'affaires breveté·e, la partie qui souhaite recourir au Tribunal fédéral devra inévitablement changer de représentant·e.
- 1002 Toute médaille a cependant son revers. Pour l'avocat·e, celui-ci se situe au niveau des coûts. Les membres de cette profession pratiquent des tarifs généralement plus élevés que les autres représentant·e·s professionnel·le·s²¹⁴⁶. Il existe toutefois des solutions permettant à une partie aux moyens financiers limités de se faire représenter par un·e avocat·e. Elle peut notamment bénéficier de l'assistance judiciaire si elle en remplit les exigences (art. 117 ss CPC). De

²¹⁴⁵ Voir N 516 ss.

²¹⁴⁶ Par exemple, dans le canton de Vaud, le TDC/VD prévoit que les avocat·e·s sont indemnisé·e·s à un tarif plus élevé que les agent·e·s d'affaires breveté·e·s en procédure civile (comp. art. 4 ss TDC/VD et 10 ss TDC/VD), car ces professionnel·le·s ne travaillent pas au même tarif horaire et ont des formations différentes (voir Rapport explicatif sur le nouveau tarif des dépens en matière civile N 3.1, disponible sur https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/etat_droit/justice/fichiers_pdf/Rapport_explicatif_sur_le_tarif_des_depens_en_matiere_civile.pdf (consulté le 30 septembre 2023). Le coût de la représentation par un·e avocat·e a par ailleurs été l'un des arguments ayant conduit à libéraliser la représentation professionnelle dans le domaine de l'exécution forcée (voir N 874).

plus, si elle a souscrit une assurance de la protection juridique, celle-ci prendra en charge les coûts de l'avocat·e à certaines conditions.

Soulignons enfin que, même si la partie choisit d'être représentée par un·e avocat·e, elle n'est pas à l'abri de tout ennui. Les avocat·e·s – y compris les plus expérimenté·e·s – font parfois des erreurs qui peuvent se répercuter sur la partie représentée²¹⁴⁷.

1003

²¹⁴⁷ À ce sujet, voir N 1202.

1004 Le tableau suivant offre un comparatif des différents types de représentant·e·s autorisé·e·s.

	Règles d'accès à la profession		Règles professionnelles	Règles déontologiques	Surveillance étatique	Règles contractuelles
	Conditions de formation	Conditions personnelles				
Personne de confiance	non	non	non	non	non	non
Avocat·e	oui	oui	oui	oui	oui	oui
Agent·e d'affaires, juridique breveté·e	oui	oui	oui (pour certain·e·s)	oui (pour certain·e·s)	oui (pour certain·e·s)	oui
Représentant·e art. 27 LP	non	non	non	non	non	oui
Mandataire professionnellement qualifié·e	oui, mais non spécifiées	non	non	non	non	oui
Conseil en brevet	oui	oui	oui	oui	oui	oui
Avocat·e stagiaire	oui	oui	application (en principe) indirecte	application indirecte	dépend des cantons	oui
Employé·e / gérant·e d'immeubles	non	non	non	non	non	oui

Chapitre 9 : Tiers

En principe, un rapport de représentation volontaire concerne trois personnes : un·e représenté·e, un·e représentant·e et un tiers²¹⁴⁸. Nous venons d'examiner qui peut être représenté et qui peut être représentant en procédure civile. Reste donc à déterminer qui est le *tiers* dans ce contexte. 1005

I. Définition

Dans la doctrine de droit des obligations, le tiers est décrit comme « celui avec lequel le représentant passe l'acte et qui est lié par ses effets avec le représenté »²¹⁴⁹, « [celui] avec lequel le contrat est conclu »²¹⁵⁰, « [celui] à l'égard duquel le représentant agit »²¹⁵¹, « le destinataire de l'acte juridique de représentation »²¹⁵², « *derjenige, mit dem der Vertreter kontrahiert* », « *dergegenüber gehandelt wird* »²¹⁵³ ou encore « *[der] gegenüber welchem der Vertreter handelt* »²¹⁵⁴. Il ressort de ces définitions que le tiers est la personne envers laquelle le représentant ou la représentante agit, c'est-à-dire qui est *destinataire* de son acte juridique. En outre, on peut relever que les effets de l'acte de représentation se produisent dans la sphère du tiers²¹⁵⁵. 1006

Comme on l'a vu ci-dessus, la représentation conventionnelle concerne les actes de procédure, et non les actes juridiques²¹⁵⁶. En procédure civile, le tiers peut donc être défini de la façon suivante : 1007

« la/le destinataire des actes de procédure »

²¹⁴⁸ CARRON/WESSNER, N 747 ss ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 2 ; ENGEL, Obligations, p. 372 s. ; FOURNIER, Imputation, N 119 ; KLEIN, p. 2 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, N 416.

²¹⁴⁹ TERCIER/PICHONNAZ, N 416.

²¹⁵⁰ CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 2.

²¹⁵¹ FOURNIER, Imputation, N 119.

²¹⁵² CARRON/WESSNER, N 750.

²¹⁵³ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 40.02.

²¹⁵⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1309.

²¹⁵⁵ HUGUENIN, N 1025 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 416.

²¹⁵⁶ Voir N 143.

II. Identification du tiers

- 1008 Qui est le tiers dans le rapport de représentation conventionnelle ? S'agit-il de l'autorité de procédure civile saisie de la cause, de la partie adverse et/ou d'une tierce personne ?
- 1009 Nous avons défini le tiers comme étant destinataire des actes de procédure²¹⁵⁷. Pour déterminer qui est le tiers, il convient donc de rechercher à qui les actes de procédure doivent être communiqués pour produire des effets sur le plan procédural. À cet égard, il nous paraît que seule une autorité de procédure civile peut être destinataire d'un acte de procédure. Notre raisonnement se base sur les éléments qui suivent.

A. Autorité de procédure civile

- 1010 Il est manifeste que les autorités de procédure civile (c'est-à-dire les tribunaux, mais également les autorités de conciliation ou les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte) peuvent être destinataires d'actes de procédure²¹⁵⁸. Cela résulte en particulier de l'art. 130 al. 1 CPC, première phrase, selon lequel les actes sont adressés au tribunal²¹⁵⁹.

B. Partie adverse

- 1011 Pour ce qui est de la partie adverse, la situation est moins évidente.
- 1012 Il convient d'abord d'examiner si la partie adverse peut être considérée comme un tiers dans un rapport de représentation conventionnelle lorsqu'une partie au procès a conclu, par l'intermédiaire d'un·e représentant·e, une convention de procédure avec cette partie adverse (par exemple une clause de prorogation de for ou une convention d'arbitrage²¹⁶⁰).

²¹⁵⁷ N 1007.

²¹⁵⁸ HABSCHIED, *Droit judiciaire*, p. 8 ; PERCASSI, *Actes*, p. 105.

²¹⁵⁹ PERCASSI, *Actes*, p. 105.

²¹⁶⁰ BAUMGARTNER et al., § 40 N 82 ; BK ZPO-FREI, art. 130 N 4 ; HABSCHIED, *Droit judiciaire*, p. 194 ; PERCASSI, *Actes*, p. 103 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-STAEHELIN A./BACHOFNER, § 17 N 2.

La doctrine majoritaire considère que ces contrats doivent être qualifiés d'actes de procédure bilatéraux²¹⁶¹. Si l'on suit cette opinion, cela signifierait que, pour conclure une convention de procédure, le représentant ou la représentante d'une partie adresserait *un acte de procédure* à la partie adverse (étant précisé qu'au moment de la conclusion de la convention de procédure, les parties au contrat ne sont pas encore nécessairement adversaires dans un procès). Dans une telle hypothèse, la partie adverse devrait être considérée comme destinataire de l'acte de procédure et donc comme tiers dans un rapport de représentation conventionnelle. 1013

Deux raisons conduisent toutefois à retenir qu'une convention de procédure n'est pas un acte de procédure. 1014

Premièrement, seuls les actes produisant *directement* des effets en procédure peuvent être qualifiés d'actes de procédure²¹⁶². Or les contrats de procédure ne produisent pas d'effets directs dans la procédure²¹⁶³. Par exemple, une clause de prorogation de for entraîne uniquement des conséquences dans un procès si l'une des parties la fait valoir²¹⁶⁴. C'est donc le fait d'invoquer la clause devant le tribunal qui constitue l'acte de procédure, et non la conclusion de la clause en tant que telle²¹⁶⁵. 1015

Deuxièmement, les actes de procédure sont soumis à certaines conditions de validité²¹⁶⁶. En particulier, ils doivent être effectués par une personne possédant la capacité d'être partie, d'ester et de postuler²¹⁶⁷ (et non uniquement la jouissance et l'exercice des droits civils, tous deux nécessaires pour accomplir 1016

²¹⁶¹ BAUMGARTNER et al., § 40 N 82 ; BERGER et al., N 773 ; BK ZPO-FREI, art. 130 N 4 ; GULDENER, p. 258 s. ; KUMMER M., p. 93 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 8.1 ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 63 N 1 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-STAEHELIN A./BACHOFNER, § 17 N 2 ; WILLISEGGER, p. 203 ; *contra* : PERCASSI, Actes, p. 103 s. ; ROSENBERG, Lehrbuch, p. 160 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 64 s.

²¹⁶² JEANDIN/PEYROT, N 558 ; PERCASSI, Actes, p. 100 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 63 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-STAEHELIN A./BACHOFNER, § 17 N 1.

²¹⁶³ PERCASSI, Actes, p. 104 ; *contra* : HABSCHEID, Droit judiciaire, p. 195 (qui expose que ces conventions « ont des effets procéduraires immédiats : une prorogation de for rend ainsi un tribunal jusque-là incompétent compétent, alors qu'un compromis substitue un arbitre privé à un juge étatique »).

²¹⁶⁴ ROSENBERG, Stellvertretung, p. 64 s. ; dans ce sens également : arrêt de la BGH VII ZR 102/65 du 29 février 1968 cons. 2a.

²¹⁶⁵ PERCASSI, Actes, p. 104 ; ROSENBERG, Stellvertretung, p. 64 s.

²¹⁶⁶ PERCASSI, Actes, p. 100 s.

²¹⁶⁷ PERCASSI, Actes, p. 101.

un acte juridique²¹⁶⁸). Or, s'agissant par exemple de la clause de prorogation de for, l'exercice des droits civils suffit pour la conclure²¹⁶⁹.

- 1017 Dans ces circonstances, les conventions de procédure doivent être qualifiées d'actes juridiques. Dès lors, un·e représentant·e qui conclut une convention de procédure au nom d'une (future) partie adresse un acte juridique à la (future) partie adverse²¹⁷⁰. Cette dernière est donc un tiers dans un rapport de représentation *volontaire* (au sens du droit des obligations) avec l'autre partie (et non pas un tiers dans un rapport de représentation conventionnel).
- 1018 Existe-t-il, hors du contexte des conventions de procédure, des actes de procédure qui entraînent des conséquences dans le procès lorsqu'ils sont adressés à la partie adverse ? À notre avis, la réponse est négative en procédure civile suisse²¹⁷¹. Il nous semble que la communication d'un acte de procédure à la partie adverse n'a jamais d'effets ; ceux-ci ne se produisent que lorsque l'acte est porté à la connaissance d'une autorité de procédure civile²¹⁷². Par exemple, lorsqu'une partie consent à une substitution de partie (art. 83 al. 4 CPC), son consentement ne produit pas d'effets si seule la partie adverse en est informée ; il faut qu'il soit communiqué et prouvé au tribunal²¹⁷³.
- 1019 Par conséquent, il nous paraît qu'un acte de procédure n'a jamais besoin d'être adressé à la partie adverse pour produire des effets²¹⁷⁴. Celle-ci n'en est pas la destinataire et ne peut donc pas être considérée comme le tiers dans un rapport de représentation conventionnelle.
- 1020 Précisons enfin que ROSENBERG est d'avis que le tiers peut être la partie adverse ou le tribunal²¹⁷⁵. Son approche est basée sur la conception allemande de l'octroi de la procuration. Selon § 167 (1) BGB, l'octroi d'une procuration peut intervenir par une déclaration à la personne qui assurera la représentation, mais également au tiers à l'égard duquel celle-ci doit avoir lieu²¹⁷⁶. Comme le Code de procédure civile allemand mentionne l'effet de la procuration envers la partie

²¹⁶⁸ Voir art. 12 CC.

²¹⁶⁹ KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF, art. 17 N 11 ; CR CPC-HALDY, art. 17 N 15 ; PERCASSI, Actes, p. 101.

²¹⁷⁰ PERCASSI, Actes, p. 106.

²¹⁷¹ PERCASSI, Actes, p. 106.

²¹⁷² PERCASSI, Actes, p. 106.

²¹⁷³ PERCASSI, Actes, p. 106.

²¹⁷⁴ PERCASSI, Actes, p. 106.

²¹⁷⁵ ROSENBERG, Stellvertretung, p. 567.

²¹⁷⁶ § 167 (1) BGB : « Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll ».

adverse à plusieurs reprises (voir § 83, 84 et 87 ZPO-All.), ROSENBERG en déduit que le tiers au sens § 167 BGB peut également être la partie adverse²¹⁷⁷.

Ce raisonnement ne saurait s'appliquer en droit suisse. Rappelons tout d'abord 1021 que dans notre système, l'octroi d'une procuration est un acte qui doit être uniquement adressé à la personne qui assurera la représentation²¹⁷⁸. L'existence de cette procuration doit ensuite en principe être communiquée au tiers. À notre avis, il suffit d'informer le tribunal de l'existence de la procuration²¹⁷⁹. Contrairement au ZPO-All., le CPC suisse ne fait pas mention des effets de la procuration (ou de la communication de la procuration) envers la partie adverse. En outre, ni la jurisprudence ni la doctrine ne laissent entendre que la communication des pouvoirs à la partie adverse serait nécessaire en procédure civile.

Dans ces circonstances, il faut selon nous retenir que la partie adverse ne peut 1022 pas être le tiers en représentation conventionnelle suisse.

C. Tierce personne

On peut finalement se demander si une personne tierce – c'est-à-dire ni le 1023 tribunal ni la partie adverse – peut être considérée comme destinataire d'un acte de procédure et donc comme tiers dans le rapport de représentation conventionnelle.

Cette question se pose notamment en matière de dénonciation d'instance (art. 78 1024 CPC) : celle-ci peut être formulée par une partie (ou la personne qui la représente) directement auprès d'une tierce personne, sans transiter par le tribunal²¹⁸⁰. Cependant, peu importe quelle suite cette tierce personne donne à la dénonciation²¹⁸¹, celle-ci ne produit pas d'effets directs dans la procédure :

²¹⁷⁷ Voir ROSENBERG, *Stellvertretung*, p. 567 nbp 2.

²¹⁷⁸ ATF 101 II 117 cons. 4 ; ATF 99 II 39 cons. 1 ; CARRON, p. 72 ; CARRON/WESSNER, N 851 ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 5 et 18 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1343 ; VON TUHR, p. 288 ; BK-ZÄCH/KÜNZLER, art. 33 N 130 ; dubitatifs : BUCHER, *Obligationenrecht*, p. 601 nbp 20 ; ZK-KLEIN, art. 33 N 12 ss ; BSK OR I-WATTER, art. 33 N 9.

²¹⁷⁹ Dans ce sens : NÄF, p. 50.

²¹⁸⁰ BOHNET, *Procédure civile*, N 566 ; PC CPC-DEMIERRE, art. 78 N 19 ; BK ZPO-FREL, art. 78 N 7 ; CR CPC-HALDY, art. 78 N 6 ; HEINZMANN, *Intervention*, N 44 ; PERCASSI, *Actes*, p. 106 s. ; *contra* : HOFMANN/LÜSCHER, p. 117.

²¹⁸¹ Sur les possibilités qui s'offrent à elle, voir également N 574.

- la tierce personne peut décider d'intervenir comme partie accessoire dans le procès²¹⁸². Pour ce faire, elle doit formuler une requête auprès du tribunal et lui communiquer que l'instance lui a été dénoncée²¹⁸³. En tant que telle, la dénonciation d'instance n'a donc pas d'effets directs dans la procédure en cas d'intervention accessoire²¹⁸⁴ ;
- la tierce personne peut choisir de procéder à la place de la partie dénonçante, ce qui nécessite le consentement de cette dernière²¹⁸⁵. Dans cette hypothèse, pour que les actes de la tierce personne soient pris en considération dans la procédure, nous sommes d'avis que la dénonciation d'instance et le consentement doivent être portés à la connaissance du tribunal²¹⁸⁶. Par conséquent, dans ce cas également, la dénonciation d'instance n'a pas d'effets directs dans la procédure ;
- la tierce personne a la possibilité de représenter conventionnellement la partie dénonçante (68 CPC)²¹⁸⁷. Cette possibilité existe indépendamment de toute dénonciation d'instance ; celle-ci n'a donc aucun effet à cet égard²¹⁸⁸ ;
- peu importe la suite donnée à la dénonciation, le résultat de la procédure est opposable à la tierce personne dénoncée (art. 77 CPC, applicable par le renvoi de l'art. 80 CPC)²¹⁸⁹. Cela veut dire que cette décision peut être amenée comme moyen de preuve dans un éventuel procès ultérieur ouvert par la partie dénonçante contre la tierce personne dénoncée²¹⁹⁰. Dans ce cadre, la dénonciation d'instance devra être alléguée et prouvée²¹⁹¹. En soi, elle n'a donc pas non plus d'effet direct sur le procès subséquent²¹⁹².

²¹⁸² BSK ZPO-FREI, art. 79 N 6 ss ; DK ZPO-GÖKSU, art. 79 N 4 ss ; CR CPC-HALDY, art. 79 N 2 ; HEINZMANN, Intervention, N 48 ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 79 N 4 s.

²¹⁸³ PC CPC-DEMIERRE, art. 79 N 8 ; BSK ZPO-FREI, art. 79 N 8 ; PERCASSI, Actes, p. 107.

²¹⁸⁴ PERCASSI, Actes, p. 107.

²¹⁸⁵ BSK ZPO-FREI, art. 79 N 12 ss ; DK ZPO-GÖKSU, art. 79 N 10 ss ; CR CPC-HALDY, art. 79 N 3 ; HEINZMANN, Intervention, N 49 ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 79 N 6 ss.

²¹⁸⁶ PERCASSI, Actes, p. 107.

²¹⁸⁷ BSK ZPO-FREI, art. 79 N 11 ; DK ZPO-GÖKSU, art. 79 N 8 ; CR CPC-HALDY, art. 79 N 3 ; HEINZMANN, Intervention, N 50 ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 79 N 13.

²¹⁸⁸ PERCASSI, Actes, p. 107.

²¹⁸⁹ PC CPC-DEMIERRE, art. 80 N 3 ; DK ZPO-GÖKSU, art. 80 N 1 ; PERCASSI, Actes, p. 107.

²¹⁹⁰ ATF 142 III 40 cons. 3.2.1 ; HEINZMANN, Intervention, N 35 ; PC CPC-HEINZMANN/DEMIERRE, art. 77 N 11 ; PERCASSI, Actes, p. 107.

²¹⁹¹ Voir BSK ZPO-FREI, art. 78 N 6 et 9 ; PERCASSI, Actes, p. 107.

²¹⁹² PERCASSI, Actes, p. 107.

Nous n'avons pas connaissance d'autres situations dans lesquelles la question de savoir si la communication d'un acte à une tierce personne a des effets directs en procédure. De ce fait, nous sommes d'avis qu'une tierce personne ne doit pas être considérée comme destinataire d'un acte de procédure²¹⁹³. Par conséquent, elle ne peut pas être qualifiée de tiers dans le rapport de représentation conventionnelle. 1025

En conclusion, tout porte à croire que seule une autorité de procédure civile – à l'exclusion de la partie adverse ou d'une tierce personne – peut être qualifiée de tiers dans le contexte de la représentation procédurale suisse. Par conséquent, le tiers est facile à identifier dans le rapport de représentation conventionnelle, vu qu'il s'agit de l'autorité envers laquelle les parties agissent. 1026

III. Synthèse du chapitre 9

Ce chapitre a permis d'explorer un sujet qui n'avait pas encore fait l'objet de développements en droit suisse : celui du tiers dans le rapport de représentation conventionnelle. 1027

Après avoir défini le tiers comme étant la personne destinataire des actes de procédure, nous avons pu établir que ce tiers, en matière de représentation conventionnelle, semble nécessairement être une autorité de procédure civile. 1028

²¹⁹³ PERCASSI, Actes, p. 107.

Troisième Partie :

**Traitement procédural différent
en cas de représentation
professionnelle**

Introduction à la troisième partie

Il arrive qu'un·e représentant·e conventionnel·le commette une erreur au cours d'une procédure. Le terme « erreur » doit être ici compris dans un sens large : il peut s'agir d'un comportement actif (par exemple le dépôt d'un recours alors que la voie de droit correcte était celle de l'appel) ou d'une omission (par exemple le défaut d'allégation d'un fait pertinent pour l'admission d'une demande). Une erreur n'a pas toujours de conséquences. Dans le pire des cas, elle peut toutefois entraîner la perte du procès pour la partie représentée (N 1204 ss). 1029

Si la partie est représentée, le principe d'imputation s'applique (voir N 360 ss). On impute donc à la partie le comportement du représentant ou de la représentante, de même que ses connaissances. De ce fait, lorsqu'un·e représentant·e se fourvoie, c'est comme si la partie elle-même s'était trompée. Cette dernière supporte donc les conséquences d'une erreur, qu'elle en soit ou non responsable. 1030

Parfois, pour déterminer les effets d'un manquement, les tribunaux examinent la situation en tenant compte des connaissances juridiques de la personne qui a réalisé ou omis de réaliser l'acte de procédure (partie ou représentant·e). Ils se montrent plus stricts lorsqu'un acte émane d'une personne qui possède une formation juridique. 1031

Lorsque ces deux principes – imputation et prise en compte des connaissances juridiques de la personne qui agit – s'appliquent en parallèle, une erreur engendre des conséquences différenciées selon que la partie laïque est représentée professionnellement ou agit seule. L'erreur d'un·e avocat·e sera ainsi traitée avec sévérité par le tribunal et sera imputée à la partie représentée, qui en subira les conséquences. En présence de la même erreur, le tribunal se montrera plus clément face à une partie laïque procédant seule. 1032

Le but de cette troisième partie est d'analyser cette problématique. Nous commencerons par présenter et examiner plusieurs cas dans lesquels la représentation professionnelle d'une partie influence les conséquences attachées à ces erreurs (chapitre 10). Nous verrons ensuite quelles conséquences une erreur peut entraîner dans la procédure et exposerons les principes relatifs à l'action en responsabilité de la partie à l'encontre de son représentant ou sa représentante professionnel·le (chapitre 11). Nous terminerons par déterminer les avantages et les inconvénients du système actuel, examinerons si celui-ci est admissible au regard des droits fondamentaux et examinerons quelques questions choisies (chapitre 12). 1033

Chapitre 10 : Problématiques principales

Dans les pages qui suivent, nous examinerons plusieurs hypothèses (non exhaustives) dans lesquelles des erreurs sont traitées différemment en fonction de la représentation professionnelle des parties. Elles sont classées par thèmes. 1034

Le présent chapitre constitue une démarche purement casuistique. Avant d'émettre tout jugement de valeur, nous avons souhaité proposer aux lecteurs et lectrices une vue d'ensemble de la situation, tant au niveau de la doctrine que de la jurisprudence. Une analyse critique qui reprend certains des éléments exposés ci-dessus sera faite dans le chapitre 12 (après avoir présenté, au chapitre 11, les conséquences d'une erreur et l'action en responsabilité). 1035

I. Allégation de faits et proposition de preuves

Les parties doivent généralement alléguer les faits sur lesquels se fondent leurs prétentions et apporter les preuves qui s'y rapportent (art. 55 al. 1 CPC). Si elles ne satisfont pas à ce devoir, les faits concernés ne seront en principe pas considérés comme établis et le tribunal ne pourra pas en tenir compte²¹⁹⁴. Un tel manquement peut par exemple conduire au rejet d'une demande, si les faits sur lesquels la prétention réclamée se base ne sont pas allégués ou prouvés²¹⁹⁵. 1036

En cas de défaut d'allégation ou d'insuffisance de preuves, le tribunal est cependant tenu, à certaines conditions, de prêter son concours aux parties. Cette aide s'inscrit dans ce qu'on appelle la conduite matérielle du procès²¹⁹⁶. L'assistance qu'il doit apporter n'est pas la même dans tous les cas. Elle dépend en particulier de deux facteurs : (i) la liberté d'intervention que le CPC octroie au tribunal dans la procédure concernée et (ii) les circonstances du cas d'espèce, notamment des connaissances juridiques des parties et de leur éventuelle représentation par un·e professionnel·le²¹⁹⁷. Autrement dit, si un fait n'est pas allégué ou prouvé, cette erreur est généralement traitée différemment selon que la partie est représentée professionnellement ou non. 1037

²¹⁹⁴ Voir BOHNET, Alléguer et conclure, N 58 ; JEANNIN, N 90.

²¹⁹⁵ Voir BOHNET, Allégation et contestation, N 27, BOHNET, Alléguer et conclure, N 58 ; JEANNIN, N 90.

²¹⁹⁶ Voir FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 70 ; LIENHARD, N 6 ss ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/GRIEDER, art. 56 N 2.

²¹⁹⁷ Voir CR CPC-HALDY, art. 56 N 3.

- 1038 Nous examinerons ci-dessous l'influence de la représentation professionnelle sur les quatre degrés d'intervention judiciaire prévus par le CPC : le devoir d'interpellation simple (A), le devoir d'interpellation renforcé (B), la maxime inquisitoire sociale (C), et la maxime inquisitoire illimitée (D)²¹⁹⁸.
- 1039 Précisons enfin que l'art. 3 al. 2 PCF – qui ne sera pas examiné dans les pages qui suivent – prévoit également des règles sur le devoir d'intervention du tribunal en cas d'action directe devant le Tribunal fédéral.

A. Devoir d'interpellation simple

1. Champ d'application

- 1040 Le devoir d'interpellation simple est en principe applicable en maxime des débats dans les affaires soumises à la procédure ordinaire²¹⁹⁹ et à la procédure sommaire (à l'exception de celles mentionnées au N 1065, auxquelles la maxime inquisitoire sociale s'applique)²²⁰⁰.

2. Principe

- 1041 Lorsque la maxime des débats s'applique, les parties sont responsables d'alléguer les faits et de proposer les moyens de preuve (art. 55 al. 1 CPC)²²⁰¹. Si une partie n'allègue pas ou ne prouve pas un fait, le tribunal ne peut en principe pas en tenir compte²²⁰². Pour atténuer la rigueur de ce principe²²⁰³, le

²¹⁹⁸ BOHNET/JEANNIN, p. 250 ss ; DK ZPO-BRUNNER/STEININGER, art. 247 N 4 ss ; WILDHABER BOHNET, N 21 ; voir également HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 333 ss.

²¹⁹⁹ BOHNET/JEANNIN, p. 248 ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 82 ; DK ZPO-GLASL, art. 55 N 10 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 8 ; WILDHABER BOHNET, N 17 et 21.

²²⁰⁰ DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 82 ; CR CPC-HALDY, art. 55 N 16 ; WILDHABER BOHNET, N 17 et 21.

²²⁰¹ BOHNET/JEANNIN, p. 241 ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 82 ; DK ZPO-GLASL, art. 55 N 6 ; MORDASINI-ROHNER, N 8 ; SHK ZPO-SCHENKER, art. 55 N 1 ; WILDHABER BOHNET, N 4 ; voir également arrêt du TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021 cons. 4.3.2 ; arrêt du TF 4A_446/2020 du 8 mars 2021 cons. 7.3.1 ; arrêt du TF 4A_444/2013 du 5 février 2014 cons. 6.3.3.

²²⁰² BOHNET/JEANNIN, p. 242 ; CR CPC-HALDY, art. 55 N 3 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 13 ; WILDHABER BOHNET, N 4.

²²⁰³ ATF 146 III 413 cons. 4.2 ; Message CPC, FF 2006 p. 6889 ; BOHNET, Allégation et contestation, N 17 ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 83 ; FELLMANN, Gerichtliche

tribunal doit²²⁰⁴ faire usage de son devoir d'interpellation si les actes ou les déclarations des parties sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets (art. 56 CPC)²²⁰⁵. La marge de manœuvre du tribunal est donc limitée²²⁰⁶. En particulier, il ne peut pas signaler aux parties des faits qu'elles ont omis de prendre en compte, les aider à mieux exposer leur cause ou leur indiquer les arguments pertinents à alléguer pour gagner²²⁰⁷. Il ne peut pas non plus exercer son devoir d'interpellation si une partie n'offre pas de moyen de preuve pour appuyer un allégué important²²⁰⁸.

Précisons que le tribunal doit veiller à maintenir un juste équilibre entre les parties. Si le tribunal soutient trop – ou pas assez – une partie, il viole les dispositions sur les maximes de même que le principe d'égalité des armes entre les parties. Comme l'expose le Tribunal fédéral, «*[d]ie Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht darf keine Partei einseitig bevorzugen und nicht zu*

1042

Fragepflicht, p. 78 ; DK ZPO-GLASL, art. 55 N 31 ; CR CPC-HALDY, art. 56 N 1 ; BK ZPO-HURNI, art. 56 N 3 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 48 ; voir également WILDHABER BOHNET, N 6.

²²⁰⁴ Lorsque les conditions sont réunies, le tribunal a le devoir (et non uniquement la possibilité) d'interpeller les parties (Message CPC, FF 2006 p. 6889 s. ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 83 et npb 5 ; BSK ZPO-GEHRI, art. 56 N 5 ; MORDASINI-ROHNER, N 212 ss ; SARBACH, p. 38 ss. SUTTER-SOMM/GRIEDER soutiennent toutefois que ce devoir d'interpellation (*Fragepflicht*) devient uniquement un droit d'interpellation (*Fragerecht*) lorsque la partie est représentée par un·e avocat·e (SK ZPO-SUTTER-SOMM/GRIEDER, art. 56 N 31).

²²⁰⁵ Arrêt du TF 5A_705/2013 du 29 juillet 2014 cons. 3.3.3 ; arrêt du TF 4A_444/2013 du 5 février 2014 cons. 6.3.3. À noter que selon la doctrine, le devoir d'interpellation n'est pas restreint aux allégations et aux propositions de preuve, mais concerne tous les éléments apportés dans le procès (SIX, p. 90 s. ; WILDHABER BOHNET, N 33).

²²⁰⁶ Précisons que deux moyens de preuve – à savoir l'inspection (art. 181 al. 1 CPC) et l'expertise (art. 183 al. 1 CPC) – peuvent toutefois être requis d'office par le tribunal, même en l'absence de proposition des parties (GASSER/RICKLI, art. 55 N 5 ; CR CPC-HALDY, art. 55 N 14 ; PERROUD, p. 881 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 54 ; WILDHABER BOHNET, N 6 ; nuancé [pour l'expertise] : BOHNET/FITZLI, N 25 ss). Le tribunal a également la possibilité d'administrer les preuves d'office « lorsqu'il existe des motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté » (GASSER/RICKLI, art. 55 N 5 ; DK ZPO-GLASL, art. 55 N 9 ; PERROUD, p. 880 ; SHK ZPO-SCHENKER, art. 55 N 10 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 57 ; WILDHABER BOHNET, N 6).

²²⁰⁷ ATF 146 III 413 cons. 4.2 ; ATF 142 III 462 cons. 4.3 ; arrêt du TF 4A_487/2018 du 30 janvier 2019 cons. 4.2.2 ; WILDHABER BOHNET, N 26 ; voir également BSK ZPO-GEHRI, art. 56 N 8 et 12 ; SIX, p. 98.

²²⁰⁸ Arrêt du TF 5A_630/2021 du 26 novembre 2021 cons. 3.3.2.3 ; arrêt du TF 4A_444/2013 du 5 février 2014 cons. 6.3.3.

einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien führen »²²⁰⁹.

3. En cas de représentation professionnelle

a. Jurisprudence

- 1043 Le recours au devoir d'interpellation dépend des circonstances²²¹⁰. À cet égard, le Tribunal fédéral relève que « ce devoir concerne avant tout les personnes non assistées et dépourvues de connaissances juridiques, tandis qu'il a une portée restreinte vis-à-vis des parties représentées par un avocat »²²¹¹. Dans les arrêts rendus en allemand, il est même question d'une portée *très* restreinte (*eine sehr eingeschränkte Tragweite*)²²¹².
- 1044 Dans un arrêt de 2014 portant sur des mesures provisionnelles dans une procédure de divorce, le Tribunal fédéral a également tenu compte de la spécialisation FSA en droit de la famille de l'avocate du mari pour justifier le non-recours au devoir d'interpellation²²¹³.
- 1045 Lorsque le tribunal doit décider s'il doit interpellier une partie laïque qui n'est pas représentée, il doit prendre garde à maintenir un juste équilibre entre les parties²²¹⁴. S'il avantage une partie (par exemple parce qu'il la soutient trop ou

²²⁰⁹ Arrêt du TF 4A_200/2023 16 juin 2023 cons. 4.4.1 ; arrêt du TF 4A_595/2021 du 5 mai 2022 cons. 7.5.1 ; arrêt du TF 4A_556/2021 du 21 mars 2022 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_444/2013 du 5 février 2014 cons. 6.3.3.

²²¹⁰ Arrêt du TF 4A_200/2023 16 juin 2023 cons. 4.4.1 ; arrêt du TF 4A_595/2021 du 5 mai 2022 cons. 7.5.1 ; arrêt du TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021 cons. 4.3.2 ; arrêt du TF 4A_446/2020 du 8 mars 2021 cons. 7.3.1 ; arrêt du TF 4A_502/2019 du 15 juin 2020 cons. 7.1 ; arrêt du TF 4A_375/2015 du 26 janvier 2016 cons. 7.1, non publié in : ATF 142 III 102.

²²¹¹ Arrêt du TF 4A_487/2018 du 30 janvier 2019 cons. 4.2.2.

²²¹² Arrêt du TF 4A_200/2023 16 juin 2023 cons. 4.4.1 ; arrêt du TF 4A_595/2021 du 5 mai 2022 cons. 7.5.1 ; arrêt du TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021 cons. 4.3.2 ; arrêt du TF 4A_446/2020 du 8 mars 2021 cons. 7.3.1 ; arrêt du TF 4A_502/2019 du 15 juin 2020 cons. 7.1 ; arrêt du TF 4A_375/2015 du 26 janvier 2016 cons. 7.1, non publié in : ATF 142 III 102.

²²¹³ Arrêt du TF 5A_705/2013 du 29 juillet 2014 cons. 3.3.3.

²²¹⁴ Arrêt du TF 4A_78/2014 et 4A_80/2014 du 23 septembre 2014 cons. 3.3.3 ; arrêt du TF 4A_444/2013 du 5 février 2014 cons. 6.3.3 ; voir également WILDHABER BOHNET, N 71.

qu'il ne soutient pas assez la partie adverse²²¹⁵), il est susceptible de violer l'égalité des armes entre les parties²²¹⁶, voire son impartialité²²¹⁷.

b. Avis doctrinaux

Sur le principe, la doctrine s'accorde à dire que l'exercice du devoir d'interpellation simple est influencé par l'éventuelle représentation professionnelle des parties²²¹⁸. 1046

Certain·es auteur·es précisent que le devoir d'interpellation reste applicable dans une certaine mesure lorsque les parties sont représentées professionnellement²²¹⁹. 1047
WILDHABER BOHNET relève à cet égard que les avocat·es commettent parfois des erreurs, et qu'il « serait alors injuste que la partie qui s'est adjointe les services d'un mandataire, même si elle l'a mal choisi, soit désavantagée par rapport à celle qui n'a pas pris la peine de consulter un tiers et qui agit seule »²²²⁰.

²²¹⁵ LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, p. 1637.

²²¹⁶ ATF 146 III 413 cons. 4.2 ; arrêt du TF 4A_444/2013 du 5 février 2014 cons. 6.3.3 ; SHK ZPO-AFFENTRAGER, art. 56 N 4 ; CR CPC-HALDY, art. 56 N 3 ; voir également SK ZPO-SUTTER-SOMM/GRIEDER, art. 56 N 39.

²²¹⁷ Arrêt du TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021 cons. 4.3.2 ; arrêt du TF 4A_444/2013 du 5 février 2014 cons. 6.3.3 ; BSK ZPO-GEHRI, art. 56 N 15 ; DK ZPO-GLASL, art. 56 N 28 ; CR CPC-HALDY, art. 56 N 3 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/GRIEDER, art. 56 N 15 ; WILDHABER BOHNET, N 72. Sur la question de l'impartialité du tribunal dans le contexte du devoir d'interpellation, voir en particulier BK ZPO-HURNI, art. 56 N 49 s. ; SARBACH, p. 120 ss.

²²¹⁸ Dans ce sens : SHK ZPO-AFFENTRAGER, art. 56 N 4 ; BOHNET, Allégation et contestation, N 18 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 56 N 17 ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 83 ; FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 79 et 89 ; CR CPC-HALDY, art. 56 N 3 ; BK ZPO-HURNI, art. 56 N 27 et 31 ; MEIER R., N 31 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.20 ; LIENHARD, N 235 ss ; MORDASINI-ROHNER, N 280 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 56 N 11 ; SARBACH, p. 137 ss ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-STAEHELIN/BACHOFNER, § 10 N 20 ; SUTTER-SOMM, N 346 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/GRIEDER, art. 56 N 40 ; WILDHABER BOHNET, N 15 et 68 ; *contra* : SIX, p. 102 ; voir également, s'agissant de l'hypothèse d'une prétention insuffisamment motivée, WILDHABER BOHNET, N 36 et les références citées.

²²¹⁹ FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 79 et 90 s. ; DK ZPO-GLASL, art. 56 N 6 ; BSK ZPO-GEHRI, art. 56 N 3 et 5 ; MORDASINI-ROHNER, N 280 s. ; WILDHABER BOHNET, N 69 ; BK ZPO-HURNI, art. 56 N 33.

²²²⁰ WILDHABER BOHNET, N 69.

- 1048 Pour FELLMANN, en présence d'un·e avocat·e, le tribunal doit faire usage de son devoir d'interpellation uniquement si le manquement ne constitue *pas* une violation claire du devoir de diligence²²²¹. Son raisonnement est le suivant : si l'erreur est de peu d'importance, la responsabilité de l'avocat·e ne sera pas engagée et la partie ne pourra pas gagner un éventuel procès en responsabilité à l'encontre de celui-ci ou de celle-ci²²²². Pour cette raison, le tribunal est tenu de venir en aide à la partie²²²³. En revanche, si le manquement est grave, il sera constitutif d'une violation du devoir de diligence de l'avocat·e et engagera sa responsabilité contractuelle²²²⁴. L'approche de FELLMANN est analysée en détail aux N 1353 ss.
- 1049 Les situations suivantes peuvent se présenter²²²⁵ :
- les deux parties sont représentées professionnellement : la doctrine retient unanimement que le tribunal ne doit intervenir qu'avec réserve dans ce cas²²²⁶ ;
 - les deux parties agissent seules et sont dépourvues de connaissances juridiques : selon plusieurs auteurs, le devoir d'interpellation simple n'est restreint à l'égard d'aucune partie dans cette situation²²²⁷. Pour AEBI-MÜLLER, le rôle du tribunal se rapproche de celui qu'il adopterait en maxime inquisitoire sociale²²²⁸ ;
 - une partie est représentée professionnellement tandis que l'autre agit seule et n'a pas de connaissances juridiques : pour une partie de la doctrine, dans ce cas, les deux doivent être traitées de la même façon – c'est-à-dire comme des parties laïques²²²⁹. À l'inverse, CHABLOZ mentionne que le tribunal doit faire preuve de plus de retenue face à la

²²²¹ FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 91.

²²²² FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 91.

²²²³ FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 91.

²²²⁴ FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 91.

²²²⁵ Précisons que c'est seulement la troisième hypothèse qui nous intéresse et qui fera l'objet d'un examen circonstancié au chapitre 12.

²²²⁶ AEBI-MÜLLER, p. 192 ; GASSER/RICKLI, art. 56 N 3 ; DK ZPO-GLASL, art. 56 N 28 ; WILDHABER BOHNET, N 69.

²²²⁷ GASSER/RICKLI, art. 56 N 3 ; WILDHABER BOHNET, N 70.

²²²⁸ AEBI-MÜLLER, p. 193.

²²²⁹ AEBI-MÜLLER, p. 193 ; GASSER/RICKLI, art. 56 N 3 ; BSK ZPO-GEHRI, art. 56 N 3 ; BK ZPO-HURNI, art. 56 N 32 ; SARBACH, p. 142 ; OFK ZPO-SARBACH, art. 56 N 9 ; voir également SIX, p. 102 (qui considère que, de manière générale, le tribunal doit faire usage de son devoir d'interpellation indépendamment de toute représentation par un·e avocat·e) ; *contra* : LIENHARD, N 242 s. ; MEIER R., N 33 ; MORDASINI-ROHNER, N 283.

partie représentée professionnellement dans une telle situation²²³⁰. WILDHABER BOHNET relève quant à elle que le tribunal doit surtout veiller à ne pas avantager la partie soutenue par un·e professionnel·le²²³¹.

Enfin, LIENHARD est d'avis que le tribunal doit interpellier la partie représentée par un·e avocat·e lorsqu'une allégation n'est pas suffisamment motivée, mais pas, par exemple, si des faits n'ont pas été allégués ou si des offres de preuve n'ont pas été correctement formulées pour tous les allégués²²³². 1050

B. Devoir d'interpellation renforcé ou accru

1. Champ d'application

Le devoir d'interpellation renforcé (art. 247 al. 1 CPC) s'applique dans les procédures simplifiées soumises à la maxime des débats, mais pas à celles qui sont soumises à la maxime inquisitoire sociale²²³³ (N 1065). On appelle aussi parfois ce cas de figure « maxime des débats atténuée »²²³⁴. 1051

2. Principe

Lorsque la maxime des débats avec devoir d'interpellation renforcé s'applique, les parties sont tenues d'indiquer au tribunal les faits pertinents et les moyens 1052

²²³⁰ PC CPC-CHABLOZ, art. 56 N 17.

²²³¹ WILDHABER BOHNET, N 71.

²²³² LIENHARD, N 235 ss.

²²³³ BOHNET/JEANNIN, p. 250 ; HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 336 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 247 N 6 ; WILDHABER BOHNET, N 18 et 21.

²²³⁴ CR CPC-TAPPY, art. 247 N 8 ; voir également ATF 141 III 569 cons. 3.1 ; arrêt du TF 5D_17/2020 du 16 avril 2020 cons. 2.2. À noter qu'avant l'entrée en vigueur du CPC, l'expression « maxime des débats atténuée » était aussi utilisée comme synonyme de « maxime inquisitoire sociale » (voir arrêt du TF 4A_577/2010 du 21 mars 2011 cons. 4.3 ; arrêt du TF 4C.411/2006 du 9 février 2007 cons. 2.4 ; arrêt du TF 4C.255/2000 du 3 janvier 2001 cons. 3b ; arrêt du TF 4C.50/2000 du 17 juillet 2000 cons. 4a).

de preuves permettant de les établir²²³⁵. À l'instar du devoir d'interpellation simple, le devoir d'interpellation renforcé atténue la rigueur de ce principe²²³⁶.

1053 Dans ce cadre, l'aide du tribunal consiste à « amene[r] les parties, par des questions appropriées, à compléter les allégations insuffisantes et à désigner les moyens de preuve » (art. 247 al. 1 CPC).

1054 La différence entre le devoir d'interpellation simple de l'art. 56 CPC et le devoir d'interpellation renforcé de l'art. 247 al. 1 CPC est une question d'intensité²²³⁷. Lorsque l'art. 247 al. 1 CPC s'applique, la responsabilité d'apporter les faits et de proposer des preuves reste celle des parties²²³⁸. L'intervention du tribunal n'est cependant pas limitée – comme pour le devoir d'interpellation simple – aux cas où les actes ou déclarations des parties sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets²²³⁹. En cas de doute, le tribunal doit en outre s'assurer du caractère complet des éléments apportés par les parties²²⁴⁰.

3. En cas de représentation professionnelle

a. Jurisprudence

1055 Les principes jurisprudentiels exposés ci-dessus en lien avec le devoir d'interpellation simple valent également lorsque le devoir d'interpellation est renforcé. Le recours au devoir d'interpellation renforcé dépend ainsi des circonstances du cas d'espèce²²⁴¹ et a une portée restreinte lorsque les parties

²²³⁵ Arrêt du TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013 cons. 3.2 ; SHK ZPO-GIGER, art. 247 N 2 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 247 N 7 ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 5 ; WILDHABER BOHNET, N 55.

²²³⁶ Arrêt du TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013 cons. 3.2 ; FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 93 ; SHK ZPO-GIGER, art. 247 N 3 ; WILDHABER BOHNET, N 51.

²²³⁷ WILDHABER BOHNET, N 52.

²²³⁸ Arrêt du TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013 cons. 3.2 ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 5.

²²³⁹ BOHNET, Écritures, maximes et débats, N 48 ; BOHNET/JEANNIN, p. 248 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 55 N 17 ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 84 ; LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, p. 1639 ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 9 ; WILDHABER BOHNET, N 19 et 52 ; SIX, p. 95. KILLIAS considère en revanche que la différence tient au fait que les manquements n'ont pas à être *manifestes* (comp. N 1041) lorsque le devoir d'interpellation renforcé s'applique (BK ZPO-KILLIAS, art. 247 N 10). Critiques quant à la portée de cette distinction : KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 56 N 3b).

²²⁴⁰ DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 84 ; WILDHABER BOHNET, N 52.

²²⁴¹ Arrêt du TF 5A_211/2017 du 24 juillet 2017 cons. 3.1.3.2 ; arrêt du TF 4A_57/2014 du 8 mai 2014 cons. 1.3.2 ; arrêt du TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013 cons. 3.2.

sont représentées par un·e avocat·e²²⁴². Dans les arrêts en français, la formule utilisée par le Tribunal fédéral (« ce devoir concerne avant tout les personnes non assistées et dépourvues de connaissances juridiques, tandis qu'il a une portée restreinte vis-à-vis des parties représentées par un avocat ») est identique à celle utilisée en matière de devoir d'interpellation simple²²⁴³.

Selon la jurisprudence fédérale, on peut partir du principe qu'un·e avocat·e possède des connaissances lui permettant de mener une procédure et de satisfaire aux exigences relatives aux allégations de fait et aux offres de preuves²²⁴⁴. 1056

Le Tribunal fédéral relève en outre que le manquement d'une partie agissant seule peut résulter de son absence de connaissances juridiques et pas nécessairement de sa négligence, raison pour laquelle le devoir d'interpellation du tribunal est plus étendu à son égard²²⁴⁵. 1057

Dans les arrêts 4D_57/2013 et 5A_211/2017, le Tribunal fédéral a souligné que « [l]e point de vue selon lequel le juge n'a en principe pas à suppléer au défaut de diligence de l'avocat fait néanmoins l'objet de critiques ou nuances ; d'aucuns relèvent que la partie « mal assistée » ne doit pas être désavantagée par rapport à celle qui procède seule »²²⁴⁶. Il ne s'est toutefois pas prononcé sur les critiques formulées par la doctrine. 1058

²²⁴² Arrêt du TF 5A_211/2017 du 24 juillet 2017 cons. 3.1.3.2 ; arrêt du TF 4A_57/2014 du 8 mai 2014 cons. 1.3.2 ; arrêt du TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013 cons. 3.2 ; voir également arrêt du TF 5D_17/2020 du 16 avril 2020 cons. 4.2.

²²⁴³ Comp. arrêt du TF 4A_487/2018 du 30 janvier 2019 (devoir d'interpellation simple) et arrêt du TF 5A_211/2017 du 24 juillet 2017 cons. 3.1.3.2 (devoir d'interpellation renforcé) ; arrêt du TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013 cons. 3.2 (devoir d'interpellation renforcé).

²²⁴⁴ Arrêt du TF 5D_17/2020 du 16 avril 2020 cons. 4.2 ; arrêt du TF 5A_211/2017 du 24 juillet 2017 cons. 3.1.3.2 ; arrêt du TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013 cons. 3.2.

²²⁴⁵ Arrêt du TF 5A_211/2017 du 24 juillet 2017 cons. 3.1.3.2 ; arrêt du TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013 cons. 3.2.

²²⁴⁶ Arrêt du TF 5A_211/2017 du 24 juillet 2017 cons. 3.1.3.2 ; arrêt du TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013 cons. 3.2.

b. Avis doctrinaux

- 1059 La doctrine majoritaire considère que le devoir d'interpellation renforcé doit être exercé différemment selon que la partie est représentée ou non²²⁴⁷.
- 1060 Ainsi, DIETSCHY-MARTENET mentionne que « l'omission doit être particulièrement flagrante » pour que le tribunal interpelle une partie représentée professionnellement²²⁴⁸. BOHNET/JEANNIN relèvent qu'en présence d'un·e avocat·e, le tribunal n'a pas à attirer son attention sur des allégués lacunaires. Ils soulignent toutefois que le tribunal doit veiller à ne pas désavantager la partie qui est représentée professionnellement²²⁴⁹.
- 1061 Une partie de la doctrine se prononce sur le cas où les deux parties sont représentées et retient que le devoir d'interpellation renforcé est restreint dans cette situation²²⁵⁰.
- 1062 HAUCK répond à l'argument de FELLMANN que nous avons exposé plus haut²²⁵¹ (N 1048 ; selon ce dernier, lorsqu'une partie est représentée par un·e avocat·e, le tribunal doit intervenir tant que le manquement ne constitue *pas* une violation du devoir de diligence de l'avocat·e²²⁵²). Il considère que l'approche de FELLMANN conduirait à un résultat difficilement justifiable : la partie ne serait pas aidée dans le cas d'un manquement évident, situation dans laquelle son besoin de protection est particulièrement important²²⁵³. Il est également d'avis

²²⁴⁷ Dans ce sens : BOHNET, Allégation et contestation, N 19 ; BOHNET, Procédure civile, N 858 s. ; BOHNET/JEANNIN, p. 248 ; DK ZPO-BRUNNER/STEININGER, art. 247 N 12 ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 84 ; DIETSCHY, Conflits de travail, N 281 ; DIETSCHY, procédure simplifiée, N 32 ; KUKO ZPO-FRAEFEL, art. 247 N 10 ; GASSER/RICKLI, art. 247 N 2 ; SHK ZPO-GIGER, art. 247 N 3 ; SK ZPO-HAUCK, art. 247 N 14 et 17 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 247 N 11 et 17 ; LIENHARD, N 456 ; BSK ZPO-MAZAN, art. 247 N 19 ; MORDASINI-ROHNER, N 345 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-STAEHELIN A./BACHOFNER, § 10 N 20 ; WILDHABER BOHNET, N 15 ; nuancé : CR CPC-TAPPY, art. 247 N 26 (qui considère qu'une intervention accrue du tribunal peut parfois être justifiée lorsque la partie est représentée par un·e mandataire spécialisé·e, dans la mesure où la maxime inquisitoire sociale sert également à accélérer le déroulement de la procédure et à limiter son coût).

²²⁴⁸ DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 84.

²²⁴⁹ BOHNET/JEANNIN, p. 248.

²²⁵⁰ DK ZPO-BRUNNER/STEININGER, art. 247 N 12 ; SHK ZPO-GIGER, art. 247 N 3 ; BSK ZPO-MAZAN, art. 247 N 19.

²²⁵¹ SK ZPO-HAUCK, art. 247 N 17.

²²⁵² FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 91.

²²⁵³ SK ZPO-HAUCK, art. 247 N 17.

que l'opinion de FELLMANN se concilie mal avec la jurisprudence fédérale²²⁵⁴. HAUCK retient finalement que le tribunal doit intervenir lorsqu'il soupçonne une erreur ou un oubli ou si l'état de fait est compliqué, et ce même si la partie est représentée²²⁵⁵.

C. Maxime inquisitoire sociale²²⁵⁶

1. Champ d'application

La doctrine et la jurisprudence opèrent une distinction entre la maxime inquisitoire sociale (ou simple) et la maxime inquisitoire illimitée (ou pure)²²⁵⁷. 1063

Pour déterminer quel type de maxime inquisitoire s'applique dans un cas donné, il faut se référer au texte allemand du CPC²²⁵⁸. Il est question de maxime inquisitoire sociale lorsque la loi indique que le tribunal constate les faits d'office (« *stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest* »)²²⁵⁹, et de maxime inquisitoire illimitée lorsqu'elle dispose que le tribunal recherche les faits d'office (« *erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen* »)²²⁶⁰. Le texte français ne fait pas cette distinction²²⁶¹. Dans le but de pallier ce manque de clarté, l'expression « établit les faits d'office » sera remplacée par « examine les faits 1064

²²⁵⁴ SK ZPO-HAUCK, art. 247 N 17. HAUCK relève que dans un arrêt de 2003, le Tribunal fédéral avait considéré qu'une violation de la maxime inquisitoire sociale pouvait seulement être retenue lorsqu'un tribunal, confronté à une partie représentée par un·e avocat·e, n'intervient pas alors que le cas est flagrant (« *in krasse Falle* ») (voir arrêt du TF 4C.143/2002 du 31 mars 2003 cons. 3).

²²⁵⁵ SK ZPO-HAUCK, art. 247 N 17.

²²⁵⁶ Sur les différents termes utilisés en allemand pour désigner cette maxime, voir BOHNET/JEANNIN, p. 225.

²²⁵⁷ ATF 141 III 569 cons. 2.3.1 ; BOHNET/JEANNIN, p. 233 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 55 N 27 ; CR CPC-HALDY, art. 55 N 8 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 68 ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 21 ; WILDHABER BOHNET, N 9.

²²⁵⁸ BOHNET/JEANNIN, p. 233 ; CR CPC-HALDY, art. 55 N 8 ; JEANNIN, N 141.

²²⁵⁹ BOHNET/JEANNIN, p. 233 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 55 N 27 ; CR CPC-HALDY, art. 55 N 8 ; voir par exemple la version allemande de l'art. 247 al. 2 CPC.

²²⁶⁰ BOHNET/JEANNIN, p. 233 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 55 N 27 ; CR CPC-HALDY, art. 55 N 8 ; JEANNIN, N 141 ; voir par exemple la version allemande de l'art. 296 al. 1 CPC.

²²⁶¹ Message modification CPC, FF 2020 p. 2676 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 55 N 27 ; JEANNIN, N 141.

d'office » à l'art. 296 CPC (qui traite de la maxime inquisitoire illimitée) dans le CPC révisé²²⁶².

- 1065 La maxime inquisitoire sociale s'applique en particulier dans les cas suivants :
- affaires soumises à la procédure simplifiée listées à l'art. 243 al. 2 CPC (art. 247 al. 2 let. a CPC)²²⁶³ ;
 - affaires soumises à la procédure simplifiée ne dépassant pas CHF 30'000.-, n'étant pas listées à l'art. 243 al. 2 CPC et portant sur (i) des baux à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux ou sur des baux à ferme agricoles (art. 247 al. 2 let. b ch. 1 CPC)²²⁶⁴ ou (ii) un contrat de travail (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC)²²⁶⁵ ;
 - affaires soumises à la procédure sommaire mentionnées à l'art. 255 CPC, c'est-à-dire celles (i) portant sur la faillite ou le concordat ou (ii) relevant de la juridiction gracieuse²²⁶⁶ ;
 - procédures matrimoniales²²⁶⁷ et procédures équivalentes en matière de partenariat enregistré²²⁶⁸. Il s'agit en particulier des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC)²²⁶⁹, des mesures provisionnelles en

²²⁶² Message modification CPC, FF 2020 p. 2676 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 55 N 27 ; HURNI/HOFMANN, p. 212. BOHNET/SCHALLER critiquent la formulation proposée dans le P-CPC, considérant que l'utilisation du terme « rechercher » au lieu d'« examiner » aurait mieux restitué la distinction entre les deux maximes (BOHNET/SCHALLER, p. 218).

²²⁶³ ATF 142 III 402 cons. 2.1 ; BOHNET/JEANNIN, p. 235 ss ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 84 s. ; SHK ZPO-GIGER, art. 247 N 6 ; SK ZPO-HAUCK, art. 247 N 22 ; BK ZPO-HURNI, art. 55 N 69 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 247 N 21.

²²⁶⁴ ATF 142 III 402 cons. 2.1 ; BOHNET/JEANNIN, p. 236 ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 85 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 247 N 23 ss ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 16.

²²⁶⁵ BOHNET/JEANNIN, p. 235 ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 85 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 247 N 26 ss ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 71 ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 16.

²²⁶⁶ Arrêt du TF 5A_829/2014 du 9 février 2015 cons. 2.4 ; BOHNET/JEANNIN, p. 238 ss ; PC CPC-CHABLOZ, art. 55 N 29 ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 85 ; BK ZPO-HURNI, art. 55 N 70 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 71.

²²⁶⁷ BOHNET/JEANNIN, p. 239 s. (qui soulignent qu'en procédure de divorce, le tribunal peut cependant intervenir de manière plus étendue que ce que permet la maxime inquisitoire sociale) ; BK ZPO-HURNI, art. 55 N 71 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 71.

²²⁶⁸ BOHNET/JEANNIN, p. 239 ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 85 ; BK ZPO-HURNI, art. 55 N 71.

²²⁶⁹ Arrêt du TF 5A_354/2016 du 22 novembre 2016 cons. 4.1 ; arrêt du TF 5A_608/2014 du 16 décembre 2014 cons. 4.2.1 ; BOHNET, Allégation et contestation, N 16 ; BOHNET, Alléguer et conclure, N 9 ss ; BOHNET/JEANNIN, p. 239 ; DIETSCHY, Devoir

procédure de divorce (art. 276 al. 1 CPC, qui renvoie aux art. 271 ss CPC et donc à l'art. 272 CPC)²²⁷⁰ et de la procédure de divorce (art. 277 al. 3 CPC, sous réserve des éléments mentionnés à l'art. 277 al. 1 CPC)²²⁷¹. Il faut toutefois réserver certaines exceptions. Par exemple, la maxime inquisitoire illimitée s'applique aux questions relatives aux enfants (art. 296 CPC)²²⁷² ainsi qu'au partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre du divorce, si celui-ci s'écarte des règles légales (art. 280 al. 3 CPC)²²⁷³ ;

- procédure d'octroi de l'assistance judiciaire²²⁷⁴.

2. Principe

Selon le Tribunal fédéral, lorsque la maxime inquisitoire sociale s'applique, les parties restent tenues d'indiquer au tribunal quels sont les faits pertinents et les moyens de preuves permettant de les établir²²⁷⁵. Le tribunal a toutefois le devoir de les questionner et de les rendre attentives à leur devoir de collaborer²²⁷⁶. S'il

1066

d'interpellation, p. 85 ; DK ZPO-GLASL, art. 55 N 44 ; HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 338 ; BK ZPO-HURNI, art. 55 N 71.

²²⁷⁰ BOHNET, Allégation et contestation, N 16 ; BOHNET, Alléguer et conclure, N 16 ; BOHNET/JEANNIN, p. 239 ; PC CPC-FOUNTOULAKIS/D'ANDRÈS, art. 276 N 7 ; DK ZPO-GLASL, art. 55 N 44 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, art. 276 N 42 ; CR CPC-TAPPY, art. 276 N 11 ; *contra* : OFK ZPO-SCHWANDER, art. 276 N 13 (qui considère que l'art. 272 CPC ne s'applique pas en mesures provisionnelles). Le Tribunal fédéral a toutefois laissé ouverte la question de savoir si l'art. 272 CPC s'applique aussi aux mesures provisionnelles (arrêt du TF 5A_625/2017 du 5 décembre 2017 cons. 3.2.2 ; arrêt du TF 5A_2/2013 du 6 mars 2013 cons. 4.2 ; voir à ce sujet BOHNET, Procédure civile, N 850 ; BOHNET, Alléguer et conclure, N 16 ; PC CPC-FOUNTOULAKIS/D'ANDRÈS, art. 276 N 7).

²²⁷¹ BOHNET, Alléguer et conclure, N 49 ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 85 ; BK ZPO-HURNI, art. 55 N 71 ; WILDHABER BOHNET, N 11 ; nuancé : BOHNET/JEANNIN, p. 240.

²²⁷² Voir N 1081.

²²⁷³ Voir N 1081.

²²⁷⁴ Arrêt du TF 5A_327/2017 du 2 août 2017 cons. 4 ; arrêt du TF 4A_114/2013 du 20 juin 2013 cons. 4.3.1 ; BOHNET/JEANNIN, p. 240 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 55 N 29 ; DK ZPO-HUBER, art. 119 N 18.

²²⁷⁵ ATF 141 III 569 cons. 2.3.2 ; arrêt du TF 4A_474/2022 du 16 février 2023 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_200/2022 du 9 juin 2022 cons. 3.3 ; arrêt du TF 4A_457/2021 du 18 février 2022 cons. 1.5 ; arrêt du TF 4A_144/2021 du 13 septembre 2021 cons. 4.2.2 ; arrêt du TF 5A_608/2014 du 16 décembre 2014 cons. 4.2.1.

²²⁷⁶ ATF 141 III 569 cons. 2.3.1 et 2.3.2 ; ATF 139 III 13 cons. 3.2 ; ATF 136 III 74 cons. 3.1 ; arrêt du TF 4A_474/2022 du 16 février 2023 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_457/2021 du 18 février 2022 cons. 1.5 ; arrêt du TF 4A_618/2017 du 11 janvier 2018 cons. 4.3.1 ; arrêt du TF 4A_261/2014 du 14 janvier 2015 cons. 5 ; JEANNIN, N 157.

a des motifs objectifs de douter du caractère complet des allégations de fait et des offres de preuve, le tribunal doit inviter la partie concernée à compléter ses moyens de preuve²²⁷⁷.

1067 Bien que le Tribunal fédéral indique que la portée de la maxime inquisitoire sociale est différente de celle du devoir d'interpellation accru²²⁷⁸, il n'expose pas clairement où se situe cette distinction. La doctrine relève deux différences : lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire sociale, mais pas si elle est soumise à la maxime des débats avec devoir d'interpellation accru, le tribunal (i) a la possibilité de retenir des faits établis, mais non allégués par les parties²²⁷⁹ et (ii) peut également administrer des preuves d'office²²⁸⁰. Dans la pratique, il n'y a cependant pas de grande différence entre les deux concepts pour ce qui est de l'intervention du tribunal²²⁸¹.

²²⁷⁷ ATF 139 III 13 cons. 3.2 ; ATF 136 III 74 cons. 3.1 ; arrêt du TF 4A_618/2017 du 11 janvier 2018 cons. 4.3.1 ; arrêt du TF 4A_261/2014 du 14 janvier 2015 cons. 5.

²²⁷⁸ ATF 141 III 569 cons. 3.1 (« [...] l'étendue du pouvoir du juge sous l'empire de la maxime inquisitoire simple allant par ailleurs au-delà du devoir d'interpellation renforcé du juge [...] »).

²²⁷⁹ ATF 107 II 233 cons. 2 ; arrêt du TF 4A_388/2021 du 14 décembre 2021 cons. 5.1 ; BOHNET, Procédure civile, N 851 ; BOHNET, Écritures, maximes et débats, N 56 ; CPra Bail-BOHNET, art. 243-247 CPC N 37 ; BOHNET/JEANNIN, p. 243 et 249 ; DK ZPO-BRUNNER/STEININGER, art. 247 N 11 ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 86 s. ; DIETSCHY, procédure simplifiée, N 36 et 40 ; FRÖHLICH, N 47 ; PERROUD, p. 883 ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 23 et 28 ; WILDHABER BOHNET, N 10 et 20 ; voir également SK ZPO-HAUCK, art. 247 N 34 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 247 N 32, qui ne mentionnent cependant pas explicitement qu'il s'agit d'une différence avec le devoir d'interpellation renforcé ; *contra* : KUKO ZPO-FRAEFEL, art. 247 N 11 (qui estime que cette possibilité existe aussi lorsque la maxime des débats s'applique).

²²⁸⁰ BOHNET, Procédure civile, N 851 ; BOHNET, Écritures, maximes et débats, N 56 ; CPra Bail-BOHNET, art. 243-247 CPC N 37 ; BOHNET/JEANNIN, p. 243 et 249 ; DK ZPO-BRUNNER/STEININGER, art. 247 N 11 ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 86 s. ; DIETSCHY, procédure simplifiée, N 36 et 40 ; KUKO ZPO-FRAEFEL, art. 247 N 12 ; FRÖHLICH, N 47 ; SK ZPO-HAUCK, art. 247 N 33 ; JEANNIN, N 153 et 162 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 247 N 31 et 40 ; PERROUD, p. 883 ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 28 ; WILDHABER BOHNET, N 20.

²²⁸¹ BOHNET/JEANNIN, p. 249 ; GASSER/RICKLI, art. 247 N 4 ; SK ZPO-HAUCK, art. 247 N 32 ; HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 341 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 247 N 4 ; BSK ZPO-MAZAN, art. 247 N 10 ; OFK ZPO-SARBACH, art. 56 N 211 ; SIX, p. 95 ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 28.

3. En cas de représentation professionnelle

a. Message

Dans son Message, le Conseil fédéral a indiqué au sujet de la maxime inquisitoire sociale que « [l]’étendue du concours prêté par les autorités judiciaires dans un cas d’espèce dépend en outre du statut social et du niveau de formation d’une partie, ainsi que de sa représentation éventuelle par un avocat [...]. Lorsque deux parties représentées par un avocat se trouvent face à face, le tribunal peut et doit faire preuve de retenue comme dans un procès ordinaire »²²⁸².

1068

b. Jurisprudence

(i) *Bref historique*

Avant l’entrée en vigueur du CPC, le Tribunal fédéral avait retenu dans l’arrêt 4C.340/2004²²⁸³ puis dans l’arrêt 4A_519/2010²²⁸⁴ que l’intervention du tribunal en maxime inquisitoire sociale dépendait de l’éventuelle représentation professionnelle des parties²²⁸⁵. Il est intéressant de noter que dans l’arrêt de 2004, il avait cité l’ATF 113 Ia 84 à l’appui de sa motivation. Cet ATF porte sur la recevabilité d’un acte déposé par l’avocat d’une partie qui s’est trompé de voie de droit ; il mentionne ce qui suit : « Ce n’est pas sans pertinence que la jurisprudence valaisanne attribue de l’importance au fait que l’acte vicieux émane d’un avocat, et non de la partie elle-même. L’avocat est non seulement le représentant de la partie, mais encore le collaborateur de la justice [...]. Le juge est en droit d’admettre qu’il agit en pleine connaissance de cause : l’avocat est présumé capable, en raison de sa formation particulière, de représenter utilement la partie [...] ; il se justifie dès lors de se montrer plus rigoureux en présence de ses procédés qu’en présence des procédés d’un plaideur ignorant du droit »²²⁸⁶. Le fait que l’arrêt 4C.340/2004, relatif à la conduite *matérielle* du procès, se fonde sur un ATF rendu en matière de conduite *formelle* du procès démontre que l’approche du Tribunal fédéral – qui consiste à se montrer plus

1069

²²⁸² Message CPC, FF 2006 p. 6956.

²²⁸³ Arrêt du TF 4C.340/2004 du 2 décembre 2004 cons. 4.2, non publié in : ATF 131 III 243.

²²⁸⁴ Arrêt du TF 4A_519/2010 du 11 novembre 2010 cons. 2.2.

²²⁸⁵ Arrêt du TF 4C.340/2004 du 2 décembre 2004 cons. 4.2, non publié in : ATF 131 III 243.

²²⁸⁶ ATF 113 Ia 84 cons. 3d.

sévère face à une partie représentée professionnellement – est similaire dans les deux cas.

- 1070 La jurisprudence relative à l'étendue de l'aide à apporter à la partie représentée par un·e avocat·e a toutefois été fluctuante. Initialement, le Tribunal fédéral se montrait très sévère face aux parties représentées professionnellement. Ainsi, dans l'arrêt 4C.340/2004, il avait indiqué que la maxime inquisitoire sociale « n'allait pas jusqu'à obliger le juge à interpellier une bailleresse représentée par une régie immobilière et par un avocat patenté »²²⁸⁷. Cet arrêt laissait entendre qu'un tribunal n'avait pas à intervenir en cas de représentation professionnelle. Le Tribunal fédéral a continué à faire preuve de sévérité dans l'arrêt 4C.395/2005, retenant que le devoir d'interpellation du tribunal dans le cadre de la maxime inquisitoire sociale vaut en principe uniquement à l'égard des parties non représentées par un·e avocat·e²²⁸⁸.
- 1071 Dans les arrêts suivants, la jurisprudence du Tribunal fédéral devient plus nuancée et se rapproche de celle que l'on connaît aujourd'hui sous l'empire du CPC. Dans l'arrêt 5C.206/2006, il est mentionné que la maxime inquisitoire sociale doit être appliquée avec moins de rigueur si les parties sont représentées par des avocat·e·s. Dans l'arrêt 4A_522/2008, notre Haute Cour considère que la maxime inquisitoire sociale s'applique lorsque les parties sont assistées par un·e avocat·e, mais de manière atténuée²²⁸⁹.

(ii) *Jurisprudence actuelle*

- 1072 Selon la jurisprudence fédérale actuelle relative à la maxime inquisitoire sociale, le tribunal doit adapter son comportement lorsque la partie est représentée par un·e avocat·e. Dans ce cas, il « peut et doit faire preuve de retenue, comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire »²²⁹⁰. En

²²⁸⁷ Arrêt du TF 4C.50/2000 du 17 juillet 2000 cons. 4b ; voir également arrêt du TF 4D_15/2008 du 28 avril 2008 cons. 2.4 ; arrêt du TF 4C.392/1999 du 11 février 2000 cons. 2c (à propos de cet arrêt, voir DIETSCHY, Note 4A_522/2008, p. 15), qui semblent aller dans le même sens.

²²⁸⁸ Arrêt du TF 4C.395/2005 du 1^{er} mars 2006 cons. 4.3 ; DIETSCHY, Note 4A_522/2008, p. 15.

²²⁸⁹ Arrêt du TF 4A_522/2008 du 3 septembre 2009 cons. 3.4 ; DIETSCHY, Note 4A_522/2008, p. 15.

²²⁹⁰ ATF 141 III 569 cons. 2.3.1 et 2.3.2 ; arrêt du TF 4A_474/2022 du 16 février 2023 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_200/2022 du 9 juin 2022 cons. 3.3 ; arrêt du TF 4A_144/2021 du 13 septembre 2021 cons. 4.2.2 ; arrêt du TF 4A_636/2020 du 20 juillet 2021 cons. 4.2.1 ; arrêt du TF 4A_338/2020 du 1^{er} décembre 2020 cons. 5 ; arrêt du TF 4A_415/2015 du 22 août 2016 cons. 3.4 ; arrêt du TF 4A_476/2015 du 11 janvier 2016 cons. 3.

particulier, le tribunal n'a pas à indiquer à une partie représentée par un·e avocat·e qu'il estime que les pièces produites ne sont pas convaincantes et qu'il faudra en fournir d'autres²²⁹¹. On comprend donc que la faculté d'intervention du tribunal n'est pas inexistante, mais uniquement restreinte.

La retenue du tribunal ne vaut pas uniquement lorsqu'une partie est représentée par un·e avocat·e. Elle est également de mise lorsque la partie est une personne morale qui agit par son service juridique (dans lequel travaille une personne titulaire du brevet d'avocat·e)²²⁹², lorsque la partie est représentée par un·e employé·e de l'ASLOCA titulaire du brevet d'avocat·e²²⁹³ (c'est-à-dire un·e mandataire professionnellement qualifié·e au sens de l'art. 68 al. 2 let. d CPC) ou lorsque la partie est une bailleuse représentée par une régie immobilière possédant manifestement de bonnes connaissances en droit²²⁹⁴. À noter que le Tribunal cantonal fribourgeois a considéré qu'en présence d'une partie faible (à savoir un travailleur) représentée par une secrétaire syndicale procédant contre une partie forte représentée par un avocat, les parties étaient dans un rapport de force inégal et leurs moyens étaient disproportionnés²²⁹⁵. De ce fait, le tribunal de première instance ne devait pas appliquer la maxime inquisitoire sociale avec retenue à l'égard de la partie faible mais, au contraire, avait un devoir d'interpellation accru à son égard²²⁹⁶.

1073

c. Avis doctrinaux

La doctrine est généralement d'avis que l'étendue de l'intervention du tribunal dans la maxime inquisitoire sociale dépend de l'éventuelle représentation professionnelle des parties²²⁹⁷.

1074

²²⁹¹ Arrêt du TF 5A_891/2021 du 28 janvier 2022 cons. 5.1 ; arrêt du TF 5A_636/2018 du 8 octobre 2018 cons. 3.3.2 ; arrêt du TF 5A_300/2016 du 14 octobre 2016 cons. 5.1.

²²⁹² Arrêt du TF 4A_627/2015 du 9 juin 2016 cons. 3.3.2.

²²⁹³ Arrêt du TF 4A_415/2015 du 22 août 2016 cons. 3.4.

²²⁹⁴ Arrêt du TF 4A_415/2015 du 22 août 2016 cons. 3.4.

²²⁹⁵ Arrêts du TC/FR 102 2021 98, 102 2021 99, 102 2021 100 du 7 janvier 2022 cons. 2.2.2.

²²⁹⁶ Arrêts du TC/FR 102 2021 98, 102 2021 99, 102 2021 100 du 7 janvier 2022 cons. 2.2.2.

²²⁹⁷ Dans ce sens : BOHNET, Écritures, maximes et débats, N 53 s. ; BOHNET/JEANNIN, p. 232 ; DK ZPO-BRUNNER/STEININGER, art. 247 N 12 ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 87 ; DIETSCHY, Conflits de travail, N 291 ; DIETSCHY, procédure simplifiée, N 38 ; KUKO ZPO-FRAEFEL, art. 247 N 10 ; SK ZPO-HAUCK, art. 247 N 35 ; JEANNIN, N 154 et 158 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 247 N 33 ; LACHAT/LACHAT, p. 238 ; BSK ZPO-MAZAN, art. 247 N 19 ; MORDASINI-ROHNER, N 445 s. ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-STAEHELIN A./BACHOFNER, § 10 N 27.

- 1075 DIETSCHY-MARTENET précise que si l'une des parties est représentée professionnellement et l'autre pas, le tribunal ne doit intervenir qu'en faveur de la deuxième²²⁹⁸. Une partie de la doctrine souligne également, en se référant au Message du Conseil fédéral, que le tribunal doit en particulier faire preuve de retenue lorsque les deux parties sont représentées professionnellement²²⁹⁹.
- 1076 Quelques voix nuancent cependant cette approche. TAPPY considère qu'une intervention accrue du tribunal peut également être justifiée lorsque la partie est représentée par un·e mandataire spécialisé·e, dans la mesure où la maxime inquisitoire sociale sert également à accélérer le déroulement de la procédure et à limiter son coût²³⁰⁰.
- 1077 LIENHARD est quant à lui d'avis que la représentation par un·e avocat·e n'a pas d'influence sur l'intervention du tribunal en maxime inquisitoire sociale, lorsque celle-ci a pour but de protéger la partie réputée faible²³⁰¹. LIENHARD se prononce également sur l'argument de FELLMANN (déjà évoqué aux N 1048 et 1062 : intervention du tribunal limitée aux cas où le manquement de l'avocat·e ne constitue *pas* une violation du devoir de diligence²³⁰²). Il est d'avis que cette approche est contraire à l'un des buts de la maxime inquisitoire sociale, à savoir la protection de la partie faible dans des domaines particulièrement sensibles²³⁰³. Si le tribunal vient en aide à la partie si les manquements sont de peu d'importance, mais pas s'ils sont graves, ce but n'est pas atteint²³⁰⁴.
- 1078 Pour MEYER HONEGGER et SUTTER-SOMM/GUT, le tribunal devrait également parfois intervenir en présence d'une partie représentée par un·e avocat·e²³⁰⁵. La représentation professionnelle d'une partie ne peut pas être à elle seule décisive, dans la mesure où la maxime inquisitoire sociale a également pour but d'établir la vérité matérielle²³⁰⁶.

²²⁹⁸ DIETSCHY-MARTENET, Bail à loyer et procédure civile, N 345.

²²⁹⁹ BOHNET/JEANNIN, p. 232 et 253 ; DK ZPO-BRUNNER/STEININGER, art. 247 N 12 ; JEANNIN, N 158 ; OFK ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, art. 247 N 8 ; BSK ZPO-MAZAN, art. 247 N 19 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, art. 272 N 14.

²³⁰⁰ CR CPC-TAPPY, art. 247 N 26.

²³⁰¹ LIENHARD, N 527 ss ; LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, p. 1641 y compris nbp 64.

²³⁰² FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 91.

²³⁰³ LIENHARD, N 532.

²³⁰⁴ LIENHARD, N 532.

²³⁰⁵ Famkomm Scheidung I-MEYER HONEGGER, art. 277 N 16 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/GUT, art. 277 N 19a.

²³⁰⁶ Famkomm Scheidung I-MEYER HONEGGER, art. 277 N 16 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/GUT, art. 277 N 19a.

FRÖHLICH est d'avis que la jurisprudence du Tribunal fédéral – qu'il qualifie de restrictive – doit être rejetée²³⁰⁷. Il relève que même les avocat·e·s doué·e·s sont susceptibles de commettre des erreurs et qu'il est faux de croire qu'une partie ayant mandaté un membre de cette profession est nécessairement représentée de manière irréprochable²³⁰⁸. De ce fait, le tribunal devrait accorder la même attention aux parties, comme si elles n'étaient pas représentées²³⁰⁹. 1079

Selon HEINZMANN, le degré d'intervention du tribunal dépend également du type de représentant·e : il devra apporter un soutien plus important en présence d'un·e mandataire professionnellement qualifié·e ou un·e agent·e d'affaires breveté·e que face à un·e avocat·e²³¹⁰. 1080

D. Maxime inquisitoire pure ou illimitée

1. Champ d'application

La maxime inquisitoire illimitée trouve notamment application dans les cas suivants : 1081

- procédures de droit de la famille concernant des enfants mineur·e·s (art. 296 al. 1 CPC)²³¹¹ ;
- procédures se déroulant devant l'autorité de protection de l'adulte (art. 446 al. 1 et 2 CC)²³¹² ;
- procédure de divorce, pour la question du partage de la prévoyance professionnelle lorsque les époux ont conclu une convention s'écartant

²³⁰⁷ FRÖHLICH, N 64.

²³⁰⁸ FRÖHLICH, N 64 s.

²³⁰⁹ FRÖHLICH, N 67.

²³¹⁰ HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 348.

²³¹¹ ATF 145 III 393 cons. 2.7.3, JdT 2019 II p. 377 ; arrêt du TF 5A_67/2020 du 10 août 2020 cons. 3.3.1 ; arrêt du TF 5A_608/2014 du 16 décembre 2014 cons. 4.2.1 ; BOHNET, Alléguer et conclure, N 17 ; BOHNET/JEANNIN, p. 239 ; DK ZPO-GLASL, art. 55 N 39 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 68. Le Tribunal fédéral paraît considérer que la maxime inquisitoire illimitée ne s'applique pas lorsqu'un·e enfant majeur·e ouvre une action alimentaire au sens de l'art. 329 CC contre ses parents (ATF 139 III 368 cons. 3). Le projet de modification du CPC prévoit de changer cette règle en rendant la maxime inquisitoire illimitée applicable également lorsque les enfants sont majeur·e·s (Message modification CPC, FF 2020 p. 2676).

²³¹² DK ZPO-GLASL, art. 55 N 39 ; BK ZPO-HURNI, art. 55 N 77 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 68 ; WILDHABER BOHNET, N 13.

du partage par moitié ou ne prévoyant pas de partage (art. 280 al. 3 CPC)²³¹³.

2. Principe

1082 La maxime inquisitoire illimitée vise à rechercher la vérité matérielle dans des procédures où l'intérêt public l'exige²³¹⁴. Le tribunal doit de ce fait établir lui-même les faits lorsque la maxime inquisitoire illimitée s'applique²³¹⁵, ce qui signifie qu'il n'est pas lié par les faits allégués et les preuves proposées²³¹⁶. Les parties restent toutefois soumises au devoir de collaborer à l'établissement des faits²³¹⁷.

3. En cas de représentation professionnelle

a. Jurisprudence

1083 La jurisprudence fédérale ne semble pas avoir précisé si le tribunal devait adapter son comportement lorsque la partie est représentée professionnellement ou possède elle-même des connaissances juridiques²³¹⁸.

b. Avis doctrinaux

1084 Une partie de la doctrine est d'avis que le tribunal devrait moins intervenir en présence d'une partie représentée professionnellement en maxime inquisitoire

²³¹³ CR CPC-HALDY, art. 55 N 16 ; BK ZPO-HURNI, art. 55 N 77 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 68.

²³¹⁴ BOHNET/JEANNIN, p. 244 s. et 250 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 55 N 33 ; JEANNIN, N 147 et 149 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 247 N 37.

²³¹⁵ ATF 128 III 411 cons. 3.2.1 ; JEANNIN, N 147 et 1150.

²³¹⁶ ATF 128 III 411 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 5A_67/2020 du 10 août 2020 cons. 3.3.1 ; BOHNET/JEANNIN, p. 244 ; CR CPC-HALDY, art. 55 N 7 ; JEANNIN, N 147 ; WILDHABER BOHNET, N 12.

²³¹⁷ ATF 140 III 485, cons. 3.3, JdT 2015 II 255 ; ATF 128 III 411 cons. 3.2.1 (qui reprend l'arrêt du TF 5C.27/1994 du 27 avril 1994 cons. 3) ; DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 87 ; DK ZPO-GLASL, art. 55 N 35 ; CR CPC-HALDY, art. 55 N 7 ; BK ZPO-HURNI, art. 55 N 75 ; JEANNIN, N 150 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 64 et 69 ; WILDHABER BOHNET, N 12.

²³¹⁸ HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 345.

pure²³¹⁹. Selon HEINZMANN, du moment que ce principe vaut en maxime inquisitoire sociale, il doit également s'appliquer en maxime inquisitoire pure²³²⁰.

En revanche, d'autres auteur·e·s considèrent que la représentation professionnelle ne doit pas influencer le tribunal en maxime inquisitoire pure²³²¹. LIENHARD est notamment d'avis que, dans la mesure où le bien de l'enfant est en jeu dans la majorité des procédures soumises à la maxime inquisitoire pure, la représentation professionnelle ne doit jouer aucun rôle dans l'intervention du tribunal²³²². 1085

E. Justification de la différence de traitement

1. Evaluation de la négligence

L'art. 56 CPC a pour but d'éviter qu'une partie ne perde ses droits en raison d'une inadvertance²³²³. En revanche, le devoir d'interpellation – qu'il soit 1086

²³¹⁹ BSK ZPO-GEHRI, art. 55 N 18 ; HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 345 ; BSK ZPO-MAZAN/STECK, art. 296 N 11 (dont l'avis porte sur le cas où les deux parties sont représentées par des avocat·e·s) ; MORDASINI-ROHNER, N 485 ; dans ce sens également : BOHNET, Procédure civile, N 843.

²³²⁰ HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 345.

²³²¹ DIETSCHY, Devoir d'interpellation, p. 88 ; DIETSCHY, procédure simplifiée, N 42 ; LIENHARD, N 702 ; LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, p. 1642 ; WILDHABER BOHNET, N 14.

²³²² LIENHARD, N 695 ss.

²³²³ Arrêt du TF 4A_200/2023 16 juin 2023 cons. 4.4.1 ; arrêt du TF 4A_595/2021 du 5 mai 2022 cons. 7.5.1 ; arrêt du TF 4A_556/2021 du 21 mars 2022 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021 cons. 4.3.2 ; arrêt du TF 4A_444/2013 du 5 février 2014 cons. 6.3.3 ; BOHNET, Allégation et contestation, N 17 ; BOHNET/JEANNIN, p. 247 ; HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 333.

simple²³²⁴ ou renforcé²³²⁵ – ne doit pas servir à corriger les négligences procédurales des parties. La doctrine souligne qu’il en va de même pour la maxime inquisitoire sociale²³²⁶.

1087 Déterminer si le comportement d’une partie constitue une négligence dépend des circonstances²³²⁷. Comme le soulignent plusieurs auteur·e·s, la diligence attendue d’une partie laïque n’est pas la même que celle d’un·e avocat·e²³²⁸. Le Tribunal fédéral a notamment précisé en matière de devoir d’interpellation renforcé que « [I]es manquements d’une personne qui procède seule peuvent être le fruit de son ignorance juridique, et pas nécessairement de sa négligence »²³²⁹.

1088 La doctrine précise que la diligence d’une personne sans connaissances juridiques s’évalue subjectivement²³³⁰. À l’inverse, la diligence dont doivent faire preuve les avocat·e·s – en raison notamment de leur formation – s’examine à l’aide de critères objectifs²³³¹.

²³²⁴ ATF 146 III 413 cons. 4.2 ; arrêt du TF 4A_200/2023 16 juin 2023 cons. 4.4.1 ; arrêt du TF 4A_595/2021 du 5 mai 2022 cons. 7.5.1 ; arrêt du TF 4A_556/2021 du 21 mars 2022 cons. 4.1 ; arrêt du TF 5A_630/2021 du 26 novembre 2021 cons. 3.3.2.3 ; arrêt du TF 4A_502/2019 du 15 juin 2020 cons. 7.1 ; arrêt du TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021 cons. 4.3.2 ; arrêt du TF 4A_487/2018 du 30 janvier 2019 cons. 4.2.2 ; arrêt du TF 4A_444/2013 du 5 février 2014 cons. 6.3.3 ; BOHNET, Allégation et contestation, N 18 ; FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 88 s. ; BSK ZPO-GEHRI, art. 56 N 14 ; BK ZPO-HURNI, art. 56 N 26 ; MEIER R., N 31 ; LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, p. 1637 ; SARBACH, p. 132 s. ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/GRIEDER, art. 56 N 16 ; WILDHABER BOHNET, N 67 ; *contra* : SIX, p. 92 s.

²³²⁵ Arrêt du TF 5A_211/2017 du 24 juillet 2017 cons. 3.1.3.2 ; arrêt du TF 4A_57/2014 du 8 mai 2014 cons. 1.3.2 ; arrêt du TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013 cons. 3.2 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 247 N 17 ; OFK ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, art. 247 N 2 ; MORDASINI-ROHNER, N 329.

²³²⁶ BOHNET/JEANNIN, p. 231 ; DIETSCHY, Devoir d’interpellation, p. 87 ; LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, p. 1640.

²³²⁷ BK ZPO-HURNI, art. 56 N 27 ; SARBACH, p. 137 s.

²³²⁸ FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 89 s. ; BK ZPO-HURNI, art. 56 N 28 ss. ; LIENHARD, N 233 s. ; LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, p. 1637 ; MEIER R., N 31 ; SARBACH, p. 137 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/GRIEDER, art. 56 N 16.

²³²⁹ Arrêt du TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013 cons. 3.2.

²³³⁰ SHK ZPO-AFFENTRAGER, art. 56 N 39 ; MEIER R., N 31 ; MORDASINI-ROHNER, N 278 ; OFK ZPO-SARBACH, art. 56 N 2 ; *contra* : LIENHARD, N 117.

²³³¹ SHK ZPO-AFFENTRAGER, art. 56 N 39 ; LIENHARD, N 233 ; LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, p. 1637 et 1639 ; MARKUS/HUBER-LEHMANN, p. 285 ; MEIER R., N 31 ; MORDASINI-ROHNER, N 279 ; OFK ZPO-SARBACH, art. 56 N 2.

Les connaissances et le comportement d'un·e représentant·e – y compris son manque de diligence²³³² – sont imputés à la partie représentée²³³³. Par conséquent, le fait qu'une partie représentée n'ait elle-même pas de connaissances juridiques est sans importance dans l'évaluation de la diligence ; c'est la situation de son représentant ou de sa représentante qui est déterminante. 1089

La combinaison du principe d'imputation avec le degré de diligence plus élevé attendu des avocat·e·s conduit au résultat suivant : ce qui constitue une négligence pour une partie représentée par un·e avocat·e ne l'est pas nécessairement pour celle qui n'a pas de connaissances juridiques et procède seule²³³⁴. Pour cette raison, le tribunal doit adapter son comportement selon que la partie est représentée professionnellement ou non²³³⁵. 1090

SARBACH ajoute avec raison que, dans la mesure où les parties sont autorisées à agir sans représentation professionnelle, on ne peut pas leur reprocher d'agir de façon négligente si elles décident de procéder seules²³³⁶. 1091

FELLMANN et MORDASINI-ROHNER avancent également un argument relatif à la bonne foi. Selon ces auteur·e·s, le principe de la bonne foi (consacré notamment par l'art. 52 CPC) peut atténuer le devoir d'interpellation à l'égard d'une partie qui est consciente de ses incombances procédurales (ou censée l'être)²³³⁷. À notre sens, cette approche n'est pas vraiment différente de celle fondée sur la négligence, comme le démontre l'exemple ci-dessous. 1092

Exemple : L'avocat B représente Z dans un procès soumis à la maxime des débats avec devoir d'interpellation simple. B. omet d'alléguer un fait pertinent, erreur qu'il aurait pu éviter en faisant preuve de l'attention nécessaire. Le tribunal n'intervient donc pas en faveur de Z. D'une part, B., en tant qu'avocat, est censé connaître les principes relatifs à l'apport des faits, de sorte que son comportement peut être qualifié de négligence ; d'autre part, dans la mesure où B. était conscient de la nécessité d'alléguer les faits (ou du moins devait l'être), il ne peut se prévaloir de sa bonne foi. Que l'on aborde cette situation 1093

²³³² LIENHARD, N 233 (qui considère toutefois que le principe d'imputation ne s'applique pas dans le cadre de la maxime inquisitoire sociale ; voir LIENHARD N 536) ; LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, p. 1637 ; SARBACH, p. 139 ss.

²³³³ N 360 ss.

²³³⁴ Voir SARBACH, p. 137 s.

²³³⁵ FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 89 s. ; BK ZPO-HURNI, art. 56 N 31 ; LIENHARD, N 233 ; MEIER R., N 31 ; SARBACH, p. 137 s. ; OFK ZPO-SARBACH, art. 56 N 2.

²³³⁶ SARBACH, p. 135 ; voir également FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 89.

²³³⁷ FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 88 s. ; MORDASINI-ROHNER, N 278. Ces deux auteur·e·s tirent cette approche de LIEBER, p. 168 s.

sous l'angle de la bonne foi ou de la négligence, le raisonnement est donc le même.

2. Accessibilité de la procédure

1094 Une autre fonction du devoir d'interpellation – simple²³³⁸ ou renforcé²³³⁹ – est de faire en sorte que les parties laïques puissent mener leur procès sans représentation. Ce but est encore plus marqué dans le cadre de la maxime inquisitoire sociale, qui doit garantir l'égalité entre les parties au procès²³⁴⁰ en permettant notamment aux parties d'agir seules²³⁴¹. Le fait d'apporter une aide plus conséquente aux parties sans connaissances juridiques et sans représentation dans le procès s'inscrit donc dans cet objectif²³⁴².

1095 SARBACH souligne notamment que la procédure civile suisse ne connaît pas d'*Anwaltszwang*²³⁴³ (à ce sujet, voir N 448). Afin de ne pas se retrouver avec un *Anwaltszwang* de fait, il est nécessaire d'aménager la procédure pour permettre aux parties d'agir seules, notamment en prévoyant un devoir d'interpellation large pour celles-ci²³⁴⁴. LIENHARD indique aussi que, de manière générale, la conduite matérielle du procès sert à compenser l'absence d'*Anwaltszwang*²³⁴⁵.

²³³⁸ SHK ZPO-AFFENTRAGER, art. 56 N 4 ; BOHNET, Allégation et contestation, N 17 ; BOHNET/JEANNIN, p. 247 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 56 N 1 ; SIX, p. 100 s. ; SUTTER-SOMM, N 343 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/GRIEDER, art. 56 N 11 ; WILDHABER BOHNET, N 1 et 25.

²³³⁹ PC CPC-HEINZMANN, art. 247 N 1 ; LIENHARD, N 394 ; CR CPC-TAPPY, art. 247 N 7 ; voir également WILDHABER BOHNET, N 1 et 54.

²³⁴⁰ ATF 141 III 569 cons. 2.3.1 ; ATF 125 III 231 cons. 4a, JdT 2000 I p. 625 ; arrêt du TF 4A_474/2022 du 16 février 2023 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_200/2022 du 9 juin 2022 cons. 3.3 ; arrêt du TF 4A_563/2019 du 14 juillet 2020 cons. 4.2, non publié in : ATF 146 III 339 ; arrêt du TF 4A_415/2015 du 22 août 2016 cons. 3.4 ; arrêt du TF 4A_476/2015 du 11 janvier 2016 cons. 3.

²³⁴¹ ATF 142 III 402 cons. 2.1 ; arrêt du TF 4A_522/2008 du 3 septembre 2009 cons. 3.4 ; arrêt du TF 4C.143/2002 du 31 mars 2003 cons. 3 ; BOHNET/JEANNIN, p. 230 s. ; PC CPC-CHABLOZ, art. 55 N 28 ; HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 339 ; JEANNIN, N 156 ; MORDASINI-ROHNER, N 368 ; SK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 62.

²³⁴² Voir notamment SARBACH, p. 143 ; *contra* : LIENHARD, N 224 et 530.

²³⁴³ SARBACH, p. 64.

²³⁴⁴ SARBACH, p. 64 et 139 s. ; voir également PC CPC-CHABLOZ, art. 56 N 1 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 56 N 11.

²³⁴⁵ LIENHARD, N 27.

Une partie de la doctrine évoque également la fonction de « transformation » (*Transformationsfunktion*) du devoir d'interpellation²³⁴⁶. Celui-ci doit servir à traduire la volonté d'une partie formulée en langage courant dans la forme procédurale correcte²³⁴⁷. Dans la mesure où l'expression d'une volonté dans le langage juridique adéquat nécessite d'avoir un minimum de connaissances en droit²³⁴⁸, cette fonction sert avant tout les parties laïques et non représentées. 1096

HAUCK indique que la procédure simplifiée a été conçue comme « facile d'accès et proche du justiciable »²³⁴⁹. Pour qu'elle le soit réellement, le devoir d'interpellation renforcé est une nécessité, car une partie laïque ne peut que difficilement évaluer si ses allégués et offres de preuves sont suffisants²³⁵⁰. 1097

Ces arguments sont pertinents et permettent également d'expliquer pourquoi l'intervention du tribunal est plus importante lorsque la partie n'est pas représentée professionnellement. 1098

3. Stratégie procédurale ?

TAPPY est d'avis que l'on peut « généralement admettre » qu'un·e avocat·e qui n'allègue pas certains faits ou ne propose pas certaines preuves agit volontairement de la sorte²³⁵¹. Il ne s'agirait pas d'une négligence, mais d'un comportement adopté pour des raisons de tactique procédurale²³⁵². Il estime ainsi que « s'il se justifie que tant le devoir d'interpellation que l'obligation d'instruire d'office soient limités en pratique lorsqu'une partie à un représentant professionnel a des inadvertances manifestes ou des lacunes évidentes [*sic*], c'est parce qu'il faut présumer que celles-ci sont délibérées, et non pour infliger une sorte de punition à celui qui serait mal assisté »²³⁵³. 1099

Nous ne partageons pas entièrement l'avis de TAPPY. Il est certainement possible qu'un·e avocat·e décide volontairement de ne pas alléguer certains faits pour des raisons de stratégie procédurale. Toutefois, considérer qu'il s'agit du motif pour lequel le tribunal doit adapter son comportement face à une partie représentée professionnellement nous paraît aller trop loin. Cet argument ne 1100

²³⁴⁶ MORDASINI-ROHNER, N 79 ; SARBACH, p. 59.

²³⁴⁷ MORDASINI-ROHNER, N 79 ; SARBACH, p. 59 s.

²³⁴⁸ SARBACH, p. 60.

²³⁴⁹ SK ZPO-HAUCK, art. 247 N 7.

²³⁵⁰ SK ZPO-HAUCK, art. 247 N 7 ; voir Message CPC, FF 2006 p. 6863.

²³⁵¹ CR CPC-TAPPY, art. 247 N 27.

²³⁵² CR CPC-TAPPY, art. 247 N 27.

²³⁵³ CR CPC-TAPPY, art. 247 N 27.

trouve d'ailleurs pas d'appui dans la jurisprudence ou les travaux préparatoires du CPC.

- 1101 Du reste, on ne peut exclure que même une partie non représentée s'abstienne volontairement d'alléguer certains faits ou de proposer certains moyens de preuve.

II. Délais de procédure

- 1102 Au cours d'un procès civil, divers délais de procédure s'imposent aux parties. Ils peuvent être prévus par les lois de procédures (délais légaux ; par exemple le délai de 30 jours pour introduire un recours de l'art. 321 al. 1 CPC) ou fixés par le tribunal (délais judiciaires ; par exemple le délai imparti par le tribunal pour fournir l'avance de frais selon l'art. 101 al. 1 CPC). Le délai pour exercer son droit de réplique inconditionnel constitue à cet égard un cas particulier, étant donné qu'il résulte de la jurisprudence (voir N 1132).
- 1103 Si une partie effectue un acte de procédure hors délai, elle est défaillante (art. 147 al. 1 CPC). Les conséquences de ce défaut sont variables (voir art. 147 al. 2 CPC) et peuvent parfois être lourdes. Ainsi, si une avance de frais requise suite au dépôt d'une demande n'est pas fournie dans le délai imparti, le tribunal n'entrera pas en matière (art. 101 al. 3 CPC) et déclarera la demande irrecevable.
- 1104 Dans la plupart des cas, l'inobservation d'un délai est traitée de la même façon que la partie concernée soit représentée professionnellement ou non. Il en va toutefois différemment dans certaines situations. Nous avons choisi d'en présenter deux : l'hypothèse dans laquelle une décision contient une erreur dans les voies de droit (A) et le cas du droit de réplique inconditionnel (B).

A. Délai de recours ou d'appel, indication erronée ou absente

1. Principe

- 1105 Selon l'art. 238 let. f CPC, toute décision doit indiquer les voies de recours si les parties n'ont pas renoncé à recourir. Ces informations doivent être suffisamment précises ; le tribunal ne peut pas se contenter de reproduire tous les articles du CPC sur les voies de recours sans donner aucune information

concernant le cas d'espèce²³⁵⁴. L'art. 112 al. 1 let. d LTF prévoit également une obligation d'indiquer les voies de droit pour les décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral.

Selon la jurisprudence, si l'indication des voies de droit contient une erreur, il ne doit pas en résulter de préjudice pour la partie²³⁵⁵. Ce principe est exprimé à l'art. 49 LTF²³⁵⁶ (« [u]ne notification irrégulière, notamment en raison de l'indication inexacte ou incomplète des voies de droit ou de l'absence de cette indication si elle est prescrite, ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties »).

La partie peut ainsi invoquer sa bonne foi si le délai indiqué est trop long et qu'elle se fie à cette information²³⁵⁷. Il en va de même si l'erreur concerne l'autorité compétente²³⁵⁸ ou la voie de droit permettant de contester la décision²³⁵⁹ (N 1174). Cette jurisprudence est ancienne : dans un arrêt de 1950, le Tribunal fédéral avait déjà jugé que la confiance placée par un justiciable dans l'indication erronée d'un délai de recours était protégée²³⁶⁰.

Il importe peu de savoir si l'autorité a fait une erreur par inadvertance ou si elle était convaincue d'avoir communiqué la bonne voie de droit²³⁶¹. Précisons également qu'une erreur ne peut jamais avoir pour effet de créer une voie de droit qui n'existe pas²³⁶².

²³⁵⁴ Arrêt du TF 4A_475/2018 du 12 septembre 2019 cons. 5.1, non publié in : ATF 145 III 469 ; CR CPC-TAPPY, art. 238 N 11.

²³⁵⁵ ATF 138 I 49 cons. 8.3.2 ; ATF 135 III 374 cons. ATF 117 Ia 297 cons. 2 ; arrêt du TF 4A_573/2021 du 17 mai 2022 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_261/2020 du 27 août 2020 cons. 5.2.

²³⁵⁶ Arrêt du TF 5A_139/2021 du 13 juillet 2021 cons. 3.2.1 ; Commentaire LTF-FRÉSARD, art. 49 N 1.

²³⁵⁷ ATF 138 I 49 cons. 8.3.2 ; ATF 117 Ia 297 cons. 2 ; arrêt du TF 4A_573/2021 du 17 mai 2022 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_261/2020 du 27 août 2020 cons. 5.2.

²³⁵⁸ ATF 117 Ia 297 cons. 2 ; ABBET, p. 242 ; Commentaire LTF-FRÉSARD, art. 49 N 7.

²³⁵⁹ ATF 117 Ia 297 cons. 2 ; arrêt du TF 4D_32/2021 du 27 octobre 2021 cons. 5.2 ; arrêt du TF 5A_46/2020 du 17 novembre 2020 cons. 3 et 4 ; Commentaire LTF-FRÉSARD, art. 49 N 7 ; CR CPC-TAPPY, art. 238 N 12.

²³⁶⁰ ATF 76 I 187 cons. D ; voir également WEBER-DÜRLER, Falsche Auskunft, p. 1.

²³⁶¹ Arrêt du TF 5A_261/2020 du 27 août 2020 cons. 5.2 ; arrêt du TF 5A_120/2016 du 26 mai 2016 cons. 2.2.

²³⁶² ATF 135 III 470 cons. 1.2, JdT 2012 II p. 552 ; ATF 129 III 88 cons. 2.1 ; ATF 117 Ia 297 cons. 2 ; arrêt du TF 5A_37/2013 du 1^{er} février 2013 cons. 2 ; SHK BGG-GÜNGERICH, art. 49 N 4 ; WEBER-DÜRLER, Neure Entwicklung, p. 293.

2. En cas de représentation professionnelle

a. Jurisprudence

(i) Principe

- 1109 La protection de la bonne foi ne s'applique pas si l'erreur a été décelée, ou aurait dû être décelée compte tenu des circonstances²³⁶³. Le comportement de la partie ou de la personne qui la représente doit constituer une négligence grossière²³⁶⁴. Le Tribunal fédéral retient que les connaissances juridiques de la personne concernée doivent être prises en compte²³⁶⁵.
- 1110 De ce fait, lorsque la partie est représentée par un·e avocat·e, sa bonne foi ne peut pas être invoquée si l'erreur dans les voies de droit était décelable à la lecture de la loi²³⁶⁶. En revanche, si l'erreur n'est identifiable qu'après consultation de la jurisprudence et/ou de la doctrine, la bonne foi est protégée²³⁶⁷.

²³⁶³ ATF 138 I 49 cons. 8.3.2 ; ATF 135 III 374 cons. 1.2.2.1 ; arrêt du TF 1F_17/2023 du 16 août 2023 cons. 5 ; arrêt du TF 4A_573/2021 du 17 mai 2022 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_72/2021 du 1^{er} juillet 2021 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_261/2020 du 27 août 2020 cons. 5.2 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 41 N 27.

²³⁶⁴ ATF 138 I 49 cons. 8.3.2 ; ATF 135 III 374 cons. 1.2.2.1 ; arrêt du TF 1F_17/2023 du 16 août 2023 cons. 5 ; arrêt du TF 4A_573/2021 du 17 mai 2022 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_350/2021 du 17 mai 2021 cons. 5 ; arrêt du TF 5A_72/2021 du 1^{er} juillet 2021 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_261/2020 du 27 août 2020 cons. 5.2 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 41 N 27.

²³⁶⁵ ATF 138 I 49 cons. 8.3.2 ; ATF 135 III 374 cons. 1.2.2.2 ; arrêt du TF 1F_17/2023 du 16 août 2023 cons. 5 ; arrêt du TF 4A_573/2021 du 17 mai 2022 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_72/2021 du 1^{er} juillet 2021 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_261/2020 du 27 août 2020 cons. 5.2.

²³⁶⁶ ATF 141 III 270 cons. 3.3 ; ATF 138 I 49 cons. 8.3.2 ; ATF 135 III 374 cons. 1.2.2.1 ; arrêt du TF 1F_17/2023 du 16 août 2023 cons. 5 ; arrêt du TF 4A_573/2021 du 17 mai 2022 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_350/2021 du 17 mai 2021 cons. 5 ; arrêt du TF 5A_261/2020 du 27 août 2020 cons. 5.2.

²³⁶⁷ ATF 141 III 270 cons. 3.3 ; ATF 138 I 49 cons. 8.3.2 ; ATF 117 Ia 297 cons. 2 ; arrêt du TF 1F_17/2023 du 16 août 2023 cons. 5 ; arrêt du TF 4A_573/2021 du 17 mai 2022 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_350/2021 du 17 mai 2021 cons. 5 ; arrêt du TF 5A_261/2020 du 27 août 2020 cons. 5.2.

- Ces principes sont également valables lorsque la partie a elle-même une formation juridique ou si elle a déjà participé à des procédures judiciaires et est censée, pour cette raison, connaître le délai de recours applicable²³⁶⁸. 1111
- Le Tribunal fédéral relève en particulier que les exigences sont « naturellement plus élevées » à l'égard des avocats²³⁶⁹. Ces professionnels doivent dans tous les cas examiner sommairement la question du délai de recours²³⁷⁰. 1112
- Lorsque la partie n'est pas représentée par un avocat et ne possède pas de connaissances juridiques particulières, elle n'est pas tenue de vérifier si le délai de recours indiqué est correct²³⁷¹. Elle est donc protégée dans sa bonne foi si elle se fie à l'indication des voies de recours de la décision attaquée²³⁷². 1113
- À noter que dans un arrêt de 2007, le Tribunal fédéral avait indiqué que la jurisprudence relative à la bonne foi en matière d'indication erronée du délai de recours ne faisait pas de distinction entre la partie représentée et celle qui agit seule²³⁷³. Il avait de ce fait refusé d'entrer en matière sur le recours tardif que la recourante avait rédigé seule²³⁷⁴. Cette décision, critiquée par la doctrine²³⁷⁵, a 1114

²³⁶⁸ ATF 135 III 374 cons. 1.2.2.2 ; arrêt du TF 5A_72/2021 du 1^{er} juillet 2021 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_139/2021 du 13 juillet 2021 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 4A_475/2018 du 12 septembre 2019 cons. 5.1, non publié in : ATF 145 III 469.

²³⁶⁹ ATF 138 I 49 cons. 8.3.2 ; arrêt du TF 4A_573/2021 du 17 mai 2022 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_261/2020 du 27 août 2020 cons. 5.2 ; arrêt du TF 5A_79/2019 du 21 novembre 2019 cons. 4.2 ; arrêt du TF 5A_878/2014 du 17 juin 2015 cons. 3.2, non publié in : ATF 141 III 270.

²³⁷⁰ ATF 138 I 49 cons. 8.3.2 ; arrêt du TF 4A_573/2021 du 17 mai 2022 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_350/2021 du 17 mai 2021 cons. 5 ; arrêt du TF 5A_79/2019 du 21 novembre 2019 cons. 4.2 ; arrêt du TF 5A_878/2014 du 17 juin 2015 cons. 3.2, non publié in : ATF 141 III 270.

²³⁷¹ ATF 135 III 374 cons. 1.2.2.2 ; arrêt du TF 5A_590/2022 du 15 août 2022 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_72/2021 du 1^{er} juillet 2021 cons. 3.2.

²³⁷² ATF 135 III 374 cons. 1.2.2.2 ; arrêt du TF 5A_72/2021 du 1^{er} juillet 2021 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_139/2021 du 13 juillet 2021 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 4A_475/2018 du 12 septembre 2019 cons. 5.1.

²³⁷³ Arrêt du TF 5A_401/2007 du 29 août 2007 cons. 4.2, JdT 2007 I p. 628. L'affirmation selon laquelle la jurisprudence antérieure ne faisait pas de distinction sur la base de la représentation professionnelle des parties est discutable. Dans l'ATF 117 Ia 421 cons. 2b, JdT 1994 I p. 550, le Tribunal fédéral avait clairement pris en compte le fait que la partie était représentée par un avocat.

²³⁷⁴ Arrêt du TF 5A_401/2007 du 29 août 2007 cons. 4.2 et 5, JdT 2007 I p. 628.

²³⁷⁵ N 1123.

ensuite été portée devant la CourEDH. Celle-ci a conclu en 2014 à une violation de l'art. 6 par. 1 CEDH²³⁷⁶.

- 1115 Lorsque la décision ne contient aucune voie de droit, elle n'est pas nulle²³⁷⁷ ; la situation s'analyse également selon le principe de la bonne foi²³⁷⁸. Il faut donc déterminer si la partie était en mesure de déterminer le délai de recours applicable malgré l'absence de renseignement à cet égard²³⁷⁹. Une partie sans connaissances juridiques ne saurait toutefois recourir dans n'importe quel délai²³⁸⁰. Le Tribunal fédéral considère que tout individu sait qu'une décision qui n'est pas contestée devient définitive après l'expiration d'un certain temps²³⁸¹. Il est de ce fait attendu de la partie qu'elle s'informe – auprès d'un·e avocat·e ou de l'autorité ayant rendu la décision – de la procédure à suivre pour contester la décision²³⁸².

(ii) *Exception*

- 1116 Il existe cependant une exception aux principes susmentionnés : le Tribunal fédéral considère qu'aucune différence de traitement ne doit être opérée entre partie représentée et non représentée lorsque les voies de droit ne mentionnent pas la *non-suspension d'un délai*.
- 1117 Cette exception résulte de l'ATF 139 III 78, dans lequel le Tribunal fédéral a précisé la portée de l'art. 145 al. 3 CPC, qui prescrit au tribunal de rendre les parties attentives aux délais qui ne sont pas suspendus pendant les fêtes. Le Tribunal fédéral a jugé que cette disposition constituait une règle de validité²³⁸³. Le tribunal doit ainsi mentionner dans les voies de droit d'une décision rendue en procédure sommaire que le délai de recours continue à courir pendant les

²³⁷⁶ Arrêt de la CourEDH *Gajani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 77. Pour des détails au sujet de cette décision, voir N 1325 ss.

²³⁷⁷ Arrêt du TF 5A_120/2012 du 21 juin 2012 cons. 4.1.

²³⁷⁸ Arrêt du TF 2C_1052/2021 du 27 décembre 2022 cons. 4.4 ; arrêt du TF 4A_475/2018 du 12 septembre 2019 cons. 5.1, non publié in : ATF 145 III 469 ; Commentaire LTF-FRÉSARD, art. 49 N 15 ; WEBER-DÜRLER, *Neuere Entwicklung*, p. 294.

²³⁷⁹ Arrêt du TF 5A_120/2012 du 21 juin 2012 cons. 4.1.

²³⁸⁰ ATF 119 IV 330 cons. 1c ; arrêt du TF 5A_439/2013 du 3 décembre 2013 cons. 1.3.2 ; Commentaire LTF-FRÉSARD, art. 49 N 15 ; WEBER-DÜRLER, *Neuere Entwicklung*, p. 294.

²³⁸¹ ATF 119 IV 330 cons. 1c ; voir également SK ZPO-STAEHELIN, art. 238 N 28.

²³⁸² ATF 119 IV 330 cons. 1c ; Commentaire LTF-FRÉSARD, art. 49 N 15.

²³⁸³ ATF 139 III 78 cons. 5.4.3.

féries²³⁸⁴. En l'absence d'indication, le délai est suspendu²³⁸⁵. Le Tribunal fédéral a souligné qu'il importait peu de savoir si la partie était représentée par un·e avocat·e lorsque l'art. 145 al. 3 CPC s'appliquait²³⁸⁶. Il ne fallait donc pas examiner si la partie avait décelé l'erreur ou aurait dû la déceler compte tenu des circonstances²³⁸⁷.

(iii) *Changement de jurisprudence ?*

Dans un arrêt non publié de 2022, le Tribunal fédéral est revenu sur la jurisprudence mentionnée au N 1110, selon laquelle une partie représentée par un·e avocat·e est protégée dans sa bonne foi lorsque le délai de recours indiqué dans la décision contestée est inexact et que le délai correct ressort de la jurisprudence ou de la doctrine, mais pas s'il résulte de la loi. 1118

Il a estimé que cette jurisprudence ne pouvait s'appliquer sans nuances ; ainsi, pour déterminer si la bonne foi est protégée, les circonstances concrètes devaient être prises en compte²³⁸⁸. Dans le cas d'espèce, il a estimé que la partie – représentée par un avocat – ne pouvait se prévaloir de sa bonne foi, et ce malgré le fait que le délai applicable (10 jours, et non 30 jours comme indiqué dans la décision attaquée) ne ressortait pas de la seule lecture de la loi²³⁸⁹. Il a considéré que le délai applicable avait été clarifié dans un ATF récent (2020) et que, selon la jurisprudence fédérale en matière de responsabilité contractuelle, les avocat·e·s doivent connaître la jurisprudence publiée aux ATF²³⁹⁰. De ce fait, la partie, par son avocat, aurait dû se rendre compte de l'erreur figurant dans les voies de droit et ne peut être protégée dans sa bonne foi²³⁹¹. 1119

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral s'écarte d'une jurisprudence pourtant bien établie et se montre plus strict à l'égard des avocat·e·s²³⁹². Cette décision n'est cependant pas destinée à être publiée, de sorte que l'on peut se demander si elle restera isolée ou si elle entraînera un véritable changement de jurisprudence²³⁹³. 1120

²³⁸⁴ ATF 139 III 78 cons. 5.2 et 5.4.3.

²³⁸⁵ ATF 139 III 78 cons. 5.4.3.

²³⁸⁶ ATF 139 III 78 cons. 5.4.1.

²³⁸⁷ ATF 139 III 78 cons. 5.4.3.

²³⁸⁸ Arrêt du TF 4A_573/2021 du 17 mai 2022 cons. 4.

²³⁸⁹ Arrêt du TF 4A_573/2021 du 17 mai 2022 cons. 4.

²³⁹⁰ Arrêt du TF 4A_573/2021 du 17 mai 2022 cons. 4.

²³⁹¹ Arrêt du TF 4A_573/2021 du 17 mai 2022 cons. 4.

²³⁹² PERCASSI, Note 4A_573/2021, p. 394.

²³⁹³ PERCASSI, Note 4A_573/2021, p. 394.

1121 Par ailleurs, motif avancé par le Tribunal fédéral pour expliquer ce changement de jurisprudence – qui est fondé sur les principes valables en matière de responsabilité de l’avocat·e·s – peine toutefois à convaincre²³⁹⁴. En effet, dans les cas où les voies de droit sont inexactes, l’avocat·e est induit·e en erreur par une indication de l’autorité²³⁹⁵. À notre sens, cette circonstance doit être prise en compte et justifie de ne pas appliquer les principes valables en matière de responsabilité contractuelle dans l’hypothèse d’une erreur dans les voies de droit²³⁹⁶.

b. Avis doctrinaux

1122 WEBER-DÜRLER approuve la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral. Elle considère qu’il est raisonnable d’exiger de l’avocat·e une consultation de la loi, mais pas de la jurisprudence ou de la doctrine²³⁹⁷. SPÜHLER va dans le même sens : il estime qu’un tribunal cantonal qui ne fait pas application de la jurisprudence fédérale exposée ci-dessus et entre en matière est trop généreux²³⁹⁸. En revanche, pour BLICKENSTORFER, l’approche du Tribunal fédéral est trop sévère envers les parties représentées professionnellement : l’indication des voies de droit doit être une aide et non un piège²³⁹⁹. HOFMANN/LÜSCHER sont également d’avis que cette jurisprudence est stricte, et qu’elle revient à sanctionner la partie alors que le tribunal inférieur s’est lui-même trompé²⁴⁰⁰.

1123 S’agissant de l’arrêt TF 5A_401/2007 (N 1114, dans lequel le Tribunal fédéral avait indiqué qu’en matière d’indication erronée des voies de recours, la jurisprudence ne distinguait pas entre une partie représentée et une partie qui agit seule), une partie de la doctrine estime qu’il est trop sévère²⁴⁰¹. Il semble donc qu’elle considère qu’une partie laïque procédant seule doit être traitée différemment d’une partie représentée professionnellement. À l’inverse, REETZ considère que cette décision est juste. Pour cet auteur, on peut exiger d’une partie laïque s’épargnant des frais d’avocat·e qu’elle consulte les textes de loi,

²³⁹⁴ PERCASSI, Note 4A_573/2021, p. 394.

²³⁹⁵ PERCASSI, Note 4A_573/2021, p. 394.

²³⁹⁶ PERCASSI, Note 4A_573/2021, p. 394.

²³⁹⁷ WEBER-DÜRLER, Falsche Auskünfte, p. 15.

²³⁹⁸ SPÜHLER, p. 164.

²³⁹⁹ DK ZPO-BLICKENSTORFER, Intro. art. 308-344 nbp 129.

²⁴⁰⁰ HOFMANN/LÜSCHER, p. 43 ; voir également LÜSCHER, p. 207.

²⁴⁰¹ MEIER I., p. 525 nbp 955 ; SGK BV-ROHNER, art. 9 N 42 ; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, art. 238 N 19 ; voir également BOHNET, Note 5A_401/2007, p. 22 ; SCHWEIZER, p. 22 s.

ceux-ci étant faciles à trouver²⁴⁰². Avec sa jurisprudence actuelle, le Tribunal fédéral a selon lui créé un véritable *Laienbonus*²⁴⁰³.

TAPPY qualifie la jurisprudence relative aux voies de droit erronées de restrictive²⁴⁰⁴. Il considère néanmoins qu'elle devrait être transposable au cas où l'erreur réside dans l'oubli de l'indication de la non-suspension des délais²⁴⁰⁵, exprimant ainsi un avis allant à l'encontre de la solution retenue dans l'ATF 139 III 78. Il avait déjà relevé en 2013 que cet ATF n'était pas cohérent avec les arrêts rendus auparavant en matière de voies de recours erronées et plaidait déjà pour une solution uniforme²⁴⁰⁶. Il avait alors également évoqué la possibilité d'harmoniser la jurisprudence en « infléchissant [...] la rigueur montrée jusqu'à présent en cas d'indication erronée des voies de droit »²⁴⁰⁷. L'ATF 139 III 78 est en revanche approuvé par SCHUMACHER. Il considère que grâce à cette jurisprudence, la partie représentée par un·e avocat·e « n'est plus discriminée »²⁴⁰⁸.

LIENHARD se prononce sur le cas où la mauvaise voie de droit a été choisie²⁴⁰⁹. Dans la mesure où les principes applicables sont les mêmes que l'erreur porte sur le délai ou la voie de droit²⁴¹⁰, son opinion est pertinente dans le présent contexte. Cet auteur est d'avis qu'en cas d'indication erronée des voies de recours, le manque de diligence de l'avocat·e doit être imputé à la partie si la maxime des débats (avec devoir d'interpellation simple ou renforcé) s'applique, mais pas si la procédure est soumise à la maxime inquisitoire sociale simple ou illimitée²⁴¹¹. Il justifie sa position par le fait que la maxime inquisitoire sociale sert à protéger la partie socialement faible²⁴¹² et que la maxime inquisitoire illimitée vise à protéger le bien de l'enfant²⁴¹³.

²⁴⁰² SK ZPO-REETZ, Intro. art. 308-318 N 25.

²⁴⁰³ SK ZPO-REETZ, Intro. art. 308-318 N 25.

²⁴⁰⁴ CR CPC-TAPPY, art. 145 N 16.

²⁴⁰⁵ CR CPC-TAPPY, art. 145 N 16.

²⁴⁰⁶ TAPPY, Le procès civil, p. 1584.

²⁴⁰⁷ TAPPY, Le procès civil, p. 1584.

²⁴⁰⁸ SCHUMACHER, p. 134.

²⁴⁰⁹ LIENHARD, N 751 ss.

²⁴¹⁰ Voir N 1107 et N 1174.

²⁴¹¹ LIENHARD, N 754. Au sujet des différentes maximes qui peuvent s'appliquer en procédure civile, voir N 1040 ss.

²⁴¹² LIENHARD, N 754 *cum* N 538.

²⁴¹³ LIENHARD, N 754 *cum* N 701.

c. Justification de la différence de traitement

- 1126 Comme on l'a vu, le Tribunal fédéral fait une différence de traitement entre la partie représentée professionnellement et celle qui ne l'est pas sur la base de la bonne foi. En lien avec cette garantie, le Tribunal fédéral a développé des principes applicables à l'ensemble de l'activité de l'État. Selon une jurisprudence constante et générale, l'art. 9 Cst. (art. 4 aCst.) protège la confiance que les justiciables placent dans les assurances données par les autorités²⁴¹⁴. Cette disposition requiert de déterminer si la personne concernée pouvait légitimement se fier aux informations données par l'autorité²⁴¹⁵. Les connaissances et les compétences de cette personne doivent être prises en compte dans cette analyse²⁴¹⁶. Cette approche est valable en matière d'indication des voies de recours : d'une part, le principe de la bonne foi s'applique en procédure (art. 52 CPC, 5 al. 3 et 9 Cst. et 2 CC)²⁴¹⁷ et, d'autre part, l'indication des voies de droit par un tribunal est considérée comme une assurance de l'autorité²⁴¹⁸. Une personne qui n'a pas de connaissances en droit et qui se fie à un délai de recours erroné est donc plus souvent protégée dans sa bonne foi qu'une personne au bénéfice d'une formation juridique.
- 1127 Vu le principe d'imputation, les connaissances et le comportement d'un·e représentant·e professionnel·le sont imputés à la partie laïque²⁴¹⁹. De ce fait, cette dernière n'est pas protégée dans sa bonne foi si la personne qui la représente aurait dû se rendre compte de l'erreur dans les voies de droit. Elle se trouve par conséquent moins bien placée que si elle avait agi seule.

²⁴¹⁴ ATF 137 I 69 cons. 2.5.1, JdT 2011 I p. 111 ; ATF 131 II 627 cons. 6.1 ; ATF 117 Ia 297 cons. 2 ; ATF 117 Ia 421 cons. 2a, JdT 1994 I p. 550 ; Commentaire LTF-FRÉSARD, art. 49 N 6 ; MALINVERNI et al., N 1297 ; SGK BV-ROHNER, art. 9 N 40 et 48.

²⁴¹⁵ ATF 137 I 69 cons. 2.5.1, JdT 2011 I p. 111 ; ATF 129 I 161 cons. 4.1, JdT 2004 I p. 725.

²⁴¹⁶ ATF 137 I 69 cons. 2.5.2, JdT 2011 I p. 111 (dans lequel le Tribunal fédéral a souligné qu'il fallait se placer du point de vue du recourant – un étudiant en musique – et non d'un juriste pour savoir si la protection de la bonne foi s'appliquait).

²⁴¹⁷ Voir art. 52 CPC (« [q]uiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi ») ; ATF 132 I 249 cons. 5 ; arrêt de l'OG/ZH PQ210071-O/U du 17 novembre 2021 cons. IV.1, RSJ 2022 p. 780 ; ABBET, p. 221 s. ; CR CPC-BOHNET, art. 52 N 3 et 5 ; PC CPC-CHABLOZ, art. 52 N 1 et 3 ; DK ZPO-GÖKSU, art. 52 N 1 ss.

²⁴¹⁸ Voir ATF 119 IV 330 cons. 1c ; ATF 118 Ib 326 cons. 1c ; ATF 117 Ia 297 cons. 2 ; ATF 117 Ia 421 cons. 2a, JdT 1994 I p. 550 ; DK ZPO-GÖKSU, art. 52 N 17 ; dans ce sens également : ABBET, p. 241 s. ; PC CPC-CHABLOZ, art. 52 N 14 s. ; BSK BV-TSCHENTSCHER, art. 9 N 19.

²⁴¹⁹ Voir WEBER-DÜRLER, *Neuere Entwicklung*, p. 292.

d. Modification du CPC

Dans le cadre de la modification du CPC, il a été décidé d'ajouter un deuxième alinéa à l'art. 52 al. 2 CPC, dont la teneur est la suivante : « Les indications erronées relatives aux voies de droit sont opposables à tous les tribunaux dans la mesure où elles sont avantageuses pour la partie qui s'en prévaut ». L'expression « voies de droit » utilisée dans ce nouvel alinéa inclut les délais²⁴²⁰. 1128

Il a été souligné que cette disposition allait s'appliquer qu'une partie soit représentée professionnellement ou non²⁴²¹. Rappelons que, selon la règle jurisprudentielle actuelle, la protection de la bonne foi est exclue lorsque l'erreur est décelable à la lecture de la loi et que la partie est représentée professionnellement ou a elle-même des connaissances juridiques et/ou de l'expérience en procédure²⁴²². Le nouvel art. 52 al. 2 CPC mettrait donc les parties laïques représentées professionnellement et non représentées sur un pied d'égalité. 1129

À notre avis, ce nouvel alinéa n'est pas entièrement satisfaisant. Premièrement, il introduit dans le CPC une règle inconnue des autres lois de procédure²⁴²³. 1130
 Secondement, il semble qu'il ait également vocation à s'appliquer lorsque les voies de droit erronées figurent dans une décision susceptible de recours devant le Tribunal fédéral²⁴²⁴. On peut donc se demander si les voies de droit lieraient le Tribunal fédéral, alors même que la procédure est régie par la LTF devant lui²⁴²⁵. Si l'art. 52 al. 2 CPC devait prévaloir, la jurisprudence actuelle continuerait toutefois à s'appliquer dans les recours en matière pénale et les recours en matière de droit public, ce qui conduirait à des solutions différentes selon les matières²⁴²⁶.

²⁴²⁰ BO/CN 2023 p. 215 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 43.

²⁴²¹ BO/CN 2023 p. 215 ; BO/CN 2022 p. 2254 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 43.

²⁴²² Voir N 1109 ss.

²⁴²³ PERCASSI, Note 4A_573/2021, p. 394.

²⁴²⁴ PERCASSI, Note 4A_573/2021, p. 395.

²⁴²⁵ PERCASSI, Note 4A_573/2021, p. 395. En particulier, l'art. 49 LTF s'applique devant le Tribunal fédéral ; lorsqu'il fait usage de cette disposition, le Tribunal fédéral se réfère à la jurisprudence relative à la bonne foi exposée ci-dessus et opère une distinction selon qu'une partie est représentée professionnellement ou non (voir notamment ATF 135 III 374 cons. 1.2.2.2 ; arrêt du TF 5A_72/2021 du 1^{er} juillet 2021 cons. 3.2).

²⁴²⁶ PERCASSI, Note 4A_573/2021, p. 395.

B. Droit de réplique inconditionnel

1. Principe

1131 Toute partie à une procédure judiciaire possède un droit inconditionnel – déduit des art. 29 al. 2 Cst. et 6 par. 1 CEDH – à prendre position sur l’ensemble des actes du tribunal ou de la partie adverse²⁴²⁷. Les parties peuvent exercer ce droit indépendamment de savoir si le tribunal a ordonné un échange d’écritures²⁴²⁸.

2. En cas de représentation professionnelle

a. Jurisprudence

1132 Le Tribunal fédéral a jugé qu’une partie représentée par un·e avocat·e²⁴²⁹ ou représentée par une personne au bénéfice de bonnes connaissances en droit²⁴³⁰ est censée connaître l’existence du droit de réplique, de sorte qu’un délai pour exercer celui-ci n’a pas à lui être fixé. Il en va de même lorsqu’une partie qui possède elle-même une formation juridique²⁴³¹ ou a procédé seule dans plusieurs procédures par le passé²⁴³². Dans ces situations, le tribunal peut alors se contenter de transmettre les actes « pour information »²⁴³³. Il appartient à la

²⁴²⁷ Arrêt de la CourEDH *Joos c. Suisse* du 15 novembre 2012, no 43245/07, § 27 ; arrêt de la CourEDH *Schaller-Bossert c. Suisse* du 28 octobre 2010, no 41718/05, § 39 ; ATF 146 III 97 cons. 3.4.2 ; ATF 144 III 117 cons. 2.1 ; ATF 138 I 154 cons. 2.3.3 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 41 N 45.

²⁴²⁸ ATF 138 I 484 cons. 2.2 ; BOHNET, Droit de réplique, N 12.

²⁴²⁹ ATF 138 I 484 cons. 2.5 ; arrêt du TF 4A_548/2022 du 6 janvier 2023 cons. 2 ; arrêt du TF 2C_761/2021 du 14 juillet 2022 cons. 2.1 ; arrêt du TF 1C_69/2022, 1C_70/2022, 1C_72/2022 du 8 mars 2022 cons. 2.1 ; arrêt du TF 1C_396/2020 du 16 octobre 2020 cons. 2.1 ; arrêt du TF 4A_558/2016 du 3 février 2017 cons. 4.

²⁴³⁰ Arrêt du TF 5A_897/2015 du 1^{er} février 2016 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 2C_761/2021 du 14 juillet 2022 cons. 2.1 ; voir également arrêt du TF 5A_905/2016 du 30 mars 2017 cons. 2.2, où le Tribunal fédéral a tenu compte du fait que la recourante – sans être représentée par un·e avocat·e – avait eu recours au service d’un juriste pour rédiger une écriture.

²⁴³¹ Arrêt du TF 4A_548/2022 du 6 janvier 2023 cons. 2 ; arrêt du TF 5A_144/2021 du 28 mai 2021 cons. 5 ; arrêt du TF 4D_27/2014 du 26 août 2014 cons. 4.2.1 ; arrêt du TF 5A_296/2013 du 9 juillet 2013 cons. 3.1.

²⁴³² Arrêt du TF 1C_661/2020 du 15 avril 2021 cons. 2.3 ; arrêt du TF 5A_964/2019 du 15 janvier 2020 cons. 3.1.4.

²⁴³³ ATF 138 I 484 cons. 2.5 ; arrêt du TF 4A_548/2022 du 6 janvier 2023 cons. 2 ; arrêt du TF 5A_144/2021 du 28 mai 2021 cons. 5 ; arrêt du TF 4A_558/2016 du 3 février 2017 cons. 4 ; arrêt du TF 4A_558/2016 du 3 février 2017 cons. 4.

partie de déposer sa réplique spontanément dans un délai raisonnable ou de requérir un délai pour ce faire²⁴³⁴. Le tribunal doit laisser s'écouler au moins dix jours avant de supposer que la partie a renoncé à faire usage de son droit de réplique²⁴³⁵. Après vingt jours, il peut partir du principe que des observations ne seront plus déposées²⁴³⁶.

La CourEDH s'est prononcée sur des affaires suisses relatives au droit de réplique spontané. L'affaire *Schaller-Bossert c. Suisse* concernait le cas d'une partie non représentée à qui des observations avaient été transmises « pour information ». À cet égard, la Cour a exposé n'être « pas convaincue que la requérante, non représentée par un avocat devant le Tribunal fédéral, aurait dû répondre de manière spontanée aux observations litigieuses déposées devant cette instance pour ne pas renoncer à ses droits découlant de l'article 6 § 1 »²⁴³⁷. Dans un arrêt ultérieur, *Joos c. Suisse*, elle a retenu que la communication d'observations « pour information » à un avocat lui-même partie à la procédure ne violait pas l'art. 6 par. 1 CEDH²⁴³⁸.

Il résulte *a contrario* des jurisprudences précitées qu'un tribunal ne peut pas se limiter à communiquer un acte « pour information » à une partie laïque et non représentée professionnellement et attendre d'elle qu'elle réponde

²⁴³⁴ ATF 138 I 484 cons. 2.5 ; arrêt du TF 4A_548/2022 du 6 janvier 2023 cons. 2 ; arrêt du TF 2C_761/2021 du 14 juillet 2022 cons. 2.1 ; arrêt du TF 1C_69/2022, 1C_70/2022, 1C_72/2022 du 8 mars 2022 cons. 2.1 ; arrêt du TF 1C_396/2020 du 16 octobre 2020 cons. 2.1 ; arrêt du TF 4A_558/2016 du 3 février 2017 cons. 4. Dans un arrêt de 2012, le Tribunal fédéral avait indiqué qu'« il convient, afin de respecter le droit d'être entendu, que l'autorité judiciaire transmette la prise de position ou pièce nouvelle pour information et impartisse un délai pour le dépôt d'observations éventuelles, ce qui vaut tout particulièrement lorsque la partie n'est pas représentée par un avocat » (arrêt du TF 8C_104/2012 du 26 juin 2012 cons. 3.1). Cette approche, qui semblait ne pas exclure la fixation d'un délai en cas de représentation par un-e avocat-e, n'a pas été reprise dans la jurisprudence ultérieure (SCHALLER/MAHON, N 54).

²⁴³⁵ Arrêt du TF 1C_69/2022, 1C_70/2022, 1C_72/2022 du 8 mars 2022 cons. 2.1 ; arrêt du TF 8C_43/2021 du 27 avril 2021 cons. 3.2 ; arrêt du TF 1C_338/2020 du 19 janvier 2021 cons. 2.3 ; arrêt du TF 1C_396/2020 du 16 octobre 2020 cons. 2.1 ; arrêt du TF 5A_155/2013 du 17 avril 2013 cons. 1.4.

²⁴³⁶ Arrêt du TF 1C_69/2022, 1C_70/2022, 1C_72/2022 du 8 mars 2022 cons. 2.1 ; arrêt du TF 8C_43/2021 du 27 avril 2021 cons. 3.2 ; arrêt du TF 1C_338/2020 du 19 janvier 2021 cons. 2.3 ; arrêt du TF 1C_396/2020 du 16 octobre 2020 cons. 2.1 ; arrêt du TF 5A_155/2013 du 17 avril 2013 cons. 1.4.

²⁴³⁷ Arrêt de la CourEDH *Schaller-Bossert c. Suisse* du 28 octobre 2010, no 41718/05, § 42.

²⁴³⁸ Arrêt de la CourEDH *Joos c. Suisse* du 15 novembre 2012, no 43245/07, § 32.

spontanément dans les vingt jours²⁴³⁹. Le Tribunal fédéral ne semble toutefois pas avoir précisé les modalités permettant de garantir un droit de réplique dans une telle situation²⁴⁴⁰. Pour HANGARTNER, le tribunal devra informer la partie de la possibilité de faire des observations et fixer un délai à cet effet²⁴⁴¹. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH sont en revanche d'avis qu'il suffit d'attirer l'attention de la partie sur sa faculté de répliquer, sans qu'il ne soit nécessaire de lui fixer un délai pour ce faire²⁴⁴².

1135 À noter que le Tribunal fédéral a pris la décision, pour les procédures se déroulant devant lui, de « fixer en règle générale un délai pour exercer le droit de réplique inconditionnel dans la procédure » afin d'éviter les incertitudes²⁴⁴³. Il semble que cette règle s'applique peu importe si les parties agissent seules ou non²⁴⁴⁴.

b. Avis doctrinaux

1136 La doctrine semble plutôt favorable à la solution proposée par la jurisprudence.

1137 CHAIX relève que la jurisprudence *Schaller-Bossert* « ne devrait pas s'appliquer à un plaideur bénéficiant des conseils d'un représentant professionnellement qualifié »²⁴⁴⁵. HANGARTNER est d'avis que la jurisprudence du Tribunal fédéral est justifiable (*vertretbar*) vis-à-vis des parties qui ont des connaissances juridiques ou qui sont représentées par un·e avocat·e²⁴⁴⁶.

²⁴³⁹ HUNSPERGER/WICKI, p. 977 ; REETZ/FRANCESCHETTI, p. 128. LANTER est d'avis que l'arrêt *Schaller-Bossert c. Suisse* ne peut pas être interprété dans le sens que la communication d'observations « pour information » à une partie laïque serait toujours contraire à l'art. 6 par. 1 CEDH, mais retient tout de même que « *[b]ei der geltenden Gesetzeslage ist daher bei Laien grundsätzlich davon auszugehen, dass das Recht auf Stellungnahme durch eine blosser Zustellung zur Kenntnisnahme nicht effektiv gewährleistet wird* » (LANTER, p. 175 s.).

²⁴⁴⁰ Voir HUNSPERGER/WICKI, p. 977 nbp 11.

²⁴⁴¹ HANGARTNER, p. 622.

²⁴⁴² KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 41 N 46.

²⁴⁴³ Voir le document intitulé « Échange d'écritures et observations volontaires », disponible sur https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Divers/emrk_text_d.pdf (consulté le 30 septembre 2023) ; voir également arrêt du TF 4A_361/2012 du 30 octobre 2012 cons. 2 ; arrêt du TF 5A_779/2010 du 1^{er} avril 2011 cons. 2.2.

²⁴⁴⁴ LEUENBERGER, p. 235 ; SK ZPO-LEUENBERGER, art. 225 N 17.

²⁴⁴⁵ CHAIX, p. 85 nbp 86.

²⁴⁴⁶ HANGARTNER, p. 622.

REETZ/FRANCESCHETTI sont également d'avis que la notification « pour information » à une partie laïque et non représentée n'est pas suffisante²⁴⁴⁷. Ces auteur·e·s retiennent, en suivant l'avis de LANTER²⁴⁴⁸, qu'il faut examiner dans chaque cas d'espèce si une partie non représentée professionnellement a des connaissances juridiques. Leur avis à cet égard est strict : une partie ne devrait pas pouvoir se prévaloir de son absence de connaissances relatives à l'exercice du droit de réplique spontané si, dans la procédure, la partie adverse a fait usage de ce droit²⁴⁴⁹. REETZ/FRANCESCHETTI expliquent qu'au final, la meilleure solution serait que le tribunal notifie son écriture avec un délai pour répliquer à la partie (qu'elle soit représentée professionnellement ou non), en soulignant le caractère facultatif d'une éventuelle nouvelle prise de position et en indiquant qu'aucun commentaire supplémentaire ne paraît nécessaire²⁴⁵⁰. 1138

Enfin, LEUENBERGER relève que la pratique adoptée par le Tribunal fédéral (qui consiste à fixer un délai de réponse que la partie soit représentée ou non ; voir N 1135) sert la sécurité et la praticabilité du droit, et doit de ce fait être saluée²⁴⁵¹. 1139

c. Justification de la différence de traitement

La prise en compte des connaissances ou de l'expérience de la personne qui agit en matière de droit de réplique résulte d'un compromis entre le principe de célérité, qui commande de ne pas laisser les échanges d'écritures s'éterniser, et le droit à un procès équitable déduit de l'art. 6 par. 1 CEDH. 1140

Initialement, le Tribunal fédéral ne tenait pas compte des connaissances de la partie ou de la personne assurant sa représentation : dans tous les cas, une réaction spontanée était attendue²⁴⁵². Cette jurisprudence était justifiée par le principe de célérité, étant donné que des échanges d'écritures supplémentaires 1141

²⁴⁴⁷ REETZ/FRANCESCHETTI, p. 128 et 134.

²⁴⁴⁸ LANTER, p. 176.

²⁴⁴⁹ REETZ/FRANCESCHETTI, p. 128.

²⁴⁵⁰ REETZ/FRANCESCHETTI, p. 129.

²⁴⁵¹ LEUENBERGER, p. 235.

²⁴⁵² BOHNET, Droit de réplique, N 13 ; voir par exemple ATF 133 I 100 cons. 4.8, JdT 2008 I p. 368 ; ATF 133 I 98 cons. 2.2, JdT 2007 I p. 379 ; ATF 132 I 42 cons. 3.3.4, JdT 2008 I p. 110 ; arrêt du TF 5A_81/2007 du 25 juin 2007 cons. 2.1.

rallongent la durée de la procédure²⁴⁵³. Le Tribunal fédéral a modifié son approche suite à la condamnation de la Suisse dans l'arrêt de la CourEDH *Schaller-Bossert c. Suisse*, évoqué au N 1133²⁴⁵⁴. Depuis cet arrêt, le Tribunal fédéral considère que le droit de réplique exige une réaction spontanée uniquement si la partie est représentée professionnellement ou si elle a elle-même des connaissances en droit²⁴⁵⁵. Autrement dit, il a nuancé sa jurisprudence – justifiée par le principe de célérité – pour la rendre compatible avec l'art. 6 par. 1 CEDH.

- 1142 Il résulte du principe d'imputation que ce ne sont pas uniquement les connaissances de la partie, mais également celles de la personne qui la représente qui sont prises en compte pour déterminer si un tribunal peut se contenter de transmettre un acte « pour information »²⁴⁵⁶. En raison de ce principe, ce que fait et ce que sait le représentant ou la représentante est imputé à la partie. Par conséquent, lorsqu'une partie laïque est représentée professionnellement, on fait « comme si » elle devait elle-même connaître les principes relatifs au droit de réplique. Elle n'est donc pas traitée de la même façon que si elle avait agi seule.

d. Modification du CPC

- 1143 Dans le CPC révisé, l'art. 53 CPC contiendra un troisième alinéa prévoyant que « [les parties] peuvent se déterminer au sujet de tous les actes de la partie adverse. Le tribunal leur impartit un délai de dix jours au moins. Passé ce délai, les parties sont considérées avoir renoncé à se déterminer.
- 1144 Avec cette modification, le tribunal aura le devoir de fixer un délai aux parties pour l'exercice de leur droit de réplique²⁴⁵⁷. Ce nouvel alinéa a vocation à s'appliquer peu importe si les parties sont représentées professionnellement ou non²⁴⁵⁸. Toutes les parties au procès seraient donc sur un pied d'égalité de ce point de vue. En revanche, la disposition envisagée ne dit pas ce qu'il adviendrait si le tribunal oubliait de mentionner le délai pour répliquer. Il est

²⁴⁵³ ATF 132 I 42 cons. 3.3.4, JdT 2008 I p. 110 ; arrêt du TF 5A_81/2007 du 25 juin 2007 cons. 2.1 ; voir également la position du gouvernement suisse dans l'arrêt de la CourEDH *Joos c. Suisse* du 15 novembre 2012, no 43245/07, § 24 s.

²⁴⁵⁴ BOHNET, Droit de réplique, N 13.

²⁴⁵⁵ Voir les références citées aux nbp 2429, 2430 et 2431.

²⁴⁵⁶ LANTER, p. 175 ; REETZ/FRANCESCHETTI, p. 128.

²⁴⁵⁷ HOFMANN/LÜSCHER p. 47 ; voir également BO/CN 2023 p. 529.

²⁴⁵⁸ HURNI/HOFMANN, p. 212.

vraisemblable que, dans ce cas-là, la jurisprudence relative à l'absence d'indication des voies de droit (qui ne devrait pas changer avec le CPC révisé) s'applique²⁴⁵⁹. HURNI/HOFMANN estiment plutôt « que la violation de l'art. 53 al. 3 CPC devra être considérée comme une violation du droit d'être entendu, à moins que cette erreur ne puisse être réparée, mais à des conditions strictes »²⁴⁶⁰.

III. Voies de droit

Une partie qui souhaite ouvrir action ou contester une décision doit choisir la voie de droit appropriée pour ce faire. Elle doit par exemple déterminer si une action doit être introduite par une requête de conciliation (art. 202 CPC) ou directement par une demande (art. 221 CPC), ou si une décision de première instance cantonale peut être attaquée par la voie du recours (art. 308 ss CPC) ou de l'appel (art. 319 ss CPC). 1145

Si la mauvaise voie de droit a été choisie, l'acte est en principe irrecevable²⁴⁶¹. Il peut cependant être converti (c'est-à-dire traité comme l'acte qui aurait dû être déposé) dans certaines circonstances²⁴⁶². Nous verrons ci-dessous quelle est l'influence de la représentation professionnelle sur la conversion de l'acte lorsqu'il s'agit d'un acte introductif d'instance (B), d'une voie de recours qui était correctement indiquée dans la décision contestée (C) et d'une voie de recours qui n'était pas correctement indiquée dans la décision contestée (D). 1146

A. Acte introductif d'instance

1. Principe

La partie qui ouvre action doit déposer le bon acte introductif d'instance, sous peine d'irrecevabilité²⁴⁶³. Dans certaines hypothèses, une conversion de l'acte par l'autorité est toutefois possible. 1147

²⁴⁵⁹ Cette jurisprudence est exposée ci-dessus au N 1115.

²⁴⁶⁰ HURNI/HOFMANN, p. 213 s.

²⁴⁶¹ Arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.1.

²⁴⁶² Voir notamment ATF 135 III 441 cons. 3.3 ; ATF 134 III 379 cons. 1.2 ; ATF 120 II 270 cons. 2 ; arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.1.

²⁴⁶³ À noter que si une demande est déclarée irrecevable parce qu'une requête de conciliation n'a pas été déposée, l'art. 63 al. 1 CPC est applicable, ce qui permet à la partie de redéposer

1148 L'acte introductif d'instance est la plupart du temps une requête de conciliation (art. 202 CPC), mais, dans certains cas, une action doit être introduite par une requête sans conciliation préalable (par exemple si la procédure sommaire est applicable, art. 198 let. a CPC *cum art.* 252 al. 1 CPC) ou par une demande sans conciliation préalable (par exemple si une instance unique est compétente, art. 198 let. f CPC *cum art.* 220 CPC)²⁴⁶⁴.

2. En cas de représentation professionnelle

a. Jurisprudence

1149 Dans l'arrêt 4A_213/2019, qui semble être une jurisprudence isolée, le Tribunal fédéral a refusé de convertir une demande en justice en requête de conciliation ; l'acte avait été déposé par une partie représentée par un avocat²⁴⁶⁵. Il a relevé que « [d]'un plaideur procédant avec le concours d'un avocat, on peut attendre qu'il connaisse la distinction à opérer entre une demande en justice et une requête de conciliation, et qu'il intitule les mémoires correspondants de manière adéquate en fonction de cette distinction »²⁴⁶⁶. Ce faisant, il a laissé sous-entendre qu'une solution différente aurait été applicable si la partie avait agi seule.

1150 La Cour de justice de Genève applique désormais elle aussi cette jurisprudence²⁴⁶⁷. Elle a ainsi considéré qu'« il n'y a aucun formalisme excessif à déclarer irrecevable, sans la convertir d'office en requête de conciliation, la demande d'un plaideur, assisté d'un avocat, qui n'est pas accompagnée d'une autorisation de procéder »²⁴⁶⁸.

l'acte dans le mois qui suit auprès de l'autorité compétente (CR CPC-BOHNET, art. 63 N 11 ; BK ZPO-BERGER-STEINER, art. 63 N 21 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 132 N 14).

²⁴⁶⁴ Précisons qu'actuellement, l'art. 198 let. f CPC prévoit que la procédure de conciliation n'a pas lieu « dans les litiges qui sont de la compétence d'une instance cantonale unique en vertu des art. 5 et 6 ». Cet article sera modifié au 1^{er} janvier 2025. Ainsi, l'art. 198 let. f du CPC modifié prévoira que les litiges soumis à la compétence d'une instance cantonale unique en vertu de l'art. 7 CPC ne pourront pas être précédés d'une procédure de conciliation, tandis que l'art. 199 al. 3 du CPC modifié disposera que la conciliation sera facultative « dans les litiges pour lesquels une instance cantonale unique est compétente en vertu de l'art. 5, 6 ou 8 ».

²⁴⁶⁵ Arrêt du TF 4A_213/2019 du 4 novembre 2019 cons. 4.

²⁴⁶⁶ Arrêt du TF 4A_213/2019 du 4 novembre 2019 cons. 4.

²⁴⁶⁷ Arrêt de la CJ/GE CAPH/148/2020 du 29 juillet 2020 cons. 2.1.3.

²⁴⁶⁸ Arrêt de la CJ/GE CAPH/148/2020 du 29 juillet 2020 cons. 2.1.3.

b. Avis doctrinaux

La doctrine ne paraît pas s'être prononcée sur la question de savoir si la représentation professionnelle d'une partie influence la conversion d'un acte introductif d'instance. En particulier, l'arrêt du TF 4A_213/2019 précité ne semble pas avoir été commenté. 1151

c. Justification de la différence de traitement

Dans l'arrêt 4A_213/2019, le Tribunal fédéral n'évoque pas la raison motivant le refus de convertir une demande en requête de conciliation lorsque la partie est représentée par un·e avocat·e. La justification du traitement différencié est à notre avis la même que celle avancée lorsqu'un recours ou un appel est déposé à tort, exposée aux N 1171 ss. 1152

B. Voie de recours, indication correcte

1. Principe

Sur le principe, en cas de choix erroné de la voie de droit à suivre pour contester une décision, la conversion d'un acte en un autre est possible²⁴⁶⁹. L'acte doit pouvoir être converti dans son ensemble²⁴⁷⁰ et remplir les conditions de l'acte 1153

²⁴⁶⁹ Voir ATF 135 III 441 cons. 3.3 ; ATF 134 III 379 cons. 1.2 ; ATF 120 II 270 cons. 2 ; arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.1.

²⁴⁷⁰ ATF 134 III 379 cons. 1.2 ; ATF 131 III 268 cons. 6 ; arrêt du TF 5A_1071/2021 du 19 mai 2022 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_953/2020 du 9 août 2021 cons. 3.4.2.2 ; arrêt du TF 5A_46/2020 du 17 novembre 2020 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.1 ; arrêt du TF 5A_383/2008 du 8 janvier 2010 cons. 1.3 ; arrêt du TF 5D_73/2008 du 13 février 2009 cons. 1.3 ; arrêt de la CJ/GE ACJC/1482/2021 du 9 novembre 2021 cons. 1.1.1 ; DONZALLAZ, art. 42 N 1030. Pour une critique de cette exigence, voir RÉTORNAZ, Formalisme excessif, N 1102 ss.

qui aurait dû être déposé²⁴⁷¹. En outre, la conversion ne doit pas causer de préjudice à la partie adverse²⁴⁷².

- 1154 Un recours (art. 319 ss CPC) peut donc être converti en appel (art. 308 ss CPC) et vice-versa²⁴⁷³. Il en va de même si un recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF) est déposé devant le Tribunal fédéral à la place d'un recours en matière civile (art. 72 ss CPC) ou inversement²⁴⁷⁴.

2. En cas de représentation professionnelle

a. Jurisprudence

(i) CPC

- 1155 Il ressort de la jurisprudence fédérale relative au CPC que, lorsque la partie est représentée professionnellement, la conversion d'un acte est exclue à deux conditions : premièrement, la voie de recours à suivre était facilement reconnaissable pour le représentant ou la représentante²⁴⁷⁵ et, deuxièmement, le

²⁴⁷¹ ATF 135 III 441 cons. 3.3 ; ATF 134 III 379 cons. 1.2 ; ATF 129 IV 276 cons. 1.1.4, JdT 2005 IV p. 43 ; ATF 120 II 270 cons. 2 ; arrêt du TF 5A_1071/2021 du 19 mai 2022 cons. 3.2 ; arrêt du TF 5A_953/2020 du 9 août 2021 cons. 3.4.2.2 ; arrêt du TF 5A_46/2020 du 17 novembre 2020 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 5A_629/2017 et 5A_668/2017 du 22 novembre 2018 cons. 5.4 ; arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.1 ; arrêt du TF 5A_383/2008 du 8 janvier 2010 cons. 1.3 ; arrêt du TF 5D_73/2008 du 13 février 2009 cons. 1.3 ; arrêt de la CJ/GE ACJC/1482/2021 du 9 novembre 2021 cons. 1.1.1 ; DONZALLAZ, art. 42 N 1025 ; BSK BGG-MERZ, art. 42 N 10.

²⁴⁷² Arrêt du TF 5A_1071/2021 du 19 mai 2022 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_145/2021 du 27 octobre 2021 cons. 5.1 ; arrêt du TF 5A_953/2020 du 9 août 2021 cons. 3.4.2.2 ; arrêt du TF 5A_46/2020 du 17 novembre 2020 cons. 4.1.2 ; arrêt de la CJ/GE ACJC/1482/2021 du 9 novembre 2021 cons. 1.1.1 ; SK ZPO-REETZ, Intro. art. 308-318 N 51 ; moins affirmatif : arrêt du TF 5A_629/2017 et 5A_668/2017 du 22 novembre 2018 cons. 5.4.

²⁴⁷³ Arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.1 ; arrêt de la CJ/GE ACJC/1482/2021 du 9 novembre 2021 cons. 1.1.1.

²⁴⁷⁴ Arrêt du TF 5A_383/2008 du 8 janvier 2010 cons. 1.3 ; arrêt du TF 5D_75/2007 du 6 juin 2008 cons. 1.1 et 1.2.

²⁴⁷⁵ Arrêt du TF 5A_1071/2021 du 19 mai 2022 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_145/2021 du 27 octobre 2021 cons. 5.1 ; arrêt du TF 5A_953/2020 du 9 août 2021 cons. 3.4.2.2 ; arrêt du TF 5A_46/2020 du 17 novembre 2020 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.1 et 3.3.2 ; arrêt du TF 5A_112/2010 du 4 juin 2010 cons. 3.3 ; voir également arrêt du TF 5A_786/2020 du 26 octobre 2020 cons. 3.3.1.

choix de la voie de droit résulte d'une erreur grossière et non d'une inadvertance²⁴⁷⁶.

L'arrêt 5A_221/2018 – bien qu'il n'ait pas été publié aux ATF – doit être considéré comme la décision de principe fondant cette jurisprudence. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a analysé en détail la jurisprudence et la doctrine se rapportant à la conversion des actes²⁴⁷⁷ avant de confirmer le refus de convertir un recours déposé par un avocat en appel²⁴⁷⁸. Il a retenu que ce dernier ne pouvait pas ignorer que la voie de l'appel était ouverte vu que la valeur litigieuse était de CHF 10'000.- (voir art. 308 al. 2 CPC)²⁴⁷⁹. L'avocat avait sciemment choisi une voie différente de celle mentionnée dans la décision attaquée et son erreur pouvait être qualifiée de « négligence grossière »²⁴⁸⁰. Dans ces circonstances, une conversion de l'acte n'était pas envisageable²⁴⁸¹. 1156

Dans l'arrêt 4A_145/2021, le Tribunal fédéral a confirmé une décision ayant appliqué cette jurisprudence à une partie représentée par un syndicat dans une affaire de droit du travail (autorisée par l'art. 68 al. 2 let. d CPC ; voir N 891 ss)²⁴⁸². Il a considéré qu'aucun motif ne justifie de traiter différemment la partie représentée par un syndicat de celle représentée par un·e avocat·e²⁴⁸³. 1157

Si une partie laïque et non représentée dépose le mauvais acte, il faut *a contrario* retenir que la conversion sera admise aux conditions générales mentionnées ci-dessus (N 1153), sans prendre en compte le caractère évident de la voie de recours ou la cause de l'erreur. 1158

²⁴⁷⁶ Arrêt du TF 5A_1071/2021 du 19 mai 2022 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_145/2021 du 27 octobre 2021 cons. 5.1 ; arrêt du TF 5A_953/2020 du 9 août 2021 cons. 3.4.2.2 ; arrêt du TF 5A_46/2020 du 17 novembre 2020 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.2 ; voir également arrêt du TF 5A_786/2020 du 26 octobre 2020 cons. 3.3.1. Il y a notamment inadvertance si l'acte est intitulé « appel » mais qu'il est clair, au vu du contenu de l'acte, que la partie entendait former un recours (SEILER, N 866 et 927). Pour un exemple où le dépôt du mauvais acte par un avocat n'a pas été considéré comme une inadvertance, voir TC/VD, CACI du 1^{er} mars 2022/117 cons. 3.5.2.

²⁴⁷⁷ Arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.1.

²⁴⁷⁸ Arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.2.

²⁴⁷⁹ Arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.2.

²⁴⁸⁰ Arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.2.

²⁴⁸¹ Arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.2.

²⁴⁸² Arrêt du TF 4A_145/2021 du 27 octobre 2021. Cette décision a été confirmée dans l'arrêt du TF 4A_113/2021 du 2 septembre 2022 cons. 6.2.

²⁴⁸³ Arrêt du TF 4A_145/2021 du 27 octobre 2021 cons. 5.2.2. Cette décision a été confirmée dans l'arrêt du TF 4A_113/2021 du 2 septembre 2022 cons. 6.2.

- 1159 Précisons que le Tribunal fédéral faisait déjà preuve de sévérité à l'égard des parties représentées professionnellement lorsque la procédure civile était réglemantée par les cantons, avant l'entrée en vigueur du CPC²⁴⁸⁴.
- 1160 Certains cantons ont toutefois rendu des arrêts allant à l'encontre de la jurisprudence fédérale. Ainsi, le Tribunal cantonal schwyzois considère que la conversion des actes ne doit pas être possible uniquement dans des cas exceptionnels lorsque l'acte erroné émane d'un-e avocat-e²⁴⁸⁵. En outre, dans un arrêt de 2020, le Tribunal cantonal neuchâtelois a converti un recours en appel alors même que les voies de droit étaient correctes et que l'acte avait été déposé par une partie représentée par un avocat²⁴⁸⁶.

(ii) LTF

- 1161 À l'époque de l'OJ, le Tribunal fédéral avait adopté une jurisprudence identique à celle mentionnée ci-dessus dans le contexte du CPC (N 1155). Il avait considéré dans l'ATF 120 II 270 que la conversion d'un acte n'était pas admissible en cas de représentation professionnelle lorsque le choix du moyen de droit ne présentait « aucune difficulté » et était « facilement reconnaissable, du moins par un mandataire professionnel »²⁴⁸⁷. Suite à cette jurisprudence, il a refusé à de nombreuses reprises la conversion d'un acte en tenant compte de la représentation professionnelle de la partie²⁴⁸⁸. Dans quelques cas isolés, il

²⁴⁸⁴ Arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.1 ; voir ATF 113 Ia 84 cons. 3d ; arrêt du TF 4P.236/2005 du 10 novembre 2005 cons. 2.5.

²⁴⁸⁵ Arrêt du KG/SZ ZK2 2021 25 du 10 juin 2021 cons. 2a (« [d]ie Ermöglichung der Konversion [...] hat ebenso dann zu gelten, wenn ein Rechtsanwalt das falsche Rechtsmittel einlegt, auch wenn in Lehre und Praxis teilweise dafür gehalten wird, bei anwaltlich vertretenen Parteien eine Umdeutung nur in Ausnahmefällen bzw. ausser bei eigentlichen Verschreibern überhaupt nicht infrage kommen zu lassen »).

²⁴⁸⁶ Arrêt du TC/NE CMPEA.2019.53 du 2 juillet 2020 cons. 2.

²⁴⁸⁷ ATF 120 II 270 cons. 2 ; voir également ATF 129 IV 276 cons. 1.1.4, JdT 2005 IV p. 43.

²⁴⁸⁸ Voir, parmi de très nombreuses décisions, arrêt du TF 5C.277/2006 du 17 avril 2007 cons. 3.4 ; arrêt du TF 5P.520/2006 du 5 juin 2007 cons. 2 ; arrêt du TF 6S.216/2006 du 30 août 2006 cons. 3.1 et 3.2 ; arrêt du TF 1P.144/2006 du 8 mai 2006 cons. 2.2 ; arrêt du TF 7B.247/2004 du 22 décembre 2004 ; arrêt du TF 5P.194/2004 du 8 juillet 2004 cons. 2 ; arrêt du TF 1P.727/2003 du 24 février 2004 cons. 3.2 ; arrêt du TF 6S.175/2003 du 7 août 2003 cons. 2.4 ; arrêt du TF 7B.149/2003 du 30 juin 2003 ; arrêt du TF 5P.61/2003 du 14 mai 2003 cons. 1.2 ; arrêt du TF 5C.8/2003 du 16 avril 2003 cons. 2.4, non publié in : ATF 129 III 415 ; arrêt du TF 1P.93/2002 du 15 mars 2002 cons. 1.1 (dans cette affaire, le recourant n'était pas représenté mais était lui-même avocat). RËTORNAZ qualifie la jurisprudence refusant la conversion en cas de représentation par un-e avocat-e de « courant

semble également avoir appliqué l'ATF 120 II 270 à l'égard de parties non représentées²⁴⁸⁹.

Sous l'empire de la LTF, l'approche est différente²⁴⁹⁰. Le Tribunal fédéral a mentionné dans certains arrêts – rendus peu après l'entrée en vigueur de cette loi – que la conversion d'un acte devait être admise avec une certaine réserve en cas de représentation par un·e avocat·e²⁴⁹¹. Malgré cette affirmation, le Tribunal fédéral a converti des recours dans de nombreuses affaires où les parties étaient représentées professionnellement, sans évoquer cette circonstance²⁴⁹². Dans ces décisions, il n'a pas appliqué – ni même mentionné – l'ATF 120 II 270. On peut en déduire que le Tribunal fédéral ne tient pas compte du fait qu'une partie est représentée par un·e avocat·e lorsqu'il s'agit de convertir un recours soumis à la LTF.

En l'état actuel, la jurisprudence fédérale est donc différente selon que le CPC ou la LTF est applicable. Dans le premier cas, la représentation professionnelle d'une partie peut faire obstacle à la conversion d'un acte, mais pas dans le deuxième.

Dans ces circonstances, si un·e représentant·e hésite entre un appel et un recours, la solution la plus prudente est de déposer les deux actes. Cela permet de s'assurer que les droits de la partie seront sauvegardés, mais entraîne une multiplication des démarches et une augmentation des frais, en particulier si des autorités différentes sont compétentes pour les appels et les recours dans le canton concerné.

jurisprudentiel minoritaire » (RÉTORNAZ, Formalisme excessif, N 1100). À notre avis, vu le grand nombre d'arrêts reprenant cette jurisprudence, celle-ci ne peut pas être considérée comme minoritaire.

²⁴⁸⁹ Arrêt du TF 1P.562/2004 du 5 novembre 2004 ; arrêt du TF 1P.760/2001 du 7 mars 2002 cons. 1.1.

²⁴⁹⁰ Voir LIENHARD, N 750.

²⁴⁹¹ Arrêt du TF 5A_383/2008 du 8 janvier 2010 cons. 1.3 ; arrêt du TF 5D_73/2008 du 13 février 2009 cons. 1.3. ; voir également arrêt du TF 5D_75/2007 du 6 juin 2008 cons. 1.2.

²⁴⁹² Voir ATF 134 III 379 cons. 1.2 (l'arrêt non publié montre que les parties recourantes étaient représentées par un avocat ; voir arrêt du TF 4D_81/2007 du 17 mars 2008) ; arrêt du TF 4D_54/2022 du 27 octobre 2022 cons. 1.1 ; arrêt du TF 5D_66/2020 du 14 août 2020 cons. 1 ; arrêt du TF 5D_70/2020 du 3 août 2020 cons. 1 ; arrêt du TF 5A_456/2015 du 30 novembre 2015 cons. 1.2 ; arrêt du TF 5D_87/2009 du 2 septembre 2009 cons. 1.2 ; arrêt du TF 4A_247/2009 du 10 juillet 2009 cons. 1 ; arrêt du TF 4A_148/2009 du 25 juin 2009 cons. 1.1.3 ; arrêt du TF 5D_112/2007 du 11 février 2008 cons. 1.1 ; voir également RÉTORNAZ, Formalisme excessif, N 1102.

b. Avis doctrinaux

- 1165 La doctrine est divisée sur la question de savoir si la représentation professionnelle de la partie doit jouer un rôle dans la conversion des actes lorsque l'erreur ne constitue pas une simple inadvertance.
- 1166 Plusieurs auteurs considèrent qu'un acte peut être converti indépendamment de savoir si la partie est représentée professionnellement ou non. Au terme d'une analyse circonstanciée, HONEGGER-MÜNTENER parvient à la conclusion que la conversion ne doit être refusée qu'en cas d'abus de droit²⁴⁹³. Si l'erreur dans la voie de recours est due à la négligence grossière d'un·e avocat·e, il se justifie en revanche de convertir l'acte ; à cet égard, aucun intérêt digne de protection n'impose de poser des conditions plus strictes en présence d'une partie représentée professionnellement²⁴⁹⁴. STERCHI est d'avis que la jurisprudence consacrée par l'ATF 120 II 270 (mentionné au N 1161, qui est plus sévère à l'égard des parties représentées professionnellement) ne peut s'appliquer aux voies de recours du CPC et qu'elle ne correspond plus à la conception juridique actuelle²⁴⁹⁵. STAEHELIN/BACHOFNER vont dans le même sens²⁴⁹⁶, de même que MERZ, dont l'opinion porte sur les recours soumis à la LTF²⁴⁹⁷. BRUNNER/VISCHER sont eux aussi d'avis qu'un acte déposé par une partie représentée par un·e avocat·e peut être converti²⁴⁹⁸. Quant à KUNZ, il qualifie la jurisprudence excluant la conversion d'un acte en cas de représentation par un·e avocat·e de douteuse (*fraglich*)²⁴⁹⁹.
- 1167 REETZ accorde en revanche de l'importance au fait que la partie est représentée par un·e avocat·e, considérant qu'une conversion ne doit être admise qu'avec une grande retenue (*nur mit grösster Zurückhaltung*) dans ce cas²⁵⁰⁰.
- 1168 Pour LIENHARD, un acte ne doit pas être converti si les voies de recours étaient correctement indiquées, et ce d'autant plus si la partie est représentée par un·e

²⁴⁹³ HONEGGER-MÜNTENER, p. 951.

²⁴⁹⁴ HONEGGER-MÜNTENER, p. 950 s.

²⁴⁹⁵ BK ZPO-STERCHI, art. 311 N 2. Soulignons néanmoins que l'opinion de STERCHI est antérieure à l'arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018, qui doit être considéré comme l'arrêt de principe en la matière (N 1156).

²⁴⁹⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND-STAEHELIN A./BACHOFNER, § 25 N 23.

²⁴⁹⁷ BSK BGG-MERZ, art. 42 N 10.

²⁴⁹⁸ KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER, art. 311 N 5 (qui se réfèrent à l'arrêt du KG/GR ZK2 19 77 du 19 décembre 2019 cons. 1.3).

²⁴⁹⁹ ZPO Rechtsmittel-KUNZ, Intro. art. 308 ss N 45.

²⁵⁰⁰ SK ZPO-REETZ, Intro. art. 308-318 N 51 ; dans le même sens : LIENHARD, N 752.

avocat·e²⁵⁰¹. Il réserve toutefois l'hypothèse où la maxime inquisitoire sociale ou pure s'applique : dans ce cas, il est d'avis qu'une conversion est possible²⁵⁰². Cette approche a été rejetée par le Tribunal fédéral : dans un arrêt de 2021, ce dernier a relevé (en se référant à l'arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018) que sa jurisprudence ne suivait pas l'avis de cet auteur, « en tant qu'elle n'a pas prévu de réserver un sort différent aux cas gouvernés par la maxime inquisitoire, qu'elle soit simple ou illimitée »²⁵⁰³.

SEILER estime que l'hypothèse d'une conversion dans le cadre du CPC doit de manière générale être rejetée, en particulier en cas de représentation par un·e avocat·e²⁵⁰⁴. De son point de vue, la jurisprudence relative à la LTF – qui admet facilement la conversion – ne peut être transposée aux voies de droit du CPC²⁵⁰⁵. 1169

Enfin, SPÜHLER semble écarter la possibilité de convertir un appel en recours (et inversement) dans tous les cas de figure²⁵⁰⁶. 1170

c. Justification de la différence de traitement

La possibilité de convertir un acte en un autre dans certaines circonstances résulte de l'interdiction du formalisme excessif (art. 29 al. 1 Cst.)²⁵⁰⁷. 1171
Cependant, selon le Tribunal fédéral, refuser la conversion d'un acte à cause d'une erreur grossière ne constitue pas du formalisme excessif²⁵⁰⁸. Il considère que cette hypothèse est réalisée lorsqu'un·e avocat·e choisit sciemment de déposer un acte autre que celui qui est mentionné dans les voies de droit de la décision attaquée, alors qu'il était aisé de faire le bon choix²⁵⁰⁹.

²⁵⁰¹ LIENHARD, N 752.

²⁵⁰² LIENHARD, N 752.

²⁵⁰³ Arrêt du TF 5A_953/2020 du 9 août 2021 cons. 3.4.3.

²⁵⁰⁴ SEILER, N 927.

²⁵⁰⁵ SEILER, N 927.

²⁵⁰⁶ BSK ZPO-SPÜHLER, Intro. art. 308-334 N 17a.

²⁵⁰⁷ Arrêt du TF 5A_953/2020 du 9 août 2021 cons. 3.4.2.2 ; arrêt du TF 5A_46/2020 du 17 novembre 2020 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 5A_629/2017 et 5A_668/2017 du 22 novembre 2018 cons. 5.4 ; arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.1.

²⁵⁰⁸ Arrêt du TF 5A_953/2020 du 9 août 2021 cons. 3.4.2.2 ; arrêt du TF 5A_46/2020 du 17 novembre 2020 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.2.

²⁵⁰⁹ Arrêt du TF 5A_953/2020 du 9 août 2021 cons. 3.4.2.2 ; arrêt du TF 5A_46/2020 du 17 novembre 2020 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018 cons. 3.3.1.

- 1172 À cela s'ajoute le principe d'imputation, qui a pour conséquence que les connaissances et l'action du représentant ou de la représentante sont considérées comme étant celles de la partie²⁵¹⁰. La situation de celle-ci ne peut donc pas être assimilée à celle d'une partie laïque ayant agi seule.
- 1173 En résumé, le fait (i) qu'une négligence grossière est retenue plus facilement à l'égard d'un·e avocat·e, (ii) qu'une telle erreur exclut tout formalisme excessif, et (iii) que cette erreur est imputée à la partie, a pour conséquence qu'une partie laïque qui se trompe d'acte n'est pas traitée de la même façon selon qu'elle est représentée professionnellement ou non.

C. Voie de recours, indication erronée ou absente (renvoi)

- 1174 Lorsqu'une partie choisit la mauvaise voie de recours et que la décision attaquée présente une erreur dans les voies de droit, la question de la conversion de l'acte se pose également. Dans ce cas, la situation s'examine au regard du principe de la bonne foi²⁵¹¹. Les règles applicables en la matière sont les mêmes que lorsqu'une partie manque un délai en se fiant à l'indication contenue dans la décision attaquée, déjà exposées aux N 1105 ss.
- 1175 Il convient toutefois de souligner que, dans un arrêt de 2020, l'*Obergericht* zurichois n'a pas suivi la jurisprudence fédérale et a admis la conversion d'un recours déposé par un avocat en appel, alors même que ce dernier aurait dû s'apercevoir que la voie de droit indiquée dans la décision attaquée était erronée²⁵¹². Le Tribunal cantonal grison a également admis la conversion d'un appel en recours dans des circonstances similaires²⁵¹³.

IV. Forme de l'acte

- 1176 Tout acte de procédure doit respecter des règles de forme (art. 129 ss CPC et 42 LTF). Si celles-ci ne sont pas observées, le tribunal devra en principe fixer un délai pour réparer le vice et, à défaut, l'acte ne sera pas pris en considération

²⁵¹⁰ Voir N 383 ss.

²⁵¹¹ ATF 117 Ia 297 cons. 2 et 3 ; arrêt du TF 4D_32/2021 du 27 octobre 2021 cons. 5.2 ; arrêt du TF 5A_46/2020 du 17 novembre 2020 cons. 4.1.1 ; arrêt du TF 4D_77/2012 du 20 novembre 2012 cons. 5, 5.1 et 5.2 ; CR CPC-TAPPY, art. 238 N 12.

²⁵¹² Arrêt de l'OG/ZH LZ200012-O/U du 6 août 2020 cons. 2.1.

²⁵¹³ KG/GR ZK2 2021 53 du 24 mars 2022 cons. 2.1, CAN 2022 Nr. 38 p. 159.

(art. 132 al. 1 CPC et 42 al. 5 LTF). Un délai ne doit cependant être imparti qu'en cas de vice involontaire²⁵¹⁴.

Ci-dessous, nous analyserons l'influence de la représentation professionnelle de la partie dans le cas où un acte ne respecte pas la forme écrite ou électronique, notamment lorsqu'il est déposé au moyen d'un fax ou d'un e-mail.

1177

A. Acte écrit ou électronique

1. Principe

Les actes de procédure peuvent être écrits, électroniques ou oraux. Un acte écrit doit être signé à la main tandis qu'un acte électronique doit contenir une signature électronique qualifiée (art. 130 CPC et 42 al. 1 et 4 LTF). Les actes sous forme d'e-mail simple²⁵¹⁵ ou de fax²⁵¹⁶ ne remplissent pas ces conditions faute de signature valable, de sorte qu'ils ne sont pas admissibles.

1178

2. En cas de représentation professionnelle

a. Jurisprudence

(i) *E-mail*

En matière d'acte déposé par e-mail simple, il est difficile de dégager des principes uniformes de la jurisprudence fédérale.

1179

Certaines décisions semblent opérer une distinction selon que la partie est représentée professionnellement ou non. Dans un arrêt 1P.254/2005 rendu en matière pénale, le Tribunal fédéral a considéré qu'une autorité devait attirer

1180

²⁵¹⁴ Arrêt du TF 4A_351/2020 du 13 octobre 2020 cons. 3.2 ; BK ZPO-FREL, art. 132 N 5 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 132 N 6 ; DK ZPO-KRAMER/ERK, art. 132 N 2.

²⁵¹⁵ Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 42 N 59 et 68 ; DK BGG-DOLGE, art. 42 N 14 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 70 ; SHK ZPO-KUMSCHICK, art. 132 N 4 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 130-132 N 4.

²⁵¹⁶ ATF 121 II 252 ; arrêt du TF 1B_537/2011 du 16 novembre 2011 cons. 3 ; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, art. 42 N 59 ; DK BGG-DOLGE, art. 42 N 14 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 70 ; PC CPC-SCHNEUWLY, art. 130 N 4 ; SK ZPO-STAEHELIN, art. 132 N 3. Le message du CPC indique que « [l]a question de savoir si l'envoi par télécopie répond aux exigences de la forme écrite est laissée à la pratique » tout en soulignant que le Tribunal fédéral ne l'admet pas (Message CPC, FF 2006 p. 6917).

l'attention d'une partie laïque non représentée ayant formé une opposition par e-mail sur le caractère vicié de son acte²⁵¹⁷. Dans la mesure où le délai de recours n'était pas arrivé à échéance, un délai supplémentaire n'avait toutefois pas besoin d'être fixé²⁵¹⁸.

1181 Il a par ailleurs jugé qu'un délai de rectification n'avait pas à être accordé à une partie représentée par un avocat qui avait envoyé un acte électronique à l'adresse e-mail usuelle du tribunal (alors que seul un envoi sur une plateforme reconnue est valable selon l'art. 4 OCEI-PCPP)²⁵¹⁹. Il résultait des constatations de fait de l'instance précédente que l'avocat devait savoir que son acte n'était pas valable²⁵²⁰. Dans une autre affaire, il a jugé qu'un délai ne devait pas être octroyé à un ex-avocat partie à une procédure ayant transmis son acte sur CD-ROM²⁵²¹. Enfin, dans une troisième affaire, il a estimé qu'une avocate ayant envoyé un recours électronique dépourvu de signature électronique ne méritait aucune protection²⁵²². De ce fait, un délai pour rectifier le vice ne devait pas être accordé à la partie représentée par cette avocate²⁵²³.

1182 Le Tribunal fédéral a adopté une autre approche dans un arrêt de droit administratif rendu en 2020. Il a considéré qu'il ne fallait pas octroyer un délai de rectification à une partie représentée par sa mère suite au dépôt d'un acte électronique, non valable parce que la législation du canton concerné ne prévoyait pas la possibilité de déposer des actes signés électroniquement²⁵²⁴. Ce faisant, il a souligné que cette solution était applicable indépendamment de savoir si la partie ou la personne qui la représente possède des connaissances juridiques²⁵²⁵.

²⁵¹⁷ Arrêt du TF 1P.254/2005 du 30 août 2005 cons. 2.6.

²⁵¹⁸ Arrêt du TF 1P.254/2005 du 30 août 2005 cons. 2.6. Dans l'ATF 142 V 152, le Tribunal fédéral est revenu sur cet arrêt (cons. 4.6). Il semble l'interpréter dans le sens qu'un tribunal devrait attirer l'attention d'une partie laïque sur le vice de procédure si le délai pour déposer l'acte n'est pas encore échu, mais ne pourrait pas lui accorder un délai de grâce. À notre avis, cette lecture de l'arrêt 1P.254/2005 est trop restrictive, celui-ci ne paraissant pas exclure la fixation d'un délai de grâce (dans le même sens : BOHNET, Note 1P.254/2005, p. 31).

²⁵¹⁹ Arrêt du TF 5A_650/2011 du 27 janvier 2012 cons. 4.

²⁵²⁰ Arrêt du TF 5A_650/2011 du 27 janvier 2012 cons. 4.

²⁵²¹ Arrêt du TF 5D_94/2017 du 15 décembre 2017 cons. 4.3 et 4.4.

²⁵²² Arrêt du TF 2C_997/2021 du 11 mai 2022 cons. 3.6.

²⁵²³ Arrêt du TF 2C_997/2021 du 11 mai 2022 cons. 3.6.

²⁵²⁴ Arrêt du TF 2C_738/2020 du 23 novembre 2020.

²⁵²⁵ Arrêt du TF 2C_738/2020 du 23 novembre 2020 cons. 4.4.2.

Quant à la pratique propre du Tribunal fédéral, elle est fluctuante : il octroie parfois²⁵²⁶ – mais pas toujours²⁵²⁷ – des délais sur la base de l'art. 42 al. 5 LTF aux parties non représentées qui déposent des recours par e-mail. 1183

Dans tous les cas, il faut réserver l'hypothèse où une partie laïque savait ou devait savoir qu'un acte déposé par e-mail n'était pas admissible parce que son attention avait déjà été attirée sur cet élément : dans ce cas, elle ne mérite pas de protection²⁵²⁸. 1184

(ii) *Fax*

La jurisprudence fédérale semble plus stricte en matière de recours déposé par fax. Le Tribunal fédéral considère qu'un acte déposé par ce moyen ne respecte pas la forme écrite²⁵²⁹ et ne paraît pas admettre la fixation d'un délai en faveur d'une partie non représentée et sans connaissances juridiques dans cette hypothèse²⁵³⁰. 1185

Relevons toutefois que dans l'ATF 142 IV 299, portant sur le cas d'une partie représentée par un avocat allemand ayant fait opposition par fax à une ordonnance pénale, le Tribunal fédéral a insisté sur le fait que l'acte avait été déposé par un avocat²⁵³¹. Il a souligné qu'il était en particulier attendu que les avocats déposent des recours dans la forme adéquate²⁵³². Cet ATF laisse penser qu'une solution différente aurait pu s'appliquer si la partie avait agi 1186

²⁵²⁶ Arrêt du TF 1C_400/2019 du 30 décembre 2019 cons. 1.1 ; arrêt du TF 6B_144/2015 du 11 mars 2015 cons. 1. À noter que le Tribunal fédéral renonce à la fixation d'un délai pour déposer l'acte dans une forme admise lorsque recours est de toute façon irrecevable pour un autre motif (arrêt du TF 5A_419/2018 du 31 mai 2018 cons. 2).

²⁵²⁷ Voir par exemple arrêt du TF 2C_531/2015 du 18 juin 2015 ; arrêt du TF 8C_759/2014 du 1^{er} décembre 2014 cons. 11.

²⁵²⁸ ATF 142 V 152 ; arrêt du TF 5A_484/2008 du 16 septembre 2008 cons. 3.4.

²⁵²⁹ ATF 142 IV 299 cons. 1.1, JdT 2017 IV p. 91 (en matière pénale) ; ATF 121 II 252 cons. 4b ; arrêt du TF 1B_537/2011 du 16 novembre 2011 cons. 3. Cette jurisprudence est critiquée par une partie de la doctrine (voir notamment GASSER/RICKLI, art. 132 N 3 ; OFK ZPO-JENNY/JENNY, art. 130 N 1 ; BSK BGG-MERZ, art. 42 N 35 ; SK ZPO-STAEHELIN, art. 130 N 4).

²⁵³⁰ Voir notamment arrêt du TF 4A_183/2016 du 2 avril 2016 ; arrêt du TF 1B_556/2012 du 2 octobre 2012 cons. 3 ; arrêt du TF 1C_294/2012 du 11 juin 2012 cons. 3 ; arrêt du TF 5A_157/2010 du 3 mars 2010 ; arrêt du TF 9C_739/2007 du 28 novembre 2007 cons. 1.2.

²⁵³¹ ATF 142 IV 299 cons. 1.3.4 et 1.3.5, JdT 2017 IV p. 91.

²⁵³² ATF 142 IV 299 cons. 1.3.4, JdT 2017 IV p. 91.

seule, mais aucune jurisprudence ultérieure du Tribunal fédéral ne semble avoir confirmé cette tendance.

b. Avis doctrinaux

- 1187 La doctrine est en faveur d'une application plus souple de l'art. 132 CPC lorsqu'un acte est déposé par fax ou par e-mail par une partie laïque agissant seule. Seuls SUTTER-SOMM/SEILER ne semblent pas partager cette opinion²⁵³³.
- 1188 FREI, GSCHWEND et LIENHARD sont d'avis qu'un délai de rectification devrait être accordé à la partie sans connaissances de procédure qui croit de bonne foi qu'un acte déposé par fax est valable²⁵³⁴. KRAMER/ERK vont dans le même sens²⁵³⁵. FREI et KUMSCHICK précisent que si le délai initial pour déposer l'acte n'est pas encore échu, le tribunal devrait attirer l'attention de la partie laïque sur le vice²⁵³⁶. Par ailleurs, LIENHARD souligne qu'une solution différente s'applique à son avis lorsqu'une partie est représentée par un·e avocat·e : dans ce cas, aucun délai supplémentaire ne doit être octroyé²⁵³⁷.
- 1189 MERZ et WEBER estiment aussi qu'un délai pour corriger le vice doit être accordé si une partie laïque a déposé un acte par fax ou par e-mail²⁵³⁸.
- 1190 DONZALLAZ relève également que « [l']abus de droit est plus difficile à retenir quand l'acte est accompli par un laïc », citant l'arrêt 1P.254/2005 (mentionné au N 1180)²⁵³⁹.
- 1191 Selon BOHNET, lorsqu'une partie laïque dépose un acte par e-mail simple, le vice peut être réparé²⁵⁴⁰. Il est par ailleurs d'avis que si une personne sait ou devrait savoir qu'un acte est vicié et le dépose quand même, l'acte doit lui être

²⁵³³ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 132 N 11.

²⁵³⁴ BK ZPO-FREI, art. 130 N 7 et 132 N 10 ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 132 N 11 ; LIENHARD, N 296.

²⁵³⁵ DK ZPO-KRAMER/ERK, art. 130 N 3 (qui soulignent en outre qu'une partie représentée par un·e avocat·e qui envoie un acte par courriel simple parce que la poste a fermé ses guichets commet un abus de droit).

²⁵³⁶ BK ZPO-FREI, art. 130 N 7 ; SHK ZPO-KUMSCHICK, art. 130 N 3.

²⁵³⁷ LIENHARD, N 300.

²⁵³⁸ BSK BGG-MERZ, art. 42 N 35 (qui réserve le cas où une partie a été rendue attentive à un vice à plusieurs reprises par le passé et qu'elle a systématiquement ignoré ces remarques [BSK BGG-MERZ, art. 42 N 11]) ; KUKO ZPO-WEBER, art. 130-132 N 4 ; dans le même sens : DK BGG-DOLGE, art. 42 N 15.

²⁵³⁹ DONZALLAZ, art. 42 N 1046.

²⁵⁴⁰ CR CPC-BOHNET, art. 130 N 13 ; BOHNET, Note 1P.254/2005, p. 31.

retourné sans possibilité de rectification (art. 132 al. 3 CPC)²⁵⁴¹. Il considère que c'est le cas lorsqu'un·e mandataire professionnel·le envoie un acte par fax ou par e-mail le dernier jour du délai²⁵⁴².

STEINER est également d'avis qu'une personne ayant des connaissances juridiques sait ou doit savoir qu'un acte ne peut pas être transmis par fax, de sorte qu'un délai de rectification ne doit pas être accordé dans cette hypothèse²⁵⁴³. 1192

c. Justification de la différence de traitement

La différence de traitement entre partie laïque représentée et non représentée en matière d'acte déposé par fax ou par e-mail s'explique par les principes relatifs au formalisme excessif. 1193

L'interdiction du formalisme excessif²⁵⁴⁴ résulte de l'art. 29 al. 1 Cst.²⁵⁴⁵. Les art. 132 al. 1 CPC et 42 al. 5 LTF, qui permettent d'octroyer un délai aux parties pour rectifier une erreur commise par inadvertance, sont des expressions de ce principe²⁵⁴⁶. Il n'y a toutefois pas de formalisme excessif à sanctionner ce vice s'il est volontaire²⁵⁴⁷ – c'est-à-dire s'il a été déposé dans la volonté de commettre un abus de droit²⁵⁴⁸. 1194

²⁵⁴¹ CR CPC-BOHNET, art. 132 N 40.

²⁵⁴² CR CPC-BOHNET, art. 132 N 40.

²⁵⁴³ FHB ZPO-STEINER, N 425.

²⁵⁴⁴ Il y a formalisme excessif « lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux » (ATF 145 I 201 cons. 4.2.1).

²⁵⁴⁵ ATF 145 I 201 cons. 4.2.1 ; ATF 142 V 152 cons. 4.2 ; ATF 142 IV 299 cons. 1.3.2, JdT 2017 IV p. 91 ; ATF 132 I 249 cons. 5.

²⁵⁴⁶ ATF 121 II 252 cons. 4b (en relation avec l'art. 30 al. 2 OJ, qui a précédé l'art. 42 al. 5 LTF) ; arrêt du TF 1P.254/2005 du 30 août 2005 cons. 2.5 (en relation avec l'art. 30 al. 2 OJ, qui a précédé l'art. 42 al. 5 LTF) ; DK BGG-DOLGE, art. 42 N 48 ; GASSER/RICKLI, art. 132 N 1 ; PC CPC-SCHNEUWLY, art. 132 N 6.

²⁵⁴⁷ Dans ce sens : ATF 121 II 252 cons. 4b ; arrêt du TF 2C_331/2011 du 25 janvier 2012 cons. 4 ; arrêt du TF 1P.254/2005 du 30 août 2005 cons. 2.5 ; CR CPC-BOHNET, art. 132 N 40 ; BOHNET, Note 1P.254/2005, p. 30.

²⁵⁴⁸ Voir N 1337 s.

- 1195 On peut partir du principe qu'un·e représentant·e professionnel·le, en particulier un·e avocat·e, connaît (ou du moins devrait connaître) les formes admissibles pour les actes de procédure, mais pas nécessairement une partie laïque²⁵⁴⁹. De ce fait, si un·e avocat·e dépose un acte par fax ou par e-mail, le vice ne pourra pas être qualifié d'involontaire²⁵⁵⁰.
- 1196 Dans la mesure où les actes et les connaissances d'un·e représentant·e professionnel·le sont imputés à la partie²⁵⁵¹, c'est comme si celle-ci avait elle-même déposé un acte volontairement vicié. Elle n'est donc pas traitée de la même façon qu'une partie sans connaissances juridiques qui agit seule.

V. Synthèse du chapitre 10

- 1197 Ce chapitre a permis de présenter en détail plusieurs situations rencontrées en procédure dans lesquelles la jurisprudence et/ou la doctrine considèrent qu'une partie laïque n'a pas à être traitée de la même façon selon qu'elle est représentée professionnellement ou non.
- 1198 Rappelons que le présent chapitre a uniquement pour but de présenter une casuistique ; l'analyse critique de la différence de traitement entre une partie représentée professionnellement et une partie agissant seule sera l'objet du chapitre 12. À ce stade, on peut toutefois déjà émettre plusieurs constats.
- 1199 Premièrement, on remarque que le principe de sévérité en cas d'erreur commise par une partie représentée professionnellement est toujours examiné en lien avec une problématique précise. Bien que ce principe soit finalement le même dans toutes les situations présentées ci-dessus, il n'a jamais fait l'objet d'un examen global (examen auquel nous procéderons au chapitre 12).
- 1200 Deuxièmement, dans les situations que nous avons examinées, on observe que la doctrine majoritaire est dans l'ensemble favorable à ce qu'une partie laïque représentée professionnellement soit traitée plus sévèrement que celle qui agit seule.
- 1201 Troisièmement, on note certaines incohérences dans la jurisprudence, notamment quant au fait que la bonne foi en matière d'indication erronée du délai de recours est appréhendée différemment si l'autorité a oublié de mentionner la non-suspension du délai durant les fêtes (voir N 1116) ou que la

²⁵⁴⁹ BOHNET, Note 1P.254/2005, p. 31 ; LIENHARD, N 295 et 300 ; dans ce sens également : arrêt du TF 2C_331/2011 du 25 janvier 2012 cons. 4 ; FHB ZPO-STEINER, N 425.

²⁵⁵⁰ LIENHARD, N 300.

²⁵⁵¹ Voir N 360 ss.

conversion d'un recours est plus aisément admise devant le Tribunal fédéral que devant les tribunaux cantonaux (voir N 1155 ss, en particulier N 1163). Ces incohérences sont expliquées en détail aux N 1283 ss.

Chapitre 11 : Conséquences d'une erreur et responsabilité de l'avocat·e

Lorsqu'un·e représentant·e commet une erreur dans la procédure, plusieurs conséquences négatives peuvent en résulter. Nous présenterons ci-dessous les plus importantes (I), en exposant celles qui concernent la partie (I A) puis celles qui touchent la personne qui la représente (I B). Précisons qu'une erreur peut également rester sans conséquences²⁵⁵². 1202

Nous examinerons ensuite la question de la responsabilité de l'avocat·e, représentant·e par excellence (II). Agir en responsabilité constitue en effet le moyen à disposition de la partie lésée pour obtenir réparation de l'éventuel dommage consécutif à un manquement de son représentant ou sa représentante. 1203

I. Conséquences potentielles d'une erreur

A. Pour la partie

1. Perte (de tout ou partie) d'un procès

Dans le pire des cas, l'erreur d'un·e représentant·e dans le cadre d'une procédure civile peut causer la perte du procès de la partie représentée. 1204

Exemple : A, locataire, reçoit une lettre de résiliation de son contrat de bail de la part de son bailleur. Elle charge l'avocate B de contester cette résiliation. B omet de vérifier le délai pour saisir l'autorité de conciliation (qui est de 30 jours selon l'art. 273 al. 1 CO) et dépose la requête de conciliation 10 jours après ce terme. Pour ce motif, la demande de A est rejetée²⁵⁵³. 1205

²⁵⁵² Par exemple, lorsqu'un acte désigne une partie de façon manifestement erronée et que son identité est claire pour le tribunal et les parties, cette erreur peut être rectifiée d'office par le tribunal (voir arrêt du TF 4A_373/2018 du 13 mars 2019 cons. 2.2.1 ; arrêt du TF 4A_635/2016 du 22 janvier 2018 cons. 3.1.1, non publié in : ATF 144 III 93 ; arrêt du TF 4A_43/2017 du 7 mars 2017 cons. 1.1).

²⁵⁵³ Précisons que certains arrêts du Tribunal fédéral, de même que BOHNET, retiennent que le dépôt tardif d'une requête de conciliation visant à contester un congé selon l'art. 273 al. 1 CO conduit à une décision d'irrecevabilité de la demande (arrêt du TF 4A_120/2014 du 19 mai 2014 cons. 6, non publié in : ATF 140 III 244 ; arrêt du TF 4A_171/2008 du 22 mai 2008 cons. 1.2 ; CR CPC-BOHNET, art. 59 N 148).

- 1206 La perte du procès peut également n'être que partielle.
- 1207 *Exemple : E souhaite agir contre son ancien employeur pour lui réclamer (i) une indemnité pour licenciement abusif (art. 336a CO) et (ii) le paiement d'heures supplémentaires. Pour ce faire, il mandate l'agent d'affaires C. La procédure de conciliation se solde par un échec et une demande est déposée. Dans son acte, C a rédigé la conclusion relative aux heures supplémentaires, mais a oublié celle tendant au versement d'une indemnité. De ce fait, le tribunal admet uniquement la conclusion visant le paiement d'heures supplémentaires.*
- 1208 La perte de tout ou partie d'un procès est susceptible d'entraîner un dommage pour la partie²⁵⁵⁴. Nous examinerons ci-dessous les conditions permettant à la partie lésée d'en obtenir la réparation (N 1230 ss).

B. Pour la représentante ou le représentant

1. Condamnation aux frais de la procédure

- 1209 Le tribunal peut, dans certaines circonstances, mettre les frais à la charge du représentant ou de la représentante de la partie.
- 1210 Selon la doctrine et la jurisprudence, les art. 108 CPC et 66 al. 3 LTF – qui prévoient que les frais causés inutilement sont mis à la charge de la personne qui les a engendrés – permettent au tribunal de faire supporter les frais à un·e représentant·e conventionnel·le²⁵⁵⁵. Le Tribunal fédéral se fonde également parfois sur l'art. 66 al. 1 LTF pour ce faire, mais cette base légale est critiquée par la doctrine²⁵⁵⁶.

²⁵⁵⁴ Sur les différents éléments qui peuvent composer le dommage, voir N 1239 ss.

²⁵⁵⁵ Arrêt du TF 9C_108/2023 du 19 juin 2023 cons. 7 ; arrêt du TF 4A_524/2019 du 4 mars 2020 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_612/2014 du 3 mars 2015 cons. 1.3 ; arrêt du KG/BL 400 20 70 cons. 6, BJM 2020 p. 384 ; Commentaire LTF-BOVEY, art. 66 N 17 et 19 ; HUG/PAPADOPOULOS, p. 168 ; SK ZPO-JENNY, art. 108 N 7 ; ZÄHNDLER, N 8 et 12. Critiques quant à cette possibilité : BSK BGG-GEISER, art. 66 N 24 ; CR CPC-TAPPY, art. 108 N 16.

²⁵⁵⁶ HUG/PAPADOPOULOS, p. 168.

Ces dispositions concernent tant les frais judiciaires que les dépens²⁵⁵⁷. Précisons que la jurisprudence relative à l'art. 66 al. 3 LTF s'applique également à l'art. 108 CPC²⁵⁵⁸. 1211

Mettre les frais à la charge d'un·e représentant·e est une exception²⁵⁵⁹ et le tribunal dispose d'une certaine marge d'appréciation à cet égard²⁵⁶⁰. Selon le Tribunal fédéral, cela suppose la violation des principes élémentaires de diligence²⁵⁶¹. Une partie de la doctrine considère qu'un comportement fautif doit avoir été adopté²⁵⁶². 1212

Le Tribunal fédéral a notamment jugé qu'il était justifié de condamner un·e avocat·e au paiement des frais si un examen succinct de la cause permettait de constater que le recours était, de toute évidence, irrecevable²⁵⁶³. 1213

Il convient de souligner que, si un·e représentant·e a commis une erreur et ainsi causé un dommage à la partie, lui faire supporter les frais permet de réduire ce préjudice, voire de le faire disparaître entièrement. C'est le cas si un acte manifestement dépourvu de chances de succès est déposé²⁵⁶⁴. 1214

Exemple : A, représenté par Me Z, recourt contre une décision alors qu'il est manifeste qu'aucune voie de recours n'est ouverte contre cette décision. Dans cette situation, le préjudice subi par la partie correspond uniquement aux frais judiciaires et aux éventuels dépens dus à la partie adverse, la partie ne devant en principe pas supporter le coût de sa représentation professionnelle (voir N 1220 ss). Comme son recours aurait de toute manière été déclaré irrecevable 1215

²⁵⁵⁷ S'agissant de l'art. 108 CPC, voir arrêt du TF 9C_666/2018 du 14 juillet 2017 cons. 3.3.1 ; CR CPC-TAPPY, art. 108 N 10 et 14 ; PC CPC-STOUDMANN, art. 108 N 2. Quant à l'art. 66 al. 3 LTF, il a pour objet les frais judiciaires. Cette disposition s'applique néanmoins également en matière de dépens en vertu du renvoi de l'art. 68 al. 4 LTF (arrêt du TF 4F_15/2008 du 20 novembre 2013 cons. 2.3.2 ; HUG/PAPADOPOULOS, p. 168).

²⁵⁵⁸ ATF 141 III 426 cons. 2.4.1 ; arrêt du TF 9C_666/2018 du 27 mai 2019 cons. 7.2.3 ; CR CPC-TAPPY, art. 108 N 3.

²⁵⁵⁹ Commentaire LTF-BOVEY, art. 66 N 17 ; HUG/PAPADOPOULOS, p. 168.

²⁵⁶⁰ Arrêt du TF 5A_246/2019 du 9 juin 2020 cons. 7.1 ; arrêt du TF 5A_519/2019 du 29 octobre 2019 cons. 3.5 ; arrêt du TF 5D_69/2017 du 14 juillet 2017 cons. 3.3.1 ; arrêt du TF 5A_195/2013 du 9 juillet 2013 cons. 3.2.1 ; CR CPC-TAPPY, art. 108 N 4 ; PC CPC-STOUDMANN, art. 108 N 11.

²⁵⁶¹ Arrêt du TF 4A_524/2019 du 4 mars 2020 cons. 4.1.

²⁵⁶² BK ZPO-STERCHI, art. 108 N 4 ; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, art. 108 N 2 ; *contra* : SK ZPO-JENNY, art. 108 N 4.

²⁵⁶³ ATF 129 IV 206 cons. 2 ; BSK BGG-GEISER, art. 66 N 24.

²⁵⁶⁴ Sur la possibilité de faire supporter les frais à la personne qui représente la partie dans une telle hypothèse, voir SK ZPO-JENNY, art. 108 N 7 ; PC CPC-STOUDMANN, art. 108 N 11.

et qu'elle n'a pas à payer les frais, la partie est replacée dans la situation qui aurait été la sienne si aucun recours n'avait été déposé.

- 1216 Lorsque le tribunal fait supporter les frais à un·e représentant·e, il arrive que son nom soit publié dans la décision²⁵⁶⁵. Ce·tte représentant·e, en particulier si son activité est professionnelle, risque de ce fait de subir une atteinte à sa réputation²⁵⁶⁶. Celle-ci peut à son tour conduire à une baisse du nombre de mandats et donc toucher ses intérêts économiques²⁵⁶⁷. Précisons qu'en cas de non-anonymisation, un·e représentant·e ne peut pas obtenir la réparation d'un éventuel dommage en invoquant la responsabilité de l'État²⁵⁶⁸.
- 1217 Dans tous les cas, la condamnation d'un·e représentant·e aux frais de la procédure reste une exception, qui n'est pas prononcée dans toutes les hypothèses où une erreur a été commise. En outre, la plupart du temps, cette décision ne compense pas le dommage résultant de la perte du procès.

2. Responsabilité contractuelle

- 1218 S'il existe un contrat entre les parties au rapport de représentation, l'erreur du représentant ou de la représentante peut entraîner sa responsabilité contractuelle et l'obligation de réparer un éventuel dommage causé à la partie représentée.
- 1219 Nous verrons ci-dessous (N 1230 ss) à quelles conditions cette responsabilité est engagée lorsque la représentation est assurée par un·e avocat·e.

²⁵⁶⁵ HUG/PAPADOPOULOS, p. 169 ss. Il semble même qu'il s'agisse désormais de la règle devant le Tribunal fédéral (voir arrêt du TF 1B_268/2022 du 5 juillet 2022 cons. 2).

²⁵⁶⁶ HUG/PAPADOPOULOS, p. 172.

²⁵⁶⁷ HUG/PAPADOPOULOS, p. 172.

²⁵⁶⁸ Arrêt du TF 2E_4/2019 du 28 octobre 2021.

3. Extinction du droit aux honoraires

La plupart du temps, la représentation conventionnelle est professionnelle et est assurée par un·e mandataire²⁵⁶⁹, qui a généralement droit à des honoraires pour son activité²⁵⁷⁰. 1220

Le droit à des honoraires est conditionné à une exécution correcte du mandat²⁵⁷¹. Si un·e mandataire commet une erreur constitutive d'une violation de ses obligations contractuelles et que son comportement équivaut à une inexécution totale du mandat, le droit aux honoraires s'éteint²⁵⁷². Si la violation du contrat n'atteint pas ce degré de gravité, le montant des honoraires est uniquement réduit²⁵⁷³. 1221

Le Tribunal fédéral a précisé qu'il pouvait y avoir cumul entre le droit à la réduction des honoraires et la réparation du dommage causé par la mauvaise exécution du mandat²⁵⁷⁴. Ce cumul ne doit toutefois pas conduire à l'enrichissement de la partie mandante²⁵⁷⁵. De ce fait, si les dommages-intérêts permettent de replacer la partie mandante dans la situation qui aurait été la sienne si le mandat avait été exécuté correctement, l'entier des honoraires est dû²⁵⁷⁶. C'est uniquement si ce résultat n'est pas atteint qu'une réduction des honoraires est possible²⁵⁷⁷. Dans tous les cas, la créance en paiement des 1222

²⁵⁶⁹ Voir N 130 ss.

²⁵⁷⁰ Voir ATF 135 III 259 cons. 2.1 ; MÜLLER C., N 3021 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4587 ; CR CO I-WERRO, art. 394 N 38 ss.

²⁵⁷¹ WESSNER, p. 25.

²⁵⁷² ATF 124 III 423 cons. 4a ; arrêt du TF 4A_148/2022 du 21 décembre 2022 cons. 3.4 ; arrêt du TF 4A_38/2022 du 31 octobre 2022 cons. 4.2 ; arrêt du TF 4A_534/2019 du 13 octobre 2020 cons. 4.1.3 ; arrêt du TF 4A_444/2019 du 21 avril 2020 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 4A_89/2017 du 2 octobre 2017 cons. 5.2.2 ; arrêt du TF 4A_89/2017 du 2 octobre 2017 cons. 5.2.3 ; GRIEDER, p. 1512 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4591 ; CR CO I-WERRO, art. 394 N 44 ; WESSNER, p. 25.

²⁵⁷³ ATF 124 III 423 cons. 4a ; arrêt du TF 4A_38/2022 du 31 octobre 2022 cons. 4.2 ; arrêt du TF 4A_444/2019 du 21 avril 2020 cons. 3.2.2 ; GRIEDER, p. 1512 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4593 ; CR CO I-WERRO, art. 394 N 44.

²⁵⁷⁴ ATF 124 III 423 cons. 3c ; arrêt du TF 4A_229/2020 du 5 mai 2021 cons. 6.2 ; arrêt du TF 4A_412/2019 du 27 avril 2020 cons. 8.3.1 ; arrêt du TF 4A_444/2019 du 21 avril 2020 cons. 3.1.

²⁵⁷⁵ Arrêt du TF 4A_229/2020 du 5 mai 2021 cons. 6.2 ; arrêt du TF 4A_412/2019 du 27 avril 2020 cons. 8.3.1.

²⁵⁷⁶ ATF 124 III 423 cons. 3c, 4a et 4c ; arrêt du TF 4A_534/2019 du 13 octobre 2020 cons. 4.1.3 ; arrêt du TF 4A_412/2019 du 27 avril 2020 cons. 8.3.1 ; voir également arrêt du TF 4A_229/2020 du 5 mai 2021 cons. 6.2.

²⁵⁷⁷ Arrêt du TF 4A_412/2019 du 27 avril 2020 cons. 8.3.1.

honoraires (réduits ou non) et la créance en dommages-intérêts peuvent être compensées²⁵⁷⁸. Autrement dit, on impute le montant de la rémunération qui aurait été due à l'avocat·e en cas de bonne exécution du contrat sur la somme des dommages-intérêts²⁵⁷⁹.

4. Sanction disciplinaire

- 1223 Certain·e·s représentant·e·s professionnel·le·s doivent respecter des règles professionnelles (ou des devoirs)²⁵⁸⁰. La violation de ces règles peut entraîner des sanctions disciplinaires, prononcées par une autorité de surveillance.
- 1224 En particulier, les avocat·e·s doivent exercer leur profession avec soin et diligence en vertu de l'art. 12 let. a LLCA. Une erreur commise au cours d'une procédure ne suffit généralement pas à retenir une violation de cette règle professionnelle²⁵⁸¹. Cependant, certains manquements sont contraires au devoir de diligence de l'art. 12 let. a LLCA et peuvent donc conduire au prononcé d'une sanction disciplinaire. Une telle décision a par exemple été rendue dans le cas d'un avocat ayant manqué un délai de procédure²⁵⁸² et d'une avocate ayant déposé des recours qui n'avaient manifestement aucune chance de succès, car ils n'étaient pas bien motivés, inutilement longs et pas toujours compréhensibles²⁵⁸³.

5. Sanction associative

- 1225 Certain·e·s représentant·e·s professionnel·le·s peuvent être membres d'associations professionnelles. On pense avant tout aux avocat·e·s qui, pour la

²⁵⁷⁸ ATF 124 III 423 cons. 3c ; arrêt du TF 4A_444/2019 du 21 avril 2020 cons. 3.4 ; arrêt du TF 4A_412/2019 du 27 avril 2020 cons. 8.3.1.

²⁵⁷⁹ BOHNET, Professions, N 94 ; BOHNET/MARTENET, N 3071 ; WESSNER, p. 25.

²⁵⁸⁰ À savoir les avocat·e·s (voir N 814 ss), les agent·e·s d'affaires breveté·e·s du canton de Vaud (voir N 863), les *Rechtsagent·inn·en* du canton de Saint-Gall (voir N 863) et les avocat·e·s-stagiaires dans certains cantons (N 977).

²⁵⁸¹ BOHNET/MARTENET, N 1202 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 242.

²⁵⁸² Décision de la commission du barreau de Genève du 23 juin 2008 17/08, SJ 2011 II p. 179.

²⁵⁸³ Arrêt du TF 2C_150/2008 du 10 juillet 2008 cons. 7.2.1 et 7.2.2 ; BOHNET/MARTENET, N 1220.

plupart, sont membres d'un ordre cantonal²⁵⁸⁴ et par la même occasion de la Fédération suisse des avocats (FSA)²⁵⁸⁵.

Les ordres cantonaux ont généralement la compétence de prononcer des sanctions à l'encontre de leurs membres²⁵⁸⁶. Par exemple, à Neuchâtel, le Conseil de l'Ordre exerce le pouvoir disciplinaire et peut prononcer diverses peines si un de ses membres viole une règle déontologique, une de ses directives ou la législation relative à la profession d'avocat·e²⁵⁸⁷. 1226

II. Responsabilité de l'avocat·e

La partie subissant un dommage suite à l'erreur de la personne qui l'a représentée dans le procès a la possibilité d'agir en responsabilité contre cette dernière. Cette procédure se présente donc comme le moyen à disposition de la partie lésée pour remédier aux éventuelles conséquences découlant du manquement d'un·e représentant·e conventionnel·le. 1227

Lorsqu'une partie est représentée conventionnellement, elle l'est généralement par un·e avocat·e, qui agit en tant que mandataire. Pour cette raison, nous évoquerons ci-dessous uniquement la responsabilité contractuelle des membres de cette profession en tant que mandataires. Nous présenterons les conditions de cette responsabilité (A) et examinerons les difficultés qui surviennent lorsque cette prétention est invoquée en justice (B). 1228

²⁵⁸⁴ BOHNET/MARTENET, N 278.

²⁵⁸⁵ Tout membre actif d'un Ordre cantonal est automatiquement membre de la FSA (art. 3 des Statuts de la Fédération Suisse des Avocats, disponibles sur https://www.sav-fsa.ch/documents/672183/2058067/Status_FSA_2019-06-14.pdf/298f920a-a590-6d47-8221-34ffa601d3c0?t=1644584569279 [consulté le 30 septembre 2023]).

²⁵⁸⁶ Voir par exemple art. 20bis des statuts de l'Ordre des Avocats Fribourgeois, disponibles sur https://oaf.ch/images/docs/2020/200522Statuts_OAF_f_Version_site_internet.pdf (consulté le 30 septembre 2023) ; art. 45A s. des statuts de l'Ordre des avocats de Genève, disponibles sur https://odage.ch/wp-content/uploads/2023/07/statuts_2023_3-pa.pdf (consulté le 30 septembre 2023) ; § 16 des statuts de la Zürcher Anwaltsverband, disponibles sur https://www.zav.ch/de/documents/pool/zav_statuten_und_reglemente_2018.pdf (consulté le 30 septembre 2023) ; voir également art. 39 CSD.

²⁵⁸⁷ Art. 17 al. 5 et 7 et art. 21 des statuts de l'Ordre des avocats neuchâtelois, disponibles sur https://www.oan.ch/securedl/sdl-eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJpYXQiOiJlMjYwODUyMjY0eC16MTY5NjE3NTIyNywidXNlciI6MCwiZ3JvdXBzLjpbMmV0ImZpbGUiOiJmaWxlYWRTaW4vZG9jdW1lbnRzL1N0YXR1dHNfT0FOXzIwMTdfc2lnbmVzLnBkZilsInBhZ2UiOiJQ3fQ.ZUn-Dp2j6YcoG1SPQBGYX8Nwb SW41M2oPuzD2YFR3_0/Statuts_OAN_2017_signes.pdf (consulté le 30 septembre 2023).

1229 Précisons que les avocat·e·s doivent obligatoirement être au bénéfice d'une assurance responsabilité civile professionnelle (art. 12 let. f LLCA). De ce fait, lorsque la responsabilité d'un membre de cette profession est engagée, c'est en premier lieu cette assurance qui couvrira le dommage. Dans ce cas, il est fréquent que l'avocat·e doive s'acquitter d'une franchise. Si toutefois l'assurance ne prend pas le dommage à sa charge, il sera nécessaire d'introduire un procès en responsabilité contre l'avocat·e pour obtenir la réparation du dommage.

A. Conditions de la responsabilité

1230 La responsabilité contractuelle d'un·e mandataire est engagée à quatre conditions : une violation d'une obligation contractuelle (a), un dommage (b), un lien de causalité (c) et une faute (d)²⁵⁸⁸.

a. Violation d'une obligation contractuelle

1231 Pour que la responsabilité de l'avocat·e soit engagée, une obligation découlant du contrat de mandat doit avoir été violée, en particulier l'obligation de diligence et de fidélité (art. 398 al. 2 CO)²⁵⁸⁹.

²⁵⁸⁸ Arrêt du TF 4A_349/2022 du 14 février 2023 cons. 4.1.1 ; arrêt du TF 4A_148/2022 du 21 décembre 2022 cons. 3.1 ; arrêt du TF 4A_445/2021 du 4 avril 2022 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_624/2021 du 8 avril 2022 cons. 3.1 ; arrêt du TF 4A_187/2021 du 22 septembre 2021 cons. 3.1.1 ; arrêt du TF 4A_444/2019 du 21 avril 2020 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 4A_175/2018 du 19 novembre 2018 cons. 4.1 ; BOHNET, Professions, N 90 ; CHAPPUIS, Responsabilité, p. 66 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 1904 ; BSK OR I-OSER/WEBER, art. 398 N 30.

²⁵⁸⁹ ATF 134 III 534 cons. 3.2.2 ; ATF 127 III 357 cons. 1b, JdT 2002 I p. 192 ; arrêt du TF 4A_445/2021 du 4 avril 2022 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_187/2021 du 22 septembre 2021 cons. 3.1.1 ; BOHNET, Professions, N 90.

(i) *Devoir de diligence*

Dans la mesure où l'activité de l'avocat·e implique des risques, sa responsabilité n'est pas engagée pour chaque comportement ayant entraîné un dommage²⁵⁹⁰. À cet égard, le Tribunal fédéral relève que « [c]'est aux parties de supporter les risques du procès ; elles ne peuvent pas les transférer sur les épaules de leur conseil »²⁵⁹¹ et que « [s]avoir si la manière d'agir d'un avocat doit être qualifiée de conforme ou non à son devoir de diligence résulte d'une pesée appréciative entre, d'une part, le risque engendré par le métier d'avocat et, d'autre part, l'autorité renforcée dont il est revêtu à l'égard de son mandant »²⁵⁹². Pour déterminer si l'avocat·e a fait preuve de la diligence requise, les circonstances du cas d'espèce doivent être prises en considération²⁵⁹³. Le devoir de diligence n'est pas respecté si le manquement constitue une violation des règles généralement reconnues et admises²⁵⁹⁴ (par exemple l'irrespect des délais de péremption et de prescription²⁵⁹⁵).

1232

Un·e avocat·e doit connaître la loi, la jurisprudence et la doctrine courante²⁵⁹⁶. S'agissant de la loi, il y a violation du devoir de diligence lorsque le manquement découle du fait que l'avocat·e ne connaît pas une règle de droit claire, au sujet de laquelle la doctrine et la jurisprudence sont unanimes, et qui n'est donc pas sujette à interprétation²⁵⁹⁷. En matière de jurisprudence, selon le

1233

²⁵⁹⁰ ATF 134 III 534 cons. 3.2.2 ; ATF 127 III 357 cons. 1b, JdT 2002 I p. 192 ; arrêt du TF 4A_141/2022 du 2 avril 2023 cons. 2 ; arrêt du TF 4A_445/2021 du 4 avril 2022 cons. 4.2 ; arrêt du TF 4P.317/2001 28 février 2002 cons. 6.

²⁵⁹¹ ATF 134 III 534 cons. 3.2.2 ; arrêt du TF 4A_141/2022 du 2 avril 2023 cons. 2 ; arrêt du TF 4A_148/2022 du 21 décembre 2022 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_445/2021 du 4 avril 2022 cons. 4.2.

²⁵⁹² ATF 134 III 534 cons. 3.2.2 ; arrêt du TF 4A_148/2022 du 21 décembre 2022 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_445/2021 du 4 avril 2022 cons. 4.2 ; arrêt du TF 4A_558/2017 du 29 mai 2018 cons. 5.3.2.

²⁵⁹³ ATF 134 III 534 cons. 3.2.2 ; arrêt du TF 4A_141/2022 du 2 avril 2023 cons. 2 ; arrêt du TF 4A_38/2022 du 31 octobre 2022 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_445/2021 du 4 avril 2022 cons. 4.2 ; voir également art. 321e CO (contrat de travail), auquel renvoie l'art. 398 al. 1 CO (contrat de mandat).

²⁵⁹⁴ ATF 117 II 563 cons. 2a ; arrêt du TF 4A_38/2022 du 31 octobre 2022 cons. 4.1 ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 1466 et 1491.

²⁵⁹⁵ ATF 117 II 563 cons. 2a ; arrêt du TF 4A_38/2022 du 31 octobre 2022 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_493/2009 du 1^{er} décembre 2009 cons. 2.3 ; BOHNET, *Professions*, N 91.

²⁵⁹⁶ Arrêt du TF 4C.80/2005 du 11 août 2005 cons. 2.2.1 ; BK-FELLMANN, art. 398 N 409 ; CHAPPUIS, *Responsabilité*, p. 74 ss ; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 1493 et 1501 ss ; FELLMANN, *Haftung*, p. 197 ; FELLMANN, *Fehlerhafte Rechtsberatung und Prozessführung*, N 14 ; FELLMANN/WEY, p. 31 ; LOMBARDINI, p. 524 s.

²⁵⁹⁷ ATF 127 III 357 cons. 3d, JdT 2002 I p. 192 ; CHAPPUIS, *Responsabilité*, p. 74.

Tribunal fédéral, le devoir de diligence n'est pas respecté en cas de méconnaissance des arrêts publiés au Recueil officiel (ATF)²⁵⁹⁸ ou des arrêts publiés par les cantons dans lesquels l'avocat·e pratique²⁵⁹⁹. En revanche, il n'est pas attendu qu'un·e avocat connaisse tous les arrêts accessibles sur internet ou publiés dans les revues juridiques²⁶⁰⁰.

- 1234 Précisons que des connaissances plus élevées sont attendues d'un·e avocat·e spécialiste qui agit dans son domaine de prédilection²⁶⁰¹. BOHNET/MARTENET précisent que le simple fait de porter un titre spécifique additionnel ne suffit pas ; il convient plutôt d'examiner comment l'avocat·e en question se prévaut de sa spécialisation auprès de sa clientèle²⁶⁰².
- 1235 Si un·e avocat·e commet l'une des différentes erreurs que nous avons évoquées au chapitre précédent (par exemple l'inobservation d'un délai²⁶⁰³, l'omission d'apporter la preuve d'un fait²⁶⁰⁴, ou encore le dépôt d'un acte qui ne respecte pas une exigence posée par les lois de procédure²⁶⁰⁵), cela peut, selon les circonstances, constituer une violation de son devoir de diligence²⁶⁰⁶.

²⁵⁹⁸ ATF 134 III 534 cons. 3.2.3.3.

²⁵⁹⁹ Arrêt du TF 4C.80/2005 du 11 août 2005 cons. 2.2.1.

²⁶⁰⁰ ATF 134 III 534 cons. 3.2.3.3. Cette jurisprudence est critiquée par la doctrine, qui estime qu'il n'est pas suffisant, au regard du devoir de diligence, qu'un·e avocat·e se contente de consulter la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral (BOHNET, Responsabilité, p. 11 ; CHAPPUIS, Responsabilité, p. 76 s. ; CHAPPUIS/GURTNER, N 1940 ss ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1510 s. ; FELLMANN/WEY, p. 31 ss ; MÜLLER T., p. 462).

²⁶⁰¹ BOHNET/MARTENET, N 3664 ; BK-FELLMANN, art. 398 N 410 ; voir également BSK OR I-OSER/WEBER, art. 398 N 27.

²⁶⁰² BOHNET/MARTENET, N 3665.

²⁶⁰³ Voir N 1102 ss.

²⁶⁰⁴ Voir N 1036 ss.

²⁶⁰⁵ Voir N 1176.

²⁶⁰⁶ Voir LOMBARDINI, p. 525 s.

(ii) Devoir de fidélité

Le devoir de fidélité impose aux avocat·e·s d'informer leurs client·e·s²⁶⁰⁷, notamment sur les moyens d'agir²⁶⁰⁸ et sur l'issue probable d'une éventuelle procédure²⁶⁰⁹. Ce devoir est violé si un·e avocat·e initie une procédure dont les chances de succès sont pratiquement nulles sans en avoir informé la partie l'ayant mandaté·e²⁶¹⁰. En revanche, si la partie décide d'entamer le procès après avoir été rendue attentive aux risques de la procédure, il n'y a pas de violation contractuelle²⁶¹¹. 1236

b. Dommage

Le dommage résultant de la violation du contrat de mandat correspond avant tout à un dommage patrimonial²⁶¹². À moins d'entraîner un tort moral, une atteinte sur le plan affectif ne peut en principe pas être réparée²⁶¹³. 1237

Le dommage est défini comme la diminution involontaire de la fortune nette²⁶¹⁴, ce qui correspond à la différence entre la valeur actuelle du patrimoine de la partie lésée et la valeur que ce patrimoine aurait dû avoir en l'absence d'événement dommageable²⁶¹⁵. 1238

²⁶⁰⁷ ATF 127 III 357 cons. 1d, JdT 2002 I p. 192 ; arrêt du TF 4A_141/2022 du 2 avril 2023 cons. 2 ; arrêt du TF 4A_148/2022 du 21 décembre 2022 cons. 3.2 ; BOHNET, Professions, N 92 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1536.

²⁶⁰⁸ BOHNET, Professions, N 92.

²⁶⁰⁹ Arrêt du TF 4A_148/2022 du 21 décembre 2022 cons. 3.2 ; BK-FELLMANN, art. 398 N 160 ; FELLMANN, Haftung, p. 194 ; BSK OR I-OSER/WEBER, art. 398 N 26.

²⁶¹⁰ FELLMANN, Haftung, p. 194.

²⁶¹¹ BK-FELLMANN, art. 398 N 162 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1527 ; FELLMANN, Haftung, p. 203 ; FELLMANN, Fehlerhafte Rechtsberatung und Prozessführung, N 36.

²⁶¹² BOHNET, Professions, N 94 ; BOHNET/MARTENET, N 3051 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1459 ; FELLMANN, Haftung, p. 188 ; LOMBARDINI, p. 533 ; WESSNER, p. 19.

²⁶¹³ ATF 87 II 290 ; BOHNET/MARTENET, N 3055 s. ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1459 ; FELLMANN, Haftung, p. 188 ; WESSNER, p. 19.

²⁶¹⁴ ATF 133 III 462 cons. 4.4.2 ; ATF 128 III 22 cons. 2aa ; ATF 120 II 296 cons. 3b ; arrêt du TF 4A_480/2021 du 9 novembre 2022 cons. 3.3 ; BK-FELLMANN, art. 398 N 333 ; CHAPPUIS, Responsabilité, p. 88 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1458 ; FELLMANN, Haftung, p. 188 ; FELLMANN, Fehlerhafte Rechtsberatung und Prozessführung, N 4 ; GRIEDER, p. 1510 ; MÜLLER T., p. 463.

²⁶¹⁵ ATF 133 III 462 cons. 4.4.2 ; ATF 128 III 22 cons. 2aa ; ATF 120 II 296 cons. 3b ; arrêt du TF 4A_480/2021 du 9 novembre 2022 cons. 3.3 ; CHAPPUIS, Responsabilité, p. 88 ; GRIEDER, p. 1510 ; MÜLLER T., p. 463 ; SCHMID, p. 69 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4535.

- 1239 Dans le contexte d'une procédure civile, le dommage peut notamment englober :
- les prétentions réclamées en justice – mais non obtenues – lorsque la partie lésée était demanderesse²⁶¹⁶. Si la partie lésée était défenderesse, le dommage comprend les prétentions auxquelles elle a été condamnée²⁶¹⁷ ;
 - les frais judiciaires et les dépens dus à la partie adverse²⁶¹⁸ ;
 - les honoraires versés à l'avocat·e²⁶¹⁹. Sur la question de savoir si une rémunération est due ou non, et si l'avocat·e peut demander compensation entre le montant du dommage et les honoraires qui auraient été les siens en cas de comportement correct, voir N 1221 ss.
- 1240 Dans le cadre d'un procès, la partie lésée doit démontrer que, si son avocat·e avait agi de manière diligente, elle n'aurait pas subi de dommage²⁶²⁰. Autrement dit, elle doit réussir à prouver qu'elle aurait gagné le procès²⁶²¹. Il s'agit donc de déterminer quelles étaient ses chances de succès dans la procédure²⁶²². Le degré de preuve à cet égard est celui de la vraisemblance prépondérante²⁶²³. Plusieurs auteurs relèvent toutefois que ce dommage est souvent compliqué à prouver, compte tenu des aléas de la procédure²⁶²⁴. Parmi les difficultés en matière de preuves, HIRSCH mentionne notamment le temps écoulé entre le procès manqué et l'action en responsabilité contre l'avocat·e ainsi que l'inversion du rôle de l'avocat·e (qui, défendant auparavant les intérêts de la

²⁶¹⁶ BOHNET, Professions, N 94 ; BOHNET/MARTENET, N 3051.

²⁶¹⁷ LOMBARDINI, p. 534 ; dans ce sens également : HIRSCH, p. 273.

²⁶¹⁸ BOHNET, Professions, N 94 ; WESSNER, p. 20.

²⁶¹⁹ BOHNET, Professions, N 94 ; BOHNET/MARTENET, N 3051 ; WESSNER, p. 20.

²⁶²⁰ BOHNET, Professions, N 94 ; BOHNET/MARTENET, N 3064 ; voir également arrêt du TF 4A_141/2022 du 2 avril 2023 cons. 3.2.2.

²⁶²¹ BOHNET/MARTENET, N 3064 ; voir également arrêt du TF 4A_141/2022 du 2 avril 2023 cons. 3.2.2. Pour des détails au sujet de la façon d'examiner comment se serait déroulé un procès sans violation du devoir de diligence, voir SCHMID, p. 70 ss.

²⁶²² BOHNET, Responsabilité, p. 12 ; BOHNET, Professions, N 94 ; BOHNET/MARTENET, N 3064.

²⁶²³ BOHNET/MARTENET, N 3061 ; BOHNET, Professions, N 94 ; HIRSCH, p. 260 s. (qui relève que la notion de « vraisemblance prépondérante » n'est pas aisée à interpréter) ; SCHMID, p. 77.

²⁶²⁴ BOHNET, Responsabilité, p. 11 s. ; BOHNET/MARTENET, N 3061 ; CHAPPUIS, Responsabilité, p. 88 et 94 ; WESSNER, p. 19.

partie lésée, doit désormais prouver que le procès se serait soldé par un échec)²⁶²⁵.

À noter qu'en matière de responsabilité de l'avocat·e, la problématique du dommage est souvent confondue avec celle du lien de causalité²⁶²⁶. Dans l'hypothèse où le procès aurait été perdu même si l'avocat·e avait agi diligemment, il convient de retenir que sa responsabilité contractuelle n'est pas engagée parce que le *dommage* fait défaut, comme le propose BOHNET²⁶²⁷. Cela signifie qu'une partie qui entame une procédure dépourvue de chances de succès ne subit pas de dommage en raison du rejet de ses prétentions. 1241

c. Lien de causalité

Pour que la responsabilité contractuelle soit engagée, la partie lésée doit démontrer l'existence un lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation du contrat et le dommage²⁶²⁸. 1242

Lorsque le mandat de l'avocat·e a pour objet la représentation en justice, on lui reproche généralement soit de n'avoir pas agi, soit d'avoir déposé un acte irrecevable ou ayant entraîné le rejet de l'action. Dans ces hypothèses, la causalité naturelle s'analyse sous l'angle de l'omission²⁶²⁹ – c'est-à-dire que cette causalité est donnée si l'on peut admettre que, si l'avocat·e avait agi, ou agi correctement, il n'y aurait pas eu de dommage (causalité hypothétique)²⁶³⁰. Pour déterminer s'il y a causalité hypothétique, le tribunal se base sur 1243

²⁶²⁵ HIRSCH, p. 251 et 272.

²⁶²⁶ BOHNET, Responsabilité, p. 13 ; BOHNET, Professions, N 95 ; BOHNET/MARTENET, N 3086.

²⁶²⁷ BOHNET, Responsabilité, p. 13 ; BOHNET/MARTENET, N 3086. CHAPPUIS retient quant à lui que le lien de causalité fait défaut dans une telle situation (CHAPPUIS, Responsabilité, p. 91). Le Tribunal fédéral a également adopté cette approche dans certains arrêts (voir par exemple arrêt du TF 4C.449/2004 du 9 mars 2005 cons. 4, cité par BOHNET, Responsabilité, p. 13 npb 60 ; BOHNET, Professions, N 95 ; BOHNET/MARTENET, N 3086 npb 1110).

²⁶²⁸ BOHNET, Responsabilité, p. 13 ; BOHNET/MARTENET, N 3078 ; MÜLLER T., p. 464 ; TERCIER/BIERL/CARRON, N 4540.

²⁶²⁹ CHAPPUIS/GURTNER, N 2105.

²⁶³⁰ ATF 115 II 440 cons. 5a, JdT 1990 I p. 362 ; arrêt du TF 4A_349/2022 du 14 février 2023 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 4A_624/2021 du 8 avril 2022 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_350/2019 du 9 janvier 2020 cons. 3.2.2 ; arrêt du TF 4A_558/2017 du 29 mai 2018 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 4C.449/2004 du 9 mars 2005 cons. 4.1 ; BOHNET, Professions, N 95 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 2111 ; LOMBARDINI, p. 536.

l'expérience de la vie²⁶³¹. Le degré de la preuve est la vraisemblance prépondérante²⁶³². Si la causalité hypothétique entre l'omission et le dommage est donnée, la question de la causalité adéquate n'a en principe pas à être examinée²⁶³³.

1244 Sur la difficulté à différencier le lien de causalité du dommage, voir N 1241.

d. Faute

1245 La responsabilité contractuelle ne peut être engagée qu'en cas de faute de l'avocat·e, qui peut être commise intentionnellement ou par négligence²⁶³⁴. Cette condition est remplie lorsque la violation du devoir de diligence est imputable à l'avocat·e²⁶³⁵. Selon l'art. 97 CO, la faute est présumée²⁶³⁶.

1246 Plusieurs auteurs relèvent que la faute est généralement difficile, voire impossible à délimiter de la violation du devoir de diligence²⁶³⁷. Si cette

²⁶³¹ ATF 132 III 715 cons. 3.2.1, JdT 2009 I p. 183 ; ATF 115 II 440 cons. 5a, JdT 1990 I p. 362 ; arrêt du TF 4A_624/2021 du 8 avril 2022 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_350/2019 du 9 janvier 2020 cons. 3.2.2 ; arrêt du TF 4A_558/2017 du 29 mai 2018 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 4C.449/2004 du 9 mars 2005 cons. 4.1.

²⁶³² ATF 132 III 715 cons. 3.2, JdT 2009 I p. 183 ; ATF 115 II 440 cons. 6a, JdT 1990 I p. 362 ; arrêt du TF 4A_624/2021 du 8 avril 2022 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_350/2019 du 9 janvier 2020 cons. 3.2.2 ; arrêt du TF 4A_558/2017 du 29 mai 2018 cons. 4.1.2.

²⁶³³ ATF 132 III 715 cons. 2.3, JdT 2009 I p. 183 ; ATF 115 II 440 cons. 5a, JdT 1990 I p. 362 ; arrêt du TF 4A_350/2019 du 9 janvier 2020 cons. 3.2.2 ; arrêt du TF 4A_558/2017 du 29 mai 2018 cons. 4.1.2 ; arrêt du TF 4C.449/2004 du 9 mars 2005 cons. 4.1.

²⁶³⁴ ATF 117 II 563 cons. 2a ; BOHNET, Responsabilité, p. 14 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1547 ; FELLMANN, Haftung, p. 208 ; FELLMANN, Fehlerhafte Rechtsberatung und Prozessführung, N 45 ; LOMBARDINI, p. 537.

²⁶³⁵ ATF 117 II 563 cons. 2a ; BOHNET, Responsabilité, p. 14 ; BOHNET, Professions, N 93 ; BK-FELLMANN, art. 398 N 462 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1545 ; FELLMANN, Haftung, p. 208 ; FELLMANN, Fehlerhafte Rechtsberatung und Prozessführung, N 45 ; MÜLLER T., p. 464 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4542.

²⁶³⁶ ATF 117 II 563 cons. 2a ; BOHNET, Professions, N 93 ; CHAPPUIS/GURTNER, N 1905 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1457 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 4542.

²⁶³⁷ BOHNET, Professions, N 93 ; BOHNET/MARTENET, N 3045 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1471 et 1548 ; FELLMANN, Haftung, p. 193 et 209 ; FELLMANN, Fehlerhafte Rechtsberatung und Prozessführung, N 47 ; SCHMID, p. 77 ; BSK OR I-OSER/WEBER, art. 398 N 30a ; CR CO I-WERRO, art. 398 N 38 et 38b ; voir également MÜLLER T., p. 464.

violation est prouvée, démontrer l'absence de faute est donc pratiquement impossible²⁶³⁸.

B. Inconvénients du procès en responsabilité

Si l'avocat·e mandaté n'admet pas sa responsabilité, une procédure doit être ouverte à son encontre ; celle-ci présente divers inconvénients. 1247

Premièrement, l'issue d'un procès en responsabilité est souvent incertaine. La partie demanderesse – c'est-à-dire la personne qui agit contre son ancien·ne avocat·e – doit alléguer et prouver les conditions de la responsabilité. Certaines d'entre elles ne sont pas faciles à démontrer, en particulier le dommage²⁶³⁹. HIRSCH relève à cet égard que « [l]a jurisprudence du Tribunal fédéral, très sévère pour l'avocat s'agissant de la violation du contrat et de la faute, nous paraît trop sévère pour le client s'agissant du dommage et de la causalité. Elle aboutit à admettre facilement la responsabilité théorique de l'avocat, tout en refusant d'indemniser le client, au risque de ne satisfaire personne »²⁶⁴⁰. 1248

De plus, un procès dure un certain temps et peut s'avérer coûteux. 1249

À cela s'ajoute – comme on l'a vu au N 1237 – que la réparation d'un dommage non patrimonial est en principe exclue. De ce fait, si la partie demanderesse a été touchée sur le plan affectif, elle obtiendra tout au plus une indemnité pour tort moral. En revanche, elle ne pourra pas être replacée dans la situation qui aurait été la sienne si l'avocat·e avait agi correctement. Cela peut conduire à des résultats qui paraissent très injustes²⁶⁴¹. 1250

Exemple : B est le fils des époux X et Y. À l'âge de 18 ½ ans, B apprend que X n'est pas son père biologique ; il va consulter un avocat pour introduire une action en désaveu de paternité. Selon l'art. 256c al. 2 CC, l'action de l'enfant 1251

²⁶³⁸ FELLMANN, Anwaltsrecht, N 1548 ; FELLMANN, Haftung, p. 209 ; FELLMANN, Fehlerhafte Rechtsberatung und Prozessführung, N 47 ; BSK OR I-OSER/WEBER, art. 398 N 30a.

²⁶³⁹ Voir N 1240.

²⁶⁴⁰ HIRSCH, p. 276.

²⁶⁴¹ Le Tribunal fédéral avait relevé dans l'ATF 87 II 290 que « [l]a limitation apportée par la loi au devoir de réparer les atteintes aux sentiments affectifs procède du souci de ne pas étendre indéfiniment l'obligation de réparation. Mais on peut se demander si cette limitation, parfaitement justifiée dans son principe, est admissible lorsqu'un mandat a été conféré précisément pour la sauvegarde d'un intérêt d'affection. Il peut paraître choquant que, dans ce cas, le mandataire échappe à toute responsabilité lorsque les conditions de l'art. 49 CO [tort moral] ne sont pas remplies ». Il avait cependant jugé qu'il n'était pas nécessaire de changer le système (cons. 4c).

doit être intentée au plus tard une année après qu'il a atteint l'âge de la majorité. L'avocat se dit que le dossier peut attendre et ne prend pas le temps de vérifier le délai prévu par le Code civil. Il dépose la demande en désaveu de paternité alors que B est âgé de plus de 19 ans, et rate donc le délai de l'art. 256c al. 2 CC. L'art. 256c al. 3 CC prévoit certes que l'action peut être intentée après l'expiration du délai lorsque de justes motifs rendent le retard excusable. Toutefois, si l'on suit à la lettre les principes applicables en matière de représentation et de droit de l'avocat·e, le comportement ainsi que les connaissances de l'avocat·e sont imputés à la partie représentée²⁶⁴² et l'inobservation d'un délai est considérée comme une négligence grossière²⁶⁴³. L'art. 256c al. 3 CC n'est donc pas applicable. Par conséquent, B ne peut pas réintroduire d'action en désaveu de paternité et, s'il intente une action en responsabilité contre son avocat, ne pourra pas obtenir la rupture du lien de filiation avec X.

- 1252 Enfin, relevons que, lorsqu'une partie perd son procès en raison de l'erreur d'un·e avocat·e, elle perd parfois confiance dans cette profession et/ou dans le système judiciaire. Il peut donc être pénible de devoir à nouveau recourir à la justice et éventuellement à un·e nouvel·le avocat·e pour obtenir la réparation de son préjudice.

III. Synthèse du chapitre 11

- 1253 Dans le chapitre 11, les conséquences d'une erreur commise par un·e représentant·e ont été présentées. Pour la partie, une erreur peut conduire à la perte d'une partie de son procès, voire de tout son procès dans le pire des cas. Pour la personne qui représente la partie, les conséquences sont plus diverses. Elle peut être condamnée aux frais de la procédure, être atraite dans un procès en responsabilité contractuelle, ne pas être payée pour son travail ou encore être sanctionnée sur le plan disciplinaire ou associatif. Les conséquences d'une erreur ne sont donc pas négligeables, et touchent tant la partie que la personne qui assure sa représentation.
- 1254 La responsabilité contractuelle de l'avocat·e a ensuite été exposée. Lorsque cette responsabilité est engagée, la partie peut introduire une procédure en justice afin d'obtenir réparation de l'éventuel dommage causé par la personne l'ayant représentée. Après avoir passé en revue les conditions de cette responsabilité (violation du contrat, dommage, lien de causalité et faute), nous

²⁶⁴² Voir N 360 ss.

²⁶⁴³ ATF 143 I 284 cons. 2.3.

avons constaté qu'introduire un procès en responsabilité comporte plusieurs inconvénients : il est difficile de déterminer à l'avance si elle aboutira, elle possède un coût en temps et en argent, elle ne permet pas la réparation de dommages non patrimoniaux et peut être considérée comme un remède peu fiable par la partie, par exemple si celle-ci a perdu confiance dans le système judiciaire suite à la perte de son procès.

Chapitre 12 : Analyse critique

Comme nous l'avons vu au chapitre 10, la jurisprudence fédérale est plus sévère à l'égard des parties représentées professionnellement dans certaines situations. La doctrine va généralement dans le même sens, même si certains auteurs proposent parfois des solutions moins strictes. 1255

Le but de ce dernier chapitre est de poser un regard critique sur ce traitement différencié. Nous commencerons par mettre en évidence les avantages et les inconvénients d'un tel système (I) puis examinerons son admissibilité au regard des garanties de procédure (II). Enfin, nous répondrons à quelques questions choisies sur ce thème (III). 1256

I. Avantages et inconvénients du système

Dans les pages qui suivent, nous déterminerons quels sont les avantages (A) et les inconvénients (B) du système consistant, dans certains cas, à traiter avec plus de sévérité les parties représentées professionnellement. 1257

A. Avantages

1. Qualité de la justice

Le fait de se montrer plus sévère face à une partie représentée professionnellement contribue à assurer une justice de qualité, car les représentant·e·s professionnel·le·s risquent de subir les conséquences d'une erreur qui leur est imputable. 1258

Comme on l'a vu ci-dessus, lorsqu'une personne représentant une partie à titre professionnel commet une erreur, elle peut en pâtir : elle est susceptible d'être condamnée aux frais de la procédure²⁶⁴⁴, d'engager sa responsabilité contractuelle et de devoir réparer le dommage causé à la partie lésée²⁶⁴⁵, de perdre son droit aux honoraires²⁶⁴⁶, ou encore d'être sanctionnée par une 1259

²⁶⁴⁴ N 1209 ss.

²⁶⁴⁵ N 1218 s.

²⁶⁴⁶ N 1220 ss.

autorité de surveillance²⁶⁴⁷ ou par l'association professionnelle à laquelle elle appartient²⁶⁴⁸.

- 1260 Face à de telles perspectives, les représentant·e·s professionnel·le·s ont tout intérêt à pratiquer leur activité avec soin et diligence. SARBACH indique ainsi que la qualité du travail des avocat·e·s diminuerait probablement si les actes qui ne sont pas rédigés soigneusement n'entraînaient aucune conséquence grave²⁶⁴⁹. DIETSCHY-MARTENET souligne en outre qu'il n'est pas souhaitable de déresponsabiliser les mandataires professionnel·le·s en leur permettant de se reposer sur le tribunal²⁶⁵⁰.
- 1261 Le principe d'imputation, conjugué à une sévérité accrue à l'égard des représentant·e·s professionnel·le·s, améliore donc la qualité de la représentation en justice. Ce but sert tant les intérêts des parties que le bon fonctionnement de la justice.
- 1262 Il convient toutefois de relever que le système peut parfois être contourné, permettant ainsi d'éviter certaines conséquences d'une erreur. C'est le cas lorsqu'une décision indique de manière erronée un délai de recours trop long (voir N 1105 ss) : si un·e représentant·e professionnel·le se fie au délai indiqué dans la décision et se rend compte trop tard de cette erreur, il est possible – si le délai erroné indiqué dans la décision court toujours – de faire signer l'acte par la partie laïque uniquement²⁶⁵¹. Si le tribunal ne décèle pas cette manœuvre, il retiendra que la partie s'est fiée de bonne foi au délai indiqué dans la décision et entrera en matière sur l'acte – alors qu'il déclarerait le même acte irrecevable s'il avait été signé par le représentant ou la représentante professionnel·le.

²⁶⁴⁷ N 1223 s.

²⁶⁴⁸ N 1225 ss.

²⁶⁴⁹ SARBACH, p. 141. À noter que LIENHARD est d'avis que ce raisonnement ne saurait s'appliquer en matière de maxime inquisitoire pure lorsque l'intérêt de l'enfant est en jeu (LIENHARD, N 701).

²⁶⁵⁰ DIETSCHY-MARTENET, Bail à loyer et procédure civile, N 337.

²⁶⁵¹ Voir SK ZPO-REETZ, Intro. art. 308-318 N 25.

2. Cohérence avec les principes du droit des obligations

Comme exposé dans le chapitre 10²⁶⁵², la sévérité accrue qui est parfois de mise à l'égard des parties représentées professionnellement résulte de l'application conjointe de deux principes : l'imputation des actes et de la connaissance en matière de représentation (a) et la prise en compte des compétences de la personne qui agit à titre professionnel (b). 1263

Nous verrons ci-dessous que ces deux principes s'appliquent aussi en droit des obligations. Il en résulte que le fait d'être plus strict en procédure civile à l'égard des parties représentées professionnellement est en cohérence avec les règles matérielles du CO. 1264

a. Imputation

Le fait que les actes et les connaissances d'un·e représentant·e sont imputés à la personne représentée – comme si celle-ci avait elle-même agi – est un effet de la représentation au sens des art. 32 ss CO²⁶⁵³. 1265

La représentation conventionnelle étant une forme spécifique de représentation volontaire au sens des dispositions précitées²⁶⁵⁴, il est logique que le principe d'imputation s'applique également en matière de représentation conventionnelle. 1266

Relevons également que, de manière générale, l'imputation des actes est une nécessité pour que la possibilité d'agir sans représentation – voulue par le pouvoir législatif – soit réellement utilisée. Si l'erreur d'un·e représentant·e n'était pas imputée à la partie, alors cette dernière ne serait jamais impactée par le comportement de la personne assurant sa représentation²⁶⁵⁵. En agissant seule, elle devrait en revanche supporter les conséquences de sa propre erreur²⁶⁵⁶. Dans les cas où le tribunal n'est pas tenu de lui venir en aide (par exemple lorsqu'un acte est déposé fautivement hors délai), elle serait défavorisée par rapport à la partie représentée professionnellement, car cette dernière pourrait invoquer que le manquement, attribuable à la personne qui la représente, ne lui est pas imputable. De ce fait, les parties auraient tout intérêt à 1267

²⁶⁵² Voir, en général, N 1030 puis, dans chaque situation particulière, N 1086 ss, N 1126 s., N 1140 ss, N 1171 ss, N 1193 ss.

²⁶⁵³ Voir N 360 ss.

²⁶⁵⁴ Voir N 138 et N 169.

²⁶⁵⁵ SARBACH, p. 140.

²⁶⁵⁶ SARBACH, p. 140.

être représentées en toutes circonstances. La faculté d'agir sans représentation perdrait toute attractivité – y compris pour des parties disposant elles-mêmes de connaissances juridiques.

b. Prise en compte des compétences des professionnel·le·s

- 1268 Lorsqu'une personne agit à titre professionnel, ses connaissances et sa formation sont prises en compte en matière de responsabilité.
- 1269 Il en va notamment ainsi dans le domaine de la responsabilité contractuelle lorsqu'il faut déterminer si une partie au contrat a violé son devoir de diligence – ce qui constitue une violation du contrat. S'agissant des avocat·e·s, nous avons déjà observé que la jurisprudence a défini les connaissances attendues de ces professionnel·le·s compte tenu de leur formation²⁶⁵⁷. En matière de responsabilité médicale, le Tribunal fédéral retient également que, pour juger si un·e médecin a violé son devoir de diligence, diverses circonstances doivent être prises en compte, notamment « [s]a formation et [s]es capacités »²⁶⁵⁸.
- 1270 En matière de responsabilité délictuelle, la faute – qui est l'une des conditions de la responsabilité²⁶⁵⁹ – est également évaluée en tenant compte des circonstances d'espèce, par exemple l'expérience ou la profession de la personne ayant causé le dommage²⁶⁶⁰.

²⁶⁵⁷ Voir N 1233.

²⁶⁵⁸ ATF 133 III 121 cons. 3.1 ; arrêt du TF 4A_160/2021 du 6 mai 2022 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_487/2016 du 1^{er} février 2017 cons. 2.3 ; arrêt du TF 4A_267/2014 du 8 octobre 2014 cons. 3.

²⁶⁵⁹ ATF 146 III 14 cons. 5.1 ; ATF 137 III 539 cons. 5.2, JdT 2013 II p. 274 ; ATF 132 III 122 cons. 4.1 ; arrêt du TF 4A_38/2018 du 25 février 2019 cons. 4.1 ; REY/WILDHABER, N 69 s.

²⁶⁶⁰ Arrêt du TF 4A_70/2017 du 14 juillet 2017 cons. 2.1 ; BSK OR I-KESSLER, art. 41 N 48a ; REY/WILDHABER, N 1006 ; voir également arrêt du TF 4A_22/2008 du 10 avril 2008 cons. 4 ; CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 57.

B. Inconvénients

1. Absence de contrôle de la partie

Le premier inconvénient d'un système qui traite plus sévèrement les parties représentées professionnellement réside dans le fait que celles-ci ne peuvent souvent pas évaluer si leur représentant·e les défend correctement ou non. 1271

Le Tribunal fédéral relève ainsi que « [l]e justiciable qui n'a pas de connaissances juridiques suffisantes doit s'en remettre entièrement à son mandataire, sans pouvoir véritablement le contrôler »²⁶⁶¹. 1272

Le fait de réserver la représentation professionnelle à un cercle de personnes disposant de compétences spécifiques (en particulier aux avocat·e·s) permet de diminuer le risque que les parties fassent appel à des représentant·e·s susceptibles de mener leur procédure de façon négligente²⁶⁶². Cette mesure ne permet toutefois pas de garantir que la représentation en justice sera assurée irréprochablement²⁶⁶³. Même si une partie choisit une personne qui possède toutes les compétences nécessaires pour pratiquer la représentation en procédure civile, des erreurs sont toujours possibles²⁶⁶⁴. La partie, souvent dépourvue de connaissances juridiques, n'a aucun moyen de contrôler l'activité de son représentant ou sa représentante et ne peut donc pas prévenir une erreur. 1273

2. Sentiment d'injustice

Une partie traitée plus sévèrement en procédure parce qu'elle est représentée professionnellement peut éprouver un sentiment d'injustice. 1274

Souvent, les parties font appel à des représentant·e·s professionnel·le·s dans le but d'augmenter leurs chances de succès dans le procès. Ce faisant, elles assument des frais supplémentaires (les honoraires du représentant ou de la représentante), sans savoir si ces coûts seront couverts par l'octroi éventuel de dépens à la fin de la procédure. 1275

²⁶⁶¹ ATF 125 I 166 cons. 3b ; ATF 114 Ia 34 cons. 2c.

²⁶⁶² Voir ATF 125 I 166 cons. 3b ; ATF 114 Ia 34 cons. 2c.

²⁶⁶³ Voir notamment HK EMRK-MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, art. 6 N 46 qui relèvent, en matière d'assistance judiciaire, que « [d]ie Beiordnung eines Rechtsanwalts ist allein keine Garantie für die Effektivität der Vertretung durch diesen ».

²⁶⁶⁴ Dans le contexte du devoir d'interpellation, voir FRÖHLICH, N 64 ; WILDHABER BOHNET, N 69.

- 1276 Lorsqu'une partie perd son procès en raison d'une erreur de la personne qui la représente, et qu'elle réalise que l'issue de son affaire aurait pu être différente si elle avait agi seule et commis la même erreur, elle peut avoir le sentiment d'être traitée de manière injuste. Elle est également susceptible de perdre confiance dans la justice et dans les avocat·e·s (si elle était représentée par un membre de cette profession).
- 1277 Ce problème est relevé par plusieurs auteur·e·s. Ainsi, TAPPY se demande s'il est « vraiment juste qu'une partie qui a recouru au service d'un mandataire professionnel, fût-ce en le choisissant mal (mais en cas d'assistance judiciaire le choix peut ne pas venir d'elle), soit moins bien traitée dans ce cas qu'un plaideur dans la même situation n'ayant pas pris la peine de consulter et agissant seul [...] ? »²⁶⁶⁵. WILDHABER BOHNET souligne quant à elle qu'« [i]l serait alors injuste que la partie qui s'est adjointe les services d'un mandataire, même si elle l'a mal choisi, soit désavantagée par rapport à celle qui n'a pas pris la peine de consulter un tiers et qui agit seule »²⁶⁶⁶.

3. Remède pas entièrement satisfaisant

- 1278 Comme exposé aux N 1227 ss, le remède à disposition de la partie qui perd son procès en raison de l'erreur d'un·e représentant·e est le procès en responsabilité (à moins que le représentant ou la représentante accepte une solution à l'amiable ou que son assurance responsabilité civile prenne en charge le cas).
- 1279 Or ce procès est loin d'être une solution idéale. On l'a vu, il présente divers inconvénients (N 1247 ss) : son issue est incertaine, son coût et sa durée ne sont pas négligeables, seul un dommage patrimonial peut en principe être réparé et il peut être difficile pour la partie lésée de devoir à nouveau recourir à la justice pour obtenir réparation.
- 1280 Cet élément est souligné par une partie de la doctrine. TAPPY mentionne que ce remède est « aléatoire et [...] ne permet quoi qu'il en soit parfois qu'une réparation indirecte et imparfaite »²⁶⁶⁷. FELLMANN, approuvé par MEIER, MORDASINI-ROHNER et SIX, indique également que la partie est perdante si son

²⁶⁶⁵ CR CPC-TAPPY, art. 247 N 27.

²⁶⁶⁶ WILDHABER BOHNET, N 69.

²⁶⁶⁷ CR CPC-TAPPY, art. 247 N 27.

procès échoue en raison d'une erreur de son avocat·e, mais que cette erreur n'est pas suffisante pour engager une responsabilité contractuelle²⁶⁶⁸.

4. Importance faible de l'erreur du tribunal

Dans le cas où une décision contient des voies de droit inexactes et que la partie représentée professionnellement se fie à cette indication²⁶⁶⁹, elle seule en supporte les conséquences²⁶⁷⁰. Pourtant, la personne qui la représente n'est pas l'unique responsable du manquement : le tribunal ayant rendu la décision attaquée – et dont les membres ont généralement une formation juridique – s'est lui aussi trompé, induisant le représentant ou la représentante en erreur. 1281

Toujours est-il qu'en matière de voies de droit erronées, les conséquences d'un acte déposé hors délai, auprès de la mauvaise autorité ou selon la mauvaise voie de droit touchent au final la partie et non le tribunal²⁶⁷¹. SCHUMACHER se montre très critique à cet égard, estimant qu'il est indigne (*unwürdig*) qu'un État de droit transfère le risque d'erreur des magistrat·e·s sur les justiciables²⁶⁷². La conseillère aux États VARA a pour sa part relevé que la règle actuelle n'était pas juste ; elle estime que « les tribunaux et autorités doivent assumer leurs erreurs et ne pas en faire porter la responsabilité aux parties, à toutes les parties »²⁶⁷³. 1282

5. Manque de cohérence de la jurisprudence

Comme évoqué au chapitre précédent (N 1201), la jurisprudence du Tribunal fédéral manque de cohérence dans les deux cas suivants. 1283

a. S'agissant de l'indication erronée du délai d'appel ou de recours

Nous avons exposé dans le chapitre 10 qu'en matière d'indication erronée du délai de recours, la jurisprudence fédérale retient que la partie représentée professionnellement n'est pas protégée dans sa bonne foi si elle s'est trompée 1284

²⁶⁶⁸ FELLMANN, *Gerichtliche Fragepflicht*, p. 91 ; MEIER R., nbp 119 ; MORDASINI-ROHNER, N 282 ; SIX, p. 102.

²⁶⁶⁹ Voir N 1105 ss et N 1174.

²⁶⁷⁰ Voir BO/CE 2022 p. 641.

²⁶⁷¹ Voir BO/CE 2022 p. 641.

²⁶⁷² SCHUMACHER, p. 134.

²⁶⁷³ Voir BO/CE 2022 p. 641.

dans le délai applicable alors que celui-ci ressortait de la loi²⁶⁷⁴. En revanche, le Tribunal fédéral a considéré dans l'ATF 139 III 78 que si l'erreur résulte de l'absence de mention de la non-suspension du délai, la tardiveté de l'acte ne conduit pas à son irrecevabilité, que la partie soit représentée professionnellement ou non²⁶⁷⁵. Une jurisprudence différente s'applique donc aux parties représentées professionnellement en cas de non-suspension du délai.

1285 Cette solution, que le Tribunal fédéral justifie par le fait que l'art. 145 al. 3 CPC (qui prévoit que les parties sont rendues attentives aux cas de non-suspension de délai) constitue une règle de validité, n'est pas totalement convaincante. Selon les art. 238 let. f CPC et 112 al. 1 let. d LTF, la décision doit indiquer les voies de recours, ce par quoi il faut logiquement entendre les voies de recours *correctes*. Or on pourrait également considérer que cette disposition est une règle de validité. Le manque de cohérence entre l'ATF 139 III 78 et le reste de la jurisprudence relative à l'erreur dans l'indication des voies de droit a également été relevé par TAPPY, dont nous avons exposé l'avis au N 1124.

1286 On peut également relever que l'art.147 al. 3 CPC prévoit que « [l]e tribunal rend les parties attentives aux conséquences du défaut ». Pour une partie de la doctrine, si cette indication est absente, le défaut ne doit pas avoir de conséquences²⁶⁷⁶. En revanche, selon un autre courant doctrinal, que semble suivre le Tribunal fédéral²⁶⁷⁷, il convient de se référer aux principes valables en matière de bonne foi : ainsi, si la partie concernée est représentée professionnellement et ne pouvait ignorer les conséquences du défaut, celles-ci seront appliquées²⁶⁷⁸. Dans ce cas également, la loi impose au tribunal de fournir une indication à la partie ; la solution à retenir devrait donc être la même que lorsque les voies de droit ne sont pas correctement indiquées, qu'il s'agisse d'une erreur concernant la durée en jours du délai ou sa non-suspension pendant les fêtes.

²⁶⁷⁴ Voir N 1110.

²⁶⁷⁵ Voir N 1116.

²⁶⁷⁶ KUKO ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY/BRUNNER, art. 147 N 10 ; DK ZPO-MERZ, art. 147 N 27.

²⁶⁷⁷ Arrêt du TF 5A_262/2022 du 3 août 2022 cons. 3.1.1 ; arrêt du TF 5A_545/2021 du 8 février 2022 cons. 3.2 : arrêt du TF 4A_381/2018 du 7 juin 2019 cons. 2.2 ; arrêt du TF 4A_224/2017 du 27 juin 2017 cons. 2.4.2.

²⁶⁷⁸ PC CPC-ABBET, art. 147 N 8 ; BK ZPO-FREI, art. 147 N 30 ; BSK ZPO-GOZZI, art. 147 N 20 ; OFK ZPO-JENNY/JENNY, art. 147 N 8 ; SK ZPO-STAEHELIN, art. 147 N 11 ; CR CPC-TAPPY, art. 147 N 18.

b. S'agissant de la contestation d'une décision par la mauvaise voie de droit

Nous avons observé que, lorsqu'une partie représentée professionnellement conteste une décision par la mauvaise voie de droit, la jurisprudence fédérale n'admet pas facilement la conversion de l'acte quand le CPC s'applique²⁶⁷⁹. Par contre, en cas d'erreur sur une voie de recours soumise à la LTF, le Tribunal fédéral est plus souple et ne paraît pas faire de différence selon que la partie est représentée professionnellement ou non²⁶⁸⁰. 1287

SEILER considère que cette solution différenciée est justifiée parce qu'il est plus ardu de déterminer la voie de recours correcte à suivre devant le Tribunal fédéral que devant une instance cantonale supérieure²⁶⁸¹. 1288

Il nous paraît toutefois que ce motif, à lui seul, n'est pas suffisant pour expliquer des solutions différentes selon que le CPC ou la LTF s'applique. Comme exposé ci-dessus, la sévérité à l'égard des parties représentées professionnellement dans le cadre du CPC n'est de mise que si la voie de droit correcte était aisément reconnaissable²⁶⁸². Si cette jurisprudence était transposée à la LTF, elle permettrait donc de tenir compte de la difficulté à choisir le bon type de recours devant le Tribunal fédéral. À l'inverse, la jurisprudence appliquée devant le Tribunal fédéral ne semble pas prendre en considération le caractère évident du choix du recours²⁶⁸³. Autrement dit, la Haute Cour se montre indulgente en toutes circonstances. Le fait qu'il peut être plus complexe de trouver la voie de recours applicable selon la LTF n'explique donc pas qu'une solution plus stricte s'applique dans le cadre du CPC. 1289

À cela s'ajoute que, devant le Tribunal fédéral, il est possible de former un recours en matière civile et un recours constitutionnel subsidiaire dans un seul mémoire (art. 119 al. 1 CPC), ce qui permet déjà de pallier le risque d'irrecevabilité si la voie de recours à suivre n'est pas évidente. 1290

²⁶⁷⁹ Voir N 1155 ss.

²⁶⁸⁰ Voir N 1161 ss.

²⁶⁸¹ SEILER, N 927.

²⁶⁸² Voir N 1155.

²⁶⁸³ Voir par exemple ATF 134 III 379 cons. 1.1, dans lequel le Tribunal fédéral n'indique aucunement qu'il existerait un doute quant au type de recours à suivre.

C. Discussion

- 1291 On observe que le fait de traiter plus sévèrement une partie représentée professionnellement dans certains cas présente plus d'inconvénients que d'avantages. Toutefois, il ne faut pas en conclure que ce système est nécessairement problématique et devrait être abandonné.
- 1292 D'une part, les avantages de ce système sont importants.
- 1293 Avoir une justice de qualité est un objectif essentiel pour tout État de droit, et le fait d'attacher des conséquences aux erreurs commises par des représentant·e·s professionnel·le·s contribue à atteindre ce but.
- 1294 En outre et surtout, si – contrairement aux principes valables en droit des obligations – l'erreur d'un·e représentant·e professionnel·le n'était pas imputée à la partie et évaluée plus sévèrement, agir sans représentation deviendrait un exercice périlleux et la faculté de procéder sans représentation perdrait alors tout attrait.
- 1295 D'autre part, certains désavantages pourraient être éliminés.
- 1296 Ainsi, lorsque le tribunal se trompe en indiquant des voies de droit erronées et induit de ce fait la partie représentée en erreur, il serait possible d'accorder plus d'importance au manquement du tribunal en considérant que l'indication inexacte des voies de droit ne peut jamais porter préjudice aux parties. Un tel changement pourrait intervenir par une évolution de la jurisprudence²⁶⁸⁴ ou par une modification législative – qui a d'ailleurs été proposée lors de la révision du CPC en cours²⁶⁸⁵. Cela permettrait également de rendre la jurisprudence cohérente en matière d'indication erronée des voies de recours, qui prévoit une solution différente lorsque l'inexactitude concerne la non-suspension des délais²⁶⁸⁶. Cette solution entraînerait certes un changement de paradigme, mais celui-ci serait néanmoins bienvenu dans la mesure où il réduirait le formalisme de la jurisprudence que nous connaissons aujourd'hui.
- 1297 La deuxième incohérence relevée dans la jurisprudence – concernant le choix de la mauvaise voie de droit pour contester une décision lorsque les voies de droit ont été correctement indiquées, qui est traitée différemment sous l'empire

²⁶⁸⁴ La tendance jurisprudentielle actuelle semble toutefois aller dans l'autre sens, en limitant les hypothèses dans lesquelles une partie représentée professionnellement peut être considérée comme étant de bonne foi (voir N 1118 ss).

²⁶⁸⁵ Voir N 1128 ss.

²⁶⁸⁶ Voir N 1284 ss.

du CPC et de la LTF²⁶⁸⁷ – pourrait également être corrigée en appliquant la même solution dans les deux cas. Il nous paraîtrait opportun de choisir la règle applicable dans les procédures soumises à la LTF, car elle est moins formaliste.

Les autres inconvénients que nous avons relevés paraissent plus compliqués à supprimer dans l'absolu. En particulier, le remède à disposition des parties en cas d'erreur d'un·e représentant professionnel·le – à savoir le procès en responsabilité – nous semble difficile à réformer. L'intérêt de la partie à pouvoir obtenir réparation de son dommage s'oppose en effet à celui de tout·e mandataire à ne pas devoir répondre de chaque erreur commise, de sorte qu'un nouveau remède plus favorable à la partie ne paraît pas idéal. 1298

II. Admissibilité au regard des garanties de procédure

Il convient d'examiner si le fait qu'un tribunal, dans certaines situations, se montre plus sévère à l'égard des parties représentées professionnellement est admissible au regard de l'égalité des armes (A) et de l'interdiction du formalisme excessif (B). 1299

A. Égalité des armes

1. Art. 6 par. 1 CEDH

a. Principes généraux

L'art. 6 par. 1 CEDH garantit le droit à un procès équitable, qui englobe le principe d'égalité des armes²⁶⁸⁸. Celui-ci exige un « juste équilibre » entre les parties²⁶⁸⁹ et – à l'instar de ce qui vaut pour l'art. 29 al. 1 Cst. – « requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause 1300

²⁶⁸⁷ Voir N 1287 s.

²⁶⁸⁸ Arrêt de la CourEDH *Regner c. République tchèque* [GC] du 19 septembre 2017, no 35289/11, § 146 ; arrêt de la CourEDH *Öcalan c. Turquie* [GC] du 12 mai 2005, no 46221/99, CEDH 2005-IV, § 140 ; arrêt de la CourEDH *Avotiņš c. Lettonie* [GC] du 23 mai 2016, no 17502/07, § 119.

²⁶⁸⁹ Arrêt de la CourEDH *Regner c. République tchèque* [GC] du 19 septembre 2017, no 35289/11, § 146.

dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »²⁶⁹⁰.

b. Jurisprudence en lien avec les cas examinés au chapitre 10

- 1301 Parmi les cas examinés au chapitre 10, la problématique du droit de réplique inconditionnel²⁶⁹¹ – qui découle du principe de l'égalité des armes²⁶⁹² – a fait l'objet de plusieurs arrêts de la CourEDH impliquant la Suisse²⁶⁹³. Deux d'entre eux sont particulièrement intéressants pour la présente étude : l'arrêt *Schaller-Bossert c. Suisse* et l'arrêt *Joos c. Suisse*, présentés ci-dessous.
- 1302 Malgré le fait qu'il s'agisse de procédures de droit administratif, ces jurisprudences sont pertinentes pour la procédure civile, car les principes procéduraux qui y sont discutés sont d'application générale.
- 1303 Dans ces affaires, la CourEDH a examiné si le droit de réplique a été respecté ou non. Elle n'a toutefois pas analysé à proprement parler si le fait de traiter différemment les parties représentées et non représentées dans ce contexte était admissible au regard de l'égalité des armes. Comme on le verra, on peut toutefois inférer de ces jurisprudences que la différence de traitement opérée aujourd'hui par la jurisprudence fédérale en matière de droit de réplique inconditionnel entre partie laïque représentée professionnellement et non représentée ne contrevient pas à l'art. 6 par. 1 CEDH²⁶⁹⁴.

²⁶⁹⁰ Arrêt de la CourEDH *Regner c. République tchèque* [GC] du 19 septembre 2017, no 35289/11, § 146 ; arrêt de la CourEDH *Öcalan c. Turquie* [GC] du 12 mai 2005, no 46221/99, CEDH 2005-IV, § 140 ; arrêt de la CourEDH *Avotiņš c. Lettonie* [GC] du 23 mai 2016, no 17502/07, § 119.

²⁶⁹¹ Voir N 1131.

²⁶⁹² Arrêt de la CourEDH *Kress c. France* [GC] du 7 juin 2001, no 39594/98, CEDH 2001-VI, § 65 ; arrêt de la CourEDH *Lobo Machado c. Portugal* du 20 février 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-I, § 31 ; arrêt de la CourEDH *Ruiz-Mateos c. Espagne* du 23 juin 1993, série A no 262, § 63.

²⁶⁹³ Voir, parmi de nombreux arrêts, arrêt de la CourEDH *Joos c. Suisse* du 15 novembre 2012, no 43245/07 ; arrêt de la CourEDH *Ellès et autres c. Suisse* du 16 décembre 2010, no 12573/06 ; arrêt de la CourEDH *Schaller-Bossert c. Suisse* du 28 octobre 2010, no 41718/05 ; arrêt de la CourEDH *Ziegler c. Suisse* du 21 février 2002, no 33499/96 ; arrêt de la CourEDH *F.R. c. Suisse* du 28 juin 2001, no 37292/97.

²⁶⁹⁴ Pour rappel, le Tribunal fédéral considère qu'il est attendu d'une partie représentée professionnellement qu'elle dépose spontanément des observations dans un délai raisonnable, et ce même si une écriture lui est transmise uniquement « pour information » ;

(i) *Schaller-Bossert c. Suisse*

Dans l'affaire *Schaller-Bossert c. Suisse*, la situation était la suivante : Bernadette Schaller-Bossert, enseignante, a fait l'objet d'une décision d'exemption de l'obligation de travailler contre laquelle elle a recouru jusqu'au Tribunal fédéral²⁶⁹⁵. Dans la procédure se déroulant devant ce dernier, Bernadette Schaller-Bossert a reçu notification d'écritures des instances inférieures avec la mention « pour information »²⁶⁹⁶. Pour cette raison, elle alléguait ne pas avoir été en mesure de prendre position à ce sujet²⁶⁹⁷. Durant cette phase de la procédure, elle n'était pas représentée²⁶⁹⁸. 1304

La CourEDH a jugé dans cette affaire qu'on ne pouvait attendre d'une partie non représentée qu'elle dépose des observations spontanées sur une écriture lui ayant été transmise « pour information »²⁶⁹⁹. Elle a estimé que cette manière de faire constituait une violation de l'art. 6 par. 1 CEDH²⁷⁰⁰. Cet arrêt strasbourgeois a conduit à une modification de la jurisprudence fédérale : depuis lors, lorsqu'une écriture est transmise à une partie laïque procédant seule, un délai pour prendre position doit lui être fixé²⁷⁰¹. 1305

(ii) *Joos c. Suisse*

L'affaire *Joos c. Suisse* concerne un avocat propriétaire d'un bien immobilier dans le canton des Grisons, Hans Joos, qui a fait opposition à un projet de 1306

en revanche, un délai de réponse pour formuler des observations doit être fixé à la partie laïque qui agit seule (voir N 1132 ss).

²⁶⁹⁵ Arrêt de la CourEDH *Schaller-Bossert c. Suisse* du 28 octobre 2010, no 41718/05, § 5 ss.

²⁶⁹⁶ Arrêt de la CourEDH *Schaller-Bossert c. Suisse* du 28 octobre 2010, no 41718/05, § 17.

²⁶⁹⁷ Arrêt de la CourEDH *Schaller-Bossert c. Suisse* du 28 octobre 2010, no 41718/05, § 3 et 6.

²⁶⁹⁸ Arrêt de la CourEDH *Schaller-Bossert c. Suisse* du 28 octobre 2010, no 41718/05, § 42.

²⁶⁹⁹ Arrêt de la CourEDH *Schaller-Bossert c. Suisse* du 28 octobre 2010, no 41718/05, § 42 ; nuancé : LANTER, p. 175 s. (qui est d'avis que l'arrêt *Schaller-Bossert c. Suisse* ne peut pas être interprété dans le sens que la communication d'observations « pour information » à une partie laïque serait toujours contraire à l'art. 6 par. 1 CEDH).

²⁷⁰⁰ Arrêt de la CourEDH *Schaller-Bossert c. Suisse* du 28 octobre 2010, no 41718/05, § 42.

²⁷⁰¹ Voir N 1134.

construction²⁷⁰². Cette procédure s'est poursuivie jusque devant le Tribunal fédéral²⁷⁰³. Devant cette dernière instance, Hans Joos alléguait ne pas avoir pu formuler des observations au sujet d'une écriture déposée par le Département fédéral de l'intérieur (DFI)²⁷⁰⁴.

- 1307 La CourEDH a jugé que l'art. 6 par. 1 CEDH n'avait pas été violé. Elle a retenu qu'on pouvait attendre du requérant, en tant qu'avocat, qu'il connaisse la jurisprudence fédérale en matière de droit de réplique inconditionnel²⁷⁰⁵. La CourEDH a également relevé que trois semaines s'étaient écoulées entre le jugement du Tribunal fédéral et la transmission de l'écriture du DFI à l'avocat et que cette écriture était brève (deux pages seulement)²⁷⁰⁶. Dans ces circonstances, le requérant était en mesure d'examiner si les commentaires du DFI nécessitaient une prise de position supplémentaire et, le cas échéant, aurait pu demander au tribunal l'autorisation de s'exprimer²⁷⁰⁷.

(iii) *Synthèse*

- 1308 À la lecture de ces deux arrêts, on observe que la CourEDH considère que, si une partie sans connaissances juridiques agit seule, on ne peut pas attendre d'elle qu'elle fasse spontanément usage de son droit de réplique inconditionnel ; en revanche, si une partie qui a des connaissances juridiques agit seule, cette solution est admissible au regard de l'art. 6 par. 1 CEDH. Il est fort probable que la CourEDH aurait également opté pour cette deuxième solution si une partie laïque avait été représentée par un·e avocat·e.

2. Art. 29 al. 1 Cst.

- 1309 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le principe de l'égalité des armes « requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »²⁷⁰⁸.

²⁷⁰² Arrêt de la CourEDH *Joos c. Suisse* du 15 novembre 2012, no 43245/07, § 5 ss.

²⁷⁰³ Arrêt de la CourEDH *Joos c. Suisse* du 15 novembre 2012, no 43245/07, § 9.

²⁷⁰⁴ Arrêt de la CourEDH *Joos c. Suisse* du 15 novembre 2012, no 43245/07, § 14.

²⁷⁰⁵ Arrêt de la CourEDH *Joos c. Suisse* du 15 novembre 2012, no 43245/07, § 32.

²⁷⁰⁶ Arrêt de la CourEDH *Joos c. Suisse* du 15 novembre 2012, no 43245/07, § 32.

²⁷⁰⁷ Arrêt de la CourEDH *Joos c. Suisse* du 15 novembre 2012, no 43245/07, § 32.

²⁷⁰⁸ ATF 137 IV 172 cons. 2.6 ; ATF 133 I 1 cons. 5.3.1, JdT 2008 I p 339.

Les parties doivent bénéficier du même traitement, ce qui signifie notamment qu'elles doivent pouvoir formuler leurs requêtes aux mêmes conditions²⁷⁰⁹ ; elles doivent avoir la possibilité de présenter des allégués de manière identique et l'autorité doit examiner ceux-ci de la même façon²⁷¹⁰. 1310

Si les parties se trouvent dans une situation différente, l'autorité doit en tenir compte et ne peut pas les traiter de la même manière²⁷¹¹. 1311

3. Discussion et application à la problématique

Nous avons présenté au chapitre 10 diverses situations dans lesquelles l'erreur d'une partie sans connaissances juridiques est traitée différemment en procédure civile selon qu'elle est représentée professionnellement ou non. Au vu des arrêts *Schaller-Bossert c. Suisse* et *Joos c. Suisse*, cette différence de traitement paraît admissible en matière de droit de réplique inconditionnel. Reste toutefois à examiner de manière plus générale si ce traitement différencié respecte l'égalité des armes entre les parties. 1312

La doctrine ne se prononce pas vraiment à ce sujet. HURNI exprime toutefois une opinion, mais uniquement en relation avec la solution retenue par la jurisprudence fédérale en matière de devoir d'interpellation²⁷¹². Il estime que celle-ci n'est pas conforme au *prozessualen Gleichbehandlungsgebot* qui découle de l'art. 29 al. 1 Cst. Selon cet auteur, cette disposition constitutionnelle impose plutôt au tribunal d'appliquer le même standard aux deux parties lorsque l'une est représentée et l'autre pas²⁷¹³. Le tribunal devrait donc traiter les deux comme des parties sans connaissances juridiques et non représentées²⁷¹⁴. D'autres auteur·e·s rejoignent cet avis, sans toutefois faire référence à l'art. 29 al. 1 Cst.²⁷¹⁵. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER indiquent au contraire que le tribunal doit faire un usage accru de son devoir d'interpellation lorsqu'une partie sans connaissances juridiques agit seule, et ce afin qu'elle bénéficie d'une certaine égalité des armes face à une partie représentée par un·e avocat·e²⁷¹⁶. 1313

²⁷⁰⁹ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 41 N 23.

²⁷¹⁰ CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 86 et 87 ; DUBEY, N 4023.

²⁷¹¹ DUBEY, N 4025.

²⁷¹² Voir N 1043 ss.

²⁷¹³ BK ZPO-HURNI, art. 56 N 32.

²⁷¹⁴ BK ZPO-HURNI, art. 56 N 32.

²⁷¹⁵ AEBI-MÜLLER, p. 193 ; GASSER/RICKLI, art. 56 N 3 ; BSK ZPO-GEHRI, art. 56 N 3 ; SARBACH, p. 142 ; OFK ZPO-SARBACH, art. 56 N 9 ; voir également SIX, p. 102.

²⁷¹⁶ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.20.

- 1314 Au premier abord, il est vrai que la partie sans connaissances juridiques qui agit seule semble être favorisée par rapport à celle qui est représentée professionnellement dans les cas que nous avons examinés. Un élément important doit néanmoins être mentionné : ces situations se rapportent à un moment précis de la procédure, celui où l'erreur d'un·e représentant·e porte à conséquence. Cette erreur et ses conséquences ne sauraient cependant être examinées de manière isolée. Il convient donc de prendre du recul et de les replacer dans le contexte de la procédure dans sa globalité.
- 1315 Si l'on considère le procès dans son ensemble, en tenant compte de toutes les étapes qui peuvent le composer (dépôt de l'acte introductif d'instance, éventuelle conciliation, échange d'écritures, audience, etc.), il est indéniable qu'une partie représentée professionnellement dans une procédure est avantagée par rapport à une partie laïque qui agit seule. La représentation professionnelle – en particulier lorsqu'elle est assurée par un·e avocat·e – est d'une grande utilité dans une procédure²⁷¹⁷. Le Tribunal fédéral considère qu'elle permet généralement d'augmenter les chances de succès d'un procès²⁷¹⁸.
- 1316 HURNI et BRÖNNIMANN sont même d'avis qu'en procédure de recours ou d'appel, une partie sans connaissances juridiques qui agit seule n'a pratiquement aucune chance d'obtenir gain de cause²⁷¹⁹.
- 1317 En outre, le fait que l'assistance judiciaire donne droit – à certaines conditions – à la prise en charge des frais d'un·e représentant·e professionnel·le par l'État démontre bien l'intérêt de la représentation professionnelle²⁷²⁰. Dans ce contexte, la CourEDH a retenu dans certaines affaires qu'une partie sans connaissances juridiques agissant seule se trouvait désavantagée face à une partie adverse représentée professionnellement²⁷²¹.
- 1318 Lorsqu'un procès oppose deux parties laïques, et que seule l'une d'elles est représentée professionnellement, il y a, par définition, un déséquilibre des forces en présence. En considérant le procès dans son ensemble, la partie représentée professionnellement est mieux armée pour la procédure. Le fait que

²⁷¹⁷ Voir N 254 ss.

²⁷¹⁸ ATF 144 III 164 cons. 3.5.

²⁷¹⁹ DAVID/KÜMIN, propos de BRÖNNIMANN et HURNI, p. 11.

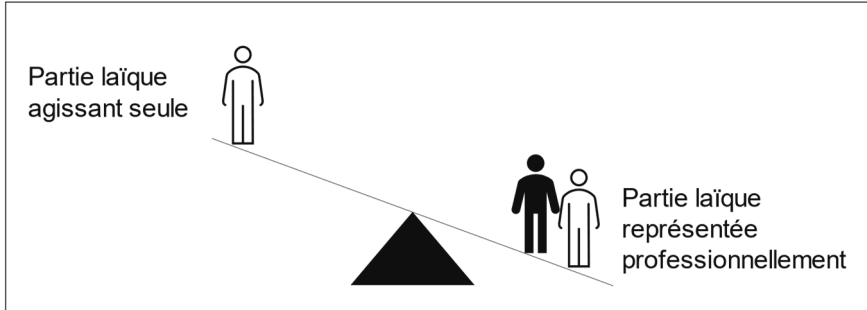
²⁷²⁰ Voir également BOHNET/MARTENET, N 1650 ss, s'agissant plus spécifiquement des fonctions de l'obligation d'accepter les défenses d'office imposées aux avocat·e·s.

²⁷²¹ Arrêt de la CourEDH *Nenov c. Bulgarie* du 16 juillet 2009, no 33738/02, § 47 ss ; arrêt de la CourEDH *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005, no 68416/01, CEDH 2005 II, § 69 et 72 (dans cette décision, la CourEDH relève que « si [les requérants] avaient été représentés, ils auraient peut-être obtenu gain de cause sur l'un ou plusieurs des incidents »).

la partie agissant seule est mieux traitée dans certains cas n'a donc que pour effet de « rééquilibrer la balance » ; autrement dit, il s'agit d'un correctif. On peut illustrer la situation de la manière qui suit.

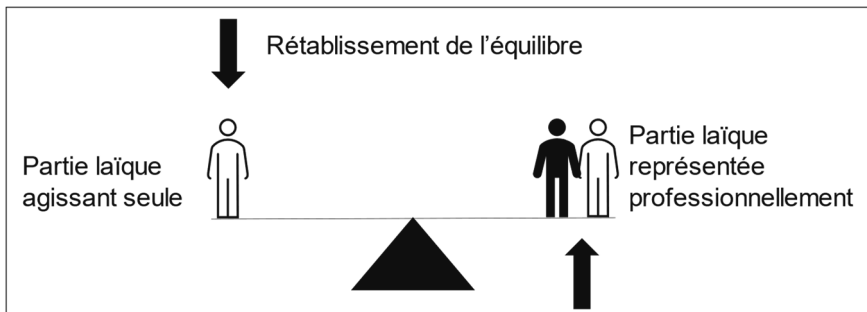
Procès considéré dans sa globalité :

1319



Procès considéré au moment de l'erreur :

1320



Le principe d'égalité des armes est donc à notre avis respecté dans les cas où l'erreur de la partie laïque et non représentée est évaluée avec moins de rigueur que celle de la partie représentée professionnellement. Cette dernière ne se situe pas dans une situation de « net désavantage » au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la CourEDH²⁷²² par rapport à la partie non représentée.

1321

²⁷²² Voir N 1309 et N 1300.

B. Formalisme excessif

1. Art. 6 par. 1 CEDH

a. Principes généraux

1322 L'art. 6 par. 1 CEDH ne protège pas directement du formalisme excessif²⁷²³. Toutefois, cette garantie peut être rattachée au droit d'accès à un tribunal²⁷²⁴. Ainsi, selon la CourEDH, l'art. 6 par. 1 CEDH consacre un droit d'accès à un tribunal qui doit être concret et effectif ; il peut être enfreint en cas de formalisme excessif, par exemple si l'« interprétation particulièrement rigoureuse d'une règle procédurale [...] empêche l'examen au fond de l'action d'un requérant et constitue un élément de nature à emporter violation du droit à une protection effective par les cours et tribunaux »²⁷²⁵.

1323 Le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu et peut donc être restreint²⁷²⁶. Toutefois, les limitations à ce droit sont uniquement compatibles avec l'art. 6 par. 1 CEDH si elles ne portent pas atteinte à la substance même du droit d'accès à la justice²⁷²⁷. Elles doivent en outre viser un but légitime et être proportionnelles à ce but²⁷²⁸.

²⁷²³ RÉTORNAZ, Formalisme excessif, N 344.

²⁷²⁴ RÉTORNAZ, Formalisme excessif, N 344 ss.

²⁷²⁵ Arrêt de la CourEDH *Dos Santos Calado et autres c. Portugal* du 31 mars 2020, nos 55997/14 et 3 autres, § 116 ; arrêt de la CourEDH *Zubac c. Croatie* [GC] du 5 avril 2018, no 40160/12, § 97.

²⁷²⁶ Arrêt de la CourEDH *Baka c. Hongrie* [GC] du 23 juin 2016, no 20261/12, § 120 ; arrêt de la CourEDH *Naït-Liman c. Suisse* du 21 juin 2016, no 51357/07, § 114 ; arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 61 ; arrêt de la CourEDH *Ashingdane c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, série A no 93, § 57.

²⁷²⁷ Arrêt de la CourEDH *Baka c. Hongrie* [GC] du 23 juin 2016, no 20261/12, § 120 ; arrêt de la CourEDH *Naït-Liman c. Suisse* du 21 juin 2016, no 51357/07, § 114 ; arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 61 ; arrêt de la CourEDH *Ashingdane c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, série A no 93, § 57.

²⁷²⁸ Arrêt de la CourEDH *Baka c. Hongrie* [GC] du 23 juin 2016, no 20261/12, § 120 ; arrêt de la CourEDH *Naït-Liman c. Suisse* du 21 juin 2016, no 51357/07, § 115 ; arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 62 ; arrêt de la CourEDH *Ashingdane c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, série A no 93, § 57.

b. Jurisprudence en lien avec les cas examinés au chapitre 10

Dans les deux arrêts qui suivent, la CourEDH a eu l'occasion d'examiner la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'indication inexacte du délai pour contester une décision (N 1105 ss) au regard du droit d'accès à un tribunal. 1324

(i) *Gajtani c. Suisse*

Dans l'affaire *Gajtani c. Suisse*, les faits étaient les suivants : le tribunal d'appel du Tessin a rendu une décision concernant les enfants de Violeta Gajtani, une partie laïque, en matière d'enlèvement international d'enfants²⁷²⁹. Cette décision a été notifiée à son avocat²⁷³⁰. Le mandat de ce dernier ayant subitement pris fin²⁷³¹, Violeta Gajtani décida de former recours elle-même au Tribunal fédéral²⁷³². Elle se fia au délai – erroné – de 30 jours indiqué dans la décision attaquée²⁷³³. Le Tribunal fédéral déclara le recours irrecevable pour tardiveté, le délai prévu par la loi étant de 10 jours²⁷³⁴. Il a retenu que la recourante était représentée au moment de la notification et que son avocat aurait dû l'informer du délai pertinent²⁷³⁵. 1325

Saisie de l'affaire, la CourEDH a admis que l'ancien représentant de la partie, qui avait apparemment omis de l'informer du délai erroné, était en partie responsable de l'introduction tardive du recours²⁷³⁶. Toutefois, la CourEDH a estimé qu'il ne s'agissait que d'une circonstance parmi d'autres²⁷³⁷. 1326

Elle a ainsi considéré qu'il ne pouvait être attendu de la partie « qu'elle *se méfie* du délai indiqué dans l'arrêt du tribunal d'appel et, ensuite, le *vérifie* en recherchant et consultant la législation pertinente »²⁷³⁸. L'art. 6 par. 1 CEDH 1327

²⁷²⁹ Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 16.

²⁷³⁰ Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 17.

²⁷³¹ Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 17. La raison pour laquelle le mandat a pris fin (révocation du mandat par Violeta Gajtani ou renonciation au mandat par l'avocat) n'a pas été clairement établie (§ 17 et 71).

²⁷³² Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 18.

²⁷³³ Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 18.

²⁷³⁴ Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 19. Dans le cas d'espèce, le délai de 10 jours était celui de l'art. 100 al. 2 let. c LTF.

²⁷³⁵ Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 19.

²⁷³⁶ Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 71.

²⁷³⁷ Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 71.

²⁷³⁸ Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 72 (italique dans le texte original).

imposait au Tribunal fédéral de faire preuve de souplesse en cas de recours déposé par une partie non représentée²⁷³⁹. La CourEDH a souligné qu'en elle-même, la jurisprudence fédérale ne violait pas la Convention ; toutefois, l'application stricte de cette jurisprudence dans le cas présent était contraire à l'art. 6 par. 1 CEDH²⁷⁴⁰. De ce fait, le droit d'accès à un tribunal de la requérante avait été atteint dans sa substance même²⁷⁴¹. Pour parvenir à cette conclusion, la CourEDH a en particulier tenu compte des circonstances suivantes : (i) le Tribunal fédéral avait lui-même reconnu que la disposition prévoyant le délai applicable n'était pas facilement compréhensible pour une partie laïque²⁷⁴², (ii) la partie n'était en Suisse que depuis peu de temps²⁷⁴³ et (iii) l'affaire concernait une procédure de retour d'enfants selon la Convention de La Haye sur les enlèvements internationaux, « à la fois complexe et susceptible d'avoir des conséquences très graves et délicates pour les personnes concernées »²⁷⁴⁴.

(ii) *Clavien c. Suisse*

1328 Cette affaire concerne le cas de Michel Clavien, une partie représentée par un avocat dans le contexte d'une procédure de plainte en matière de poursuites et faillites. Dans ce cadre, Michel Clavien avait fait recours auprès du Tribunal fédéral contre la décision de l'Autorité supérieure de surveillance en matière de poursuites pour dettes et faillite du Tribunal cantonal valaisan dans un délai de 30 jours comme indiqué dans la décision attaquée, alors que le délai de recours applicable était de 10 jours selon la loi²⁷⁴⁵. Son recours avait été déclaré irrecevable en raison de sa tardiveté²⁷⁴⁶. Le Tribunal fédéral a retenu que Michel Clavien, représenté par un avocat, ne pouvait se prévaloir de sa bonne foi et aurait dû se rendre compte de l'erreur dans les voies de droit²⁷⁴⁷.

²⁷³⁹ Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 74.

²⁷⁴⁰ Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 75.

²⁷⁴¹ Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 76.

²⁷⁴² Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 72.

²⁷⁴³ Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 72.

²⁷⁴⁴ Arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* du 9 septembre 2014, no 43730/07, § 75.

²⁷⁴⁵ Arrêt de la CourEDH *Clavien c. Suisse* du 12 septembre 2017, no 16730/15, § 7. Dans le cas d'espèce, le délai de 10 jours était celui de l'art. 100 al. 2 let. a LTF.

²⁷⁴⁶ Arrêt de la CourEDH *Clavien c. Suisse* du 12 septembre 2017, no 16730/15, § 7.

²⁷⁴⁷ Arrêt de la CourEDH *Clavien c. Suisse* du 12 septembre 2017, no 16730/15, § 7.

La CourEDH a retenu que le Tribunal fédéral n'avait pas violé l'art. 6 par. 1 CEDH²⁷⁴⁸. Elle a fondé sa décision sur plusieurs éléments : (i) Michel Clavier avait été représenté par le même avocat devant le Tribunal cantonal et devant le Tribunal fédéral, « ce qui était de nature à faciliter le suivi de l'affaire du requérant »²⁷⁴⁹, (ii) la disposition prévoyant le délai de recours de 10 jours était entrée en vigueur plus de sept ans avant la procédure et n'avait pas subi de modifications²⁷⁵⁰, (iii) la procédure avait certes de l'importance pour le requérant, mais ne portait que sur une question financière²⁷⁵¹. 1329

(iii) *Synthèse*

On peut déduire de ces deux arrêts (*Gajtani c. Suisse* et *Clavier c. Suisse*) que les critères suivants sont en particulier pertinents pour juger si le droit d'accès à un tribunal a été respecté : (i) les conséquences de la décision pour la partie, qui sont moins graves si elles ne sont que financières et (ii) le caractère reconnaissable, pour la partie ou la personne qui la représente, de la disposition légale applicable qui n'a pas été respectée. 1330

2. Art. 29 al. 1 Cst.

a. Principes généraux

La procédure civile est marquée d'un certain formalisme, qui sert le déroulement rapide et prévisible des procédures²⁷⁵². Le formalisme excessif, considéré comme un déni de justice formel, est cependant interdit par l'art. 29 al. 1 Cst.²⁷⁵³. 1331

Cette disposition peut être violée « lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en 1332

²⁷⁴⁸ Arrêt de la CourEDH *Clavier c. Suisse* du 12 septembre 2017, no 16730/15, § 30.

²⁷⁴⁹ Arrêt de la CourEDH *Clavier c. Suisse* du 12 septembre 2017, no 16730/15, § 24.

²⁷⁵⁰ Arrêt de la CourEDH *Clavier c. Suisse* du 12 septembre 2017, no 16730/15, § 25.

²⁷⁵¹ Arrêt de la CourEDH *Clavier c. Suisse* du 12 septembre 2017, no 16730/15, § 26.

²⁷⁵² SARBACH, p. 81.

²⁷⁵³ ATF 145 I 201 cons. 4.2.1 ; ATF 127 I 31 cons. 2a bb, JdT 2001 I p. 727 ; arrêt du TF 9C_533/2022 du 10 février 2023 cons. 5.1.

soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux »²⁷⁵⁴.

- 1333 Le formalisme excessif est prohibé dans la loi, mais également devant la loi²⁷⁵⁵. En d'autres termes, l'application d'une règle de droit qui, en soi, est admissible au regard de l'art. 29 al. 1 Cst. peut constituer un cas de formalisme excessif.
- 1334 L'interdiction du formalisme excessif résulte du principe de proportionnalité, consacré à l'art. 5 al. 2 Cst.²⁷⁵⁶. Celui-ci permet de déterminer si une situation est constitutive de formalisme excessif²⁷⁵⁷ : il doit exister un rapport raisonnable entre le but visé et les moyens utilisés pour y parvenir²⁷⁵⁸. D'après MÜLLER, il s'agit de déterminer « si la règle incriminée est nécessaire et si les effets en sont adéquats au regard de la sécurité du droit et de l'intérêt du justiciable à faire valoir ses droits sur le fond »²⁷⁵⁹. En procédure, il y a formalisme excessif lorsqu'une autorité sanctionne, sans motif raisonnable, le non-respect d'une règle procédurale par des conséquences trop sévères pour la partie²⁷⁶⁰.
- 1335 Selon RÉTORNAZ, de manière générale, la possibilité de régulariser les vices de procédure doit être accordée de manière large²⁷⁶¹ sans la restreindre à certains vices²⁷⁶². Dans ce cadre étendu, pour déterminer si une régularisation est possible, divers critères doivent être pris en compte, notamment la gravité du vice (plus le vice est grave, plus la possibilité de le régulariser diminue)²⁷⁶³ et les conséquences du vice (plus ces conséquences sont graves, plus la possibilité de le régulariser augmente)²⁷⁶⁴.

²⁷⁵⁴ ATF 145 I 201 cons. 4.2.1 ; ATF 125 I 166 cons. 3a ; ATF 121 I 177 cons. 2aa.

²⁷⁵⁵ CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 96 ; DUBEY, N 4048 et 4049 ; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 41 N 15 ; voir également ATF 125 I 166 cons. 3a.

²⁷⁵⁶ CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 95.

²⁷⁵⁷ ATF 114 V 203 cons. 3a ; ATF 113 Ia 84 cons. 1 ; ATF 108 Ia 289 cons. 1 ; MÜLLER P., p. 263 ; RÉTORNAZ, Formalisme excessif, N 525.

²⁷⁵⁸ MALINVERNI et al., N 1440.

²⁷⁵⁹ MÜLLER P., p. 263.

²⁷⁶⁰ DUBEY, N 4049.

²⁷⁶¹ RÉTORNAZ, Formalisme excessif, N 615, 618 et 621.

²⁷⁶² RÉTORNAZ, Formalisme excessif, N 621.

²⁷⁶³ RÉTORNAZ, Formalisme excessif, N 623.

²⁷⁶⁴ Voir RÉTORNAZ, Formalisme excessif, N 623.

b. Abus de droit

Le Tribunal fédéral retient qu'une situation n'est jamais constitutive de formalisme excessif si un vice est intentionnel²⁷⁶⁵. 1336

Se pose toutefois la question de savoir quand l'intention doit être retenue. Il ressort d'arrêts rendus en matière d'absence de signature d'un acte qu'un vice est intentionnel si l'acte vicié a été déposé avec la volonté de commettre un abus de droit (notamment dans le but d'obtenir une prolongation du délai de recours)²⁷⁶⁶. Comme le relève RÉTORNAZ, il est toutefois difficile de prouver cette volonté²⁷⁶⁷. De ce fait, le Tribunal fédéral a tendance à considérer que, dès le moment où l'auteur-e de l'acte ne pouvait ignorer que son acte était vicié, le caractère intentionnel du vice doit être retenu²⁷⁶⁸. 1337

Par conséquent, lorsque le vice est intentionnel (c'est-à-dire lorsqu'un acte de procédure est réalisé avec la volonté de commettre un abus de droit), un excès de formalisme ne peut jamais être retenu. 1338

Il est juste de retenir qu'il n'y a pas de formalisme excessif à sanctionner un vice volontaire. À notre avis, on ne saurait cependant considérer sans nuance qu'un vice est intentionnel lorsque la personne qui a réalisé l'acte de procédure aurait dû se rendre compte du vice. Cette approche, trop schématique, peut parfois conduire à des solutions trop strictes²⁷⁶⁹. 1339

3. Discussion et application à la problématique

Vu les éléments exposés ci-dessus, il n'est pas possible de déterminer, dans l'absolu, si les situations dans lesquelles les parties représentées professionnellement sont traitées avec plus de sévérité sont conformes ou non à l'interdiction du formalisme excessif. 1340

Il convient plutôt d'examiner, dans chaque cas d'espèce, si cette garantie de procédure est respectée. Pour ce faire, la situation doit être examinée au regard du principe de proportionnalité. L'interdiction du formalisme excessif est 1341

²⁷⁶⁵ ATF 142 I 10 cons. 2.4.7 ; ATF 121 II 252 cons. 4b.

²⁷⁶⁶ ATF 121 II 252 cons. 4b ; arrêt du TF 1P.254/2005 du 30 août 2005 cons. 2.6 ; RÉTORNAZ, Formalisme excessif, N 597.

²⁷⁶⁷ RÉTORNAZ, Note 5D_94/2017, p. 99.

²⁷⁶⁸ RÉTORNAZ, Note 5D_94/2017, p. 99, qui tire cette conclusion de l'arrêt du TF 5D_94/2017 du 15 décembre 2017.

²⁷⁶⁹ Dans ce sens : RÉTORNAZ, Note 5D_94/2017, p. 99.

respectée si la manière dont est appliquée une règle et les conséquences qui en découlent sont dans un rapport raisonnable.

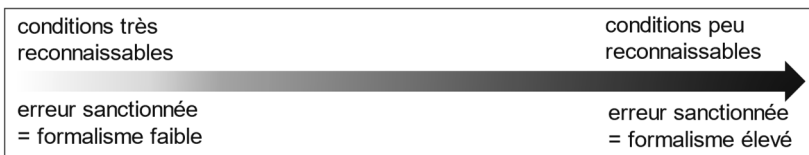
1342 Afin de procéder à cet examen, nous proposons le test suivant, qui prend en considération les critères tirés de la jurisprudence et de la doctrine.

a. Test proposé

(i) *Étape 1 : Examen de la disposition légale et de l'erreur commise*

1343 Les situations présentées au chapitre 10 – dans lesquelles les parties laïques sont traitées différemment selon qu'elles sont représentées professionnellement ou non – concernent des hypothèses dans lesquelles une condition prévue par une disposition légale n'a pas été respectée (par exemple, le délai permettant de déposer un recours n'a pas été observé, ou des faits n'ont pas été allégués conformément au CPC), entraînant ainsi des conséquences négatives pour la partie. Le non-respect de cette condition par un·e représentant·e professionnel·le est qualifié d'erreur dans le présent contexte (voir N 1029 sur cette notion). À cet égard, il s'agira d'analyser les deux éléments suivants.

1344 Dans un premier temps, il convient de déterminer si les conditions de la disposition légale appliquée étaient reconnaissables²⁷⁷⁰ (plus les conditions étaient faciles à identifier, plus il sera difficile de retenir un excès de formalisme).



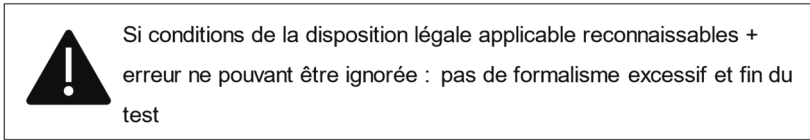
1345 C'est dans ce contexte que les connaissances de la personne qui représente la partie doivent être prises en compte : une règle qui est évidente pour quelqu'un qui possède une formation juridique ne l'est pas nécessairement pour une personne laïque. Par exemple, on peut considérer que les règles sur les formes des actes sont évidentes pour un·e avocat·e, mais pas pour une partie laïque.

1346 Si toutefois ces conditions étaient reconnaissables *et* que l'erreur ne pouvait être ignorée par la personne l'ayant commise, elle sera qualifiée d'intentionnelle et l'abus de droit sera retenu²⁷⁷¹. Or comme nous l'avons vu ci-dessus (N 1338 s.),

²⁷⁷⁰ Critère ressortant de la jurisprudence de la CourEDH (voir N 1330).

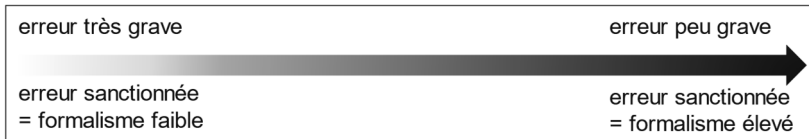
²⁷⁷¹ Voir N 1337 s.

l'abus de droit exclut le formalisme excessif : dans ce cas, les art. 29 al. 1 Cst. et 6 par. 1 CEDH ne seront pas violés, même si l'erreur entraîne des conséquences sévères pour la partie. Si l'abus de droit est retenu, l'examen s'arrête donc ici. Dans le cas contraire, il convient de poursuivre le test.



Dans un second temps, la gravité de l'erreur doit être examinée²⁷⁷² (plus l'erreur est grave, plus il sera difficile de retenir un excès de formalisme). RÉTORNAZ mentionne par exemple que le fait d'oublier de signer un acte est moins grave que de ne pas motiver un appel²⁷⁷³.

1347



(ii) *Étape 2 : examen des conséquences potentielles de l'erreur*

Ensuite, il faudra examiner les conséquences entraînées par l'erreur pour la partie²⁷⁷⁴ (plus ces conséquences sont anodines, plus il sera difficile de retenir un excès de formalisme). Des répercussions qui ne sont pas uniquement financières sont plus graves²⁷⁷⁵, étant donné que – comme nous l'avons vu au N 1237 et 1250 – un procès en responsabilité permet uniquement d'obtenir une réparation en argent. En outre, comme le souligne RÉTORNAZ, les conséquences

1348

²⁷⁷² Critère proposé par RÉTORNAZ, Formalisme excessif (voir N 1335).

²⁷⁷³ RÉTORNAZ, Formalisme excessif, N 623.

²⁷⁷⁴ Critère ressortant de l'arrêt de la CourEDH *Gajtani c. Suisse* (N 1326) ainsi que de l'arrêt de la CourEDH *Clavien c. Suisse* (N 1329) et proposé par RÉTORNAZ, Formalisme excessif (N 1335).

²⁷⁷⁵ Soulignons que, dans l'ATF 143 I 284, le fait que le préjudice subi ne puisse pas être réparé par une action en dommages-intérêts a été retenu par le Tribunal fédéral comme l'un des critères permettant exceptionnellement de ne pas imputer le manquement d'un-e avocat-e à la partie représentée en droit pénal (ATF 143 I 284 cons. 2.2.3). Cette affaire a cependant été examinée sous l'angle du droit à une défense nécessaire et efficace dont dispose toute personne accusée en droit pénal (art. 6 par. 3 let. c CEDH, art. 14 par. 3 let. d Pacte ONU II et art. 32 al. 2 Cst.), et non au regard de l'interdiction du formalisme excessif.

d'une décision sont moins importantes lorsque la partie peut renouveler son acte sans perdre ses droits²⁷⁷⁶.



(iii) *Étape 3 : Test de proportionnalité*

1349 Dans une troisième étape, pour autant qu'il n'y ait pas d'abus de droit, l'erreur commise (étape 1) et ses conséquences pour la partie (étape 2) doivent être mises en relation, pour déterminer si la situation est constitutive de formalisme excessif.

b. Remarques sur le test et exemple pratique

1350 Dans le test proposé, le fait qu'une partie soit représentée professionnellement est donc un critère pour évaluer le respect de l'interdiction du formalisme excessif (voir étape 1). Ainsi, la violation de ce principe sera moins facilement retenue en cas de représentation par un·e avocat·e.

1351 Ce critère n'est toutefois pas à lui seul déterminant. En cas d'erreur, même si la partie est représentée professionnellement, les art. 29 al. 1 Cst. et 6 par. 1 CEDH peuvent être violés si cette erreur entraîne des conséquences très sévères pour la partie. Confronté à une erreur commise par une partie représentée professionnellement, le tribunal doit donc se demander si, en la traitant plus sévèrement que si elle avait agi seule, il tomberait dans le formalisme excessif ; si tel est le cas, il doit intervenir pour redresser le manquement.

1352 *Exemple : un bailleur ouvre action contre des locataires dans le but de les expulser de leur logement, en invoquant que le contrat de bail a été résilié et a valablement pris fin. Les locataires en question se trouvent dans une situation financière précaire et vivent avec leurs deux enfants en bas âge. L'avocat qui les représente dans la procédure produit une pièce pertinente pour le litige, mais oublie l'allégué correspondant dans ses écritures. La procédure se déroule par la voie du cas clair (art. 257 CPC), de sorte que la maxime des*

²⁷⁷⁶ RÉTORNAZ, Formalisme excessif, N 623.

débats avec devoir d'interpellation simple s'applique²⁷⁷⁷. Si l'on suit la jurisprudence fédérale²⁷⁷⁸, le tribunal devrait faire preuve de retenue et ne pas interpellier les parties, car elles sont représentées par un avocat. Si l'on applique le test décrit ci-dessus à la situation, le résultat est le suivant :

- 1a. La règle applicable (à savoir le fait que les parties doivent alléguer les faits sur lesquels se fondent leurs prétentions, art. 55 al. 1 CPC) était reconnaissable pour l'avocat. L'erreur de l'avocat résulte d'un oubli et non d'un abus de droit.
- 1b. Son erreur peut être qualifiée de modérément grave (l'omission d'un allégué peut s'avérer décisive pour l'issue d'un litige, mais c'est également un oubli qui peut arriver).
2. Les conséquences de l'erreur sont potentiellement graves et pas uniquement financières. Si les parties perdent leur litige à cause de l'erreur, elles se trouveront dans une situation pénible : il peut s'avérer très compliqué, pour des locataires se trouvant dans une situation financière difficile (notamment en cas de poursuites à leur rencontre), de retrouver un logement équivalent.
3. Les conséquences précitées apparaissent particulièrement sévères par rapport à l'erreur commise.

Dans ces circonstances, le tribunal devrait – à notre avis – interpellier les parties et leur avocat et attirer leur attention sur l'allégué manquant, quand bien même la jurisprudence retient que le tribunal a un devoir d'interpellation restreint à l'égard des parties représentées professionnellement en maxime des débats. À défaut, il tomberait dans le formalisme excessif.

²⁷⁷⁷ Voir par exemple ATF 144 III 462 cons. 3.2 ; arrêt du TF 4A_385/2022 du 14 février 2023 cons. 3.2.1 ; arrêt du TF 4D_60/2021 du 14 octobre 2021 cons. 6.1.

²⁷⁷⁸ Voir N 1041 ss.

III. Questions choisies

A. Le tribunal doit-il corriger une erreur uniquement si celle-ci ne peut pas être redressée par un procès en responsabilité ?

- 1353 Comme exposé ci-dessus²⁷⁷⁹, FELLMANN est d'avis que le tribunal doit interpellé une partie représentée par un·e avocat·e uniquement si le manquement reproché n'est pas constitutif d'une violation du devoir de diligence et donc d'une violation du contrat de mandat – l'idée étant que dans ce cas, la partie pourra introduire une procédure en responsabilité contre son avocat·e²⁷⁸⁰. En revanche, si l'erreur est de peu d'importance, l'avocat·e n'engagera pas sa responsabilité et la partie ne pourra pas gagner un éventuel procès à son encontre²⁷⁸¹. Cet avis devrait-il être suivi et s'appliquer de manière générale à toutes les situations présentées au chapitre 10 ?
- 1354 MORDASINI-ROHNER se prononce en faveur de la solution préconisée par FELLMANN²⁷⁸². Elle est également reprise par MEYER HONEGGER²⁷⁸³.
- 1355 Pour LIENHARD en revanche, l'approche de FELLMANN ne doit en tout cas pas être suivie lorsque la maxime inquisitoire sociale²⁷⁸⁴ ou illimitée²⁷⁸⁵ s'applique. Il est d'avis que ce serait contraire au but de protection de ces maximes que de ne venir en aide à une partie que lorsqu'un manquement est de peu d'importance²⁷⁸⁶. HAUCK relève que le raisonnement de FELLMANN conduirait à un résultat difficilement soutenable, à savoir que le tribunal ne pourrait pas intervenir dans les situations où le manquement est manifeste et le besoin de protection de la partie particulièrement élevé²⁷⁸⁷.
- 1356 À notre avis, l'approche de FELLMANN est trop rigide. Dans le test que nous avons proposé pour déterminer si une situation est constitutive de formalisme excessif, la gravité de l'erreur est une circonstance à prendre en compte, mais pas la seule²⁷⁸⁸. Tout est une question de proportionnalité : ainsi, le tribunal peut

²⁷⁷⁹ FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 91.

²⁷⁸⁰ FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 91.

²⁷⁸¹ FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht, p. 91.

²⁷⁸² MORDASINI-ROHNER, N 282.

²⁷⁸³ Famkomm Scheidung I-MEYER HONEGGER, art. 277 N 16.

²⁷⁸⁴ LIENHARD, N 532.

²⁷⁸⁵ LIENHARD, N 699.

²⁷⁸⁶ LIENHARD, N 532.

²⁷⁸⁷ SK ZPO-HAUCK, art. 247 N 17.

²⁷⁸⁸ Voir N 1342 ss.

être tenu d'intervenir si l'erreur d'un·e représentant·e professionnel·le risque d'entraîner des conséquences sévères pour la partie, et ce même si cette erreur n'est pas anodine et constitue donc une violation du devoir de diligence.

Cela rejoint en partie le raisonnement de LIENHARD. En effet, les affaires 1357
soumises à la maxime inquisitoire sociale ou illimitée sont souvent celles où l'enjeu dépasse des considérations purement financières et touchent également les parties sur le plan affectif. Or nous avons exposé ci-dessus que les conséquences d'un manquement sont plus graves lorsqu'elles ne sont pas uniquement financières, car elles ne peuvent pas être réparées par un procès en responsabilité²⁷⁸⁹. De ce fait, c'est souvent dans ce type de causes que l'on pourra retenir que le tribunal doit intervenir pour éviter de tomber dans le formalisme excessif.

En outre, la solution suggérée par FELLMANN nous paraît compliquée à mettre 1358
en œuvre : il peut être difficile, pour un tribunal, de déterminer (qui plus est au terme d'un examen sommaire) si un manquement équivaut à une violation du devoir de diligence ; de plus, il n'est pas certain que, si la partie ouvre ultérieurement action en responsabilité contre son ancien·ne représentant·e, le tribunal saisi de cette procédure soit du même avis que le premier tribunal.

Enfin, en matière d'indication inexacte des voies de droit, nous avons exprimé 1359
l'avis que les principes valables en matière de responsabilité contractuelle ne devraient pas s'appliquer, dans la mesure où l'avocat·e qui représente la partie a été induit·e en erreur par une indication du tribunal²⁷⁹⁰. Dans cette hypothèse, le tribunal doit donc entrer en matière sur un appel ou un recours déposé hors délai si l'avocat·e ne pouvait se rendre compte de l'erreur qu'en consultant la jurisprudence ou la doctrine – et ce alors même que, selon les principes applicables en matière de responsabilité contractuelle, un·e avocat·e qui méconnaît les règles résultant de la jurisprudence et la doctrine viole son devoir de diligence²⁷⁹¹.

²⁷⁸⁹ Voir N 1469.

²⁷⁹⁰ Pour des développements, voir N 1118 ss, en particulier N 1121.

²⁷⁹¹ Voir N 1233.

B. Faut-il traiter les parties de la même manière lorsqu'une partie laïque agit seule face à une partie représentée professionnellement ?

- 1360 Nous avons mentionné au N 1049 qu'en matière de devoir d'interpellation simple, une partie de la doctrine considère que, lorsqu'une partie est représentée professionnellement tandis que l'autre agit seule et n'a pas de connaissances juridiques, le tribunal doit exercer son devoir d'interpellation comme si les deux parties étaient laïques et non représentées²⁷⁹². Il convient d'examiner si cette solution est souhaitable et si elle devrait s'appliquer de manière générale à toutes les situations procédurales dans lesquelles une partie laïque agit seule face à une partie représentée professionnellement.
- 1361 MEIER et MORDASINI-ROHNER s'opposent à la solution proposée. MEIER indique qu'il ne découle pas de l'égalité de traitement (*Gleichbehandlungsgebot*) que les deux parties doivent être traitées de la même façon²⁷⁹³. Au contraire, le fait qu'une partie soit représentée professionnellement est une circonstance qui impose un devoir d'interpellation différent²⁷⁹⁴. MORDASINI-ROHNER expose qu'à première vue, la position de la doctrine majoritaire apparaît raisonnable²⁷⁹⁵. Elle relève toutefois que cette solution conduit à retenir qu'un·e avocat·e pourrait procéder de façon moins diligente lorsque la partie adverse n'est pas représentée²⁷⁹⁶. Elle retient que le fait d'appliquer un standard différent à la partie laïque qui est représentée et à celle qui ne l'est pas garantit l'égalité des armes entre les parties et permet d'éviter l'existence d'un *Anwaltszwang* de fait²⁷⁹⁷.
- 1362 À notre avis, les opinions de MEIER et MORDASINI-ROHNER sont convaincantes. D'une part, et comme exposé aux N 1314 ss, une partie laïque représentée professionnellement est, dans l'ensemble, mieux armée pour la procédure que celle qui agit seule – étant rappelé que le procès doit à cet égard être considéré dans sa globalité. De ce fait, l'intervention du tribunal en faveur de la partie non représentée est parfois nécessaire pour rétablir l'égalité des armes entre les

²⁷⁹² AEBI-MÜLLER, p. 193 ; GASSER/RICKLI, art. 56 N 3 ; BSK ZPO-GEHRI, art. 56 N 3 ; BK ZPO-HURNI, art. 56 N 32 ; SARBACH, p. 142 ; OFK ZPO-SARBACH, art. 56 N 9 ; voir également SIX, p. 102 (qui considère que, de manière générale, le tribunal doit faire usage de son devoir d'interpellation indépendamment de toute représentation par un·e avocat·e) ; *contra* : LIENHARD, N 242 s. ; MEIER R., N 33 ; MORDASINI-ROHNER, N 283.

²⁷⁹³ MEIER R., N 33.

²⁷⁹⁴ MEIER R., N 33.

²⁷⁹⁵ MORDASINI-ROHNER, N 283.

²⁷⁹⁶ MORDASINI-ROHNER, N 283.

²⁷⁹⁷ MORDASINI-ROHNER, N 283.

parties dans une procédure. D'autre part, comme souligné par MORDASINI-ROHNER, la solution proposée aurait pour conséquence que le tribunal devrait adapter son comportement face à une partie représentée professionnellement en tenant compte de la représentation de l'autre partie. Or il n'est pas cohérent – ni conforme à l'égalité des armes – que le tribunal aide davantage une partie représentée professionnellement parce que l'autre partie n'a pas de connaissances juridiques.

Par conséquent, il convient de retenir que, confronté à une procédure dans laquelle une partie laïque agit seule contre une partie représentée professionnellement, le tribunal n'a pas à faire preuve de la même indulgence envers les deux parties.

1363

C. Le type de représentant·e choisi·e par la partie doit-il être pris en compte ?

La jurisprudence et la doctrine évoquent principalement des cas dans lesquels un·e avocat·e a commis une erreur. On peut donc se demander si les principes développés s'appliquent de la même manière aux autres représentant·e·s professionnel·le·s – notamment si le tribunal doit se montrer moins sévère face à des représentant·e·s dont la formation est moins complète que celle des avocat·e·s.

1364

Le Tribunal fédéral semble considérer que l'ensemble des représentant·e·s professionnel·le·s doit être traité de la même manière. Ainsi, il a appliqué les principes valables en cas de représentation par un·e avocat·e à une bailleresse représentée par une régie immobilière²⁷⁹⁸ et à un travailleur représenté par un syndicat²⁷⁹⁹. Dans cette deuxième affaire, il a précisé que « *[l]e norme di procedura relative alla rappresentanza professionale in giudizio (art. 68 cpv. 2 lett. d CPC e 12 LACPC) non prevedono, in caso di negligenze o inadempimento, un trattamento diverso tra un rappresentante (o un impiegato) di un'associazione professionale e un avvocato (o un'altra persona autorizzata a esercitare la rappresentanza professionale secondo l'art. 68 cpv. 1 lett. b e lett. c CPC) »²⁸⁰⁰.*

1365

²⁷⁹⁸ Arrêt du TF 4A_415/2015 du 22 août 2016 cons. 3.4.

²⁷⁹⁹ Arrêt du TF 4A_145/2021 du 27 octobre 2021 cons. 5.2.2. Cette décision a été confirmée dans l'arrêt du TF 4A_113/2021 du 2 septembre 2022 cons. 6.2.

²⁸⁰⁰ Arrêt du TF 4A_145/2021 du 27 octobre 2021 cons. 5.2.2. Cette décision a été confirmée par l'arrêt du TF 4A_113/2021 du 2 septembre 2022 cons. 6.2.

- 1366 Le Tribunal fédéral est également d’avis que les avocat·e·s UE/AELE ne doivent pas être traité·e·s différemment des avocat·e·s suisses²⁸⁰¹. Il a notamment souligné que « *[f]ür ausländische Rechtsanwälte, welche in der Schweiz tätig sein wollen, gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der gleiche Massstab wie für schweizerische Rechtsanwälte* »²⁸⁰².
- 1367 La jurisprudence fédérale ne fait toutefois pas l’unanimité. Le Tribunal cantonal fribourgeois a notamment retenu une solution différente – à savoir que le tribunal de première instance, dans un litige opposant un travailleur représenté par une secrétaire syndicale à un employeur représenté par un avocat, ne devait pas exercer son devoir d’interpellation avec retenue face à la partie représentée par le syndicat²⁸⁰³. Dans la doctrine, HEINZMANN relève, en matière de devoir d’interpellation, que « l’activité du juge doit être tendanciellement plus soutenue si une partie est représentée par un agent d’affaires ou un agent juridique breveté (art. 68 al. 2 let. b CPC) ou encore par un mandataire professionnellement qualifié (art. 68 al. 2 let. d CPC), ces représentants ne disposant généralement pas d’une formation équivalente à celle d’un avocat »²⁸⁰⁴. MERZ est d’avis que lorsqu’un acte est déposé par e-mail simple ou par fax (et donc sans signature valable), un délai de rectification doit être accordé aux avocat·e·s de l’étranger (alors même qu’un tel délai ne serait pas accordé à un·e avocat·e titulaire d’un brevet suisse)²⁸⁰⁵.
- 1368 À notre avis, le tribunal est tenu d’adapter son comportement en fonction des circonstances – et donc aussi du type de représentant·e. Il devra examiner, dans le cas concret, les connaissances et l’expérience de la personne choisie pour exercer la représentation et ainsi déterminer s’il devrait intervenir²⁸⁰⁶. L’analyse est donc similaire à celle que doit réaliser le tribunal face à une partie qui agit seule – en effet, dans ce cas, le tribunal se montrera plus sévère si celle-ci a des connaissances juridiques et/ou de l’expérience en procédure²⁸⁰⁷. Le tribunal devra ainsi veiller à ce que l’égalité des armes entre les parties soit respectée, étant encore une fois souligné que ce principe doit être examiné au regard de la

²⁸⁰¹ ATF 142 IV 299 cons. 1.2.2. et 1.3.1 ; arrêt du TF 5A_503/2019 du 20 décembre 2019 cons. 4.1.

²⁸⁰² Arrêt du TF 5A_503/2019 du 20 décembre 2019 cons. 4.1.

²⁸⁰³ Arrêts du TC/FR 102 2021 98, 102 2021 99, 102 2021 100 du 7 janvier 2022 cons. 2.2.2.

²⁸⁰⁴ HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 348.

²⁸⁰⁵ BSK BGG-MERZ, art. 42 N 35.

²⁸⁰⁶ PERCASSI, Note 4A_145/2021, p. 271.

²⁸⁰⁷ Voir N 1111 et 1132.

procédure dans sa globalité, et non uniquement de l'erreur commise par un·e représentant·e.

On relèvera également que dans les procédures sommaires au sens de l'art. 251 CPC, n'importe quelle personne possédant l'exercice des droits civils peut représenter à titre professionnel (art. 68 al. 2 let. c CPC et art. 27 al. 1 LP)²⁸⁰⁸. Les parties peuvent donc choisir, sans s'en rendre compte, un·e représentant·e agissant à titre professionnel qui ne présente pas les compétences nécessaires pour assurer une représentation de qualité. Si les tribunaux appliquaient les mêmes standards à toutes les personnes autorisées à représenter des parties à titre professionnel, c'est donc en premier lieu les justiciables qui en subiraient les conséquences. 1369

IV. Synthèse du chapitre 12

Dans ce dernier chapitre, nous avons posé un regard critique sur le fait de traiter différemment, dans certaines situations, une partie laïque selon qu'elle est représentée professionnellement ou non. 1370

Premièrement, nous avons constaté qu'un tel système a ses avantages et ses inconvénients. Il permet d'améliorer la qualité de la justice en responsabilisant les représentant·e·s conventionnel·le·s professionnel·le·s et respecte les principes de droit des obligations. Toutefois, il n'est pas idéal pour la partie : celle-ci ne peut généralement pas contrôler l'activité de la personne qui la représente, le fait d'être traitée plus sévèrement parce qu'elle est représentée professionnellement peut engendrer un sentiment d'injustice et le procès en responsabilité n'est pas un remède complètement adéquat. À cela s'ajoute que l'éventuelle erreur concomitante du tribunal n'a que peu d'importance et que la jurisprudence fédérale manque parfois de cohérence. Nous en avons conclu que ce système n'est pas complètement satisfaisant, mais devrait être amélioré à certains égards. 1371

Deuxièmement, nous avons analysé si ce système était compatible avec l'égalité des armes et l'interdiction du formalisme excessif. À notre avis, ce système respecte le premier de ces principes, mais peut, en fonction des circonstances, être constitutif de formalisme excessif (notamment si l'erreur d'un·e représentant·e conduit à un préjudice qui ne peut être redressé par des dommages et intérêts). 1372

²⁸⁰⁸ Voir N 879.

- 1373 Troisièmement, nous avons procédé à un examen de quelques questions soulevées par la doctrine et/ou la jurisprudence qui a amené à retenir que (i) la correction d'une erreur ne doit pas être corrélée à l'impossibilité d'agir en responsabilité contre le représentant ou la représentante responsable, (ii) si une partie représentée professionnellement agit face à une partie laïque procédant seule, les deux parties ne doivent pas nécessairement être traitées de la même manière et (iii) le tribunal doit tenir compte du type de représentant·e choisi par la partie.

Conclusion

Plusieurs enseignements peuvent être tirés du présent travail. En premier lieu, il conviendra de mettre en évidence le fait que la réglementation actuelle de la représentation conventionnelle est un véritable héritage historique (I). Nous soulignerons ensuite l'importance des dispositions du CO en matière de représentation en justice (II) et reviendrons sur le caractère tripartite de cette institution (III). Enfin, nous proposerons quelques réflexions sur la différence de traitement entre partie représentée professionnellement et partie laïque procédant seule (IV), rappellerons les quelques pistes d'amélioration que nous avons identifiées tout au long de ce travail (V) et terminerons par une remarque finale (VI).

1374

I. Héritage historique

En l'état actuel de la législation, la Suisse se caractérise par le fait que la représentation conventionnelle y est en principe facultative devant toutes les instances judiciaires civiles²⁸⁰⁹. Cette règle connaît certes quelques exceptions²⁸¹⁰, mais le pouvoir législatif n'a pas jugé nécessaire d'introduire dans la loi une obligation de représentation qui s'appliquerait de manière générale à l'ensemble des justiciables dans certaines phases de la procédure ou devant certaines instances.

1375

Le caractère facultatif de la représentation remonte au temps où la justice était véritablement l'affaire du peuple : les parties devaient comparaître personnellement devant les tribunaux²⁸¹¹, les personnes autorisées à les assister²⁸¹² n'agissaient pas à titre professionnel²⁸¹³, les juges n'avaient pas de connaissances juridiques²⁸¹⁴ et l'avocat·e, versé·e dans la science du droit, était encore une figure inconnue des tribunaux²⁸¹⁵.

1376

²⁸⁰⁹ N 447 ss.

²⁸¹⁰ N 454 ss.

²⁸¹¹ N 80.

²⁸¹² Rappelons que l'assistance et la représentation sont deux notions différentes, et que seule la représentation comprend la faculté de réaliser des actes de procédure à la place de la partie (voir N 209 ss).

²⁸¹³ N 81 et 451.

²⁸¹⁴ N 451.

²⁸¹⁵ N 78 ss.

- 1377 La situation a bien changé depuis cette époque ; en particulier, la représentation a été autorisée²⁸¹⁶ jusqu'à devenir un véritable droit²⁸¹⁷ et les avocat·e·s, après avoir suscité la méfiance²⁸¹⁸, ont acquis une solide réputation au fil du temps²⁸¹⁹ – au point d'être désormais qualifié·e·s d'« auxiliaires de la justice » par le Tribunal fédéral²⁸²⁰.
- 1378 Malgré cette évolution, l'idée d'une justice civile populaire et accessible aux personnes souhaitant agir sans être représentées s'est maintenue²⁸²¹. C'est notamment la réalisation de ce but que poursuivent le devoir d'interpellation (simple et renforcé) et la maxime inquisitoire sociale²⁸²². La Suisse est par ailleurs restée imperméable aux influences des pays voisins, notamment de l'Allemagne et de la France, où les parties au procès civil ont l'obligation d'être représentées par des avocat·e·s dans bon nombre de situations²⁸²³.
- 1379 La volonté de rendre la justice civile accessible, qui s'inscrit dans la continuation d'une longue tradition helvétique, est d'ailleurs l'un des éléments ayant amené à retenir que le principe de représentation facultative était satisfaisant²⁸²⁴.
- 1380 La représentation par les agent·e·s d'affaires et les agent·e·s juridiques breveté·e·s (art. 68 al. 2 let. b CPC) ainsi que par les représentant·e·s professionnel·le·s au sens de l'art. 27 LP (art. 68 al. 2 let. c CPC) a également une origine historique. Si ces personnes figurent parmi les représentant·e·s autorisé·e·s du CPC, c'est parce qu'il a existé par le passé de nombreux métiers dédiés à la représentation dans le domaine de l'exécution forcée (agents d'affaires, *Rechtsagenten*, *Geschäftsagenten*, *Schuldenbote*, *Betreibungsagenten*, *Gisler* ou encore *Sachwalter*)²⁸²⁵. À une époque, on rencontrait ces professions dans pratiquement tous les cantons²⁸²⁶. Elles ont peu

2816 N 83 ss.

2817 N 452.

2818 N 86 et 100.

2819 N 99 ss.

2820 N 263.

2821 N 561.

2822 N 561 et 1094.

2823 N 532 ss.

2824 N 561 et 564.

2825 N 87, 94 s. et 102 ss.

2826 N 87, 94 s. et 104.

à peu perdu en importance à partir du 19^e siècle, sans jamais disparaître totalement²⁸²⁷.

C'est dans le but de poursuivre cette tradition de représentation en matière de poursuite et faillite que les art. 68 al. 2 let. b et c CPC ont été adoptés. D'une part, l'art. 68 al. 2 let. b CPC visait à permettre notamment aux cantons de Vaud et Saint-Gall, dans lesquels les agent·e·s d'affaires et les *Rechtsagent·inn·en* avaient des compétences larges, de maintenir ces représentant·e·s sans restreindre leur domaine d'activité²⁸²⁸. D'autre part, l'art. 68 al. 2 let. c CPC – associé à l'art. 27 LP dans son ancienne teneur – donnait la possibilité aux cantons de réserver la représentation professionnelle en matière d'exécution forcée à certaines catégories de personnes²⁸²⁹. 1381

Depuis l'entrée en vigueur du CPC, l'importance accordée à l'activité spécifique de représentation dans le domaine de l'exécution forcée a encore faibli. Une version modifiée de l'art. 27 LP est entrée en vigueur en 2018 et a supprimé la possibilité, pour les cantons, de réglementer la représentation professionnelle dans cette matière²⁸³⁰. Cette activité est donc devenue libre. De plus, en 2022, le canton de Genève a abrogé la loi et l'ordonnance qui réglementaient la profession d'agent·e d'affaires²⁸³¹. 1382

En définitive, il ne reste aujourd'hui plus grand-chose des métiers consacrés à la représentation en matière de poursuite et faillite. Ils existent encore dans trois cantons : Lucerne, Saint-Gall et Vaud²⁸³². Mais seuls les deux derniers connaissent des professions dont les membres pratiquent régulièrement la représentation en justice, et leur activité n'est plus cantonnée au domaine de l'exécution forcée²⁸³³. Leur fonction se rapproche fortement de celles des avocat·e·s²⁸³⁴, ce qui leur a valu la qualification de « *Kleinanwaltschaft* »²⁸³⁵. 1383

²⁸²⁷ N 102 ss.

²⁸²⁸ N 841 ss.

²⁸²⁹ N 118 et 871 ss.

²⁸³⁰ N 118 et 871 ss.

²⁸³¹ N 840 et 102.

²⁸³² N 105 et 839.

²⁸³³ N 851 ss.

²⁸³⁴ N 103 et 226.

²⁸³⁵ npb 218.

II. Importance du CO

- 1384 Une partie de la thèse a porté sur les deux conditions permettant à la représentation conventionnelle de produire des effets, à savoir que l'acte de procédure doit avoir été réalisé avec une procuration et au nom de la partie représentée²⁸³⁶.
- 1385 Pour examiner ces conditions, nous avons basé nos réflexions sur les dispositions régissant la représentation volontaire (art. 32 ss CO) – étant ici rappelé que la représentation conventionnelle est une forme de représentation volontaire²⁸³⁷. Bien qu'elles ne concernent pas la procédure, les règles du CO se sont révélées être d'une importance fondamentale pour la représentation conventionnelle. Il a néanmoins fallu les appliquer en gardant à l'esprit les quelques dispositions procédurales relatives à la procuration²⁸³⁸.
- 1386 Notre analyse a mené à deux constats importants. Premièrement, la procuration (terme que nous utilisons comme synonyme de « pouvoirs de procuration »²⁸³⁹) n'est soumise à aucune forme ; en revanche, la preuve de cette procuration doit être amenée par écrit ou par oral en audience au tribunal²⁸⁴⁰. C'est de cette façon que doivent être compris les art. 68 al. 3 CPC et 40 al. 2 LTF²⁸⁴¹. Secondement, le rapport de représentation doit être manifesté et la partie représentée identifiée²⁸⁴². Ainsi, il n'est pas admissible, comme en droit des obligations, de ne pas indiquer initialement qui est représenté²⁸⁴³ ou de ne pas manifester le rapport de représentation s'il est indifférent, pour le tiers, de savoir s'il a affaire à un·e représentant·e²⁸⁴⁴.

²⁸³⁶ N 269 ss.

²⁸³⁷ N 138.

²⁸³⁸ À savoir les art. 68 al. 3 et 132 al. 1 CPC et les art. 40 al. 2 et 42 al. 5 LTF (N 270).

²⁸³⁹ N 273.

²⁸⁴⁰ N 276 ss et 399.

²⁸⁴¹ N 287.

²⁸⁴² N 350 ss.

²⁸⁴³ N 355 s.

²⁸⁴⁴ N 357 s.

III. Relation tripartite

La représentation conventionnelle est tripartite : elle implique un·e représenté·e²⁸⁴⁵, un·e représentant·e²⁸⁴⁶ et un tiers²⁸⁴⁷. 1387

En premier lieu, nous avons cherché à déterminer qui peut être représenté²⁸⁴⁸ et avons conclu que seule une partie peut l'être²⁸⁴⁹. Ce constat, qui peut paraître évident, méritait néanmoins de faire l'objet d'une réflexion circonstanciée. Notre analyse s'est poursuivie avec les capacités d'être partie et d'ester²⁸⁵⁰. Dans ce contexte, il est en particulier apparu que les définitions classiques de la capacité d'ester ne sont pas satisfaisantes, car elles associent la capacité d'ester à la capacité de postuler²⁸⁵¹. De ce fait, une nouvelle définition a été proposée (à savoir « la capacité de décider, sur le plan matériel, de la marche de la procédure »)²⁸⁵². 1388

La notion de représentant·e a ensuite été étudiée, en commençant par un approfondissement du concept de capacité de postuler²⁸⁵³. Cette démarche a permis d'établir qu'une personne détient cette capacité si elle (i) est autorisée, de par la loi, à représenter des parties, (ii) possède la capacité d'être partie, (iii) possède la capacité d'ester et (iv) ne présente pas de cause d'incapacité manifeste de procéder²⁸⁵⁴. 1389

La suite de notre recherche a porté sur la distinction entre représentation professionnelle et non professionnelle²⁸⁵⁵. Cette délimitation n'étant pas aisée, nous avons proposé un test – fondé sur des critères issus de la jurisprudence et la doctrine – qui vise à déterminer si un·e représentant·e agit à titre professionnel dans une situation donnée²⁸⁵⁶. 1390

2845 N 565 ss.

2846 N 677 ss.

2847 N 1005 ss.

2848 N 566 ss.

2849 N 581 ss.

2850 N 603 ss.

2851 N 630 ss.

2852 N 636.

2853 N 679 ss.

2854 N 691 ss.

2855 N 747 ss.

2856 N 766.

- 1391 Les différentes catégories de personnes autorisées à pratiquer la représentation en justice ont ensuite été passées en revue²⁸⁵⁷. Au terme de ce catalogue, un tableau récapitulatif a été établi, permettant une comparaison rapide des représentant·e·s autorisé·e·s²⁸⁵⁸.
- 1392 L'examen de la relation tripartite n'aurait pas été complet sans évoquer le concept de tiers dans la représentation en justice²⁸⁵⁹. Celui-ci a d'abord été défini comme étant la personne destinataire des actes de procédure²⁸⁶⁰. En partant de ce constat, la conclusion qui s'est imposée est que, dans une procédure, le tiers est l'autorité envers laquelle les parties agissent²⁸⁶¹.

IV. Différence de traitement entre partie représentée professionnellement et partie laïque procédant seule

- 1393 La dernière partie de la thèse a été consacrée aux cas dans lesquels la jurisprudence, souvent également la doctrine, considèrent que les tribunaux doivent tenir compte de la représentation professionnelle d'une partie pour appliquer des règles de procédure²⁸⁶². Dans ces hypothèses, les autorités judiciaires doivent ainsi se montrer plus clémentes envers une partie laïque agissant seule.
- 1394 Un tel principe ne figure pas dans la loi ; il dérive d'une application différenciée de certaines dispositions (par exemple l'art. 56 CPC) ou de certaines règles jurisprudentielles en fonction de la représentation professionnelle des parties. Il s'agit d'une conséquence du système suisse, qui permet aux parties d'agir seules si elles le souhaitent.
- 1395 Le fait de se montrer plus sévère face à une partie représentée professionnellement est le résultat de la combinaison de deux principes²⁸⁶³, également connus en droit des obligations²⁸⁶⁴ : d'une part, les actions et les connaissances d'un·e représentant·e doivent être imputées à la personne

²⁸⁵⁷ N 772 ss.

²⁸⁵⁸ p. 337.

²⁸⁵⁹ N 1005 ss.

²⁸⁶⁰ N 1007.

²⁸⁶¹ N 1026.

²⁸⁶² N 1029 ss.

²⁸⁶³ N 1030 ss.

²⁸⁶⁴ N 1263 ss.

représenté²⁸⁶⁵ et, d'autre part, l'appréciation juridique du comportement d'une personne doit tenir compte de ses facultés²⁸⁶⁶.

On constate donc que ce système, bien qu'il ne se fonde pas expressément sur une base légale, est justifié par des motifs cohérents et légitimes. Malgré ce constat, un certain sentiment d'injustice subsiste : est-il vraiment juste qu'une partie qui fait appel à un·e représentant·e professionnel·le, parce qu'elle ne se considère pas apte à conduire un procès seule, et qui engage de ce fait des frais, supporte au final les conséquences de l'erreur de la personne qui la représente²⁸⁶⁷? 1396

Nous avons tenté de répondre à cette question en examinant la situation au regard de deux garanties de procédure : l'égalité des armes et l'interdiction du formalisme excessif²⁸⁶⁸. 1397

Concernant l'égalité des armes, un constat s'est imposé : pour déterminer si ce principe est respecté, la procédure doit être considérée dans sa globalité, et non en se focalisant sur l'erreur commise²⁸⁶⁹. Ainsi, même si une partie représentée professionnellement peut paraître désavantagée parce que le manquement de la personne qui la représente est apprécié avec sévérité, elle est, en réalité et dans l'ensemble, mieux armée pour le procès qu'une partie laïque qui agit seule²⁸⁷⁰. 1398

Quant à l'interdiction du formalisme excessif, il s'est avéré que ce principe – plutôt abstrait – ne permettait pas d'évaluer dans l'absolu si le fait de traiter plus sévèrement une partie représentée professionnellement était admissible²⁸⁷¹. Pour cette raison, nous avons proposé un test qui a pour but de déterminer si, dans un cas concret, cette garantie de procédure est respectée. Il faut en déduire qu'un tribunal, confronté à une situation dans laquelle la jurisprudence (voire la doctrine) commande d'évaluer strictement l'erreur commise par une partie représentée professionnellement, devra se demander si l'application de cette jurisprudence conduirait à un excès de formalisme²⁸⁷². Si tel est le cas, il ne devra pas la suivre²⁸⁷³. 1399

²⁸⁶⁵ N 360 ss et 1030.

²⁸⁶⁶ N 1031.

²⁸⁶⁷ N 1274 ss.

²⁸⁶⁸ N 1299 ss.

²⁸⁶⁹ N 1312 ss.

²⁸⁷⁰ N 1321.

²⁸⁷¹ N 1340.

²⁸⁷² N 1351.

²⁸⁷³ N 1351.

V. Pistes d'amélioration

- 1400 Dans différents chapitres, nous avons mis en évidence plusieurs règles liées à la représentation conventionnelle en procédure civile qui nous paraissent insatisfaisantes et qui pourraient donc être améliorées.
- 1401 Premièrement, nous sommes d'avis que la représentation commerciale en procédure devrait être assimilée à la représentation conventionnelle, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui. La solution actuelle permet en effet à tout établissement exploité en la forme commerciale de se faire représenter en procédure par un·e fondé de procuration ou un·e mandataire commercial·e et ainsi de ne pas être soumis aux limites posées par les art. 68 al. 2 CPC et 40 al. 1 LTF en matière de représentant·e·s conventionnel·le·s autorisé·e·s, ce qui n'est pas souhaitable²⁸⁷⁴.
- 1402 Deuxièmement, il résulte de l'art. 68 al. 2 let. d CPC que les cantons ne peuvent pas autoriser la représentation par des mandataires professionnellement qualifié·e·s s'ils ne disposent pas de « juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail ». Cependant, de nombreux cantons qui n'ont pas institué de telles juridictions autorisent ce type de représentant·e·s dans les causes de droit du bail et de droit du travail. Cette solution, pragmatique, devrait à notre avis être autorisée et nécessiterait une reformulation de l'art. 68 al. 2 let. d CPC²⁸⁷⁵.
- 1403 Troisièmement et finalement, nous avons observé que le fait de traiter plus sévèrement une partie représentée professionnellement dans certaines situations présentait certains désavantages, et que ceux-ci pourraient être éliminés par un changement de jurisprudence ou une modification législative. Ainsi, nous sommes d'avis qu'il serait opportun de prévoir que l'indication erronée des voies de droit ne puisse jamais porter préjudice à la partie (même représentée professionnellement, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui). Cela permettrait d'accorder le même poids à l'erreur commise par le tribunal ayant rendu la décision – quelles que soient les circonstances – et de faire disparaître les contradictions existant dans la jurisprudence du Tribunal fédéral²⁸⁷⁶. Le CPC modifié, qui entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2025, contiendra un art. 52 al. 2 qui prévoira une règle allant dans ce sens – ce qui mérite d'être salué, malgré le fait que la formulation prévue ne nous paraît pas entièrement adéquate²⁸⁷⁷.

²⁸⁷⁴ Pour des développements, voir N 193 ss.

²⁸⁷⁵ N 893 ss, en particulier N 899.

²⁸⁷⁶ N 1296.

²⁸⁷⁷ N 1128 ss.

En outre, lorsque les voies de droit sont correctement indiquées, mais que la partie représentée professionnellement se trompe de voie de droit, les conséquences attachées à cette erreur sont différentes, d'après la jurisprudence, selon que le CPC ou la LTF s'applique. Il serait possible de facilement remédier à cette incohérence en choisissant une solution uniforme quelle que soit la loi applicable. À notre sens, dans un contexte où les règles de procédure ont tendance à se complexifier, la solution la moins formaliste devrait être privilégiée²⁸⁷⁸.

VI. Remarque finale

Par notre travail, nous avons eu à cœur d'offrir une étude circonstanciée de la représentation conventionnelle en procédure civile et d'analyser les situations dans lesquelles des erreurs sont traitées différemment en fonction de la représentation professionnelle des parties. Ces deux objectifs ont guidé toute notre recherche et nous amènent désormais à une constatation finale : le caractère facultatif de la représentation conventionnelle, qui témoigne de l'intention de rendre la procédure civile *laienfreundlich*, influence considérablement la pratique des tribunaux. Il leur incombe de conduire le procès de façon à permettre aux parties sans connaissances juridiques de procéder seules, tout en gardant à l'esprit que les parties représentées professionnellement ne doivent pas systématiquement être traitées avec sévérité.

²⁸⁷⁸ N 1297.

Index

Les numéros correspondent aux paragraphes.

A

Accès à la justice 20, 25, **405 ss**, 505, 823, 1323

Acte introductif d'instance 1147 ss

Agent·e d'affaires et agent·e juridique breveté·e

- Assistance judiciaire 225 ss
- Bases légales 37, **71**
- Cantons concernés 105, **846 ss**
- Conditions pour représenter 858 ss
- Domaine de compétence 851 ss
- Examen 860
- Garanties 861 ss
- Historique 87, 94 ss, 102 ss, 122, 841 ss
- Intervention du tribunal 1080, 1367
- LMI 60
- Personne physique *voir* Représentation – Par une personne physique

Allégation des faits et proposition de preuves 1036 ss

Allemagne *voir* Droit allemand

Anwaltsprozess **541 ss**, 685

Anwaltszwang 448 s., 525, 541 s., 561 s., 685, 1095, 1361

Assistance 81, 111, **203 ss**, 267, 404, 436 ss, 462 ss, 478, 488, 497, 770

Assistance judiciaire 30, 32, **213 ss**, 412, 416 ss, 430 s., 437, 515, 784, 1002, 1065, 1317

Audience *voir* Comparution personnelle

Auxiliaire 135, 296, 364, 582 ss, 972 s., 978

Avant-parlier **81 s.**, 451

Avocat·e

- Assistance judiciaire 221 ss
- Bases légales 53 ss, 62 ss
- Brevet 56, 66, 790 ss, 800, 808, 919, 1073, 1367
- Cantons concernés 789 ss
- Conditions pour représenter 799 ss
- Domaine de compétence 793 ss
- Garanties 812 ss
- Historique 84 ss, 90 ss, 96 ss, 106 ss, 114 ss, 121 s.
- LMI 59
- Monopole 55, 64, 100, 116, 264, 428, 722, **768 s.**, **793 ss**

- Personne physique *voir*
Représentation – Par une
personne physique

- Responsabilité *voir*
Responsabilité contractuelle

Avocat·e-stagiaire

- Bases légales 69
- Cantons concernés 69, **948 ss**
- Conditions pour représenter
953 ss
- Domaine de compétence 951 s.
- Garanties 972 ss
- Personne physique *voir*
Représentation – Par une
personne physique

B

Brevet

- Conseils en *voir* Conseils en
brevet
- D'avocat·e *voir* Avocat·e·s –
Brevet

C

Capacité d'ester 46, 49, 175, 180,
191, 457, 500, 600, **628 ss**, 675 s.,
686, 690, 697, 705, 997, 1016,
1388 s.

Capacité d'être partie 46, 49,
603 ss, 638, 657 s. 675, 697 ss, 997,
1016, 1388 s.

Capacité de postuler 376, 500 ss,
541, 543, 594, 633 ss, **679 ss**, 767,
778, 780, 786, 810, 820, 860, 879,
883, 887 s., 920, 1016, 1388 s.

CEDH 18, 370, **402 ss**, 1114, 1131,
1133, 1140 s., 1300 ss, 1322 ss

Comparution personnelle 37,
111 s., 191, 256, 456 ss, 472 ss,
483 ss, 534 ss, 544, 548 s.

Conciliation 191, 203, 207, 353,
456 ss, 484, 487, 534 ss, 548, 654,
851, 856, 877, 906, 983 ss, 1010,
1145, 1148 ss, 1205 ss

Conflit d'intérêts 594, 687, 724 ss,
739, 744 s., 809 ss, **818 ss**, 837,
860, 886, 941

Conseil en brevet

- Bases légales 58
- Conditions pour représenter
935 ss
- Domaine de compétence 933 s.
- Garanties 938 ss
- Personne physique *voir*
Représentation – Par une
personne physique

Contrat de mandat 52, 132 ss,
198 ss, 211, 220, 235, 305, 353,
546, 703, 745, 760 ss, 783, 833 ss,
888, 944, 973, 981, 995, 1216,
1220 ss, 1227 ss, 1325, 1353

D

Défaut 468 ss, 479 ss, 489 ss, 720,
1103, 1286

Délai

- Pour rectifier un vice 291, 307,
326, 346 s., 388, 502 s., 512,
668 s., 716 ss, 723, 1176,
1180 ss

- Indication erronée *voir*
Indication erronée des voies de droit
- Pour exercer son droit de réplique inconditionnel *voir*
Droit – De réplique inconditionnel
- Restitution 365
- Suspension 1116 s., 1124, 1201, 1284 ss, 1296

Dépens 219, 237, **392 ss**, 439, 452, 1211, 1215, 1239, 1275

Devoir d'interpellation

- Renforcé (ou accru) 561, **1051 ss**, 1067, 1086 s., 1092-1094 ss, 1125, 1313, 1367, 1378
- Simple 561, **1040 ss**, 1052 ss, 1086, 1092 ss, 1125, 1313, 1352, 1360 s., 1367, 1378

Droit

- Allemand 37, 211, 280, 361, 363, 449, **532 ss**, 631, 683 s., 1378
- D'accès à la justice *voir* Accès à la justice
- D'accès aux tribunaux 20, 25, **410 ss**, 443, 1332
- D'être entendu 22, 26, 28, 31, 409, 412, **432 ss**, 497, 596
- De réplique inconditionnel 1102, **1131 ss**, 1301 ss, 1312

- Français 37, 205, 211, 356, 428, **546 ss**, 556, 561, 1378

E

Égalité des armes 21, 30, **424 ss**, 558, 1042, **1300 ss**, 1361 s. 1368, 1372, 1397 s.

Employé·e 133 s., 459, **983 ss**, 1073

Exercice des droits civils 49, 118, 173 ss, 180, 318, 457, **639 ss**, 659 ss, 666, 672, 701, 707 ss, 779 s., 800, 860, 879 s., 1016, 1369

Expert·e 589 ss

F

Formalisme excessif 307, 373, 1150, 1171, 1173, 1193 s., **1322 ss**, 1356 s., 1372, 1397, 1399

Forme de l'acte 1176 ss

Frais *voir* Dépens *et* Frais judiciaires

Frais judiciaires 214, 392, 1211 ss, 1239

France *voir* Droit français

G

Gérant·e d'immeuble 133 s., 459, 913, 917, **983 ss**

H

Historique

- Agent·e d'affaires et agent·e juridique breveté·e *voir* Agent·e

- d'affaires et agent·e juridique breveté·e - Historique
 - Assistance 205
 - Avocat·e *voir* Avocat·e – Historique
 - Capacité de postuler 683
 - Maxime inquisitoire sociale 1069
 - Représentant·e professionnel·le au sens de l'art. 27 LP *voir* Représentant·e professionnel·le au sens de l'art. 27 LP
 - Représentation **78 ss**, 451, 842, 1375 ss
- I**
- Imputation **360 ss**, 973, 1030, 1032, 1089 s., 1125, 1127, 1142, 1172 s., 1196, 1251, 1261, 1265 ss, 1294, 1395
- Indication erronée des voies de droit **1105 ss**, 1174 s., 1201, 1262, 1281 s., 1284 ss, 1296 s., 1324 ss, 1359, 1403
- J**
- Jouissance des droits civils 49, **607 ss**, 621, 627, 657
- Juridictions spécialisées en droit du bail et du travail 41, 72 s., 891, 894, **896 ss**, 911, 916, 1402
- M**
- Mandat *voir* Contrat de mandat
- Mandataire professionnellement qualifié·e
- Bases légales 72 s.
 - Cantons concernés 893 ss
 - Conditions pour représenter 911 ss
 - Domaine de compétence 896 ss
 - Garanties 921
 - Intervention du tribunal 1073, 1080, 1367
 - Juridictions spécialisées *voir* Juridictions spécialisées en droit du bail et du travail
 - LMI 60
 - Personne physique *voir* Représentation – Par une personne physique
- Maxime
- Des débats 1040 s., 1051 s. 1093, 1125, 1352
 - Inquisitoire pure ou illimitée **1081 ss**, 1125, 1168, 1355, 1357
 - Inquisitoire sociale 561, **1063 ss**, 1086, 1094, 1125, 1168, 1355, 1357, 1378
- O**
- Obligation de représentation *voir* Représentation – Obligatoire
- P**
- Pacte ONU II 23, 370, **402 ss**
- Parteiprozess* **538 ss**, 685
- Participant·e·s à la procédure 581 ss

- Partie
- Capacité *voir* Capacité d'être partie
 - Notion 570 s.
 - Types 572 ss
- Partage des compétences 33 ss, 40 s.
- Personne de confiance 190, 460 s., 511, 750 s., 767, **774 ss**
- Pouvoirs de représentation *voir* Procuration
- Procédure
- De conciliation *voir* Conciliation
 - Ordinaire 194, 490, 785, 852, 907, 1072
 - Simplifiée 852 s., 907, 1051, 1065, 1097
 - Sommaire 48, 118, 708, 795, 841, 847, 852 s., 856, 876 ss, 904, 907, 1065, 1117, 1148, 1369
 - Suspension 669, 671, 731
- Procuration
- Bonne foi 331 ss
 - Étendue 51, 188, 202, 270, **298 ss**, 332
 - Extinction 51, 270, **308 ss**, 342, 380
 - Octroi 52, 129 s., 163, 166, 169, 186, 199 ss, 218, 249, 270, 273, **276 ss**, 323 s., 333 ss, 345 s., 399, 509, 692, 703, 970, 1020 s.
- Preuve 287 ss
- Sous-procuration 294 ss, 584 s., 970
- Prozessstandschaft* 154 ss, **245 ss**, 571, 580, 674
- R**
- Ratification 166, **320 ss**, 399, 346, 660, 668, 692
- Rechtsagent-in* *voir* Agent·e d'affaires et agent·e juridique breveté·e
- Représentation
- Active **144 s.**, 381, 521, 527
 - Commerciale 134, **184 ss**, 267, 457, 984, 1401
 - De l'enfant **230 ss**, 599 ss, 663
 - Devant le Tribunal fédéral 43, 45, 113 ss, 229, 777, 793, 796 s., 857, 878, 910, 934, 952
 - Devant le Tribunal fédéral des brevets 58, 777, 793, 798, 857, 878, 910, 931, 952
 - Directe **147 s.**, 586
 - Indirecte **147 ss**, 159 ss
 - Légale 168, **173 ss**, 457, 660 ss, 668 ss
 - Obligatoire 20, 162, 366 ss, 417, 422 s., 448 ss, **499 ss**, 537 ss, 550 ss, 803, 1375 ss

- Non professionnelle 702, **746 ss**, 774 ss, 1000
- Par une personne physique 698 ss
- Par une personne morale **698 ss**, 751, 1073
- Passive **144 ss**, 297, 302, 377 ss, 516 ss
- Statutaire 179 ss
- Volontaire 51, 129, 138 ss, 163, **165 ss**, 187 s., 249, 1017, 1266, 1385

Représentant·e

- Commercial·e *voir* Représentation – Commerciale
- Légal·e *voir* Représentation – Légale
- Notion 677 s.

Représentant·e professionnel·le au sens de l'art. 27 LP

- Cantons concernés 875
- Conditions pour représenter 879 ss

- Domaine de compétences 876 s.
- Garanties 882 ss
- Historique 118, 841 ss
- Personne physique *voir* Représentation – Par une personne physique

Responsabilité contractuelle 836, 1048, 1119 ss, 1218 s., **1227 ss**, 1259, 1268 ss, 1278 ss, 1298, 1348, 1353 ss, 1371 s.

S

Sachwalter voir Agent·e d'affaires et agent·e juridique breveté·e

Secret professionnel 732, 821 ss, 863, 865, 923, 940, 978

Stagiaire *voir* Avocat·e-stagiaire

Sous-procuration *voir* Procuration – Sous-procuration

T

Témoin **587 s.**, 593 s.

Tiers 143, 171, 357 s., **1005 ss**, 1386 s., 1392

Cet ouvrage expose les règles essentielles relatives à la représentation en procédure civile suisse et se divise en trois parties. La première partie porte sur les fondements de ce concept, et traite notamment de la définition de la représentation conventionnelle, des conditions lui permettant de produire ses effets et du principe de représentation facultative. La deuxième partie

identifie qui peut être représenté-e, représentant-e et tiers dans le rapport de représentation. Enfin, la troisième et dernière partie présente, analyse et pose un regard critique sur les situations dans lesquelles une partie sans connaissances juridiques et agissant seule dans un procès civil est mieux traitée qu'une partie représentée professionnellement.

