

Rechtslehre Doctrine Dottrina

Les parties et leur capacité (d'être partie, d'ester et de postuler) en procédure civile suisse: clarifications terminologiques et dogmatiques

FRANÇOIS BOHNET

Mots clés: Partie, capacité d'être partie, capacité d'ester en justice, capacité de postuler, capacité de revendiquer, capacité de procéder, défense obligatoire, qualité pour agir

Stichworte: Partei, Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Postulationsfähigkeit, Fähigkeit, die Prozessfähigkeit zu beanspruchen, Anwaltszwang, Aktivlegitimation

Parole chiave: parte, capacità di essere parte, capacità processuale, capacità di postulare, capacità di rivendicare, capacità di procedere, difesa obbligatoria, legittimazione attiva

Résumé

La notion de partie est centrale en procédure civile. Le CPC ne la définit pourtant pas, probablement parce qu'elle est considérée comme une évidence: est partie, celui qui affirme en son nom personnel un droit en justice. Le code consacre en revanche une disposition à la capacité d'être partie (art. 66 CPC) et une autre à la capacité d'ester en justice (art. 67 CPC), bien qu'elles découlent du droit matériel, puisqu'elles sont inséparables des notions de jouissance des droits civils et d'exercice des droits civils. La capacité de postuler, qui, elle, relève de la procédure, n'est traitée qu'indirectement par les art. 68 et 69 CPC. Alors que la capacité d'ester est la capacité de conduire personnellement le procès, de décider de la marche de la procédure, la capacité de postuler est en revanche de nature purement technique: elle détermine qui peut, sur le plan formel, accomplir les actes de procédure. Il convient de bien distinguer ces diverses notions, parfois source de confusion dans la jurisprudence et la doctrine.

Zusammenfassung

Obwohl der Parteibegriff für den Zivilprozess von zentraler Bedeutung ist, enthält die ZPO keine entsprechende Definition. Dies mag daran liegen, dass diese als selbstverständlich vorausgesetzt wird: Partei ist, wer im eigenen Namen vor Gericht Rechte behauptet. Das Gesetz widmet allerdings der Parteifähigkeit (Art. 66 ZPO) und der Prozessfähigkeit (Art. 67 ZPO) je eine eigene Bestimmung, obwohl sich beide aus dem materiellen Recht ergeben, da sie mit den Begriffen der Rechtsfähigkeit

und der Handlungsfähigkeit untrennbar verbunden sind. Die Postulationsfähigkeit, die sich auf das Verfahren bezieht, wird dagegen nur mittelbar in den Art. 68 und 69 ZPO behandelt. Während die Prozessfähigkeit die Fähigkeit bezeichnet, den Prozess selbst zu führen und auf seinen Verlauf einzuwirken, ist die Postulationsfähigkeit ganz technischer Natur: sie bestimmt, wer formell zur Vornahme von Prozesshandlungen befugt ist. Entsprechend sind die beiden Begriffe, die zuweilen in Lehre und Rechtsprechung für Verwirrung sorgen, scharf zu unterscheiden.

Riassunto

La nozione di parte è centrale in procedura civile. Il CPC però non la definisce, probabilmente perché è considerata un'evidenza: è parte chi afferma in nome proprio un diritto in giustizia. Il codice consacra invece una disposizione alla capacità di essere parte (art. 66 CPC) e un'altra alla capacità processuale (art. 67 CPC), anche se derivano dal diritto materiale, poiché sono inseparabili dalle nozioni di godimento dei diritti civili e di esercizio dei diritti civili. La capacità di postulare, che è invece un concetto procedurale, è trattata solo indirettamente dagli art. 68 e 69 CPC: se la capacità processuale è la capacità di condurre personalmente il processo, di decidere l'andamento della procedura; la capacità di postulare è per contro di natura puramente tecnica: essa determina chi può, sul piano formale, compiere gli atti di procedura. Queste nozioni vanno ben distinte anche perché sono a volte fonte di confusione in dottrina e giurisprudenza.

Table des matières

- I. Introduction
- II. Les parties (*Parteien*)
 - A. Origine de la notion
 - B. Parties au sens matériel et formel
 - C. Le CPC
 - 1. Texte
 - 2. Analyse
- III. La capacité d'être partie et la capacité d'ester (*Partei- und Prozessfähigkeit*)
 - A. Origine des notions
 - B. La jurisprudence et la doctrine
 - C. Le CPC
- IV. La capacité de postuler (*Postulationsfähigkeit*)
 - A. Origine de la notion
 - B. La jurisprudence et la doctrine
 - C. Le CPC
- V. Conclusion

I. Introduction

Le procès civil a pour éléments essentiels deux parties qui s'opposent et un objet, à savoir le prononcé requis sur la base d'un certain état de fait. Il a pour tâche primaire la résolution d'un litige (*Rechtsstreit*) et non la fixation d'un droit de manière

abstraite, qui relève du législateur. Les notions de partie et d'objet du litige sont au cœur de toute affaire civile contentieuse (*streitige Zivilsache*; art. 1 let. a CPC). On dit d'ailleurs d'un procès qu'il est «sans objet», qu'il soit privé de celui-ci ou de l'une ou l'autre des parties.

Pour que le tribunal entre en matière, la demande doit être formée par une personne disposant de certaines capacités, à l'encontre d'une personne disposant elle aussi desdites capacités. Mais encore faut-il déterminer en quoi elles consistent et sur quoi elles se fondent. Ces capacités doivent par ailleurs être distinguées de la qualité pour agir, qui n'est pas un attribut lié à la personne, mais qui dépend d'un lien de la personne avec l'objet du litige.

Le Code de procédure civile du 19 décembre 2008 emploie diverses expressions relatives aux capacités des parties et donne quelques réponses aux questions qu'elles suscitent. La jurisprudence, antérieure et postérieure à l'entrée en vigueur du CPC le 1^{er} janvier 2011, en fournit d'autres, mais sème aussi le trouble au vu des expressions parfois utilisées et certains concepts qu'elle véhicule.

Le but de la présente contribution est de faire le point sur les diverses expressions et conceptions des capacités requises des parties en procédure civile suisse. Nous examinerons successivement les notions de parties, de capacité d'être partie, de capacité d'ester et de capacité de postuler, en les distinguant également de la qualité pour agir.

II. Les parties (*Parteien*)

A. Origine de la notion

La notion de partie est ancienne. Issue du droit de procédure, elle a marqué son emprise sur le droit des obligations: ne parle-t-on pas de parties à un acte juridique comme l'on parle de parties à un procès¹? Les parties (*partes*², *litigantes*, *streitenden Theile*) au procès sont en droit romain l'*actor* et le *reus*³, passés en droit commun sous les vocables *acteur* et *rée*⁴, puis demandeur (*Kläger*) et défendeur (*Beklagte*)⁵.

1 ANDREAS VON TUHR, *Partie générale du Code fédéral des Obligations*, traduit par MAURICE DE TORRENTÉ et EMILE THILO, vol. I, Lausanne 1929, § 20 I, p. 121.

2 Voir les *Petri exceptiones legum romanorum*, Liber IV, cap. 7, reproduit in FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, traduit par Charles Guenoux, Paris 1830, vol. 2, p. 394. Ce recueil de droit romain date probablement du milieu du XI^e siècle ou du début du XII^e siècle.

3 *Petri exceptiones*, Liber III, cap. 39, p. 375, Liber IV, cap. 7, p. 393.

4 Voir par exemple en procédure coutumière neuchâteloise, JACQUES-FRANÇOIS BOYVE, *Examen d'un candidat pour la charge de justicier: par demandes et réponses familières sur les matières de la pratique judiciaire de la principauté de Neuchâtel et Valangin*, Neuchâtel 1757, chapitre XXI, p. 93; SAMUEL OSTERVALD, *Les loix, us et coutumes de la souveraineté de Neuchâtel et Valangin*, Neuchâtel 1785, p. 369. En italien, on parle d'ailleurs d'*attore* et de *convenuto*. C'est la terminologie du CPC.

5 Voir OSTERVALD (n. 4), *op. cit.*, p. 369; ACHILLES RENAUD, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßrechts mit Rücksicht auf die neuern Civilproceßgesetzgebungen*, 2^e éd. Leipzig 1873, § 46, p. 109.

Le procès suppose deux parties qui s'opposent⁶. Elles ne peuvent pas être réunies dans la même personne, par exemple en cas de succession universelle. Le principe est rappelé de manière constante par la doctrine de droit commun (*Gemeinrechtliche Lehren*) qui se réfère aux sources romaines⁷, et par les auteurs modernes⁸. C'est le *Zweiparteienprinzip*.

Si deux parties doivent se faire face, elles peuvent être d'un plus grand nombre d'un côté ou de l'autre⁹: on parle de litisconsorts (*Litisconsorten*¹⁰, *Streitgenossen*). La pluralité de parties ne remet pas en cause le concept même de partie¹¹. Ce sont les conditions et les modalités de son admissibilité qui doivent être examinées. À côté des parties au sens étroit (*Hauptparteien*), la procédure de droit commun connaît des parties accessoires (*Nebenparteien*¹²): intervenant accessoire (*accessorischer Intervenient* ou *Nebenintervenient*), ainsi que dénoncé (*Litisdenuciaten*; tiré de la *litis denunciatio*; *Streitverkündigung*)¹³.

B. Parties au sens matériel et formel

L'approche classique voit dans les parties les sujets du rapport juridique de fond. Le demandeur doit être titulaire du droit invoqué puisque son droit d'agir en découle; le défendeur est le sujet passif de ce droit «sur le pied de guerre»¹⁴. Ces «bonnes parties» au procès sont seules munies de la *legitimatio ad causam*¹⁵ (*Sachlegitimation*).

6 Voir les Petri exceptiones (n. 2), Liber IV, cap. 7, p. 393.

7 OSTERVALD (n. 4), p. 369; RENAUD (n. 5), § 46; CHRISTOPH MARTIN, Vorlesungen über die Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses gehalten auf den Universitäten Göttingen, Heidelberg et Jena, vol. 1, Leipzig 1855, synthèse de son enseignement durant la période 1795–1842, § 33, p. 212 ss. Pour les sources romaines, voir GEORG WILHELM WETZELL, System des ordentlichen Civilprocesses, 3^e éd., Leipzig 1878, § 5, p. 38.

8 ADOLF WACH, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1. [et unique] Band, Leipzig 1885, § 46 IV, p. 532; KONRAD HELLOWIG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Leipzig 1907, vol. 2, § 111 II 2, p. 296; LEO ROSENBERG, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Berlin 1927, § 38 II, p. 98; RICHARD SCHMIDT, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2^e éd., Leipzig 1906, p. 311. En Suisse: HANS MATTI, Zivilprozessrecht, Sonderband aus der «Handelshochschule», Zurich 1939, p. 1060; MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts: nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4^e éd., Berne 1984, p. 60 s.

9 OSTERVALD (n. 4), p. 369; MARTIN (n. 7), § 34 V, p. 221.

10 MARTIN (n. 7), § 34 V, p. 221.

11 WACH (n. 8), § 46, p. 519.

12 RENAUD (n. 5), § 45, p. 109. Cette expression est encore utilisée aux art. 74 et 106 al. 2 CPC, bien que les intervenants demeurent des tiers au procès (*Beteiligung Dritter* selon l'expression du titre 5 des dispositions générales du code).

13 RENAUD (n. 5), § 47, p. 111; MARTIN (n. 7), § 34, qui mentionne encore l'intervention principale. Voir WETZELL (n. 7), § 7, p. 47 ss, pour les sources romaines et de droit commun.

14 Pour des développements, FRANÇOIS BOHNET, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II 200.

15 On l'oppose en droit commun à la *legitimatio ad processum* (le pouvoir de représentation), voir WETZELL (n. 7), § 116, p. 155 s.; KONRAD HELLOWIG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, vol. 1, Leipzig 1903, § 23 III 4, p. 156 n. 46. En Suisse, l'expression est encore utilisée dans l'ATF 22 I 1206, 1217.

La doctrine moderne parlera rétrospectivement¹⁶, pour définir cette approche, de partie au sens matériel¹⁷.

On y oppose la notion formelle de partie, qui s'est imposée dès le début du XX^e siècle, et qui voit dans celle-ci la position de celui qui *affirme* en son nom un droit en justice, peu importe que le droit existe ou non et qu'elle affirme son droit ou celui d'un tiers. C'est en effet le jugement au fond qui dira qui est titulaire du droit affirmé et si celui-ci existe¹⁸. En d'autres termes, celui qui participe au procès aura la position de partie au sens formel, s'il affirme en son nom personnel un droit en justice. S'il n'agit pas en son nom personnel, il aura la position de représentant. S'il n'affirme pas un droit mais soutient une partie, il sera intervenant¹⁹.

C. Le CPC

1. Texte

Le titre 5 du Code de procédure civile suisse, consacré aux «parties et participation de tiers au procès», ne définit pas la notion de partie. Il dit bien qui a la capacité d'être partie (art. 66 CPC) et qui peut représenter les parties (art. 68 CPC), mais sans indiquer ce qu'est une partie. La notion est pourtant très fréquemment employée et constitue avec l'objet du litige l'élément central du procès et de la litispendance, traitée à l'art. 64 al. 1 let. a CPC. Manifestement, le législateur est parti de l'idée qu'il s'agissait d'une notion allant de soi. On pourrait penser que l'on a, là, affaire à un trait caractéristique d'un code qui se veut pragmatique et qui laisse à la jurisprudence et à la doctrine les constructions dogmatiques. A la lecture des codes allemand, français, italien et autrichien, on constate cependant que la notion de partie n'est définie nulle part²⁰, chaque loi s'intéressant davantage aux questions de capacité d'ester, puis de consorité et de tiers intervenant.

2. Analyse

Si l'on privilégie une approche purement factuelle, on peut dire, à la lecture du code, que sont parties, d'une part le demandeur (*Kläger*), d'autre part le défendeur (*Beklagte*). De manière plus élaborée, tout en conservant à la notion sa nature purement

16 Au début du XX^e siècle, «partie au sens formel» avait une autre signification: on visait par là les entités démunies de la jouissance des droits civils mais malgré tout susceptibles d'être parties de par la loi. Voir WACH (n. 8), § 46 II, p. 520 ss; GEORG KLEINFELLER, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts für das akademische Studium*, 3^e éd., Berlin 1925, § 37 II, p. 117; ROSENBERG, § 38 I 1, p. 96.

17 WALTHER J. HABSCHIED, *Droit judiciaire privé suisse*, 2^e éd. Genève 1981, p. 174 s., *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2^e éd., Bâle 1990, p. 145; JOHANN BRAUN, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Tübingen 2014, § 22 I 2, p. 332 s.

18 HABSCHIED (*Droit judiciaire*, n. 17), p. 174 s.; HABSCHIED (*Zivilprozessrecht*, n. 17), p. 145; BRAUN (n. 17), § 22 I 3, p. 333 s.

19 Comp. WACH (n. 8), § 54 III, p. 614.

20 C'est aussi le constat général de HABSCHIED (*Droit judiciaire*, n. 17), p. 174. Pour la France, voir SORAYA AMRANI MEKKI/YVES STRICKLER, *Procédure civile*, Paris 2014, p. 329. Le premier Code de procédure civile bernois, de 1821, définissait expressément les parties à son art. 18.

formelle, il convient de retenir que *sont parties, d'une part celui qui affirme en son propre nom un droit en justice, d'autre part celui contre lequel cette affirmation est dirigée*. Cette définition n'est pas éloignée de celle peu à peu élaborée par la doctrine allemande²¹ pour aboutir à la synthèse de ROSENBERG en 1927: «*Parteien im Zivilprozess sind diejenigen Personen, von welchen und gegen welche im eigenen Namen die staatliche Rechtsschutzhandlung (...) begehrt wird*»²². Les auteurs suisses récents ne donnent que rarement une définition²³. GULDENER²⁴ reprend presque mot à mot la définition de ROSENBERG. MATTI s'en inspirait fortement²⁵. On retrouve les mêmes éléments chez KUMMER²⁶ et chez HABSCHIED²⁷.

Savoir si une partie existe, a la capacité d'être partie et la qualité pour agir sont des questions qui se posent dans un second temps. De plus, la notion de partie est clairement indépendante de la titularité d'un droit (titularité matérielle). La partie affirme un droit, le juge tranche. C'est la fonction même du procès (art. 1 let. a; 236 CPC).

Les parties «*affirmant en leur propre nom un droit en justice*» se distinguent de leurs représentants légaux et conventionnels ainsi que, pour la personne morale, des organes, par lesquels elles expriment leur volonté. La définition proposée permet également de les distinguer des intervenants accessoires, qui n'affirment pas un droit mais soutiennent une partie.

La notion de partie n'est pas sans incidence pratique et théorique, en particulier en matière de litispendance²⁸ et d'autorité de la chose jugée. Dans un arrêt 4A_590/2016 du 26 janvier 2017, le Tribunal fédéral a retenu qu'un défendeur qui avait invoqué la cession avant procès de la créance objet de celui-ci à la mandataire du demandeur adoptait un comportement contradictoire en soutenant dans le procès ensuite intenté à son encontre par la mandataire que cette cession serait nulle. Le Tribunal fédéral se place sur le terrain de l'abus de droit; un tel comportement ne mérite aucune protection juridique. Certes l'autorité de la chose jugée ne pouvait

21 RENAUD (n. 5), § 45, p. 109; WACH (n. 8), § 46 I, p. 518; HELLWIG (n. 8), § 111 II 1, p. 298; SCHMIDT (n. 8), p. 313: «*Parteien sind alle, für und gegen welche die Wirkungen eines Urteils oder einer Vollstreckung wegen eines beliebigen Anspruchs erbeten werden*».

22 ROSENBERG (n. 8), § 38 I, p. 96.

23 Ils débent immédiatement par l'examen des capacités d'être partie et d'ester en justice. C'est le cas de l'ensemble des commentateurs. Voir aussi KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, *Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts*, 9^e éd., Berne 2010, § 19–20, p. 65 s.; THOMAS SUTTER-SOMM, *Schweizerisches Zivilprozessrechts*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 53 ss. Voir en revanche FRANÇOIS BOHNET, *Procédure civile*, 2^e éd., Neuchâtel 2014, p. 120; FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, vol. 1: Introduction et théorie générale, 2^e éd. Berne 2016, N 844, p. 147.

24 MAX GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich 1979, p. 124. Il est lui-même repris par HANS ULRICH WALDER-RICHLI/BEATRICE GROB-ANDERMACHER, *Zivilprozessrecht*, 5^e éd., Zurich 2009, p. 141.

25 MATTI (n. 8), p. 1060.

26 KUMMER (n. 8), p. 60 s.

27 HABSCHIED (*Droit judiciaire*, n. 17), p. 174.

28 Voir par exemple ATF 105 II 229 consid. 1b: le fait que dans la première procédure il y ait des consorts simples à côté du défendeur n'a pas d'incidence en matière d'identité de partie.

pas être invoquée, faute d'identité des parties²⁹, mais l'abus de droit trouve lui-même sa raison d'être dans la confiance ou l'attente que fait naître le comportement d'une personne chez l'autre³⁰. Or il s'agit en procédure de la partie adverse. Le second procès ayant été intenté par une autre partie, l'application du principe de la bonne foi posait problème sous cet angle. En d'autres termes, le Tribunal fédéral n'a pas, dans cette affaire, procédé à une analyse de la notion de partie.

III. La capacité d'être partie et la capacité d'ester (*Partei- und Prozessfähigkeit*)

A. Origine des notions

En droit commun, on connaissait la notion de «*legitima persona standi in judicio*», dont les auteurs définissaient les contours de manière large et qui correspondait plus ou moins à la capacité d'ester en justice, mais qui comprenait aussi des références à la capacité d'être partie³¹. Cette expression ancienne est encore mentionnée chez certains auteurs contemporains comme synonyme de capacité d'ester en justice³². On la retrouve dans la législation allemande et italienne³³.

Depuis WACH, ces deux notions sont clairement distinguées et analysées séparément³⁴. La capacité d'être partie est déduite de la jouissance des droits civils: «*Sie ist die privatrechtliche Rechtssubjectivität, actives oder passives Subjekt civiler Rechtsverhältnisse zu sein*». La capacité d'ester résulte de l'exercice des droits civils. Selon WACH, elle comprend la possibilité de représenter un tiers en justice³⁵. WACH résout par ailleurs une question non discutée jusqu'alors: la capacité d'être partie est une condition de recevabilité dont le défaut aboutit à l'irrecevabilité³⁶. Le Code de procédure civile allemand du 30 janvier 1877 ne comprenait qu'une

29 Voir LORENZ DROESE, note à cet arrêt in RSPC 2017, p. 207.

30 Voir CATALINA CONSTANTINA, note à cet arrêt in RSPC 2017, p. 206.

31 Voir par exemple, MARTIN (n. 7), § 35, p. 229, et Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, 13^e éd., Leipzig et Heidelberg 1862, § 35, p. 67, qui mentionne la «*Befugnis zu gerichtlicher Rechtsverfolgung überhaupt (legitima persona standi in judicio)*» et la «*Befugnis zu gerichtlicher Verfolgung des streitigen Gegenstandes insbesondere (Legitimation zur Sache)*», et encore peu avant WACH, REAUD (n. 5), § 49 p. 117, dont l'introduction sur ces thèmes est très parlante: «*Die Fähigkeit Partei zu sein (Gerichtsfähigkeit, Fähigkeit zur Processführung, legitima persona standi in judicio) kommt nach heutigem gemeinem Rechte jedem Rechtssubjekte zu – doch ist nicht jede Person zur selbständigen Prozessführung befähigt (Prozessfähig)*». Pour des sources détaillées en droit commun, voir WETZEL (n. 7), § 12, p. 91 ss.

32 En Suisse, voir BK-BUCHER, art. 12 CC N 26 ss, qui la reprend de WACH (n. 8), § 47 I 1, p. 532. Voir désormais BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 12 CC N 22 ss.

33 Le CPC italien parle à son art. 75 de «*Capacità processuale*» et débute par les mots suivants: «*Sono capaci di stare in giudizio*», pour développer ensuite des éléments qui relèvent de la capacité d'ester et d'être partie. Le § 51 al. 1 du ZPO allemand parle, sous le titre «*Prozessfähigkeit*», de «*Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen*».

34 WACH (n. 8), § 46, p. 519 ss, § 47, p. 532 ss. Voir ensuite HELLWIG (n. 8), § 114 I 2, p. 314 s.; SCHMIDT (n. 8), § 50 II, p. 316 ss, § 50 III, p. 318 ss; ROSENBERG (n. 8), § 41, p. 104 ss., § 42, p. 109 ss.

35 WACH (n. 8), § 47, p. 533.

36 WACH (n. 8), § 46 I 2, p. 519.

définition de la capacité d'ester en justice (§ 50). A l'occasion de l'adoption du BGB, un § 49a (aujourd'hui, § 50) a été ajouté le 17 mai 1898, dont l'alinéa 1 dispose que «*Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist*».

B. La jurisprudence et la doctrine

Le Tribunal fédéral a posé le principe dans un arrêt du 27 décembre 1916³⁷: la capacité d'ester (*Prozessfähigkeit*) est une composante de l'exercice des droits civils (*Handlungsfähigkeit*), tout comme la capacité d'être partie (*Parteifähigkeit*) fait partie de la jouissance des droits civils (*Rechtsfähigkeit*), si bien que les cantons doivent admettre la capacité d'ester de toute personne ayant l'exercice des droits civils, et la dénier à toute personne n'en disposant pas. Le Tribunal fédéral ne se réfère à aucun ouvrage de doctrine. Il reprend manifestement la solution du ZPO allemand dans sa teneur au 17 mai 1898, mentionné au paragraphe qui précède. A l'époque, c'est essentiellement HELLWIG et WACH qui étaient pris comme référence par le Tribunal fédéral³⁸, et comme mentionné ci-dessus, tous deux enseignaient que la capacité d'être partie et d'ester font partie de la jouissance et de l'exercice des droits civils.

La définition classique de la *Prozessfähigkeit* citée par WACH, «*[d]ie Fähigkeit einer Partei einen Prozess selbst oder durch von ihr bestellte Vertreter zu führen*»³⁹, se retrouve chez presque tous les auteurs suisses⁴⁰ et chez le Tribunal fédéral⁴¹.

La capacité d'être partie et la capacité d'ester sont des *attributs de la personne*⁴² et dépendent du droit matériel. Le Tribunal fédéral a encore confirmé ces principes dans l'ATF 142 III 782 consid. 3.1.2⁴³. Si elles font défaut, la demande est irrecevable⁴⁴.

Comme la capacité d'ester suppose la qualité d'être partie, il arrive que la jurisprudence concentre son attention sur la capacité d'ester, alors que la question se posant était en premier lieu celle de la capacité d'être partie⁴⁵.

37 ATF 42 II 553 consid. 1, qui cite un arrêt précédent: ATF 39 II 430. Voir aussi ATF 77 II 7 consid. 1: «*Die Prozessfähigkeit ist die Handlungsfähigkeit auf dem Gebiete der Prozessführung*».

38 Voir par exemple ATF 46 II 411.

39 WACH (n. 8), § 47, p. 533.

40 BK-BUCHER, art. 12 CC N 23; BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, art. 12 CC N 22; KuKo ZPO-DOMEJ, art. 67 N 1; GULDENER (n. 24), p. 127; HOHL (n. 23), N 733, p. 132; NICOLAS JEANDIN/AUDE PEYROT, Précis de procédure civile, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 64 N 170; KUMMER (n. 8), p. 63; KomZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 1; BK ZPO-STERCHI art. 67 N 1; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 1; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (n. 23), § 19 N 18, p. 67. MATTI (n. 8), p. 1061, reprend, sans le citer, le texte du § 48a ZPO all. et des définitions manifestement tirées de ROSENBERG (n. 8), § 41 et 42.

41 TF 5A_81/2015 du 28 mai 2015, consid. 4, et les réf.; TF 2C_736/2010 du 23 février 2012, consid. 1.2.

42 Voir HELLWIG (n. 8), § 115 I, p. 317; ROSENBERG (n. 8), § 44 I 1, p. 115; aujourd'hui: Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17^e éd., Munich 2010, § 46 I 1, p. 227.

43 Voir également ATF 129 III 55 consid. 3.1.2.

44 ATF 116 II 385, JdT 1993 I, p. 611, consid. 4; TF 5A_81/2015 du 28 mai 2015, consid. 4, et les réf.

45 Voir par exemple ATF 127 V 29 consid. 2.

Une difficulté particulière survient lorsqu'une entité n'a la capacité d'être partie que pour certaines prétentions spécifiques. Dans ce cas, il faut déterminer si la prétention affirmée entre bien dans celles pour lesquelles la capacité d'être partie est donnée. C'est en particulier le cas pour la communauté des copropriétaires par étages (art. 712l CC), qui n'a la capacité d'être partie que dans le cadre de ses attributions patrimoniales⁴⁶.

C. Le CPC

Le CPC comprend une disposition consacrée à la capacité d'être partie (art. 66 CPC) et une disposition sur la capacité d'ester (art. 67 CPC). L'art. 66 CPC, très proche du § 50 Abs. 1 ZPO allemand, opère par un simple renvoi au droit matériel: «*La capacité d'être partie est subordonnée soit à la jouissance des droits civils, soit à la qualité de partie en vertu du droit fédéral*». Il en va de même de l'art. 67 al. 1 CPC, au terme duquel «*L'exercice des droits civils confère la capacité d'ester en justice*». L'alinéa 2 est également purement descriptif puisqu'il rappelle que celui qui n'a pas l'exercice des droits civils agit par l'intermédiaire de son représentant légal (art. 19 al. 1 CC). L'alinéa 3 lettre a rappelle lui aussi les règles du droit civil, à savoir que la personne qui n'a pas l'exercice des droits civils mais qui est capable de discernement peut exercer ses droits strictement personnels de manière indépendante (art. 19c al. 1 CC).

Seul l'alinéa 3 lettre b a une véritable substance: il autorise une telle personne à accomplir provisoirement les actes nécessaires s'il y a péril en la demeure. Sous cette réserve, les art. 66 et 67 CPC n'ont donc pas de portée propre et il aurait dès lors suffi – ce d'autant que le législateur a fait le choix de la concision – de ne traiter que des conséquences du défaut de capacité d'être partie et d'ester, à savoir l'irrecevabilité de la demande compte tenu du fait qu'il s'agit de conditions de recevabilité (art. 59 al. 1 let. c CPC).

En bref, la capacité d'être partie, qui découle du droit matériel, est la capacité de prendre part au procès comme partie et d'être le sujet des droits et obligations activés par lien d'instance (*Prozessrechtsverhältnis*). La capacité d'ester, également issue du droit matériel, est la capacité de conduire personnellement le procès.

IV. La capacité de postuler (*Postulationsfähigkeit*)

A. Origine de la notion

La doctrine de droit commun du XIX^e siècle relevait qu'il ne fallait pas confondre la notion de «*legitima persona standi in judicio*» avec le «*ius postulandi*» (capacité de postuler ou de revendiquer)⁴⁷. MARTIN les distinguait déjà dans ses leçons⁴⁸. Il précisait que la capacité de postuler ne dépend pas de la capacité d'ester, donnant

46 ATF 114 II 239, JdT 1989 I, p. 162, consid. 3; 119 II 404, JdT 1995 I, p. 180, consid. 6; 125 II 348 consid. 2; 142 III 551 consid. 2.2; TF 4A_242/2016 du 5 octobre 2016, consid. 5.

47 RENAUD (n. 5), § 49, p. 117 note 3.

48 MARTIN (n. 7), § 35, p. 230, avec des références au digeste.

comme exemple le cas d'un avocat encore mineur, capable de représenter en justice mais non d'ester pour son propre compte. BUCHER⁴⁹ reprend cette approche à son compte, qu'il tire manifestement de WACH⁵⁰, même si en droit moderne, on ne conçoit pas qu'une personne n'ayant pas l'exercice des droits civils puisse avoir la capacité de postuler.

Comme pour la capacité d'être partie et d'ester en justice, WACH est le premier auteur à approfondir la notion et à en tirer les éléments essentiels: «*Die Fähigkeit, prozessualen Handlungen die relevante Erscheinungsform zu geben, die Prozessführung äusserlich zu besorgen, Schriftsätze abzufassen und zu plädieren (die Postulationsfähigkeit) ist nach dem Vorstehenden nicht die Prozessfähigkeit. Sie ist rein technischer Natur*»⁵¹. HELLOWIG⁵² et ROSENBERG⁵³ reprendront l'analyse. En bref, la capacité de postuler est la faculté d'accomplir des actes de procédure en la forme juridique pertinente, capacité réservée par certaines lois de procédure aux avocats (*Anwaltzwang*).

Il faut donc bien distinguer la capacité d'ester, qui est la capacité de conduire personnellement le procès, et donc de prendre «les grandes options», de la capacité de postuler, de nature purement technique, qui porte sur l'accomplissement formel des actes de procédure.

B. La jurisprudence et la doctrine

Il faut apparemment attendre les années 2000 pour que le Tribunal fédéral se penche spécifiquement sur la capacité de postuler. Dans un arrêt du 30 août 2005⁵⁴, il relève, citant BUCHER⁵⁵, que la capacité d'ester en justice ne comprend pas nécessairement la faculté d'accomplir personnellement les actes du procès (*Postulationsfähigkeit*), à savoir sans représentant. Au contraire, la capacité d'ester ne comprend que la faculté de prendre matériellement les décisions de procédure qui s'imposent, à savoir décider de l'introduction de la demande, de disposer de l'objet du litige par désistement, acquiescement ou transaction, de décider de recourir ou d'y renoncer. La capacité d'«accomplir les actes du procès» (selon l'expression utilisée par le Tribunal fédéral dans son résumé) fait défaut lorsqu'une partie est manifestement incapable de procéder convenablement dans sa propre cause. Ainsi, dans le cas où, aux débats, une partie se révèle hors d'état de développer sa réplique à la suite de la demande puis de la réponse, elle est aussi incapable de participer avec discernement à des pourparlers aboutissant à une transaction judiciaire.

49 BK-BUCHER, art. 12 CC N 28. Le passage ne figure plus dans la nouvelle édition de 2017 (BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER).

50 WACH (n. 8), § 53 II.

51 WACH (n. 8), § 53 II.

52 HELLOWIG (n. 8), § 114 I 4, p. 316; § 119, p. 344 s.

53 ROSENBERG (n. 8), § 43, p. 114 s.

54 ATF 132 I 1 consid. 3.

55 BK-BUCHER, art. 12 CC N 26 ss.

Dans un arrêt du 10 avril 2012⁵⁶, le Tribunal fédéral relève que la capacité de postuler constitue une *condition de recevabilité* de la demande, bien qu'elle ne soit pas mentionnée à l'art. 59 CPC: faute de capacité de revendiquer du représentant, le tribunal ou le juge délégué à l'instruction doit fixer un délai à la partie pour qu'elle désigne un représentant satisfaisant aux conditions légales.

Les autres arrêts du Tribunal fédéral traitant de la capacité de postuler concernent la capacité du représentant. Il en va ainsi de l'ATF 140 III 555⁵⁷ qui définit la représentation non professionnelle en justice, qui est libre en procédure civile suisse (art. 69 CPC; *freie Postulation*), et du défaut de capacité de postuler de l'avocat en cas de conflit d'intérêts, traité dans l'ATF 138 II 162 et dans l'ATF 141 IV 257.

La doctrine ne réserve que des développements limités à la notion même de capacité de postuler et à ses origines. Mis à part BUCHER, essentiellement⁵⁸ inspiré par WACH⁵⁹ et HELLWIG⁶⁰, les auteurs se limitent généralement à souligner le fait que capacité d'ester et de postuler vont de pair et à traiter des conséquences de l'absence de capacité de postuler, en citant le cas échéant l'ATF 132 I 1⁶¹.

Certains n'évitent pas les confusions: STERCHI définit de manière presque identique la capacité d'ester, la qualité pour agir et la capacité de postuler⁶². Il en va de même de HRUBESCH-MILLAUER pour la capacité d'ester et la capacité de postuler⁶³. STAEHELIN/SCHWEIZER et HRUBESCH-MILLAUER⁶⁴ mentionnent que la *Postulationsfähigkeit* est aussi appelée *Prozessführungsbefugnis*, alors que ces deux notions sont bien distinctes: la capacité de postuler est une capacité rattachée à la personne et porte sur l'accomplissement formel des actes de procédure, alors que la *Prozessführungsbefugnis* (qualité pour agir, en bon français) est l'expression d'un lien avec l'objet du procès et porte sur la qualité pour affirmer un droit en justice⁶⁵. En d'autres termes, une partie peut avoir la qualité pour agir mais se voir dénier la capacité de postuler, et vice versa.

56 TF 4A_87/2012 du 10 avril 2012, RSPC 2012, p. 306, consid. 3.2.3.

57 JdT 2016 II, p. 386.

58 Il cite aussi le traité de GULDENER (2^e éd.).

59 WACH (n. 8), § 53 II, p. 606.

60 HELLWIG (n. 8), § 119, p. 344 s.

61 Voir par exemple KuKo ZPO-DOMEJ, art. 67 N 1, art. 69 N 1 ss; DIKE ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 21; KUMMER (n. 8), p. 65; KomZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 3 ss; BSK ZPO-TENCHIO, art. 67 N 3, art. 69 N 1; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER (n. 23), p. 151 s. Plus détaillés: GULDENER (n. 24), p. 132 ss; HOHL (n. 23), N 753 ss, p. 134 s, mais qui intègre dans sa définition le trait distinctif de capacité d'ester (conduite personnelle du procès); THOMAS SUTTER-SOMM, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd. Zurich 2017, N 186 ss, p. 56 s., qui l'oppose cependant sans raison à la légitimation.

62 BK ZPO-STERCHI, art. 67 N 1, 20 et 24.

63 DIKE ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 1, 21. Voir aussi JEANDIN/PEYROT (n. 40), p. 64 N 170 et p. 65 N 177.

64 KomZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 67 N 4; DIKE ZPO-HRUBESCH-MILLAUER, art. 67 N 21.

65 Pour des développements: FRANÇOIS BOHNET, *Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft, Sachlegitimation* et qualité pour agir: Plaidoyer pour un réexamen conceptuel et terminologique, RSPC 2017, p. 465.

Quant au Tribunal fédéral, oubliant les leçons de l'ATF 132 I 1, il indique dans un arrêt du 16 décembre 2011⁶⁶ qu'«[e]lle [la capacité d'ester en justice] comprend la capacité de procéder, soit la faculté de mener soi-même le procès ou de désigner soi-même un mandataire qualifié pour le faire», alors qu'il s'agit là de la définition retenue non pas pour la capacité de postuler, mais bien d'ester⁶⁷, puisqu'il convient de distinguer le fait de mener (ou conduire) le procès et le fait d'accomplir formellement les actes de procédure.

En français, on trouve les expressions de capacité de postuler⁶⁸, de revendiquer⁶⁹ ou de procéder⁷⁰. Mais attention, certains utilisent la notion de capacité de procéder comme synonyme de capacité d'ester⁷¹.

C. Le CPC

Alors que le CPC s'intéresse spécifiquement à la capacité d'être partie et d'ester, qui découlent pourtant du droit matériel, la capacité de postuler des parties au procès, notion purement procédurale, ne résulte que d'une lecture *a contrario* des art. 68 et 69 CPC. L'explication réside dans le fait que dans la tradition suisse, toute personne capable d'ester dispose de la faculté d'accomplir formellement elle-même les actes du procès⁷², sans passer par un avocat (absence d'*Anwaltszwang*⁷³). En d'autres termes, la capacité d'ester implique la capacité de postuler, faute de règle contraire dans le code. L'art. 68 al. 1 CPC l'indique implicitement en déclarant que «[t]oute personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès», ce qui signifie donc *a contrario* qu'elle n'est pas contrainte d'avoir un représentant. L'art. 68 CPC s'intéresse donc avant tout à la capacité de postuler du représentant, en distinguant la représentation non professionnelle (al. 1) – qui est entièrement libre –, de la représentation professionnelle (al. 2) – qui connaît des restrictions⁷⁴.

⁶⁶ TF 5A_441/2011 du 16 décembre 2011, consid. 1.2.2.

⁶⁷ Voir TF, arrêt du 14 novembre 2013, 1C_359/2013, consid. 2.1: «La capacité d'ester en justice (Prozessfähigkeit) est la faculté de mener soi-même le procès ou de désigner un mandataire qualifié pour le faire. Elle appartient à toute personne qui a la capacité d'être partie (Parteifähigkeit), c'est-à-dire à toute personne qui a la faculté de figurer en son propre nom comme partie dans un procès (cf. arrêt 2C_303/2010 du 24 octobre 2011, consid. 2.3)».

⁶⁸ Parmi d'autres, concernant la capacité de postuler de l'avocat: ATF 138 II 162; 141 IV 257; JEANDIN/PEYROT (n. 40), p. 65 N 177.

⁶⁹ TF 4A_87/2012, du 10 avril 2012, RSPC 2012, p. 306, consid. 3.2.3; BOHNET, Les défenses en procédure civile suisse (n. 14), p. 28, ainsi que Procédure civile (n. 23), p. 260 et CPC-BOHNET, art. 59 N 82; HABSCHEID (Droit judiciaire, n. 17), p. 185; JEANDIN/PEYROT (n. 40), p. 65 N 177.

⁷⁰ TF, arrêt 5A_441/2011 du 16 décembre 2011, consid. 1.2.2; HOHL (n. 23), N 753, p. 134.

⁷¹ C'est le cas de JEANDIN/PEYROT (n. 40), p. 64 N 170.

⁷² Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000 4091: «Selon une tradition bien établie en Suisse, toute partie peut conduire seule un procès (à prendre dans le sens: accomplir formellement les actes) jusqu'au Tribunal fédéral».

⁷³ Comme le relevait déjà WACH (n. 8), § 53 V 1, p. 608, l'expression est inadaptée: il n'y a pas, dans les systèmes qui la connaissent, à proprement parler de contrainte de désigner un avocat, mais inefficacité des actes accomplis sans son intervention.

⁷⁴ Sur ce thème, voir FRANÇOIS BOHNET/MICHAEL ECKLIN, La représentation en procédure civile suisse, RDS 2018, à paraître.

L'art. 69 CPC traite des cas d'exception dans lesquels une personne capable d'ester est «incapable de procéder» («*Unvermögen der Partei*»), formule par laquelle il faut comprendre qu'elle ne dispose pas de la capacité de postuler au sens développé ci-dessus. Dans un tel cas, il existe un *Anwaltszwang* au sens propre: «*Si 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*» (al. 1). Dans un tel cas, les actes formels du procès sont accomplis par le représentant, mais les choix fondamentaux demeurent le fait de la partie. Faute d'instruction ou d'instructions compréhensibles ou sensées, c'est la question de la capacité d'ester de la partie qui se pose alors (comp. al. 2).

V. Conclusion

Le procès suppose une partie qui affirme un droit en justice à l'encontre d'une autre, qui le conteste. La notion de partie est donc centrale en procédure civile. Le CPC ne la définit pourtant pas, probablement parce qu'elle est considérée comme une évidence: est partie, celui qui affirme en son nom personnel un droit en justice. Ce même code consacre en revanche une disposition à la capacité d'être partie (art. 66 CPC) et une autre à la capacité d'ester en justice (art. 67 CPC), bien qu'elles découlent du droit matériel, puisqu'elles sont inséparables des notions, respectivement, de jouissance des droits civils et d'exercice des droits civils. Il est essentiel de bien distinguer la capacité d'ester en justice de la capacité de postuler, qui, elle, relève de la procédure. Alors que la capacité d'ester est la capacité de conduire personnellement le procès, de décider de la marche de la procédure, la capacité de postuler est en revanche de nature purement technique: elle détermine qui peut, sur le plan formel, accomplir les actes de procédure. Le CPC ne traite qu'indirectement de la capacité de postuler, et la doctrine suisse est souvent peu précise concernant cette notion. Cela s'explique par le fait que la procédure civile suisse permet en principe aux parties d'agir seules, sans représentant interposé. Ainsi l'art. 68 al. 1 CPC, en indiquant qu'une partie *peut* être représentée, exprime implicitement le fait qu'il ne s'agit que d'une faculté. Quant à l'art. 69 CPC, il traite le cas d'exception d'une partie ayant la faculté d'ester, mais qui ne dispose pas, au vu de son attitude dans le procès, de la faculté d'accomplir formellement les actes de procédure. L'alinéa 2 de cette disposition fait le lien avec la capacité d'ester et le droit matériel, en évoquant d'éventuelles mesures de protection.

Les définitions à retenir sont donc les suivantes:

Partie: est partie, d'une part celui qui affirme en son propre nom un droit en justice, d'autre part celui contre lequel cette affirmation est dirigée.

Capacité d'être partie: capacité de prendre part au procès comme partie et d'être le sujet des droits et obligations activés par lien d'instance.

Capacité d'ester: capacité de conduire personnellement le procès, de décider de la marche de la procédure.

Capacité de postuler: capacité d'accomplir, sur le plan formel, les actes de procédure.