

# La représentation en procédure civile suisse

FRANÇOIS BOHNET\*/MICHAEL ECKLIN\*\*

Mots-clés: Procédure civile; représentation conventionnelle; avocats; agents d'affaires et agents juridiques brevetés; représentants professionnels; mandataires professionnellement qualifiés; capacité de postuler

## A. Introduction

Les tribunaux civils suisses traitent chaque année un nombre considérable d'affaires. En 2016, le Tribunal fédéral a liquidé 1 733 affaires civiles<sup>1</sup>. Le réservoir cantonal est bien plus important encore. A lui seul, le Tribunal cantonal vaudois a, par exemple, liquidé 2116 affaires de nature civile en 2016, au travers de ses différentes cours compétentes en la matière<sup>2</sup>. La même année, dans le canton de Neuchâtel, les diverses chambres de conciliation ont connu pas moins de 1 077 affaires<sup>3</sup>. Chacune de ces procédures implique des parties qui s'affrontent, un juge qui tente de les concilier et qui, faute d'accord, tranche le litige. Une autre figure complète ce tableau: le représentant en justice, mandaté par la partie que la complexité du procès civil dépasse fréquemment. Si, au moment de dresser le portrait du mandataire, c'est l'avocat qui vient immédiatement à l'esprit, l'art. 68 CPC en donne une image bien plus éclatée, signe de l'originalité de cette disposition. Un examen plus poussé fait ressortir trois caractéristiques de la réglementation suisse entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

Une première sur le plan formel: la lecture de l'art. 68 CPC – seule disposition du Code en la matière – laisse apparaître une *législation particulièrement sommaire* en dépit de l'importance pourtant cardinale de la représentation pour la mise en œuvre quotidienne des droits des justiciables devant les tribunaux.

---

\* Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat.

\*\* Greffier-rédacteur, Avocat, Collaborateur scientifique à l'Université de Neuchâtel.

1 Rapport de gestion 2016 du Tribunal fédéral, p. 16.

2 Rapport annuel de gestion du Tribunal cantonal vaudois (2016), p. 39 à 44.

3 Rapport de la commission administrative des autorités judiciaires et du Conseil de la magistrature – exercice 2016, p. 27–28.

Le caractère succinct de la réglementation fédérale amène naturellement son lot de questions, qu'il appartient à la doctrine de discuter et à la jurisprudence de trancher.

Deux autres sur le plan matériel: au contraire des pays voisins<sup>4</sup>, la Suisse ne connaît pas de défense obligatoire en matière civile<sup>5</sup>. La représentation devant les tribunaux n'est que facultative. Une partie peut toujours accéder à la justice sans mandataire<sup>6</sup>. Cela relève d'une tradition bien établie<sup>7</sup>. Si la représentation n'est pas une obligation, elle est en revanche un droit, consacré de longue date par le Tribunal fédéral<sup>8</sup>. Le caractère souvent complexe du procès civil, tant sur la forme que sur le fond, rend dans bien des cas nécessaire l'intervention d'un professionnel du droit, afin que le justiciable puisse faire valoir ses droits de manière efficace. Si la personne du représentant est en premier lieu, et comme ailleurs, l'avocat<sup>9</sup>, d'autres professionnels sont autorisés par la loi à postuler pour autrui en justice<sup>10</sup>. En outre, de manière assez unique, toute partie peut être représentée à titre non professionnel par une personne de confiance.

La présente contribution s'attache à analyser et à discuter la représentation en matière civile selon le CPC. Après un essai de définition, nous nous pencherons sur le droit à la représentation et ses limites. Viendra ensuite l'examen de la représentation à titre non professionnel, puis enfin celui de la représentation professionnelle et des diverses catégories concernées.

## B. Représentation conventionnelle

L'art. 68 CPC constitue le siège de la matière s'agissant de la représentation conventionnelle dans le procès civil devant les juridictions cantonales, comme l'exprime sa note marginale. Cette disposition est contenue dans le Chapitre 2 (représentation des parties) du Titre 5 de la partie générale du Code, qui traite

---

4 Tant la France (p.ex.: art. 751 CPC fr.), que l'Allemagne (voir art. 78 al. 1 ZPO all.), l'Autriche (voir art. 27 al. 1 ZPO aut.) ou encore l'Italie (voir art. 82 CPC it.) connaissent, sous diverses formes et conditions, la notion de représentation obligatoire en procédure civile.

5 OFK ZPO-MORF, art. 68 N 1; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 1a; KUKO, art. 68 N 1; PETER HESS, Das Anwaltsmonopol: die dem Rechtsanwalt vorbehaltenen Geschäfte in den Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, thèse, Zurich 1957, p. 13.

6 Sous réserve d'une incapacité de procéder (art. 69 CPC).

7 Message LTF, p. 4091.

8 Voir par exemple: ATF 119 Ia 260 cons. 6a; 101 Ia 292 cons. 1d; 100 Ia 8 cons. 3b.

9 L'art. 2 al. 1 LLCA prévoit expressément que: «La présente loi s'applique aux titulaires d'un brevet d'avocat qui pratiquent, dans le cadre d'un monopole, la représentation en justice en Suisse.»

10 A distinguer de la représentation *légitime* qui concerne la représentation d'une personne dépourvue de la capacité d'ester en justice et de la représentation *statutaire* qui est constituée de l'expression de la volonté d'une personne morale ou d'une entité ayant la qualité d'agir sous sa raison sociale par un organe (voir à ce sujet: BOHNET, Procédure civile, N 408 ss).

de manière globale des parties à la procédure ainsi que de la participation de tiers au procès.

L'art. 68 CPC est une norme de procédure civile au sens étroit. Celle-ci a pour objet de réglementer la procédure devant les juridictions civiles<sup>11</sup> en leur permettant ainsi de trancher un litige juridique<sup>12</sup>. Dans un sens plus large, la représentation conventionnelle en justice fait partie des moyens procéduraux à la disposition des particuliers pour la mise en œuvre concrète de leurs droits subjectifs privés<sup>13</sup>.

## I. Définition

La *représentation* est l'action de mettre quelque chose devant les yeux ou devant l'esprit de quelqu'un<sup>14</sup>. En droit, on la définit comme l'institution qui permet à une personne (*le représentant*) de faire des actes juridiques dont les effets se produisent non pas sur lui, mais directement sur une autre personne (*le représenté*)<sup>15</sup>. Cette définition correspond à celle de la représentation de l'art. 32 CO, qui englobe la représentation conventionnelle.

Le terme *conventionnel* vient du latin *con venio* et signifie tomber d'accord. La *conventio*, c'est le *pacte*; la représentation conventionnelle, le fait d'agir à la place de quelqu'un sur la base d'un contrat. Institution de droit privé, la représentation conventionnelle prend une dimension procédurale lorsqu'elle porte sur la représentation en justice. La représentation conventionnelle de l'art. 68 CPC ne peut nécessairement porter que sur la représentation en justice compte tenu du cadre dans lequel elle s'inscrit. Ainsi, l'avocat – ou un autre représentant autorisé – doit effectivement s'efforcer de mettre devant les yeux et l'esprit du juge les arguments factuels et juridiques soutenant les intérêts de la partie représentée, pour et à la demande de celle-ci.

L'art. 68 CPC traite donc de la représentation conventionnelle en justice, qui peut être définie comme le «*fait, pour une personne qui y est autorisée par le droit de procédure applicable, d'agir juridiquement, sur une base contractuelle, pour – à la place ou parallèlement à – une partie au procès, dans le cadre de celui-ci*».

---

11 Voir ATF 140 III 155 cons. 4.3: «Gegenstand des Zivilprozessrechts ist das *Verfahren* vor den Zivilgerichten À.»

12 FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile, 2<sup>ème</sup> édition, Bâle/Neuchâtel 2014, p. 1 N 2.

13 BOHNET (note 12), p. 1 N 4.

14 PETIT ROBERT, édition 2013, p. 2205.

15 PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 5<sup>ème</sup> édition, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 91 N 381; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2<sup>ème</sup> édition, Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 303 N 1022.

## II. «Droit» à la représentation conventionnelle

La partie est le sujet de la procédure<sup>16</sup> civile et non pas son objet<sup>17</sup>. L'art. 29 al. 2 Cst. garantit aux parties le droit d'être entendues. Ce droit, qui figure dans les garanties générales de procédure, assure à toute personne atraite, notamment, à une procédure judiciaire, la possibilité de s'expliquer avant qu'une décision qui la concerne ne soit prise<sup>18</sup>. Il s'agit d'un droit tout à fait général et inconditionnel<sup>19</sup>. La jurisprudence – guidée par le Pacte ONU II et la CEDH<sup>20</sup> – en a déduit plusieurs prétentions, dont celle de se faire représenter<sup>21</sup>. Autrement dit, le droit d'être représenté constitue une composante de celui d'être entendu<sup>22</sup>, notamment dans le cadre du procès civil<sup>23</sup>.

Le droit à l'autodétermination processuelle (*prozessuale Selbstbestimmungsrecht*) confère à la partie le droit de décider librement si elle entend mener la procédure pour et par elle-même, ou si elle souhaite être représentée ou assistée par un tiers dans un but de soutien et d'orientation<sup>24</sup>. L'art. 68 CPC pose d'ailleurs le principe du droit à la représentation pour toute personne capable d'ester en justice. Détient cette capacité la personne qui possède l'exercice des droits civils (art. 67 al. 1 CPC). A défaut, la personne agit par l'intermédiaire de son représentant légal (art. 67 al. 2 CPC). Dans ce cas, il revient à ce dernier de désigner le représentant conventionnel de la partie incapable<sup>25</sup>, si elle le juge nécessaire.

Conformément à la tendance contemporaine, le droit à la représentation conventionnelle ne connaît pas d'exception en procédure civile suisse. Il est ainsi valable pour toutes les étapes du procès dans les affaires civiles portées devant les juridictions cantonales<sup>26</sup>. En outre, le droit à la représentation est indépendant du rôle de la partie, qu'elle soit partie principale ou intervenante, demanderesse ou défenderesse, appelante, recourante ou intimée<sup>27</sup>. On peut en déduire que le droit à la représentation – en sa qualité de composante du droit d'être entendu – doit toujours être garanti, même si la présence ou l'absence d'un représentant n'a pas d'impact sur la procédure. La partie a donc sous cet

16 ATF 132 V 443 cons. 3.3.

17 BSK BV-WALDMANN, art. 29 N 8.

18 ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse – Volume II – Les droits fondamentaux*, 3<sup>e</sup> édition, Berne, 2013, p. 605 N 1317.

19 ATF 105 Ia 288 cons. 2b.

20 BSK BV-WALDMANN, art. 29 N 58.

21 ATF 105 Ia 288 cons. 2b; 119 Ia 260 cons. 6a; 132 V 443 cons. 3.3.

22 PASCAL MAHON, *Droit constitutionnel – Droits fondamentaux*, 3<sup>e</sup> édition, Neuchâtel 2014, p. 302 N 176.

23 Par exemple: ATF 119 Ia 260 cons. 6a: «Der Gehörsanspruch schliesst das Recht ein, sich im Zivilprozess vertreten und verbeiständen zu lassen.»

24 BSK BV-WALDMANN, art. 29 N 58.

25 CPC-BOHNET, art. 68 N 4.

26 CPC-BOHNET, art. 68 N 5.

27 OFK ZPO-MORF, art. 68 N 1.

angle un réel *droit au choix* d'être représentée si elle le désire et en assume les frais. Dans ce cadre, le tribunal ne peut ainsi pas l'en empêcher, sous peine de violer son droit d'être entendu.

### III. «Droit» à la représentation conventionnelle en cas d'indigence

Le droit de désigner un représentant disposant de la capacité de postuler selon le droit de procédure applicable n'implique pas celui d'obtenir un conseil juridique rémunéré par l'Etat. Un droit à la représentation aux frais de l'Etat n'est pas absolu<sup>28</sup>. Cas échéant, les droits du requérant doivent rendre nécessaire une telle représentation (art. 118 al. 1 let. c CPC). La loi pose une présomption de nécessité lorsque la partie adverse est au bénéfice d'une représentation par un avocat. La mention de l'avocat est ici exemplative<sup>29</sup> et la représentation de la partie adverse par un autre mandataire autorisé doit également retenir l'attention du juge, égalité des armes<sup>30</sup> oblige. La question se pose également de savoir si, par commission d'un conseil d'office, l'on entend un avocat. Pas nécessairement, puisque la loi parle expressément d'un conseil juridique et non d'un avocat. Partant, le tribunal peut, sur requête, désigner un autre mandataire au sens de l'art. 68 al. 2 let. b à d CPC<sup>31</sup>. En revanche, le juge ne pourra à notre sens pas refuser la désignation d'un avocat en prétextant qu'un autre conseil pourrait être désigné avec une rémunération plus faible. Les garanties d'indépendance et de secret professionnel justifient de respecter le souhait du requérant à cet égard.

### IV. Représentation conventionnelle «à titre non professionnel»

Selon l'art. 68 al. 1 CPC, toute personne ayant la capacité d'ester en justice peut se faire représenter au procès. Cette disposition reprend fidèlement le principe selon lequel la titularité d'un droit comporte celui de déléguer à un tiers la capacité de le représenter<sup>32</sup>. Le CPC ne pose de conditions quant à la personne du représentant que lorsque la représentation est exercée à titre professionnel. Le choix du représentant est en revanche libre lorsque celui-ci porte sur une personne agissant à titre non professionnel. Une personne dite *de confiance* a, en principe, vocation à représenter une partie devant les tribunaux<sup>33</sup>. Le CPC est

28 ATF 105 Ia 288 cons. 2b; BSK BV-WALDMANN, art. 29 N 59.

29 DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, *Le Code de procédure civile*, 2<sup>e</sup> édition, Berne 2015, p. 109; ZPO-EMMEL, art. 118 N 9.

30 KUKO-JENT-SØRENSEN, art. 118 N 6; BSK ZPO-RÜEGG, art. 118 N 12; ZPO-EMMEL, art. 118 N 9; arrêt du TF du 16.07.2012 [5A\_395/2012] cons. 4.3.

31 CPC-TAPPY, art. 118 N 18; d'un autre avis: BSK ZPO-RÜEGG, art. 118 N 13.

32 CPC Commentario-TREZZINI, art. 68 p. 244.

33 Message CPC, p. 6893; FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, p. 407 N 937; OFK ZPO-MORF, art. 68 N 1.

donc particulièrement libéral sur ce point<sup>34</sup>, puisqu'une personne sans connaissances juridiques peut participer aux diverses étapes du procès et accomplir tous les actes, tant oraux qu'écrits<sup>35</sup>.

### 1. *Personne de confiance*

La notion de personne de confiance est une notion juridique indéterminée qu'il appartient à la jurisprudence de définir. De manière générale, la représentation non professionnelle semble s'effectuer principalement dans un *cadre familial ou amical*<sup>36</sup>.

Afin qu'une personne de confiance soit autorisée à représenter, il est impératif qu'elle effectue cette tâche à *titre gracieux*. Naturellement, toute rémunération tant directe qu'indirecte est exclue. Dès que le représentant touche une forme de rétribution en contrepartie du travail que constitue la représentation conventionnelle, celle-ci doit en principe être qualifiée de professionnelle. Il convient néanmoins de tempérer ce principe. Ainsi, lorsque la rétribution, qu'elle soit fournie en argent, en bien ou par une prestation, ne dépasse pas le cadre de la simple manifestation de gratitude, il ne s'agit pas d'une rémunération et la représentation ne saurait être qualifiée de professionnelle<sup>37</sup>.

Toutefois, l'absence de rémunération ne suffit pas à admettre la nature non professionnelle des services. En effet, le Tribunal fédéral a retenu, de manière restrictive, que le critère de rémunération n'était pas décisif et qu'agissait déjà à titre professionnel un représentant qui, indépendamment de toute rémunération, envisage d'intervenir dans un nombre de cas indéterminés pour la défense de certains intérêts<sup>38</sup>.

Ainsi, à défaut de remplir les conditions de l'une des lettres de l'art. 68 al. 2 CPC, la personne qui est rémunérée ou qui a déjà assumé ou entend assumer des représentations similaires doit se voir nier la capacité de postuler<sup>39</sup>. La représentation par une personne de confiance ne peut donc qu'être *ponctuelle* et *occasionnelle*<sup>40</sup>. Il appartient au juge de déterminer, au cas par cas, si ces conditions sont remplies. Plus deux actes de représentation seront éloignés dans le temps, plus il conviendra de retenir que l'acte à analyser est occasionnel. Ce n'est toutefois pas un critère absolu et le contexte de la représentation (par exemple: sphère familiale ou amicale, lien entre deux causes) doit également être pris en compte par le magistrat avant de nier la capacité de postuler.

---

34 BOHNET (note 12), p. 116 N 414.

35 CPC Commentario-TREZZINI, art. 68 p. 244.

36 Voir HOFMANN/LÜSCHER, (note 29), p. 82.

37 ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 8.

38 ATF 140 III 555 cons. 2.3.

39 Arrêt du TC VD du 20.12.2011 [HC/2012/23] cons. 2.

40 FRANÇOIS BOHNET, Droit des professions judiciaires, 3<sup>e</sup> édition, Bâle/Neuchâtel 2014, p. 31 N 33.

## 2. Représentation «convenable»

Admettant la conformité de la représentation, à titre non professionnel, d'une partie par son frère, le Tribunal cantonal neuchâtelois s'est intéressé à la question de savoir si cette personne était apte à *défendre convenablement* les intérêts de la partie à la procédure, arrivant en l'espèce à la conclusion que rien ne semblait indiquer le contraire<sup>41</sup>.

Une telle représentation «convenable» fait défaut lorsque le représentant ne possède pas les connaissances juridiques nécessaires. Le juge devrait ainsi être en mesure de sanctionner une incapacité à représenter<sup>42</sup>. S'agissant de la partie elle-même, le Tribunal fédéral a considéré que la capacité de mener *convenablement* une procédure devait être appréciée au regard de la procédure dans son ensemble et non en rapport avec un acte déterminé<sup>43</sup>. Il est dès lors logique d'appliquer à tout le moins les mêmes exigences au représentant de confiance et de pouvoir lui nier la capacité de postuler<sup>44</sup>.

Les législateurs fédéral et cantonaux ont imposé des exigences de formation et d'exercice à la profession d'avocat – et aux autres représentants professionnels – par des mesures tendant à sauvegarder la tranquillité, la sécurité, la santé et la moralité publiques, à préserver d'un danger ou à l'écartier, ou encore à prévenir les atteintes à la bonne foi en affaires par des procédés déloyaux et propres à tromper le public<sup>45</sup>. Il s'agit en définitive de garantir une *protection* du justiciable dans son accès à la justice. Par conséquent, il est impératif que la réglementation large du CPC relative à la représentation gracieuse ne serve pas à détourner les exigences de sécurité définies.

Nous sommes d'avis qu'une telle ouverture se justifie difficilement à notre époque où tant le droit de fond que celui de procédure se sont complexifiés. A notre sens, la législation plus que sommaire en matière de représentation en justice et les impératifs de la protection du public plaident, à défaut d'une modification législative, à tout le moins en faveur d'une précision prétorienne. En tant que correctif au principe de libre représentation, dans une cause d'une certaine complexité ou technicité, le juge devrait être à même de nier la capacité de postuler à un plaideur laïque ne possédant pas les qualifications nécessaires à une défense efficace. Une distinction devrait néanmoins être faite eu égard à la procédure applicable. Si en procédure sommaire l'intervention d'une personne de confiance peut se justifier, en procédure ordinaire en revanche, la représentation

41 Arrêt du TC NE du 19.09.2014 [CACIV.2014.61] cons. 3.

42 CPC Commentario-TREZZINI, art. 68 p. 244.

43 ATF 132 I 1 cons. 3.3 in RDAF 2007 I 357.

44 La capacité de postuler ou capacité de revendiquer (*Postulationsfähigkeit*) désigne le cercle des personnes à même d'accomplir formellement les actes judiciaires que le procès rend nécessaires pour elle-même ou pour un tiers en cas de représentation. Voir FRANÇOIS BOHNET, Les parties et leur capacité (d'être partie, d'ester et de postuler) en procédure civile suisse – Clarifications terminologiques et dogmatiques, RSPC 2018 69, 77 ss, 82.

45 ATF 112 Ia 318 cons. 2a.

gracieuse par une personne sans connaissances juridiques a pour effet de compliquer la conduite du procès et met en péril les intérêts de la partie, ce que le législateur n'a pas pu vouloir, dès lors que le constituant le charge de garantir un accès efficace à la justice<sup>46</sup>.

Sous un angle pratique, soulignons encore le fait que selon la jurisprudence vaudoise, une personne de confiance agissant comme représentant ne peut pas être entendue en tant que témoin sur les faits de la cause<sup>47</sup>. Enfin, la personne de confiance a la même position procédurale qu'un représentant professionnel. Ainsi, elle doit justifier de ses pouvoirs par une procuration (art. 68 al. 3 CPC) et il appartient au tribunal de lui notifier les actes une fois la représentation valablement établie (art. 137 CPC). Les effets juridiques ne sont pas valables si le tribunal notifie à la partie<sup>48</sup>.

## V. Représentation conventionnelle «à titre professionnel»

Dans la pratique judiciaire, l'intervention d'une personne de confiance est relativement rare. La représentation professionnelle demeure la règle. Le code prévoit deux catégories – exhaustives – de représentants professionnels autorisés. D'une part, les *avocats*, au bénéfice d'un quasi-monopole et, d'autre part, les *autres représentants professionnels* que sont les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés, les représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP et les mandataires professionnellement qualifiés.

Naturellement, la représentation par un avocat est celle qui est la plus fréquente dans les procédures civiles en Suisse<sup>49</sup>, mais le rôle des *autres représentants* ne doit pas être négligé. La notion de représentation professionnelle n'est finalement que peu discutée par la doctrine dès lors que l'art. 68 al. 2 CPC arrête un cercle exhaustif de personnes, à des conditions strictes. Selon nous, le caractère professionnel de la représentation s'analyse par une approche *a contrario* des conditions restrictives de la représentation à titre gracieux exposées précédemment.

Cinq critères se dégagent. Premièrement, sur le principe, le caractère professionnel de la représentation se déduit, de manière pragmatique, de l'exercice d'une *profession* juridique. Ainsi, que cela soit l'avocat, l'agent juridique breveté ou le mandataire professionnellement qualifié, tous agissent dans le cadre

---

46 FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile suisse: plaider pour un retour vers le futur, in: Zen-Ruffinen Piermarco (éd.), Le temps et le droit, Bâle/Neuchâtel 2008, p. 13 s. et CPC-BOHNET, art. 68 N 12.

47 Arrêt du TC VD du 12.11.2015 [Arrêt/2015/954].

48 ATF 143 III 28 cons. 2.1.

49 La FSA, qui réunit la plupart des avocats exerçant en Suisse en matière de conseil et de représentation en justice, compte plus de 10 000 membres; voir [www.sav-fsa.ch/fr/portrait/wer-wir-sind.html](http://www.sav-fsa.ch/fr/portrait/wer-wir-sind.html).

de leur profession, à l'inverse du parent juriste ou de la connaissance qui représente son enfant ou un ami au titre de personne de confiance.

Deuxièmement, un représentant professionnel intervient en principe contre rémunération. Les modalités de la rémunération importent peu. Le fait qu'un professionnel intervienne gratuitement dans des circonstances spéciales (liens d'amitié ou familiaux) ne remet pas en cause la nature professionnelle de la représentation.

Troisièmement, la répétition de l'activité a pour vocation de fournir à l'intervention un caractère professionnel ainsi que l'a retenu le Tribunal fédéral<sup>50</sup>.

Quatrièmement, les qualifications professionnelles de l'avocat ou d'un autre représentant constitueront la principale raison du choix du mandant, alors qu'à l'inverse, la *personne de confiance* sera choisie en raison d'un lien personnel de confiance<sup>51</sup>.

Cinquièmement, le caractère professionnel d'une représentation conventionnelle découle en principe de l'autorisation du législateur à l'exercer. Celui-ci a ainsi défini un cercle de personnes – ou de professions – limité et un partage du marché prédéterminé en fonction du fondement de la cause, de la procédure applicable ou encore de la forme de l'autorité.

### C. Le monopole de l'avocat

Le monopole de l'avocat en matière de représentation en justice se justifie, selon le Tribunal fédéral, par le fait que l'intervention de mandataires qualifiés permet de faciliter la tâche des tribunaux et contribue à assurer la protection des droits ainsi qu'une bonne administration de la justice<sup>52</sup>. En outre, le justiciable qui n'a pas de connaissances juridiques suffisantes doit s'en remettre entièrement à son mandataire, sans pouvoir véritablement le contrôler; il y a donc un intérêt public certain à le protéger contre le risque de mandater une personne incompétente qui, notamment par des erreurs procédurales, pourrait le priver de la possibilité de faire valoir ses droits en justice<sup>53</sup>. En définitive, *trois éléments* justifient le principe du monopole: les qualifications professionnelles des avocats, les règles professionnelles auxquelles ils sont soumis et la surveillance disciplinaire à laquelle ils sont assujettis<sup>54</sup>.

Sous le CPC unifié, ce monopole est doublement tempéré. Premièrement, la représentation est ouverte à toute personne à titre gracieux et l'on ne saurait donc dire sans nuances qu'il existe un véritable monopole de la représentation

---

50 ATF 140 III 555 cons. 2.

51 BOHNET/MARTENET (note 33), p. 412 s. N 948.

52 ATF 114 Ia 34 cons. 2b.

53 ATF 114 Ia 34 cons. 2c.

54 Voir BOHNET/MARTENET (note 33), p. 398 N 917.

en justice. Deuxièmement, même dans le cadre d'une représentation à titre professionnel, le CPC autorise la représentation par d'autres représentants à certaines conditions. Il s'ensuit que le monopole de l'avocat se réduit essentiellement à une *compétence générale de l'avocat* inscrit dans un registre cantonal au sens de la LLCA de pratiquer la représentation en justice à titre professionnel devant les tribunaux civils suisses. Il est en effet le seul à pouvoir toujours représenter une partie dans le cadre d'un procès civil, quelle que soit la procédure applicable ou la juridiction devant laquelle il se déroule. Toute autre personne peut se voir nier la capacité de postuler sur la base de critères tels que le caractère professionnel, la procédure applicable, la matière du procès ou encore l'autorité compétente.

En définitive, le monopole de l'avocat est avant tout l'expression d'un *principe*, les autres représentants en constituant les *exceptions*. Le Tribunal fédéral a parfaitement résumé la situation en indiquant que la *règle générale* voulue par le législateur était de réserver la représentation à titre professionnel en justice dans les procédures civiles régies par le CPC aux avocats. L'art. 68 al. 2 CPC restreint donc, dans le domaine désormais unifié de la procédure civile, le libre accès au marché de la représentation professionnelle des parties en justice, en le limitant aux avocats autorisés en vertu de la LLCA, sauf dans les cas limitativement énumérés aux let. b à d CPC<sup>55</sup>.

La modification de l'art. 27 LP, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018, ouvre la possibilité à toute personne capable de discernement de pratiquer la représentation professionnelle, dans le cadre restreint des affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'art. 251 CPC en matière de poursuite pour dettes et la faillite. Il en découlera une concurrence renforcée dans ce domaine, ce qui n'est pas anodin en pratique.

## D. Représentation hors monopole

Depuis son entrée en vigueur, l'art. 68 CPC fournit une réglementation complète et exhaustive de la représentation conventionnelle des parties dans le procès civil et, sur le principe, les cantons ne sont plus compétents pour édicter des dispositions en la matière le contredisant. Afin de respecter l'autonomie cantonale<sup>56</sup>, le législateur fédéral a laissé aux cantons une marge de manœuvre<sup>57</sup> en matière de représentation à titre professionnel dans divers domaines. Il a ainsi renoncé à une harmonisation fédérale de la représentation à titre professionnel en justice, afin de maintenir certaines spécificités cantonales<sup>58</sup>.

55 ATF 141 II 280 cons. 6.4.

56 CPC-BOHNET, art. 68 N 16.

57 JACQUES HALDY, Procédure civile suisse, Bâle 2014, p. 96 N 309.

58 Arrêt du TF du 13.04.2015 [2C\_607/2014] cons. 5.6.

La liste des représentants professionnels figurant à l'art. 68 al. 2 CPC est exhaustive<sup>59</sup>. Cette limitation suit un but de protection du public en matière de conduite du procès, le représentant professionnel ayant pour tâches de conseiller et de soutenir les justiciables dans la poursuite de leurs intérêts subjectifs juridiquement protégés, tâches sans lesquelles le citoyen ne pourrait très souvent pas faire valoir ses prétentions juridiques. Outre les avocats, le droit fédéral institue trois types de représentants professionnels, à savoir les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés, les représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP et les mandataires professionnellement qualifiés.

## I. Agent d'affaires et agent juridique breveté

Sous cette dénomination se présente une profession qui s'apparente à celle de l'avocat, avec des prérogatives moindres, corollaire d'exigences de formation moins poussées. La proximité vient en particulier de la surveillance, que les autres représentants professionnels autorisés par le CPC ne connaissent pas. Initialement, ces professionnels avaient principalement des compétences en matière de recouvrement de créances. L'usage – parfois plus que centenaire – a eu pour conséquence d'élargir petit à petit leurs domaines de compétences. Ils peuvent valablement prétendre à des dépens dès lors que, selon l'art. 95 al. 3 let. b CPC, ceux-ci comprennent le défraiement d'un représentant professionnel, qui englobe tout représentant professionnel autorisé<sup>60</sup>.

### 1. Portée de la norme

L'art. 68 al. 2 let. b CPC autorise les cantons à prévoir que les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés ont la faculté de représenter professionnellement les parties devant l'autorité de conciliation, dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée ainsi que dans les affaires soumises à la procédure sommaire.

Tant les textes français qu'allemand ou italien utilisent deux dénominations. Le texte alémanique prévoit les professions de *patientierte Sachwalter* et de *Rechtsagent* tandis que le texte italien traite des *commissari* et des *agenti giuridici patentati*. A ce jour, seuls les cantons romands de Vaud et Genève et alémaniques de Lucerne et Saint-Gall ont fait usage de cette compétence. On peut relever que, dans ces cantons, ces professions existaient déjà auparavant et aucun canton n'a profité de l'entrée en vigueur du CPC pour mettre en place une nouvelle sorte de représentant professionnel judiciaire<sup>61</sup>.

59 KomZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 7.

60 Arrêt du TC VD du 01.02.2012 [HC/2012/113] cons. 6c.

61 La profession d'agent d'affaires est particulièrement ancienne dans le canton de Vaud, où la loi sur la profession d'agent d'affaires breveté en vigueur date du 20 mai 1957 (LPag), alors que la

## 2. *Compétence cantonale*

Indépendamment de la procédure applicable, il est impératif que le droit cantonal prévoit la possibilité pour les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés de représenter les parties. Cette exigence d'intervention cantonale a pour conséquence que, *a contrario*, le silence d'un législateur cantonal ne peut qu'être interprété comme une volonté de ne pas autoriser l'accès à la représentation en justice à ce genre de représentants.

En outre, la force dérogatoire du droit fédéral implique qu'un canton ne peut pas étendre la capacité de représentation d'un agent d'affaires au-delà de ce que prévoit l'art. 68 al. 2 let. b CPC<sup>62</sup>. En revanche, il est envisageable qu'un canton, vu l'autonomie que le droit fédéral lui réserve, fixe en deçà de l'art. 68 al. 2 let. b CPC le champ de représentation<sup>63</sup>. Il pourrait ainsi limiter la représentation par des agents d'affaires à une seule catégorie de procédure ou à un seul stade du procès. Il serait également envisageable que la législation cantonale ne permette que la représentation dans les procédures simplifiées en matière patrimoniale, ou inversement, uniquement en procédure sommaire<sup>64</sup>.

Quant à la libre circulation, elle n'est pas de mise. Le Tribunal fédéral l'a confirmé dans un arrêt de principe<sup>65</sup> dans lequel un agent d'affaires vaudois demandait en substance à être mis au bénéfice de son autorisation vaudoise dans le canton de Berne, canton n'ayant pas fait usage de l'art. 68 al. 2 let. b CPC. Le Tribunal fédéral a rappelé que le législateur fédéral a cherché, au nom du fédéralisme, à préserver des spécificités cantonales en s'adaptant à la pratique vaudoise, mais n'a pas voulu les étendre à l'ensemble du territoire suisse.

La libre circulation n'est pas non plus applicable entre deux cantons ayant fait usage de l'art. 68 al. 2 let. b CPC (par exemple Vaud et Saint-Gall), dès lors que cette disposition contient une réserve de type fédéraliste qui, dans les domaines et procédures visés, permet aux cantons d'adopter des dispositions particulières qui ne s'appliquent que sur leur propre territoire<sup>66</sup>.

---

première législation du Grand Conseil du canton de Vaud au sujet de la profession remonte à 1806, une époque où divers cantons connaissaient plusieurs catégories de conseils, bénéficiant de prérogatives diverses (BOHNET/MARTENET [note 33], p. 23 ss N 42 ss). Dans le canton de Genève, la loi réglementant la profession d'agent d'affaires (LPAA) actuellement en vigueur approche un siècle de longévité et date du 2 novembre 1927. En Suisse allemande, le canton de Saint-Gall réglemente la profession de *Rechtsagent* au travers de l'*Anwaltsgesetz* du 11 novembre 1993 (AnwG) et le canton de Lucerne prévoit la profession dans l'*Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* du 22 octobre 1996 (EGSchKG).

62 ATF 141 II 280 cons. 6.3.

63 ATF 141 II 280 cons. 6.3; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 11.

64 FRANÇOIS BOHNET/GUILLAUME JÉQUIER, *L'entreprise et la personne morale en procédure civile*, in: François Bohnet/Olivier Hari (éd.), *La personne morale et l'entreprise en procédure*, Bâle/Neuchâtel 2014, p. 28 s. N 77.

65 ATF 141 II 280.

66 ATF 141 II 280 cons. 6.7.

### 3. *Domaine de compétence*

#### a. *Procédure de conciliation*

Les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés sont en premier lieu autorisés à représenter les parties à titre professionnel dans le cadre des procédures de conciliation préalable au sens des art. 197 ss CPC. Selon nous, ils peuvent tant assister les parties en audience de conciliation au sens de l'art. 204 al. 2 CPC que représenter celles-ci en cas de comparution personnelle facultative selon l'art. 204 al. 3 CPC.

Leur compétence s'étend dans ce cadre jusqu'à la remise de l'autorisation de procéder, mais pas au-delà. Ils ne peuvent ainsi pas mettre en œuvre la demande au fond<sup>67</sup>, à moins naturellement qu'il ne s'agisse d'une cause patrimoniale soumise à la procédure simplifiée, auquel cas leur compétence s'étend à toute la procédure cantonale.

#### b. *Procédure simplifiée*

Les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés sont également autorisés à représenter les parties à titre professionnel lorsque la cause est soumise à la procédure simplifiée, à la condition que celle-ci soit de nature patrimoniale. Les agents sont donc exclus des causes présentant un aspect idéal.

La cause est dite patrimoniale lorsqu'elle vise tout objet dont la valeur peut être exprimée en argent. Est non patrimoniale une action fondée par exemple sur une atteinte à la personnalité (art. 28 CC) et qui ne porte pas sur une prétention en dommages et intérêts. Il convient donc de déterminer pour chaque cas si la cause est de nature pécuniaire pour savoir si l'agent possède la capacité de postuler. Lorsque la cause consiste en des prétentions partiellement patrimoniales et partiellement non patrimoniales, présentant un rapport de connexité suffisant entre elles, il faut qualifier la cause dans son ensemble de patrimoniale ou non, en déterminant si c'est l'aspect pécuniaire qui prédomine ou au contraire l'aspect idéal<sup>68</sup>, puis d'en tirer les conséquences au niveau de la capacité de postuler. En définitive, les agents d'affaires sont autorisés à procéder à chaque fois que la procédure simplifiée s'applique pour une *valeur litigieuse* inférieure à CHF 30 000.– (art. 243 al. 1 CPC).

Précisons encore que le fait que la procédure simplifiée s'applique dans les cas prévus par l'art. 243 al. 2 CPC, indépendamment de la valeur litigieuse, ne signifie pas encore que les affaires en question soient toutes non patrimoniales. Certes, cela peut être le cas, en particulier pour les litiges portant sur des violences, des menaces ou du harcèlement au sens de l'art. 28b CC, sur l'accès aux données ou encore dans certaines affaires relevant de la LEg. Dans la majeure partie des cas cependant, les causes visées par l'art. 243 al. 2 CPC sont

67 BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 10.

68 Arrêt du TC VD du 23.04.2015 [HC/2015/262] in JdT 2015 III 139.

patrimoniales et ont bien une valeur litigieuse<sup>69</sup>. Elles entrent donc potentiellement dans le champ de représentation des agents d'affaires et des agents juridiques brevetés.

*c. Procédure sommaire*

Les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés sont autorisés, si le droit cantonal le prévoit, à représenter les parties à titre professionnel lorsque la cause est soumise à la procédure sommaire.

Dans ce cadre, ils entrent en concurrence avec les représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP. La doctrine, silencieuse à ce sujet, peine à faire la différence entre eux. C'est qu'en réalité, les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés sont des représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP. Néanmoins, nous sommes d'avis que, dès lors qu'une norme spécifique réglemente leur activité, c'est celle-ci qui trouve application et non l'art. 68 al. 2 let. c CPC, qui est plus générale.

De manière peut-être surprenante, les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés sont autorisés à représenter des parties dans toute procédure sommaire, qu'elle soit patrimoniale ou non. Ainsi, ils pourraient intervenir par exemple en matière de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 let. a CPC)<sup>70</sup>, si le droit cantonal le prévoit<sup>71</sup>.

## II. Représentant professionnel au sens de l'art. 27 LP

A l'inverse de l'agent d'affaires breveté, qui rentre d'ailleurs également dans cette catégorie de représentant professionnel autorisé, le « *représentant professionnel au sens de l'art. 27 LP* » ne correspond pas à une profession, mais définit un champ de compétence pour divers professionnels du domaine de la LP (fiduciaire par exemple). A défaut d'exigences de formation, ce sont donc l'usage et la spécialisation qui fondent *a priori* leur légitimité. Naturellement, ces professionnels peuvent valablement prétendre à des dépens dès lors que, selon l'art. 95 al. 3 let. b CPC, ceux-ci comprennent le défraiement d'un représentant professionnel, qui englobe tout représentant professionnel autorisé<sup>72</sup>.

69 CPC-TAPPY, art. 243 N 15.

70 CPC-BOHNET, art. 68 N 17.

71 L'art. 2 al. 1 let. e de la loi vaudoise sur la profession d'agent d'affaires breveté autorise une représentation, sans restriction, dans les affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'article 248 CPC. Les agents d'affaires genevois ne sont pas autorisés devant les tribunaux, le législateur ne leur octroyant que la possibilité de représenter les parties auprès des offices des poursuites et des faillites de Genève (art. 1 de la loi genevoise réglementant la profession d'agent d'affaires).

72 Arrêt du TC VD du 01.02.2012 [HC/2012/113] cons. 6c.

### 1. Portée de la norme

L'art. 68 al. 2 let. c CPC autorise la représentation à titre professionnel dans les affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'art. 251 CPC aux représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP. Le CPC effectue ainsi un renvoi au droit des poursuites pour déterminer une partie du cercle des représentants hors monopole autorisés à intervenir dans certains domaines du procès civil.

L'art. 27 LP prévoyait que les cantons pouvaient réglementer la représentation professionnelle des intéressés à la procédure d'exécution forcée. Ils pouvaient notamment imposer des exigences professionnelles et de moralité, exiger la fourniture de sûretés et fixer le tarif des indemnités applicable en matière de représentation professionnelle. Il ne s'agissait que d'une possibilité pour les cantons<sup>73</sup>. Dans ce cadre, le Tribunal fédéral avait admis qu'ils étaient libres de légiférer sur la représentation professionnelle non seulement dans les procédures devant les offices des poursuites et des faillites, mais aussi dans les procédures sommaires visées par l'art. 251 CPC. Il avait également admis qu'un canton pouvait ne régler la représentation qu'en relation avec les procédures sommaires visées par l'art. 251 CPC<sup>74</sup>.

L'art. 27 LP a été récemment soumis à une procédure de modification législative. La révision proposée ayant été largement soutenue<sup>75</sup>, adoptée et classée par les Chambres durant l'année 2015<sup>76</sup>, elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018.

Dans sa nouvelle teneur, l'art. 27 LP prévoit que toute personne ayant l'exercice des droits civils est habilitée à représenter une autre personne dans une procédure d'exécution forcée. Cela vaut également pour la représentation professionnelle. Les cantons peuvent interdire la représentation professionnelle à une personne pour de justes motifs<sup>77</sup>.

Cette nouvelle disposition ne sera, *comme telle*, valable que pour les procédures devant les autorités de poursuite et de faillite. Toutefois, par le jeu de l'art. 68 al. 2 let. c CPC, la modification proposée aura pour conséquence d'autoriser toute personne ayant l'exercice des droits civils à pratiquer la représentation – cas échéant professionnellement – devant un tribunal civil dans les procédures sommaires selon la LP au sens de l'art. 251 CPC<sup>78</sup>. Cette modification législative crée une situation uniforme en Suisse en retirant aux cantons la compétence de prévoir une catégorie de représentant, celui-ci relevant désormais du droit fédéral.

73 Seuls les cantons de Genève, de Vaud et du Tessin avaient utilisé cette compétence, voir Message 27 LP, p. 8507.

74 ATF 138 III 396 cons. 3.4.

75 Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative à la motion RUTSCHMANN (10.3780) d'août 2014, p. 2.

76 BO 2015 CN917 ss et BO 2015 CE 778 ss.

77 FF 2015 6547.

78 Message 27 LP, p. 8512.

Si les cantons n'ont plus la compétence de réglementer les représentants professionnels LP, ils ont en revanche la compétence d'interdire la représentation professionnelle à une personne pour de justes motifs. Le libellé du nouvel art. 27 LP permet apparemment aux cantons de procéder à une interdiction uniquement au cas par cas, à une *personne* pour de *justes motifs*. Il sera intéressant de voir comment les cantons, respectivement les tribunaux, effectueront cette surveillance et quels seront lesdits justes motifs. La jurisprudence va vraisemblablement se développer à cet égard. On ne peut que souhaiter que, s'agissant de la représentation devant une autorité judiciaire, la notion d'une *représentation convenable*<sup>79</sup> fasse rapidement son chemin dans ce domaine également.

## 2. *Domaine de compétence*

Le domaine de compétence est strictement limité. L'intervention n'est possible que dans le cadre de la procédure sommaire, dans les cas spécifiquement énumérés par l'art. 251 CPC. Il s'agit notamment des décisions rendues en matière de mainlevée d'opposition, de faillite, de séquestre et de concordat, de l'admission de l'opposition tardive au sens de l'art. 77 al. 3 LP et de l'opposition dans la procédure pour effets de change de l'art. 181 LP. Il s'agit encore de l'annulation ou de la suspension de la poursuite au sens de l'art. 85 LP, de la décision relative au retour à meilleure fortune prévu par l'art. 265a al. 1 à 3 LP ou encore du prononcé de séparation des biens de l'art. 68b LP.

La liste contenue à l'art. 251 CPC a été formulée de manière non exhaustive par le législateur afin d'assurer l'application de la procédure sommaire à chaque fois que la LP le requiert<sup>80</sup>. *A priori*, elle couvre tous les cas possibles prévus par la LP<sup>81</sup> auxquels les art. 248 ss CPC doivent être appliqués.

## III. Mandataire professionnellement qualifié

Le mandataire professionnellement qualifié n'est pas soumis à des exigences de formation en lien avec le domaine de procédure en cause, mais tire sa légitimité professionnelle de son expérience. Cette notion recouvre les divers acteurs des associations formant les partenaires sociaux dans les domaines du droit du travail et du droit du bail. Ils peuvent valablement prétendre à des dépens dès lors que, selon l'art. 95 al. 3 let. b CPC, ceux-ci comprennent le défraiement d'un représentant professionnel, qui englobe tout représentant professionnel autorisé<sup>82</sup>.

79 *Supra*, IV 2.

80 CPC-BOHNET, art. 251 N 3.

81 CPC-BOHNET, art. 251 N 3.

82 Arrêt du TC VD du 01.02.2012 [HC/2012/113] cons. 6c.

### 1. *Portée de la norme*

L'art. 68 al. 2 let. d CPC autorise la représentation professionnelle, devant les juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail, aux mandataires professionnellement qualifiés, à la condition que le droit cantonal le prévoie.

### 2. *Compétence cantonale*

L'art. 68 al. 2 let. d CPC octroie une compétence législative aux cantons pour autoriser les *mandataires professionnellement qualifiés* à représenter à titre professionnel les parties devant les juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail. Les cantons possèdent une double prérogative à remplir pour qu'une telle représentation soit possible sur leur territoire. D'une part, ils doivent prévoir une juridiction spéciale en matière de contrat de bail et – ou – de contrat de travail; d'autre part, ils doivent prévoir expressément la possibilité de la représentation par lesdits mandataires professionnellement qualifiés devant ces juridictions.

Il leur appartient donc de déterminer le cercle des mandataires professionnellement qualifiés. Il convient de relever que le droit fédéral n'impose pas aux cantons l'instauration de tribunaux spéciaux dans le domaine du bail à loyer ou du contrat de travail. Il ne s'agit que d'une possibilité. Partant, la notion de contentieux de droit du bail relève du droit cantonal même s'il est fait référence à une notion relevant du droit fédéral<sup>83</sup>. La même réflexion est valable en droit du travail. Enfin, à l'instar de la situation relative aux agents d'affaires et agents juridiques brevetés, un canton peut limiter la représentation par un représentant professionnellement qualifié à un seul domaine – par exemple devant les juridictions spéciales en matière de bail et non de travail – ou à une seule catégorie de procédure. En revanche, il ne peut pas autoriser l'intervention de représentant professionnellement qualifié lorsqu'il n'existe pas de tribunal spécial dans ces deux domaines<sup>84</sup>.

#### a. *Notion de juridiction spéciale*

Sauf disposition contraire de la loi, l'organisation des juridictions civiles relève des cantons (art. 3 CPC). Il leur appartient donc sur le principe de définir leurs juridictions civiles. Le droit cantonal détermine à cet égard également la compétence matérielle et fonctionnelle de ces tribunaux (art. 4 al. 1 CPC). On parlera dès lors de juridiction ordinaire lorsqu'un tribunal civil, ou une autorité de

83 Arrêt du TF du 25.08.2011 [4A\_278/2011] cons. 2.1; voir également arrêt du TF du 18.11.2008 [4A\_375/2008] cons. 2.1 *in* SJ 2009 I 241; ATF 128 III 76 cons. 1a; ATF 125 III 461 cons. 2; PHILIPPE CONOD/FRANÇOIS BOHNET, *Droit du bail*, Bâle/Neuchâtel 2014, p. 236 N 1094.

84 Voir pourtant art. 12 let. a et b LACPC TI pour la procédure sommaire et simplifiée; TF, arrêt du 27 mai 2015, 4D\_29/2015.

conciliation, a pour vocation de traiter toutes les causes qui lui sont soumises, de manière générale. Pour celles-ci, les cantons sont pleinement libres quant à leur organisation. Par opposition, une juridiction peut être qualifiée de spéciale lorsqu'elle a pour fonction de ne s'occuper que d'une matière spécifique. Dans le cadre de la liberté organisationnelle des cantons, nombre de cantons ont instauré des juridictions spéciales pour les matières sociales, c'est-à-dire principalement le droit du travail et le droit du bail. Le droit fédéral (art. 200 CPC) impose en outre aux cantons d'avoir une autorité de conciliation paritairement composée dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux. Afin de déterminer si un canton a institué des juridictions spéciales respectivement en droit du bail et en droit du travail, le praticien doit dès lors nécessairement se référer à chaque fois à l'organisation judiciaire cantonale idoine.

#### aa. En droit du bail

Dans le domaine du droit du bail, seuls cinq cantons – Fribourg, Genève, Jura, Vaud et Zurich – sont pourvus de véritables tribunaux spéciaux, sous diverses dénominations. Tous ces cantons ont en sus prévu la possibilité d'une représentation par un mandataire professionnellement qualifié avec un cercle défini très variable, comme nous le verrons. Dans le canton de Fribourg, le tribunal des baux est prévu par l'art. 34 de la Loi sur la justice<sup>85</sup>. Dans le canton du Jura, le législateur a dédié une loi complète à l'instauration d'une juridiction spéciale en matière de bail et a adopté la loi instituant le Tribunal des baux à loyer et à ferme<sup>86</sup>. Dans le canton de Vaud, la situation est similaire, avec la loi sur la juridiction en matière de bail<sup>87</sup> pour établir un tribunal spécial en la matière. Pour sa part, le canton de Genève a institué un tribunal des baux et loyers aux art. 88 ss de sa loi sur l'organisation judiciaire<sup>88</sup>. Enfin, dans le canton de Zurich, l'art. 3 al. 1 let. a de la Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess<sup>89</sup> instaure un tribunal spécial en matière de droit du bail (*Mietgericht*).

A Neuchâtel, la situation est particulière. L'art. 17a de la loi d'organisation judiciaire neuchâteloise<sup>90</sup> prévoit que le Tribunal civil, compétent pour trancher toutes les affaires civiles contentieuses selon l'art. 16 al. 1 OJ-NE, est une juridiction spéciale en matière de contrat de bail. Elle n'en a que le nom: le juge unique tranche tous les litiges en matière civile, sans distinction de cause. Il

85 LJV; RS FR 130.1.

86 LTB; RS JU 182.35.

87 LJB; RS VD 173.655.

88 OJ-GE; RS GE E 2 05.

89 GOG-ZH; RS ZH 211.1.

90 OJ-NE; RS NE 161.1.

n'existe pas de greffe spécifique ni de dossiers rattachés spécifiquement à ce domaine. La fiction est complète<sup>91</sup>.

bb. En droit du travail

S'il n'existe finalement que peu de juridictions spéciales en matière de bail, la moitié des cantons suisses connaissent en revanche une juridiction spéciale en matière de droit du travail, à nouveau sous des dénominations variées.

Dans le canton d'Argovie, l'art. 53 de la *Gerichtsorganisationsgesetz*<sup>92</sup> prévoit la constitution d'un *Arbeitsgericht*. Dans le canton de Berne, c'est l'art. 9 al. 1 de la loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs<sup>93</sup> qui instaure une juridiction spéciale compétente, mais uniquement lorsque la valeur litigieuse est inférieure à 15 000 francs. Dans le canton de Fribourg, l'art. 54 de la loi sur la justice<sup>94</sup> prévoit un tribunal des prud'hommes. Dans le canton du Jura, le législateur a dédié une loi complète à l'instauration d'une juridiction spéciale en matière de travail en adoptant la loi instituant le Conseil de prud'hommes<sup>95</sup>. Dans le canton de Vaud, la situation est similaire et le législateur a adopté la loi sur la juridiction du travail<sup>96</sup> pour établir le tribunal spécial en la matière. Il en va de même dans le canton de Genève, dont le législateur a adopté la loi sur le Tribunal des prud'hommes<sup>97</sup>. De son côté, le canton du Valais a institué les juridictions spéciales en matière de contrat de travail par les art. 38 ss de la loi cantonale sur le travail<sup>98</sup>. Pour leur part, les cantons de Bâle-Ville et de Lucerne ont instauré des juridictions spéciales prud'homales, respectivement à l'art. 5 al. 1 ch. 1 de la *Gesetz betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft*<sup>99</sup> pour Bâle-Ville et à l'art. 3 al. 2 let. c de la *Gesetz über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*<sup>100</sup>. Dans le canton de Zurich, l'art. 3 al. 1 let. a de la *Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess*<sup>101</sup> instaure un tribunal spécial en matière de droit du travail (*Arbeitsgericht*).

---

91 L'autorité de recours en matière civile, ARMC 2015/28 du 31 août 2015, retient cependant qu'il s'agit bien d'un tribunal spécial, celui-ci n'ayant pas à être composé paritairement; du même avis que nous: PATRICIA DIETSCHY, *Bail à loyer et procédure civile*, Bâle 2018, p. 18 N 43 et p. 62 N 153.

92 GOG-AG; *RS AG 155.200*.

93 LiCPM; *RS BE 271.1*.

94 LJF; *RS FR 130.1*.

95 LTCP; *RS JU 182.34*.

96 LJT; *RS VD 173.61*.

97 LTPH; *RS GE E 3 10*.

98 LCT; *RS VS 822.1*.

99 GOG-BS; *RS BS 154.100*.

100 JusG; *RS LU 260*.

101 GOG-ZH; *RS ZH 211.1*.

Enfin, dans le canton de Neuchâtel, l'art. 17a OJ-NE prévoit, à l'instar du domaine du droit du bail, que le Tribunal civil, compétent pour trancher toutes les affaires civiles contentieuses selon l'art. 16 al. 1 OJ-NE, est une juridiction spéciale en matière de contrat de travail. Comme en matière de bail, elle n'en a que le nom: le juge unique tranche tous les litiges en matière civile, sans distinction de cause. Il n'existe pas de greffe spécifique ni de dossiers rattachés spécifiquement à ce domaine. La fiction est ici également complète<sup>102</sup>.

*b. Notion de mandataire professionnellement qualifié*

Une fois l'existence d'une juridiction spéciale établie, reste à déterminer le cercle de représentants professionnellement qualifiés autorisé sur le plan cantonal. Comme l'indiquait le Conseil national, le mandataire professionnellement qualifié est issu des *partenaires sociaux*<sup>103</sup>. Par-là, il faut comprendre, en matière de droit du travail, des membres d'une organisation syndicale ou patronale<sup>104</sup>, alors qu'en droit du bail, il s'agira en particulier des associations de propriétaires et gestionnaires immobiliers ou de locataires<sup>105</sup>. Pour se voir reconnaître la qualité de mandataire professionnellement qualifié, il faut donc pouvoir faire état de solides connaissances dans le domaine considéré<sup>106</sup>. Le droit fédéral laisse ainsi la latitude aux cantons de décider qui sont les mandataires professionnellement qualifiés qu'ils entendent autoriser devant leurs juridictions spéciales<sup>107</sup>. Toutefois, seule une personne physique peut être désignée comme représentant<sup>108</sup>.

Le cercle autorisé dépend du canton concerné. Il faut systématiquement se référer à sa législation pour déterminer si une personne est reconnue par celui-ci comme mandataire professionnellement qualifié se voyant reconnaître la capacité de postuler et, comme pour l'examen de l'existence d'une juridiction spéciale, il faut se référer à la législation d'organisation judiciaire cantonale idoine.

*aa. En droit du bail*

Tous les cantons ayant instauré des tribunaux spéciaux en matière de bail autorisent la représentation par des représentants professionnellement qualifiés. Dans le canton de Fribourg, dite représentation est prévue par l'art. 129 al. 1 LJF. Le législateur fribourgeois a défini le cercle des représentants hors mono-

102 *Supra*, note 92.

103 BO 2008 CN 649.

104 PATRICIA DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, thèse, Bâle/Neuchâtel 2011, p. 167 N 331; BOHNET/MARTENET (note 33), p. 417 N 957.

105 DAVID LACHAT, Procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2011, p. 130 N 1.9; BOHNET/MARTENET (note 33) p. 417 N 957.

106 Arrêt du TF du 28.09.2004 [1P.416/2004] cons. 2.3.

107 Dans ce sens, CPC-BOHNET, art. 68 N 21.

108 RSPC 2011 291.

pole et autorise *les représentants des milieux de propriétaires* ou de *locataires* ainsi que le *gérant de la chose louée* à représenter les parties devant un tribunal des baux. Dans le canton du Jura, l'autorisation pour les mandataires professionnellement qualifiés de pratiquer la représentation professionnelle est prévue par l'art. 32 al. 2 let. b LTB, qui admet devant le tribunal des baux à loyer et à ferme les représentants des associations locales, régionales ou cantonales de preneurs, fermiers et bailleurs. Dans le canton de Vaud, l'art. 11 LJB prévoit que les *agents d'affaires brevetés* et les *personnes dûment autorisées par une organisation représentative de locataires ou de bailleurs*, préalablement autorisée par le Tribunal cantonal, peuvent assister ou représenter professionnellement les parties devant le Tribunal des baux et les commissions de conciliation.

Dans le canton de Genève, l'art. 15 de la loi d'application du Code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile<sup>109</sup> prévoit, sous la note marginale *mandataires professionnellement qualifiés*, que ces derniers peuvent assister ou représenter les parties devant la commission de conciliation en matière de baux et loyers, le Tribunal des baux et loyers, ainsi que devant la chambre des baux et loyers de la Cour de justice. Le législateur genevois ne précise cependant pas la notion que la disposition traite, laissant ainsi le soin aux tribunaux d'en définir la portée. Dans le canton de Zurich, l'art. 11 de la *Anwaltsgesetz*<sup>110</sup> prévoit une exception au monopole de l'avocat pour les représentants au sens de l'art. 68 al. 2 lit. d CPC devant le *Mietgericht* jusqu'à concurrence d'une valeur litigieuse de CHF 30 000.— Le législateur zurichois se contente ainsi de renvoyer à la succincte disposition du CPC et, à l'instar du canton de Genève, ne définit pas la notion de *mandataire professionnellement qualifié*.

Enfin, dans le canton de Neuchâtel, l'art. 7 de la Loi d'introduction du code des obligations<sup>111</sup> prévoit que toute personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès par un mandataire professionnel titulaire d'un brevet d'avocat neuchâtelois, remplissant les conditions personnelles de l'art. 8 al. 1 lit. a, lit. b et lit. C LLCA, employé par une organisation représentative qui défend les intérêts des bailleurs ou des locataires au sens de l'art. 3 al. 1 lit. a de la loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale, du 23 juin 1995, pour tous les litiges en matière de contrat de bail soumis à la procédure devant l'autorité de conciliation, à la procédure simplifiée et à la procédure sommaire. Elle ne prévoit néanmoins pas cette possibilité en procédure ordinaire.

#### bb. En droit du travail

La situation est plus complexe en matière de droit du travail. Dans le canton d'Argovie, il convient de se tourner vers l'art. 18 al. 1 de l'*Einführungsgesetz*

109 LaCC; RS GE E 1 05.

110 AnwG-ZH; RS ZH 215.1.

111 LI-CO-NE; RS NE 224.1.

zur Schweizerischen Zivilprozessordnung<sup>112</sup> qui autorise, dans les procédures pour lesquelles l'Arbeitsgericht est compétent (art. 8 et 9 EG ZPO-AG), la représentation professionnelle par des employés des associations. Dans le canton de Berne, l'art. 9 al. 2 LiCPM autorise les représentants professionnellement qualifiés des organisations d'employeurs et de salariés à accompagner ou assister les membres de ces dernières et à s'exprimer sur l'affaire devant le tribunal. Dans le canton de Fribourg, l'art. 129 al. 2 de la loi sur la justice<sup>113</sup> autorise l'assistance et la représentation par un représentant des syndicats ou des associations patronales. A Neuchâtel, l'art. 7a LI-CO-NE autorise la représentation au procès par un représentant professionnellement qualifié d'une organisation syndicale ou patronale pour tous les litiges en matière de contrat de travail. De manière similaire, dans le canton du Jura, l'art. 26 al. 2 let. b LTCP admet comme mandataire professionnel les représentants d'associations locales, régionales ou cantonales de travailleurs ou d'employeurs.

Dans le canton de Vaud, l'art. 36 al. 3 du Code de droit privé judiciaire vaudois<sup>114</sup> autorise les représentants des organisations syndicales ou patronales à pratiquer la représentation devant les tribunaux de prud'hommes. Il en va de même dans le canton de Genève dont le législateur a prévu l'autorisation de représentation à l'art. 15 LaCC, sous la note marginale «mandataires professionnellement qualifiés», que ces derniers peuvent assister ou représenter les parties devant le Tribunal des prud'hommes, ainsi que devant la chambre des prud'hommes de la Cour de justice. Le législateur genevois ne précise cependant pas la notion que la disposition traite, laissant ainsi le soin aux tribunaux d'en définir la portée. En Valais, l'art. 45 de la loi cantonale sur le travail<sup>115</sup> autorise les mandataires professionnellement qualifiés agissant au nom d'une association de défense des travailleurs ou d'une association patronale à assister les parties à titre professionnel devant les juridictions spéciales en matière de contrat de travail, instituées par les art. 38 ss LcTr. Le canton de Lucerne prévoit la possibilité de se faire représenter en matière prud'homale par des membres d'une association.

La situation est particulière pour Bâle-Ville qui prévoient bien des juridictions spéciales prud'homales, mais ne semble pas avoir instauré de régime spécial de dérogation au quasi-monopole respectivement de l'avocat et des agents d'affaires brevetés cas échéant, s'agissant des mandataires professionnellement qualifiés<sup>116</sup>.

112 EG ZPO-AG; *RS AG 221.200*.

113 LJF; *RS FR 130.1*.

114 CDPJ; *RS VD 211.02*.

115 LcTr; *RS VS 822.1*.

116 Comp. art. 4 de l'Advokaturgesetz du 15.05.2002 (*RS BS 291.100*).

### c. *Domaine de compétence*

La disposition ne définit pas, au contraire des deux autres dérogations à la lettre a de l'art. 68 al. 2 CPC, un champ limité quant à la procédure applicable, mais bien quant au domaine du droit concerné. Ainsi, ce n'est qu'en matière de droit du bail et de droit du travail qu'une représentation est ouverte aux représentants qualifiés. Ces procès sociaux<sup>117</sup> ne sont pas cantonnés à l'application d'une procédure particulière. Ainsi, le mandataire qualifié pourra représenter dans le cadre de la procédure simplifiée lorsque la valeur litigieuse est inférieure ou égale à CHF 30 000.– (art. 243 CPC). En matière de bail, il en ira de même, indépendamment de la valeur litigieuse, lorsque le litige porte sur des baux à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux et sur des baux à ferme agricoles en ce qui concerne la consignation du loyer ou du fermage, la protection contre les loyers ou les fermages abusifs, la protection contre les congés ou la prolongation du bail à loyer ou à ferme (art. 243 al. 2 let. c CPC). En matière de droit du travail, c'est la valeur litigieuse qui déterminera la procédure applicable, à moins que la problématique touche l'une des hypothèses de l'art. 243 al. 2 let. a (loi sur l'égalité) et b (violences, menaces ou harcèlement au sens de l'art. 28b CC). La procédure sommaire est naturellement envisageable (mesures provisionnelles notamment, en lien avec le droit du travail et le droit du bail). Le juge devra donc toujours prendre en compte le cadre matériel du litige pour déterminer si une représentation est possible et, partant, la procédure applicable n'est en soi pas déterminante.

La question de savoir si l'autorité de conciliation est une juridiction spéciale au sens de l'art. 200 al. 1 CPC se pose par exemple en matière de bail, dès lors qu'elle n'a en principe pas la capacité de juger, excepté toutefois la prérogative de l'art. 212 CPC.

Il convient tout d'abord de rappeler que la conciliation, en matière de bail et de travail comme dans tout autre domaine, est régie par le principe de la comparution personnelle de la partie (art. 204 al. 1 CPC). Dans ce cadre, seule l'assistance par un conseil juridique ou une personne de confiance est en principe autorisée (art. 204 al. 2 CPC), la représentation à proprement parler n'étant autorisée qu'en cas de dispense de comparution personnelle aux conditions de l'art. 204 al. 3 CPC.

Néanmoins, selon nous, la notion de *conseil juridique* renvoie aux divers représentants prévus par l'art. 68 al. 2 CPC lorsqu'une conciliation préalable est nécessaire<sup>118</sup>. D'autres auteurs sont d'avis que l'assistance n'est soumise à aucune exigence et que les restrictions de l'art. 68 al. 2 CPC ne s'appliquent pas<sup>119</sup>.

117 CPC-BOHNET, art. 68 N 20.

118 Voir CPC-BOHNET, art. 204 N 8; BSK-ZPO INFANGER, art. 204 N 5; BASTIEN SANDOZ, La conciliation, in: Procédure civile suisse: les grands thèmes pour le praticien, Neuchâtel 2010, N 50.

119 HOFMANN/LÜSCHER (note 29), p. 191, DENIS TAPPY/MERCEDES NOVIER, La procédure de conciliation et la médiation dans le Code de procédure civile suisse (art. 197–218 CPC), in:

Une telle approche ne peut pas être suivie dès lors que la conciliation est expressément mentionnée pour les agents d'affaires au sens de l'art. 68 al. 2 let. b CPC<sup>120</sup>. Le législateur ne l'aurait pas spécifié si l'assistance avait été parfaitement libre. Il convient de préciser que la question ne se pose que pour les représentants professionnellement qualifiés, dès lors que les représentants LP sont cantonnés à la procédure sommaire, exempte de procédure préalable de conciliation.

En droit du bail, le canton de Vaud prévoit qu'en matière d'assistance et de représentation à titre professionnel – à l'instar des agents d'affaires brevetés – les personnes dûment autorisées par une organisation représentative de locataires ou de bailleurs préalablement autorisée par le Tribunal cantonal peuvent assister ou représenter professionnellement les parties devant le Tribunal des baux et les commissions de conciliation (art. 11 LJB-VD). Il convient également de relativiser la différence entre les termes de représentation et d'assistance en ce sens que l'avocat plaidera rarement seul, sans son client, en raison de la large utilisation de la faculté pour le tribunal d'ordonner la comparution personnelle (art. 68 al. 4 CPC). Ces deux termes sont ainsi assimilés<sup>121</sup> et ne présentent aucune distinction quant aux personnes autorisées à les pratiquer<sup>122</sup>.

En définitive, nous sommes d'avis que l'absence de mention de la conciliation à l'art. 68 al. 2 let. d CPC est une erreur législative, un oubli manifeste<sup>123</sup> qui ne doit pas être interprété comme une volonté de limiter l'accès des mandataires qualifiés à la procédure de conciliation préalable aux procès sociaux lorsque le droit cantonal prévoit sur le fond des juridictions spéciales.

## E. Conclusion

Le trait caractéristique de la profession d'avocat est la représentation en justice. L'avocat remplit une mission essentielle au fonctionnement de la société si bien que l'on peut affirmer qu'il n'y a pas de démocratie sans avocat<sup>124</sup>. Néanmoins, la représentation en justice ne lui est pas nécessairement exclusivement réservée.

Dans une société à la fois consumériste et complexe, on ne s'étonnera pas que le législateur autorise la représentation en justice à divers professionnels suivant leur compétence, le domaine du droit en cause et la procédure concernée. En revanche, une représentation en justice à titre non professionnel autori-

---

Giorgio A. Bernasconi/Fulvio Campello, *Il Codice di diritto processuale civile svizzero*, Lugano 2011 sont également larges sur la question.

120 CPC-BOHNET, art. 204 N 8.

121 BOHNET/MARTENET (note 33), p 409 N 943.

122 Voir par exemple: arrêt du TC VD du 10.09.2012 [Pron/2012/198].

123 CPC-BOHNET, art. 204 N 8.

124 JEAN-MICHEL DARROIS, *Vers une grande profession du droit*, Paris 2009, p. 18.

sée sans limites est un héritage du passé qui, à notre sens, ne peut que difficilement se justifier de nos jours. La complexité du droit et la professionnalisation générale des magistrats s'y opposent. Il importe en définitive de garder à l'esprit le rôle des représentants en justice, à savoir la défense des intérêts du représenté. Or, une défense efficace présuppose un représentant qualifié, si bien que nous plaidons pour qu'une attention particulière soit réservée à la notion de *représentation convenable*. L'avocat et les autres acteurs professionnels autorisés de la représentation en justice constituent des éléments fondamentaux du bon fonctionnement de la justice.

### *Résumé*

Dans la tradition judiciaire suisse, tout un chacun peut conduire seul son procès. La complexité du procès civil dépasse cependant souvent le seuil des connaissances juridiques des particuliers, ce qui rend couramment nécessaire l'intervention d'un mandataire professionnel. La contribution s'attèle à présenter et analyser la représentation conventionnelle en procédure civile suisse et, en particulier, la place et le rôle de l'avocat et des autres représentants professionnels. Elle traite également des implications de la spécificité helvétique que constitue la représentation non professionnelle par une personne de confiance.

### *Zusammenfassung*

In der schweizerischen Gerichtstradition steht es jedem offen, seinen Prozess selbst zu führen. Die Komplexität des Zivilprozesses übersteigt jedoch oft die Schwelle der Rechtskenntnisse des Einzelnen und somit wird das Bestellen einer berufsmässigen Vertretung notwendig. Der Beitrag will die konventionelle Vertretung im schweizerischen Zivilprozessrecht präsentieren und analysieren, insbesondere was die Stellung und die Rolle des Rechtsanwalts und der anderen berufsmässigen Vertreter angeht. Er geht auch auf die helvetische Besonderheit der nicht-berufsmässigen Vertretung durch eine Vertrauensperson ein.

