

L'entreprise et la personne morale en procédure civile

par

François Bohnet
Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

et

Guillaume Jéquier
Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat

I. Introduction	3
II. Compétence	3
A. Les tribunaux de commerce	3
B. Le for	6
1. Siège du défendeur et autres rattachements	6
2. Etablissement et succursale	7
III. Représentation	10
A. Droit matériel	10
1. Types d'organisation	10
a. <i>Entreprise individuelle</i>	10
b. <i>Collectivité</i>	12
c. <i>Personne morale</i>	14
aa. Corporation	14
bb. Fondation	17
2. Représentation	18
a. « <i>Représentation</i> » <i>par les organes</i>	18
b. « <i>Représentation par un tiers</i> »	20
B. Droit formel	21
1. Capacité d'être partie	21
2. Capacité d'ester	23

3. Représentation conventionnelle en justice.....	24
<i>a. En procédure de conciliation.....</i>	26
<i>b. En procédure sommaire.....</i>	28
<i>c. En procédure simplifiée.....</i>	29
<i>d. En procédure ordinaire</i>	29
4. Représentants commerciaux	30
IV. Notifications.....	33
V. Présence aux audiences	35
A. Devant l'autorité de conciliation	36
B. Devant le Tribunal.....	38
VI. Assistance judiciaire.....	39
VII. Preuves	41
A. Interrogatoire de la personne morale	41
1. Qualité de partie.....	42
2. Refus de collaborer.....	43
B. Témoignage	44
1. Qualité de témoin	44
2. Refus de collaborer.....	45
C. Documents internes de l'entreprise et secrets d'affaires	47
VIII. Conclusion.....	51

I. Introduction

1. Toute entreprise doit un jour faire face à un procès. Si l'activité économique génère des profits, elle est aussi source de conflits. Les litiges peuvent être multiples et prendre de nombreuses formes. Ils existent parfois avec les clients, les partenaires commerciaux, les sous-traitants, ou encore les employés ou les associés.
2. Le CPC ne connaît que peu de règles qui traitent spécifiquement de l'entreprise et de la personne morale. Leur qualité pour agir relève en effet du droit matériel, comme le rappelle le renvoi de l'art. 67 CPC. Le Code se limite pratiquement à autoriser les cantons, dans le cadre qu'il fixe, à prévoir des tribunaux de commerce pour les litiges entre commerçants ou avec un commerçant (art. 6 CPC), à tenir compte de l'activité de l'entreprise et de la personne morale pour fixer les fors (art. 12 CPC) et à régler la participation de la personne morale à la procédure probatoire (art. 159 CPC).
3. Cependant, sur divers points, les spécificités de l'entreprise et de la personne morale justifient une réflexion spécifique. On pense en particulier à la représentation *ad litem*, aux notifications, aux présences aux audiences, à l'assistance judiciaire et aux preuves. C'est sur ces divers points, après un examen des questions relatives à la compétence, que le présent article propose une analyse plus détaillée, en prenant en compte les quelques arrêts et avis de doctrine rendus depuis l'entrée en vigueur du CPC.

II. Compétence

A. Les tribunaux de commerce

4. Les personnes morales et les entreprises peuvent, comme tout particulier, faire valoir leur cause devant les tribunaux (art. 29a Cst.). En matière civile, les tribunaux compétents sont en principe les mêmes quel que soit le statut des parties.
5. En matière commerciale cependant, quatre cantons suisses connaissent depuis le 19^e siècle un tribunal spécialisé. C'est pour tirer parti des *connaissances professionnelles des commerçants rompus aux affaires*, susceptibles

d'apporter aux litiges entre commerçants leur sens pratique, de favoriser leur bonne compréhension et donc leur résolution, que de tels tribunaux ont été institués.

6. Le tribunal de commerce est présidé par un *juge professionnel* avec des personnes expérimentées en matière commerciale comme *assesseurs*, ce qui permet une bonne compréhension des faits de la cause et des différentes implications du litige, tout particulièrement entre commerçants, pour lesquels les enjeux peuvent être bien spécifiques. Historiquement, une procédure souvent rapide, peu coûteuse et favorisant les solutions transigées¹, permettant une continuation des relations commerciales, était souvent prévue devant de tels tribunaux².
7. L'*organisation judiciaire* demeurant de la compétence des cantons (art. 122 al. 2 Cst. ; 3 CPC) sous réserve des règles fédérales en la matière³, il est logiquement de leur ressort de maintenir ou de créer de tels tribunaux de commerce. Seuls les cantons qui connaissaient cette institution auparavant, à savoir Zurich, Berne, Argovie et St-Gall, l'ont maintenue sous l'empire du CPC.
8. Le *législateur fédéral* a décidé de déterminer non seulement la procédure applicable devant les tribunaux de commerce, conformément à l'art. 1 let. a CPC, mais également leur compétence à raison de la matière (art. 6 al. 2-5 CPC)⁴ et leur statut d'instance cantonale unique (art. 6 al. 1 CPC).
9. Le tribunal de commerce est compétent lorsque le *litige est commercial*. Tel est le cas lorsque les conditions énumérées de manière exhaustive à l'art. 6 al. 2 CPC⁵ sont réunies. Il faut que l'activité commerciale d'une partie au moins soit concernée (let. a), que la valeur litigieuse du recours en matière civile soit atteinte (CHF 30'000.– en

¹ Pour une description des méthodes utilisées (en particulier la discussion du juge avec une partie et son mandataire hors présence de l'autre partie), voir SCHMID, Einzelgespräche in der Vergleichshandlung, RSJ 2014 359.

² Voir USTERI, Hundert Jahre Zürcher Handelsgericht, RSJ 1967 1 ss.

³ ATF 139 III 67.

⁴ ATF 140 III 155, consid. 4.3.

⁵ ATF 138 III 694, consid. 2.7.

principe ; CHF 15'000.– en matière de bail et de travail ; art. 74 al. 1 LTF) (let. b)⁶ et que les parties soient inscrites au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent (let. c), ou si tel est le cas du seul défendeur, que le demandeur opte pour ce tribunal (*Klägerwahlrecht* ; art. 6 al. 3 CPC)⁷.

10. Les cantons peuvent également attribuer au tribunal de commerce les litiges relevant de l'*instance cantonale unique de l'art. 5 al. 1 CPC* (propriété intellectuelle ; concurrence déloyale dès CHF 30'000.–, etc.) et les litiges relevant du *droit des sociétés commerciales et coopératives* (art. 6 al. 4 CPC). Le droit fédéral ne pose pas de limite de valeur litigieuse dans ces deux cas, mais le droit cantonal peut en prévoir une⁸.
11. Le *Tribunal fédéral* a d'ores et déjà *clarifié différents points* concernant cette compétence matérielle :
 - La *consortité simple* suppose la compétence matérielle du tribunal à l'égard de chaque consort (art. 71 CPC, implicitement⁹). Lorsqu'il n'y a qu'un consort simple défendeur inscrit au registre du commerce, il est seul à pouvoir être attaqué devant le tribunal de commerce, la compétence de ce tribunal étant régie par le droit fédéral. Le cumul subjectif est donc exclu dans cette hypothèse¹⁰. Les autres défendeurs doivent être attirés devant le juge ordinaire. Le droit cantonal peut le cas échéant autoriser dans cette hypothèse un cumul subjectif devant un autre tribunal spécialisé ou devant le tribunal ordinaire¹¹. Si tel est le cas, l'ensemble des consorts passifs sera donc attiré devant le même tribunal, qui ne sera cependant pas le tribunal de commerce.
 - Seules les procédures sommaire¹² et ordinaire (art. 243 al. 3 CPC) s'appliquent devant le tribunal de commerce. Celui-ci n'est

⁶ ATF 139 III 67, consid. 1.2.

⁷ Ce demandeur peut être un consommateur, travailleur ou locataire : ATF 138 III 694.

⁸ ATF 139 III 67, consid. 1.2.

⁹ ATF 138 III 471, consid. 4.

¹⁰ ATF 138 III 471, consid. 4.

¹¹ ATF 138 III 471, consid. 4 ; TF 4A_239/2013 du 9 septembre 2013.

¹² TF 4A_480/2013 du 10 février 2014, consid. 3 non reproduit à l'ATF 140 III 155.

toutefois pas la juridiction compétente dans les cas où le litige est commercial au sens de l'art. 6 al. 2 CPC mais que la *procédure simplifiée* s'applique en matière de bail (art. 243 al. 2 let. c), celle-ci visant à protéger la partie faible¹³. A notre avis, le même raisonnement vaut pour les autres causes visées par l'art. 243 al. 2 CPC.

- La compétence résultant de l'art. 6 CPC *ne peut être limitée que par d'autres dispositions du droit fédéral* (consortité simple ; procédure simplifiée). Hormis ces cas, le droit cantonal ne peut pas donner une compétence alternative à un autre tribunal spécialisé (en l'occurrence le tribunal des baux) lorsque la cause entre dans le champ d'application de l'art. 6 CPC et que le droit cantonal a institué un tribunal de commerce¹⁴.
- Le tribunal de commerce est compétent en matière d'inscription à titre provisoire d'une *hypothèque légale des artisans et entrepreneurs* lorsque les conditions générales de l'art. 6 CPC sont remplies¹⁵. Il s'agit en effet d'une mesure provisionnelle au sens de l'art. 6 al. 5 CPC. Par ailleurs, un litige qui porte sur l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est de nature commerciale¹⁶.

B. Le for

1. Siège du défendeur et autres rattachements

12. Aux termes de l'art. 30 al. 2, 1^{ère} phr. Cst., la personne qui fait l'objet d'une action civile a droit à ce que sa cause soit portée devant le *tribunal de son domicile*. Il s'agit du siège pour les personnes morales¹⁷. Ce for est consacré par l'art. 10 al. 1 let. b CPC.

¹³ ATF 139 III 457 consid. 4. Sur cet arrêt, voir BOHNET, La procédure simplifiée, arbitre de la compétence respective du tribunal de commerce et du tribunal des baux, Newsletter Bail.ch, décembre 2013.

¹⁴ TF 4A_480/2013 du 10 février 2014, consid 3 non reproduit à l'ATF 140 III 155.

¹⁵ ATF 137 III 563.

¹⁶ ATF 138 III 471, consid. 4.

¹⁷ AUBERT/MAHON, Petit commentaire de la constitution, Zurich 2003, art. 30

13. L'art. 30 al. 2, 2^e phr. Cst. précise que la loi peut prévoir un *autre for*. Le CPC en énumère de nombreux. Dans le domaine *contractuel*, sous réserve des règles en matière de bail immobilier (art. 33 CPC), de droit du travail (art. 34 CPC) et de consommation courante (art. 32 CPC), le for est alternativement au lieu où la prestation caractéristique doit être exécutée ou au domicile ou au siège du défendeur (art. 31 CPC, for dispositif). En matière de *droit des sociétés*, quelques fors spéciaux sont prévus sur quelques points seulement (actions en responsabilité fondées sur le droit des sociétés, art. 40 CPC ; actions en suspension de l'exercice du droit de vote selon la loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, art. 41 CPC ; actions relevant de la loi sur la fusion, art. 42 CPC), tout comme en droit des *papier-valeurs* (annulation de papiers-valeurs et de polices d'assurance et interdiction de payer, art. 43 CPC ; convocation de l'assemblée des créanciers en cas d'emprunt par obligations, art. 44 CPC ; actions intentées par les investisseurs ou par le représentant de la communauté des investisseurs d'un fonds de placement, art. 45 CPC).

2. Etablissement et succursale

14. Lorsqu'une entreprise suisse, exploitée en raison individuelle, par une société commerciale de personne ou par une personne morale, déploie certaines activités commerciales ou professionnelles par un établissement (*geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung*) ou une succursale (*Zweigniederlassung*) en Suisse, elle peut, alternativement avec le for de son domicile ou de son siège, être attaquée au lieu dudit établissement ou de la succursale (art. 12 CPC).
15. L'art. 12 CPC n'est pas qu'une alternative à l'art. 10 CPC. Dès l'instant où le for du domicile ou du siège du défendeur est mentionné aux sections 2-8 (*fors spéciaux*), il entre en considération¹⁸. Ainsi, en cas de prétention contractuelle résultant de l'activité commerciale d'un établissement ou d'une succursale, l'entreprise ou la personne morale

N 10.

¹⁸ ATF 129 III 31, JdT 2004 I 364 ; BK ZPO-BERGER, art. 12 N 3.

peut être attaquée (mais non pas attaquer¹⁹) au lieu de l'établissement ou de la succursale (art. 12 et 31 CPC). Il en va de même si la prétention est de nature délictuelle (art. 36 CPC) ou tirée de l'enrichissement illégitime (art. 10 CPC)²⁰.

16. Le for au lieu où se trouvent les établissements professionnels ou commerciaux des personnes physiques ou de sociétés en nom collectif ou en commandite avait été repris du droit cantonal par la LFors et désormais par le CPC. Le for du lieu où se trouvent des succursales de sociétés commerciales et de sociétés coopératives est issu du droit fédéral antérieur à la LFors (art. 642 al. 3 aCO, 782 al. 3 aCO et 837 al. 3 aCO)²¹.
17. L'art. 12 CPC vise les établissements au sens large (*Niederlassung* selon la note marginale du texte allemand), qu'il s'agisse d'un établissement professionnel ou commercial (*geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung*) ou d'une succursale (*Zweigniederlassung*). Il peut s'agir d'un établissement principal (*Hauptniederlassung*) ou secondaire (*Zweigbetrieb*), tant qu'il remplit les conditions décrites ci-après. L'établissement professionnel vise par exemple les cabinets d'indépendants (médecin, avocat, notaire, architecte, teneur), l'établissement commercial toutes les sortes d'entreprise²².
18. Les établissements peuvent être exploités tant par des personnes physiques, que des sociétés commerciales de personnes, des personnes morales ou des entités de droit public²³. Contrairement à ce que laisse entendre le Message LFors²⁴, non seulement une succursale, mais aussi un établissement professionnel ou commercial d'une personne morale crée un for au lieu d'exploitation à certaines conditions. L'établissement suppose une *certaine autonomie*, sans atteindre cependant pour

¹⁹ BK ZPO-BERGER, art. 12 N 7.

²⁰ BK ZPO-BERGER, art. 12 N 32.

²¹ Message LFors, FF 1999 2608 ; BOHNET, Procédure civile, 2^e éd., Neuchâtel et Bâle 2014, N 249 s.

²² ATF 30 I 662, consid. 3 : établissement agricole.

²³ BK ZPO-BERGER, art. 15 N 17 ; ZK ZPO-FELLER/BLOCH art. 12 N 8.

²⁴ Message LFors, FF 1999 2608.

l'établissement secondaire les exigences de la succursale²⁵, et des installations ou des aménagements matériels fixes au moyen desquels l'entreprise déploie une part importante de son activité technique ou commerciale, du point de vue qualitatif ou quantitatif. Tel n'est pas le cas d'un stand dans une foire ou d'un chantier²⁶, mais bien en revanche généralement d'un magasin²⁷ ou d'un commerce²⁸, s'il dispose de l'autonomie requise²⁹. Une inscription au registre du commerce n'est pas nécessaire³⁰.

19. Si une entité est inscrite comme *succursale* alors que les conditions légales ne sont pas remplies, le for de l'art. 12 CPC est cependant ouvert, compte tenu de l'apparence créée par l'inscription³¹.
20. Il faut également admettre que l'*apparence d'un établissement ou d'une succursale* suffit à fonder un for au lieu où l'activité est déployée, ce en vertu du principe de la confiance (art. 2 CC)³². Une telle apparence existe lorsque le comportement de l'entreprise laisse entendre qu'elle exerce une activité durable au lieu en question, que cette entité jouit d'une certaine autonomie et qu'elle dispose d'installations ou d'aménagements matériels fixes au moyen desquels l'entreprise déploie une part importante de son activité technique ou commerciale, du point

²⁵ ATF 101 Ia 39, consid. 1, JdT 1975 I 344 : « Une succursale au sens de l'art. 642 CO n'est pas nécessaire » ; 77 I 121, JdT 1952 I 209 ; BK ZPO-BERGER, art. 15 N 17 ; ZK ZPO-FELLER/BLOCH art. 12 N 11 ; ZK-MÜLLER, art. 5 GestG N 23 ; DONZALLAZ, art. 5 LFors, N 33.

²⁶ BK ZPO-BERGER, art. 15 N 16 ; ZK ZPO-FELLER/BLOCH art. 12 N 6 : sauf installations fixes de très longue durée.

²⁷ ATF 30 I 657 : magasin d'épicerie fine et de produits coloniaux ; 50 I 121 : pressing.

²⁸ ATF 77 I 121, JdT 1952 I 209.

²⁹ ATF 129 III 31, JdT 2004 I 364 : tel n'est pas le cas de points de vente d'articles de sport d'une entreprise individuelle, tous gérés depuis son établissement principal.

³⁰ Message LFors, FF 1999 2608 n. 38 ; BK ZPOBK-ZPO-BERGER, art. 15 N 16.

³¹ BK ZPO-BERGER, art. 12 N 27 qui renvoie pertinemment aux arrêts 62 I 14, consid. 3 et 68 III 146, consid. 2. *Contra* : ZK-MÜLLER, art. 5 GestG N 23 ; DONZALLAZ, art. 5 LFors, N 33.

³² ATF 101 Ia 39, JdT 1975 I 344 ; BK ZPO-BERGER, art. 12 N 17, 19, 26 ; ZK ZPO-FELLER/BLOCH art. 12 N 16.

de vue qualitatif ou quantitatif. Ce n'est pas le cas en revanche si une entreprise mentionne uniquement une adresse ne correspondant pas effectivement à son lieu d'exploitation³³.

III. Représentation

A. *Droit matériel*

21. Le droit suisse des sociétés connaît deux types fondamentaux d'organisations, avec des règles différentes pour chacune d'elle. Il s'agit des *collectivités*, dénuées de la personnalité juridique, et des *personnes morales de droit privé*, comprenant les *corporations* et les *fondations*, qui ont une existence propre³⁴. De cette distinction fondamentale découle un régime de représentation différent, qui tient à l'existence ou non d'une entité disposant comme telle de la jouissance et de l'exercice des droits civils.
22. A côté de ces deux subdivisions, la vie économique suisse connaît encore un autre type de forme commerciale qui n'entre formellement pas dans l'une de ces catégories, à savoir l'*entreprise individuelle*, dont le régime est cependant proche de celui de la collectivité.
23. Le mode de représentation de ces quatre types d'organisation est brièvement présenté sous l'angle matériel, avant que le volet de la représentation en justice ne soit abordé.

1. Types d'organisation

a. *Entreprise individuelle*

24. L'entreprise individuelle ne fait pas l'objet d'une réglementation spéciale dans le Code des obligations³⁵. Elle est parfois évoquée, par exemple aux art. 181 al. 4, 934, 945 et 957 CO, sans que ces

³³ ATF 62 I 14, consid. 3, JdT 1936 I 506, avec des réf. à la jurisprudence allemande.

³⁴ RUEDIN, Droit des sociétés, 2^e éd., Berne 2007, N 690.

³⁵ MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11^e éd., Berne 2012, p. 793.

dispositions légales ne nous renseignent plus avant sur le régime de la représentation. Rien de surprenant, puisque l'entreprise individuelle n'est pas une entité juridiquement distincte de la personne de son titulaire³⁶. Celui-ci exerce en effet une activité commerciale ou industrielle en son propre nom et sous sa propre responsabilité, qui est directe et illimitée³⁷. Partant, il est également seul à détenir le pouvoir sur l'entreprise et choisit ainsi la cessation ou la continuation de l'exploitation, l'engagement de collaborateur, la définition de la stratégie et les investissements³⁸. Le titulaire représente ainsi seul l'entreprise individuelle³⁹.

25. Il peut également, nommer des directeurs, qui sont alors au bénéfice de pouvoirs de représentation sans limite, à moins que des règles particulières n'aient été fixées, relativement à la collectivité des signatures ou à des types d'affaires particuliers⁴⁰. De même, le titulaire peut désigner des voyageurs de commerce (art. 347 ss CO) ou des fondés de procuration et autres mandataires commerciaux (art. 458 ss CO), dont les pouvoirs sont définis par les règles légales⁴¹. Enfin, les règles générales de la représentation des art. 32 ss CO sont, en l'absence de disposition légale contraire, également applicables⁴².
26. On précise que ces pouvoirs de signature peuvent ressortir du registre du commerce lorsque l'entreprise individuelle y est inscrite. C'est obligatoirement le cas lorsqu'elle atteint un chiffre d'affaire annuel de CHF 100'000.- (art. 36 al. 1 ORC) ou qu'elle exerce des activités dans les domaines de commission, d'agence, de courtage, de fiduciaire ou de gérance (art. 36 al. 3 ORC)⁴³. Elle peut également s'inscrire sur une base

³⁶ RUEDIN (n. 34), N 310, N 371 ; SIMONEK (et al.), Unternehmensrecht I, Gründung und Aufbau, Sanierung und Liquidation, 2^e éd. Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 21.

³⁷ MONTAVON, Abrégé de droit commercial, 5^e éd., Lausanne 2011, p. 93.

³⁸ RUEDIN (n. 34), N 305.

³⁹ RUEDIN (n. 34), N 377.

⁴⁰ MONTAVON (n. 37), p. 93.

⁴¹ RIHAR, Das Einzelunternehmen im Schweizer Privatrecht, Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 114 ss, à laquelle on renvoie pour plus de développements.

⁴² RIHAR (n. 41), p. 114 ; RUEDIN (n. 34), N 378.

⁴³ MONTAVON (n. 37), p. 94.

volontaire (art. 36 al. 4 ORC). Les tiers de bonne foi peuvent alors s'y fier (art. 933 CO)⁴⁴ et l'inscription constitue un fait notoire n'ayant pas besoin d'être allégué ni prouvé⁴⁵.

b. Collectivité

27. Les collectivités sont des formes de société dépourvues de la personnalité juridique⁴⁶ et donc de la jouissance des droits civils⁴⁷. Il s'agit d'un groupement de personnes titulaires ensemble d'un seul et même droit portant sur la société. Ce n'est ainsi pas la collectivité qui est titulaire de droits et d'obligations, mais le groupement de personnes qui la compose, de manière collective⁴⁸. Il s'agit de la société simple (art. 530 ss CO), de la société en nom collectif (art. 552 ss CO) et de la société en commandite (art. 594 ss CO)⁴⁹, bien que les deux dernières nommées peuvent se prévaloir d'une « quasi-personnalité » juridique⁵⁰.
28. S'agissant de la représentation et, plus généralement, de la définition et des règles régissant la collectivité, il n'existe pas de corps de dispositions légales particulières, au contraire de ce que l'on rencontre pour la personne morale (art. 52 ss CC)⁵¹. Les art. 646 à 654a CC contiennent toutefois un certain nombre de règles qui traitent des deux formes de collectivités, soit la copropriété et la communauté⁵². Il faut dès lors se rapporter aux règles spéciales des sociétés collectives afin d'en déterminer le mode de représentation, même si l'on peut tirer un

⁴⁴ ATF 138 III 294, consid. 2.2, non reproduit au recueil officiel, *in* : RSPC 2012 299.

⁴⁵ TF 4A_261/2013 du 1^{er} octobre 2013, consid. 4.3, *in* : RSPC 2014 34.

⁴⁶ RUEDIN (n. 34), N 729.

⁴⁷ MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 64.

⁴⁸ RUEDIN (n. 34), N 753.

⁴⁹ RUEDIN (n. 34), N 788 ; MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 61.

⁵⁰ MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 65, qui répertorient les différentes terminologies utilisées pour définir la SNC et la SC, tout en confirmant qu'elles ne disposent pas de la personnalité juridique mais qu'elles sont traitées, dans certains domaines comme si tel était le cas.

⁵¹ MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 64.

⁵² *Ibidem*.

trait commun entre elles s'agissant du pouvoir de gestion et de représentation, en ce que ceux-ci s'exercent selon le principe de l'organisation endogène (*Selbstorganschaft*), qui attribue à chaque associé ces qualités⁵³.

29. Pour la société simple⁵⁴, il faut se référer à l'art. 543 CC, qui précise que lorsqu'un associé traite avec un tiers mais en son nom personnel, il est seul engagé avec celui-ci (al. 1). Pour que les autres associés deviennent eux aussi créanciers ou débiteurs dans une telle situation, il faut que les règles générales de la représentation (art. 32 ss CO) soient respectées (al. 2). Enfin, les tiers de bonne foi sont protégés puisqu'une présomption irréfragable est instaurée à l'art. 543 al. 3 CO, selon laquelle l'associé qui bénéficie du droit de gestion en vertu des règles internes dispose également du pouvoir de représentation⁵⁵. Il va par ailleurs de soi que la société simple et, partant, ses membres, sont engagés si tous prennent ensemble des engagements vis-à-vis de tiers⁵⁶.
30. Comme mentionné *supra* (N 27), la société en nom collectif bénéficie du statut de quasi-personne morale, exprimé par l'art. 562 CO, selon lequel « la société peut, sous sa raison sociale, acquérir des droits et s'engager, actionner et être actionnée en justice ». Cette disposition n'indique cependant rien quant à la manière de représenter la société, ce pour quoi il faut se rapporter à l'art. 563 CO, selon lequel les tiers de bonne foi peuvent, en l'absence d'indication contraire, estimer que chaque associé a le pouvoir de représenter la société. On est proche du système prévu pour les corporations, selon lequel la société s'engage par le biais de ses organes (art. 55 al. 1 CC, cf. *infra* N 33 ss)⁵⁷.
31. La société en commandite connaît le même régime de représentation que la société en nom collectif (art. 603 CO), avec la précision que seuls

⁵³ RUEDIN (n. 34), N 786.

⁵⁴ Pour tout le paragraphe, cf. MONTAVON (n. 37), p. 135.

⁵⁵ TF 4A_12/2012 du 10 juillet 2012, consid. 2 et 3 *in*: RSPC 2012 469 pour un exemple avec deux associés d'une société simple dont l'un seulement a signé un bail en utilisant toutefois dans ses relations avec le propriétaire un papier à en-tête au nom des deux associés.

⁵⁶ CR CO II-CHAIX, art. 543 N 1.

⁵⁷ CR CO II-RECORDON, art. 563 N 2.

les associés indéfiniment responsables sont concernés par cette disposition. Les commanditaires peuvent toutefois se voir octroyer un pouvoir de représentation en tant que fondé de procuration ou mandataire commercial (art. 605 CO)⁵⁸.

c. Personne morale

aa. Corporation

32. Les corporations sont les formes de société qui sont indépendantes de leurs associés⁵⁹ et, en tant que telles, disposent de leur propre personnalité⁶⁰. Il s'agit de la société anonyme (art. 620 ss CO), de la société en commandite par actions (art. 764 ss CO), de la société à responsabilité limitée (art. 772 ss CO), de la société coopérative (art. 828 ss CO) et de l'association (art. 60 ss CC)⁶¹.
33. Tout comme les personnes physiques, les personnes morales disposent de la jouissance et de l'exercice des droits civils⁶². Cet exercice se manifeste au travers des organes de la société (art. 54 CC), qui la représentent dans ses relations avec les tiers, ainsi que le prévoit l'art. 55 al. 1 CC⁶³.
34. L'organe « forme et exprime directement la volonté de la société et l'engage directement »⁶⁴, alors que les actes effectués par les fondés de procuration ou les mandataires commerciaux le sont en fonction de pouvoirs de représentation et sur la base d'instructions⁶⁵. Ceux-ci ne sont ainsi pas des organes⁶⁶.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ RUEDIN (n. 34), N 737.

⁶⁰ MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 47.

⁶¹ RUEDIN (n. 34), N 788 ; MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 61.

⁶² RUEDIN (n. 34), N 691 s.

⁶³ ATF 112 II 172, consid. II/2c, JdT 1986 I 574.

⁶⁴ RUEDIN (n. 34), N 711 ; EGGER, Die Stellung der Organe im Zivilprozess, Thèse, Saint-Gall 2014, N 32.

⁶⁵ MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 53 ; EGGER (n. 64), N 32.

⁶⁶ WYTENBACH, Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher

35. La *notion d'organe* contenue aux art. 54 et 55 al. 1 CC doit se comprendre dans son acception étroite, en ce sens qu'elle regroupe les personnes physiques qui sont responsables de la gestion et de la représentation de la société, que ce soit de par la loi ou en vertu d'une délégation de compétence, et non tous les organes de celle-ci⁶⁷. Il s'agit donc du pouvoir exécutif (*Executivorgane*), à l'exclusion de l'autorité « législative » ou de l'organe de contrôle⁶⁸. Ainsi, dans le contexte de la société anonyme, l'organe au sens des art. 54 et 55 al. 1 CC est le *conseil d'administration* (art. 707 ss CO), à l'exclusion de l'assemblée générale (art. 698 ss CO) et de l'organe de révision (art. 727 ss CO). Le conseil d'administration, par le biais de son règlement d'organisation, et si cette possibilité est prévue par les statuts, peut déléguer tout ou partie de la gestion à l'un ou à plusieurs de ses membres ou à des tiers (art. 716b CO ; dans ce dernier cas, il s'agit alors d'un *organe formel statutaire* ne nécessitant aucune procuration⁶⁹). Il en va de même s'agissant de la représentation (art. 718 CO). On pense en particulier au *directeur* inscrit au registre du commerce (art. 718 al. 2 CO)⁷⁰.
36. Enfin, peut être considéré comme organe, sans qu'elle ne revête ce statut formellement, toute personne qui participe effectivement et qui a un impact décisif sur la définition de la volonté sociale⁷¹. L'on est alors en présence d'un *organe de fait*, que le Tribunal fédéral définit comme suit : « Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité incombe donc non seulement aux membres du conseil d'administration, mais aussi aux organes de fait, c'est-à-dire à toutes les personnes qui s'occupent de la

Organbegriff ?, thèse, Bâle 2010, p. 155 *in limine*.

⁶⁷ MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 54 ; EGGER (n. 64), N 32.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ CR CC-XOUDIS, art. 54/55 N 23 ; OTTOMANN, Die Aktiengesellschaft als Partei im Schweizerischen Zivilprozess, Thèse, Zurich 1976, p. 64 s.

⁷⁰ FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11^e éd., Berne 2012, p. 54 ; WYTTENBACH (n. 66), p. 154 qualifie les directeurs d'organe matériel, en ce sens que leur poste ne découle pas directement de la loi, mais nécessite une autorisation statutaire et un règlement d'organisation.

⁷¹ RUEDIN (n. 34), N 716 ss ; MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), p. 54 s.

gestion ou de la liquidation de la société, à savoir celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante. Dans cette dernière éventualité, il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, en d'autres termes qu'elle ait exercé effectivement une influence sur la marche des affaires de la société. »⁷².

37. Toutes les personnes morales, à l'exception de l'association, ont l'obligation de s'inscrire au registre du commerce (pour la SA, art. 640 CO ; pour la SCA, art. 764 al. CO, qui renvoie aux règles de la SA ; pour la Sàrl, art. 779 CO ; pour la Scoop, art. 838 CO). La qualité d'organe, de délégué ou de représentant d'une société est ainsi reconnaissable pour les tiers.
38. L'inscription au registre du commerce des associations est facultative (art. 61 al. 1 CC), à moins que celles-ci ne doivent, pour atteindre leur but, exercer une industrie en la forme commerciale ou qu'elles soient soumises à l'obligation de faire réviser leurs comptes (art. 61 al. 2 CC).
39. Rappelons que les actes des fondateurs fait au nom de la société en fondation lient celle-ci une fois sa création effective (art. 645 CO). Une société en formation peut être partie à un procès si l'objet de celui-ci a trait à son existence. Encore faut-il que la société démontre qu'elle a effectivement déposé une réquisition d'inscription au RC et qu'elle y soit finalement inscrite. Le juge délégué de la Cour d'appel civile vaudoise a nié que de telles conditions étaient remplies en présence d'une société anonyme en formation depuis de nombreuses années qui n'avait produit dans la procédure ni la réquisition d'inscription, ni l'acte constitutif authentique ni les statuts de la société⁷³.

⁷² ATF 132 III 523, consid. 4.5 ; pour une définition plus complète de la notion d'organe de fait, cf. EGGER (n. 64), N 42 ss et WYTTENBACH (n. 66), pp. 239 ss.

⁷³ Juge délégué de la CACI VD, arrêt HC / 2012 / 617 du 2 octobre 2012, consid. 3.

bb. Fondation

40. La fondation est la seule forme juridique de droit privé qui est dotée de la personnalité juridique sans pour autant être une corporation⁷⁴ ; il s'agit du seul établissement de droit privé fédéral⁷⁵. Il en existe plusieurs formes, qui sont dotées de la personnalité juridique, soit l'ordinaire ou la classique, la fondation de famille (art. 87 et 335 CC), l'ecclésiastique (art. 87 CC) ou de prévoyance en faveur du personnel (art. 89a CC). Elle peut être à but économique (lorsque les bénéficiaires sont déterminés dans l'acte de fondation) et/ou avoir un caractère d'entreprise (lorsque la fondation développe une activité commerciale afin d'atteindre son but)⁷⁶. Il en existe également qui sont dénuées de la personnalité juridique ; il s'agit alors de fondations dites dépendantes ou fiduciaires, qui se concrétisent par une « masse de bien dépourvue de la personnalité morale et affectée à la poursuite d'un but déterminé »⁷⁷. Le droit de la fondation s'applique à celles-ci à titre analogique⁷⁸.
41. La loi ne définit pas les organes de la fondation, l'art. 83 CC précisant simplement que l'acte de fondation indique les organes de celle-ci et son mode d'administration. L'organe supérieur de la fondation, souvent appelé conseil de fondation, mais aussi et notamment comité, administration, présidence, curateur ou conseil exécutif⁷⁹, la représente (art. 55 CC)⁸⁰ et s'occupe de son administration⁸¹. La réglementation des droits de signature fait également partie des attributions de l'organe supérieur de la fondation et c'est donc lui qui désignera les personnes chargées de la représenter à l'extérieur, en précisant le mode de

⁷⁴ MADÖRIN, *Vereine und Stiftungen*, vol. 2, Berne 2008, p. 93.

⁷⁵ CR CC I-PARISMA, art. 80 N 1.

⁷⁶ CR CC I-PARISMA, art. 80 N 12 ss ; MADÖRIN (n. 74), pp. 94 ss.

⁷⁷ CR CC I-PARISMA, Intro. art. 80-89^{bis} (sic), N 18.

⁷⁸ BSK ZGB I-GRÜNINGER, art. 80 N 1.

⁷⁹ RIEMER, *Stämpflis Handkommentar*, art. 83 ZGB, N 6 ; CR CC I-PARISMA, art. 83 N 6 ; BSK ZGB I-GRÜNINGER, art. 83 N 4.

⁸⁰ CR CC I-PARISMA, art. 83 N 16 ; MADÖRIN (n. 74), p. 109 ; BSK ZGB I-GRÜNINGER, art. 83 N 9 et 10a.

⁸¹ MADÖRIN (n. 74), p. 109.

signature (individuelle ou collective) et en nommant d'éventuels fondés de procuration ou mandataires commerciaux⁸².

42. Selon l'art. 52 al. 1 CC, l'inscription au registre du commerce est constitutive de la personnalité morale⁸³. Aussi, les fondations dites classiques ou ordinaires doivent s'y inscrire afin d'exister, ce qui permet de contrôler les pouvoirs de représentation de la fondation. L'art. 52 al. 2 CC précise que les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques ne sont pas tenues de s'y inscrire, ce qu'elles peuvent néanmoins faire sur une base volontaire⁸⁴.
43. Enfin, tout comme pour la société anonyme, les actes accomplis par les fondateurs au nom de la fondation avant son inscription au registre du commerce lient celle-ci dès sa naissance (*supra* N 39)⁸⁵.

2. Représentation

a. « Représentation » par les organes

44. On l'a vu, les personnes morales sont représentées par leurs organes (membre du conseil d'administration ; directeur ; organe de fait ; cf. *supra*, N 33 ss et 41). En fait de représentation, il s'agit plutôt de l'*expression de la volonté* de la personne morale directement par les organes, qu'il ne faut ainsi pas confondre avec les délégations de pouvoirs à des tiers qui ne sont pas organes, selon les règles spécifiques pour les fondés de procuration et les mandataires commerciaux et les règles générales sur la représentation (*infra* N 50 ss)⁸⁶.
45. Les personnes morales peuvent se doter de règles régissant la manière d'exercer leur volonté, en imposant, dans leurs rapports externes, des

⁸² *Idem*, p. 110 ; BSK ZGB I-GRÜNINGER, art. 83 N 11.

⁸³ CR CC I-PARISMA, art. 81 N 23.

⁸⁴ *Ibidem*, qui ajoute que les fondations de ces deux types sont néanmoins tenues de s'inscrire lorsque les conditions de 934 al. 1 CO sont réunies ou qu'elles désirent transférer leur patrimoine selon les art. 86 s. LFus.

⁸⁵ ATF 81 II 577, JdT 1956 I 455.

⁸⁶ MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER (n. 35), pp. 53 et 55 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 7 ; MONTAVON (n. 37), p. 86.

restrictions liées à la collectivité des signatures⁸⁷, en limitant le pouvoir de représentation à l'établissement principal ou à la succursale⁸⁸ (art. 718a al. 2 CO) ou en retirant à certains membres de son organe de gestion et de représentation le pouvoir de signature⁸⁹ (art. 718 al. 1 et 2 CO).

46. Lorsque la personne morale décide de n'être engagée que par des signatures collectives, le nombre de celles-ci n'est limité que par l'art. 20 al. 1 CO. Il est également possible de prévoir que la personne morale ne sera engagée qu'en présence de certaines combinaisons de signatures, soit par exemple celle d'un directeur et d'un administrateur mais non de deux directeurs⁹⁰.
47. La délégation du pouvoir de représenter la personne morale, qui permet notamment de supprimer le droit de signature de certains organes, ne peut être envisagée que si les statuts ou le règlement d'organisation le prévoient (art. 718 al. 1 CO). Le délégataire peut être un ou plusieurs membres du conseil d'administration, appelé administrateur délégué⁹¹ ou un tiers, nommé directeur⁹².
48. Ces différentes limites doivent être inscrites au registre du commerce⁹³ afin que la personne morale puisse s'en prévaloir (art. 933 CO)⁹⁴.
49. A noter que lorsque la personne morale est en faillite, les organes perdent leur pouvoir de représentation au profit de l'administration de la masse (art. 740 al. 5 C)⁹⁵.

⁸⁷ RUEDIN (n. 34), N 727 ; art. 718a al. 2 CO pour la SA ; art. 765 CO pour la SCA ; art. 814 al. 2 CO et 814 al. 4 CO qui renvoie aux dispositions de la SA pour la Sàrl ; art. 889 al. 1 et 2 CO pour la Scoop.

⁸⁸ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718a N 18 ss.

⁸⁹ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 11.

⁹⁰ CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 22 s.

⁹¹ A ce propos, cf. CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 12 à 17.

⁹² A ce propos, cf. CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 718 N 18 à 23.

⁹³ Art. 45 al. 1 let. o et n ORC pour la société anonyme ; art. 68 al. 1 let. o et n CO pour la SCA ; art. 73 al. 1 let. p et q CO pour la Sàrl ; art. 87 al. 1 let. k et l CO pour la Scoop.

⁹⁴ ATF 138 III 294, consid. 2.2 non reproduit au recueil officiel, *in* : RSPC 2012 299 avec note de BOHNET ; EGGGER (n. 64), N 117 s.

b. « Représentation » par un tiers

50. Les différentes formes d'organisation commerciale (entreprise individuelle, collectivité, fondation et corporation) peuvent également se faire représenter dans leurs relations avec l'extérieur par des représentants commerciaux, soit des fondés de procurations (art. 458 à 461 CO) ou des autres mandataires commerciaux (art. 462 à 465 CO). Ils se différencient des organes de la société en ce qu'ils n'incarnent pas celle-ci, mais la représentent (*supra* N 44).
51. L'étendue des pouvoirs de représentation d'un *fondé de procuration* est déterminée à l'art. 459 CO qui prévoit que celui-ci a la faculté de souscrire des engagements de change pour le chef de la maison et de faire, au nom de celui-ci, tous les actes que comporte le but du commerce ou de l'entreprise (al. 1). L'alinéa 2 limite toutefois le champ d'activité en précisant que le fondé de procuration ne peut aliéner ou grever des immeubles que s'il en a reçu le pouvoir expresse. Enfin, l'art. 460 al. 1 et 2 CO donne la faculté aux chefs de maison de restreindre le pouvoir de représentation aux affaires d'une succursale ou d'imposer des signatures collectives⁹⁶.
52. Plus particulièrement, le fondé de procuration peut recevoir des actes de poursuite (art. 65 al. 1 ch. 2 LP)⁹⁷, mais également conduire un procès⁹⁸. Les fondés de procuration sont inscrits au registre du commerce ; cette inscription a une portée déclarative lorsque le représenté exerce en la forme commerciale (art. 458 al. 1 et 2 CO) et une portée constitutive lorsque tel n'est pas le cas (art. 458 al. 3 CO).

⁹⁵ TF 4A_150/2013 du 11 février 2013, *in* : RSPC 2014 208.

⁹⁶ MONTAVON (n. 37), p. 88.

⁹⁷ ATF 121 III 16, consid. 3 b et d, JdT 1997 II 103.

⁹⁸ ATF 69 III 33, JdT 1944 II 6 (10) : « On pourrait considérer en premier lieu comme une procuration générale suffisante, au sens de l'art. 66 al. 1 LP, celle qui appartient au fondé de procuration lequel est réputé, à l'égard des tiers, avoir la faculté de conduire un procès (art. 459, par opposition à l'art. 462 CO) » ; CR CO I-CHAPPUIS, art. 459 N3 *in fine*, qui précise qu'un fondé de pouvoir n'a nul besoin de procuration expresse pour intenter un procès ou transiger, à l'inverse du mandataire contractuel (art. 396 al. 2 CO).

53. Les autres mandataires commerciaux ne disposent pas de pouvoirs de représentation aussi larges que les fondés de procuration⁹⁹. Leurs pouvoirs sont soit généraux, soit délimités à certaines opérations particulières (art. 462 al. 1 CO). Le pouvoir de représentation général est toutefois limité par l'art. 462 al. 2 CO, qui impose la présence d'une procuration spéciale pour que le mandataire commercial puisse souscrire des engagements de change, emprunter ou plaider. Cette procuration pour être émise en la forme écrite ou orale mais non tacite et doit être communiquée¹⁰⁰. S'agissant de la matière qui nous intéresse, cette restriction signifie que le mandataire commercial ne peut, sans pouvoirs exprès, ni actionner, ni défendre¹⁰¹.
54. Dans la mesure où les pouvoirs du mandataire commercial varient en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce, une inscription au registre du commerce n'est pas envisageable¹⁰².
55. Nous précisons à ce stade que nous considérons que les pouvoirs de représentation octroyés par le droit matériel n'autorisent pas encore, en tant que tels, le représentant commercial à représenter en justice (cf. *infra*, N 82 ss).

B. Droit formel

1. Capacité d'être partie

56. L'art. 66 CPC est consacré à la capacité d'être partie, qui est reconnue à toute personne jouissant des droits civils ou disposant de la capacité d'être partie en vertu du droit fédéral. Les *personnes morales* (cf. *supra*, N 32 ss et N 40 ss) en disposent dès leur inscription au registre du commerce (art. 52 al. 1 CC *cum* art. 53 CC)¹⁰³.

⁹⁹ CR CO I-CHAPPUIS, art. 462 N 1.

¹⁰⁰ TF 4D_2/2013 du 1^{er} mai 2013, consid. 2.2.1, *in* : RSPC 2013 293.

¹⁰¹ CR CO I-CHAPPUIS, art. 462 N 14.

¹⁰² CR CO I-CHAPPUIS, art. 462 N 6.

¹⁰³ CPC-JEANDIN, art. 66 N 4 ; ZK ZPO-STAHELIN/SCHWEIZER, art. 66 N 9 ss ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 12.

57. La *société en nom collectif* et la *société en commandite*, même si elles ne disposent pas de la personnalité juridique, on l'a vu (cf. *supra*, N 27 et 30 s), sont tout de même habilitées à agir en leur propre nom en justice (cf. art. 562 et 602 CO). L'attribution de la qualité de partie résulte alors du droit fédéral (art. 66 CPC, seconde hypothèse)¹⁰⁴.
58. A côté de ces deux formes de société, on peut également citer, comme entités juridiques sans personnalité juridique auxquelles la loi accorde la qualité de partie, l'administration de la *masse en faillite* étrangère une fois que celle-ci a été reconnue en Suisse (art. 166 al. 1 LDIP)¹⁰⁵, les *caisses de chômage* (art. 79 LACI), les *commissions paritaires professionnelles* (art. 357b CO) ou encore la *PPE* dans le domaine patrimonial et lorsqu'il s'agit de faire respecter son règlement (art. 712l CC)¹⁰⁶.
59. La *société simple* ne disposant pas de la personnalité juridique et ne revêtant pas la qualité de partie en vertu du droit fédéral, n'a, en tant que telle, pas la capacité d'être partie¹⁰⁷ et tous ses membres doivent actionner ou être actionnés en commun. Nous sommes en présence d'un cas de consorité nécessaire¹⁰⁸. Le juge devra se fonder sur les allégués des parties afin de déterminer si tous les membres de la société simple ont agi. Ainsi, si le défendeur ne conteste pas les allégués de la société simple demanderesse sur ce point, la légitimation devra lui être reconnue, à moins que le cercle des associés ne ressortent d'un registre produit à l'audience, que le juge examinera alors d'office¹⁰⁹.

¹⁰⁴ CPC-JEANDIN, art. 66 N 7 ; ZK ZPO-STÄHELIN/SCHWEIZER, art. 66 N 18 ss.

¹⁰⁵ ATF 137 III 631, JdT 2012 II 451.

¹⁰⁶ ATF 114 II 239, JdT 1989 I 162 ; HALDY A., La capacité d'être partie, la capacité d'ester en justice et la représentation des parties, *in* : RSPC 2013 523, pp. 526 ss et les références citées.

¹⁰⁷ CPC-JEANDIN, art. 66 N 6.

¹⁰⁸ BSK ZPO-TENCHIO, art. 66 N 35 ss ; BK-FELLMANN/MÜLLER, art. 530 CO N 627.

¹⁰⁹ TF 4A_197/2012 du 30 juillet 2012, consid. 4, *in* : RSPC 2013 13, avec note de BOHNET.

2. Capacité d'ester

60. L'art. 67 CPC traite de la capacité d'ester en justice, pendant procédural de l'exercice des droits civils¹¹⁰. Le Tribunal fédéral la définit comme suit : « La capacité d'ester en justice (*Prozessfähigkeit*) est la faculté de mener soi-même le procès ou de désigner soi-même 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 comme partie dans un procès »¹¹¹.
61. Les *personnes morales* peuvent ester en justice par l'entremise de leurs organes dès que ceux-ci sont régulièrement constitués (art. 54 CC). Il en va de même pour les *sociétés en nom collectif* et en *commandite*, bien qu'elles ne jouissent pas des droits civils (cf. *supra*, N 27 et 30 s)¹¹².
62. La *société simple* ne disposant pas de la personnalité juridique, ses associés détiennent en main commune les créances et les dettes de la société et forment entre eux une consorité nécessaire (*supra*, N 59). Selon le Tribunal fédéral, « Il en résulte qu'ils ne peuvent faire valoir la créance que tous ensemble ; il s'agit là d'une question de droit matériel, et non de procédure. Si les associés n'agissent pas tous ensemble, ceux qui ont introduit l'action n'ont pas la légitimation active, ce qui doit entraîner le rejet de la demande, et non son irrecevabilité »¹¹³ (art. 70 al. 1 CPC). Des tempéraments à l'exigence d'agir en commun existent en cas d'urgence, de présence de tous les membres de la consorité des deux côtés de la barre ou de déclaration de l'un des consorts indiquant par avance qu'il se rallie aux actes qui seront effectués par les autres membres de la société simple et se soumet irrévocablement à l'issue du procès¹¹⁴.

¹¹⁰ ATF 132 I 1, consid. 3.1.

¹¹¹ TF 5A_329/2009 du 9 septembre 2010, consid. 2.1.

¹¹² JEANDIN, Parties au procès : Mouvement et (r)évolution, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 11.

¹¹³ ATF 137 III 455, consid. 3.5.

¹¹⁴ JEANDIN (n. 112), pp. 43 s. et les références citées.

3. Représentation conventionnelle en justice

63. L'art. 68 CPC traite de la représentation des parties en justice. Il postule tout d'abord à l'alinéa 1 la faculté, pour chaque titulaire de la capacité d'ester, de se faire représenter à tous les stades du procès, y compris en conciliation¹¹⁵, même s'il s'agit en principe d'assistance dans ce dernier cas (art. 204 al. 2 CPC)¹¹⁶.
64. Seule la représentation professionnelle est encadrée par le Code, à l'art. 68 al. 2 CPC. En revanche, il résulte de cet alinéa *a contrario* que les parties peuvent se faire librement représenter dans un cadre non professionnel (*nicht berufsmässige Vertretung*, également *gewillkürten Vertreter*)¹¹⁷, par ce que l'on peut appeler une *personne de confiance* et ce à tous les stades de la procédure (art. 68 al. 1 CPC)¹¹⁸.
65. La notion de *représentation professionnelle* n'a pas encore fait l'objet d'un arrêt du Tribunal fédéral. Un arrêt zurichois précise qu'un représentant qui indique en en-tête de la demande et à côté de sa signature en bas de la demande et du recours être un consultant juridique/gestionnaire en immobilier (*Rechtskonsulent Immobilienökonom*) ne peut prétendre être un ami du demandeur et agir à titre purement gratuit¹¹⁹.
66. TENCHIO¹²⁰ résume l'état de la doctrine à ce sujet, dont on peut tenter d'extraire une position commune, à savoir que l'activité, pour être qualifiée de professionnelle, doit contenir les différentes acceptions

¹¹⁵ CPC-BOHNET, art. 68 N 5.

¹¹⁶ CPC-BOHNET, art. 68 N 7.

¹¹⁷ BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 1 à 3 ; ZK ZPO-STAHELIN/SCHWEIZER, art. 68 N 3.

¹¹⁸ Cf. le Message CPC qui indique que « la représentation professionnelle est réservée [...] », FF 2006 6841, N 5.5.2 et le phrasé de l'art. 68 al. 2 CPC : « sont autorisés à représenter les parties *à titre professionnel* » ; pour des développements sur le caractère professionnel ou non de la représentation, cf. BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 6 ss ; pour une critique de l'opportunité de ce mode de représentation, cf. BOHNET, Procédure civile suisse : plaider pour un retour vers le futur, *in* : Le temps et le droit : recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008, Bâle 2008, pp. 1-15, pp. 11 ss.

¹¹⁹ ZH OGer [02.04.2013] RA 120014, consid. 7.

¹²⁰ BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 6 et les références citées.

suivantes, sans que chacune ne soit absolument indispensable dans chaque cas :

- 1) une répétition de l'activité à des intervalles relativement réguliers ;
- 2) contre rémunération ;
- 3) pour des tiers qui ne sont pas que des connaissances ;
- 4) sans que le représentant n'ait forcément besoin d'assumer des charges d'infrastructure.

67. A côté de ces qualités, on peut ajouter, sur la base de la jurisprudence zurichoise, que le représentant professionnel doit user d'un titre à caractère professionnel.
68. Faute de définition, le Code dresse à l'art. 68 al. 2 CPC, la liste exhaustive des personnes habilitées à représenter les parties en justice à titre professionnel. Le CPC restreint, pour certaines catégories de représentants professionnels, les facultés de représenter, que ce soit relativement au type de procédure (sommaire ou simplifiée uniquement) ou au stade de la procédure (uniquement en conciliation).
69. Précisons toutefois que l'avocat autorisé à pratiquer la représentation en justice est à même de représenter une partie à tous les stades de la procédure et ce, quel que soit son type (l'art. 68 al. 2 let. a CPC ne contient aucune restriction)¹²¹. La loi ne mentionne nullement les avocats-stagiaires¹²². Il faut toutefois admettre que ceux-ci sont également habilités à représenter en justice, pour autant que le droit cantonal le prévoit, dans la mesure où cette solution respectueuse de l'autonomie des cantons a été présentée par le rapporteur de la Commission du Conseil national et n'a fait l'objet d'aucun débat dans les deux Chambres¹²³.
70. Enfin, les représentants en justice doivent être en mesure de justifier de leurs pouvoirs au moyen d'une *procuratio* (art. 68 al. 3 CPC), étant

¹²¹ BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 8.

¹²² *Idem*, N 9.

¹²³ BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 951 et les références citées.

précisé qu'une copie est suffisante en l'absence de doute sur la légitimité de la signature¹²⁴. Il en va de même pour les mandataires commerciaux qui ont été spécialement habilités à plaider (art. 462 al. 2 CO)¹²⁵.

a. En procédure de conciliation

71. En sus des avocats (cf. *supra*, N 69) et des personnes de confiance (cf. *supra*, N 64), l'art. 68 al. 2 let. b CPC prévoit que les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés peuvent officier en tant que représentants dans la procédure de conciliation, si le droit cantonal le prévoit. De tels agents ne peuvent intervenir, faute de conciliation, que jusqu'à la délivrance de l'autorisation de procéder, sans pouvoir déposer la demande si celle-ci doit l'être en procédure ordinaire, voire même en procédure simplifiée lorsque la cause est de nature non-patrimoniale¹²⁶. Les conditions d'accès au titre d'agent sont réglées par les normes cantonales¹²⁷, qui peuvent également restreindre le champ opératoire des agents d'affaires ou des agents juridiques brevetés, mais pas l'élargir, en vertu de la primauté du droit fédéral¹²⁸.
72. L'art. 68 al. 2 let. d CPC permet la représentation en justice par des mandataires spécialement qualifiés devant des juridictions spéciales en matière de droit du travail et de droit du bail, si le droit cantonal le prévoit. Il s'agit principalement de membres d'associations de défense des locataires ou des propriétaires ou de syndicat ou d'associations patronales¹²⁹, bien qu'il soit envisageable qu'une personne (physique ou morale) non membre de telles associations puisse agir en tant que mandataire professionnellement qualifié¹³⁰. La doctrine est divisée sur la

¹²⁴ CPC-BOHNET, art. 68 N 27.

¹²⁵ Refuser d'octroyer un délai pour déposer une procuration lorsque les instances précédentes n'ont pas remis en cause les pouvoirs est excessivement formaliste : TF 4D_2/2013 du 1^{er} mai 2013, consid. 2, *in* : RSPC 2013 293.

¹²⁶ BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 10.

¹²⁷ CPC-BOHNET, art. 68 N 18.

¹²⁸ BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 11.

¹²⁹ CPC-BOHNET, art. 68 N 22 s. ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 13.

¹³⁰ CPC-BOHNET, art. 68 N 24.

portée que l'on doit donner à la présence, dans la *litera d*, de la représentation *devant une juridiction spéciale*. TENCHIO, se fondant sur la *ratio legis*, estime que ce qui est déterminant est de savoir si le droit cantonal veut permettre une telle représentation. Dans l'affirmative, les mandataires professionnellement qualifiés doivent pouvoir représenter les parties, fusse devant la juridiction ordinaire. La solution prônée par la lettre de la loi ne serait en effet aucunement justifiée par un besoin concret et conduit par ailleurs à une ingérence du droit fédéral dans l'organisation judiciaire¹³¹.

73. L'interprétation littérale, qui prévaut selon un autre courant¹³², est cependant confirmée par l'interprétation historique de la disposition, puisqu'à la lecture des travaux parlementaires, l'on remarque que c'est le Conseil national qui a introduit, à l'actuel art. 68 al. 2 let. d CPC, la possibilité pour les mandataires spécialement qualifiés de représenter en justice. Le rapporteur de la Commission motivait cet ajout en ces termes : « A la lettre d, dans la logique de la possibilité pour les cantons d'avoir des tribunaux paritaires et d'avoir des juges qui sont issus des partenaires sociaux, il s'agit de conserver également la faculté, pour des mandataires professionnellement qualifiés issus des partenaires sociaux, de pouvoir représenter les parties dans ces causes-là, par respect de la nature et de l'identité de ce type de juridiction paritaire »¹³³. Dès lors, force est de constater que les mandataires spécialement qualifiés ne peuvent représenter en justice que devant des autorités composées paritairement.
74. Cela étant, il y a lieu de considérer que les mandataires spécialement qualifiés sont autorisés à assister les parties en procédure de conciliation, même lorsque l'autorité n'est pas composée paritairement, en vertu de l'art. 204 al. 2 CPC. Ils sont en effet selon nous englobés

¹³¹ BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 13 ; de cet avis également, CPC Comm-TREZZINI, art. 68 pp. 248 s.

¹³² CPC-BOHNET, art. 68 N 21 ; de la même conception, sans pour autant détailler, HRUBESCH-MILLAUER, DIKE-Komm-ZPO, art. 68 N 9.

¹³³ BO 2008 CN 649.

dans la notion de « conseil juridique », qui renvoie aux let. a, b et d de l'art. 68 al. 2 CPC¹³⁴.

b. En procédure sommaire

75. En sus des avocats (art. 68 al. 2 let. a CPC, *supra* N 69) et des personnes de confiance (art. 68 al. 1 CPC, *supra* N 64), les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés (art. 68 al. 2 let. b CPC, *supra* N 71), les mandataires spécialement qualifiés (art. 68 al. 2 let. d CPC, *supra* N 72) et les représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP, dans le cadre des procédures énumérées à l'art. 251 CPC (art. 68 al. 2 let. c CPC)¹³⁵ sont autorisés à représenter les parties dans les procédures sommaires.
76. S'agissant des représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP, le Tribunal fédéral a précisé que les cantons sont toujours compétents pour déterminer qui peut l'exercer (par exemple seuls les agents d'affaires, ou les avocats des assurances de protection juridique, à l'exception des sociétés de recouvrement) et donc pour définir le cercle des personnes autorisées à représenter en procédure sommaire¹³⁶. Toutefois, si les cantons ne font pas usage de leur compétence, la représentation professionnelle dans les affaires de LP peut être exercée sans restriction¹³⁷.
77. Par ailleurs, le droit cantonal peut restreindre l'étendue de la capacité de postuler des agents d'affaires, des agents juridiques brevetés et des mandataires spécialement qualifiés, par exemple à un seul type de procédure ou à un seul stade du procès. Il serait ainsi envisageable que la législation cantonale ne permette que la représentation dans les

¹³⁴ CPC-BOHNET, art. 204 N 8 et les références citées.

¹³⁵ Pour des précisions sur la notion de représentant professionnel au sens de l'art. 27 LP, cf. BOHNET/MARTENET (n. 123), N 962 ss ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 12 ss.

¹³⁶ ATF 138 III 396, consid. 3.

¹³⁷ A Neuchâtel, voir la LILP, art. 4 al. 5. Une motion a été déposée et acceptée demandant de supprimer la compétence législative cantonale résiduelle (n° 10.3780).

procédures simplifiées en matière patrimoniale, ou inversement, qu'en procédure sommaire¹³⁸.

78. Enfin, la doctrine semble être partagée s'agissant de la capacité de représenter des agents d'affaires et des agents juridiques brevetés dans le cadre des procédures relevant du droit de la famille conduites en procédure sommaire. TENCHIO exclut en effet toute représentation dans le domaine du droit de la famille¹³⁹, alors qu'un autre courant remarque que les agents pourraient représenter les parties dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale¹⁴⁰.

c. En procédure simplifiée

79. En procédure simplifiée, les avocats (art. 68 al. 2 let. a CPC, *supra* N 69), les personnes de confiance (art. 68 al. 1 CPC, *supra* N 64), les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés (art. 68 al. 2 let. b CPC, *supra* N 71) et les mandataires spécialement qualifiés (art. 68 al. 2 let. d CPC, *supra* N 72) sont habilités à représenter les parties, pour autant que le droit cantonal le prévoie pour les deux dernières catégories (*supra*, N 71 s et 77).
80. Au demeurant, les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés ne peuvent représenter en procédure simplifiée qu'en présence d'affaires patrimoniales¹⁴¹.

d. En procédure ordinaire

81. En procédure ordinaires, seuls les avocats (art. 68 al. 2 let. a CPC, *supra* N 69), les personnes de confiance (art. 68 al. 1 CPC, *supra* N 64) et les mandataires spécialement qualifiés devant les tribunaux spéciaux en matière de bail et de travail (art. 68 al. 2 let. d CPC, *supra* N 72) sont

¹³⁸ Comp. BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 11 et CPC Comm-TREZZINI, art. 68 pp. 248 s.

¹³⁹ BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 10.

¹⁴⁰ CPC-BOHNET, art. 68 N 17.

¹⁴¹ Pour des précisions, cf. CPC-JEANDIN, art. 308 N 12 ss.

habilités à représenter les parties, pour autant que le droit cantonal le prévoie pour la dernière catégorie (*supra*, N 72 et 77).

4. Représentants commerciaux

82. Le statut procédural des représentants commerciaux d'une personne morale n'est pas aisé à déterminer. Ils ne sont en effet pas des organes de la société, mais, comme leur nom l'indique, ses représentants. Aussi, à strictement parler, les art. 54 et 55 CC ne les concernent pas¹⁴². Leur légitimité procédurale repose dès lors sur les règles relatives à la représentation des parties en procédure, inscrites à l'art. 68 CPC. Se pose alors la question de savoir à quelle catégorie visée par cet article on peut rattacher de tels représentants.
83. Sur la base des conditions développées *supra* (N 65 ss), on doit constater que les représentants commerciaux n'entrent pas dans la catégorie de représentants professionnels au sens de l'art 68 al. 2 CPC, dans la mesure notamment où ils ne traitent pas de dossiers pour des tiers, mais uniquement pour leur entreprise. Seule est dès lors envisageable la représentation en justice fondée sur l'art. 68 al. 1 CPC.
84. Cependant, et toujours en se rapportant aux considérations émises *supra* (N 64), on constate que la notion de représentant commercial ne peut pas non plus entrer dans celle de personne de confiance agissant *à titre-non professionnel*, dès lors qu'il paraît peu probable qu'un tel représentant assume cette fonction de manière philanthropique. La conséquence peut être lourde, certains auteurs, que nous rejoignons, considérant qu'une représentation professionnelle en justice qui ne se fait pas sous l'une des formes comprises à l'al. 2 de l'art. 68 CPC entraîne l'invalidité des actes effectués par le représentant, faute de capacité de postuler¹⁴³. C'est d'ailleurs la solution retenue par l'*Obergericht* zurichois dans la situation présentée ci-dessus¹⁴⁴.

¹⁴² CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 33.

¹⁴³ Kuko ZPO-DOMEJ, art. 68 N 10 *in fine* ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 6a.

¹⁴⁴ ZH OGer [02.04.2013] RA 120014.

85. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur cette problématique de légitimité procédurale des fondés de procuration et des mandataires commerciaux ayant reçu un pouvoir spécial, se contentant de retenir qu'ils étaient habilités à effectuer tous les actes juridiques qui étaient dans l'intérêt de l'entreprise, au nombre desquels se trouve la représentation en justice¹⁴⁵.
86. La doctrine n'est pas fermement arrêtée. Selon OTTOMANN, il convient de déterminer si le *fondé de procuration* dispose de la qualité d'organe de fait, auquel cas il représenterait la société en qualité d'organe. Dans le cas contraire, il faudrait le qualifier de représentant conventionnel. Il serait dans ce cas soumis aux conditions procédurales (alors cantonales) de représentation en justice¹⁴⁶. Rejetant cette théorie, EGGER estime quant à lui que le pouvoir de représenter la société en procédure relève de l'art. 459 CO, et donc du droit matériel, tout comme l'art. 718a CO serait la disposition légitimant les administrateurs à représenter la société en justice¹⁴⁷. S'agissant des *mandataires commerciaux*, EGGER expose que, s'ils sont au bénéfice d'une procuration spéciale pour plaider au sens de l'art. 462 al. 2 CO, leur pouvoir de représentation en procédure est de nature contractuelle (*Rechtsgeschäftlicher Vertreter*; formalisé par une procuration)¹⁴⁸.
87. L'approche d'OTTOMANN est convaincante. Il est nécessaire de bien dissocier l'existence et l'étendue des pouvoirs des représentants découlant du droit matériel de l'autorisation accordée par le droit procédural de représenter autrui devant les tribunaux dans le cadre d'une procédure. La *capacité de postuler* (ou capacité de revendiquer; *Postulationsfähigkeit*) est ainsi une notion procédurale qui détermine qui peut accomplir en justice les formalités du procès, que ce soit en son nom propre ou au nom d'autrui. Lorsque lesdits actes sont accomplis par une personne en son nom propre, la capacité de postuler se

¹⁴⁵ TF 4D_2/2013 du 1^{er} mai 2013, consid. 2, *in*: RSPC 2013 293 avec note de BOHNET.

¹⁴⁶ OTTOMANN (n. 69), p. 65 s.

¹⁴⁷ EGGER (n. 64), N 173 à 175.

¹⁴⁸ EGGER (n. 64), N 178, qui, sans autre explication, reprend à son compte l'approche d'OTTOMANN (n. 69), p. 67 et n. 19.

confond en principe avec la capacité d'ester. Lorsque l'on est en présence d'une représentation pour autrui, il faut certes que le représentant bénéficie de pouvoirs spéciaux, contenus dans une procuration, mais également que la loi de procédure lui ouvre la salle d'audience¹⁴⁹.

88. C'est précisément ce que fait l'art. 68 CPC, qui détermine de manière exhaustive le cercle des personnes habilitées à représenter autrui en procédure. Ces deux composantes, soit l'existence de pouvoirs découlant du droit matériel (par exemple art. 396 ou 459 CO) et le droit d'accès à la représentation en justice (art. 68 CPC), sont les deux faces d'une même pièce et doivent ainsi être obligatoirement réunies pour que la capacité de postuler d'un représentant soit admise.
89. L'art. 396 aCO, modifié ensuite de l'entrée en vigueur du CPC et relatif à l'étendue du mandat, prévoyait d'ailleurs expressément, outre la nécessité de pouvoir spéciaux pour intenter un procès notamment, que « *les règles de la procédure fédérale et cantonale sont réservées* ». Aussi, force est de constater que ce n'est pas le CO, mais bien le CPC, qui permet l'accès aux tribunaux aux représentants de parties, qui doivent par ailleurs et au préalable disposer de pouvoirs découlant du droit matériel.
90. Admettre que le droit matériel aurait également pour effet de permettre la représentation en justice reviendrait en définitive à autoriser n'importe quel représentant détenant des pouvoirs sur la base des art. 32 ss CO à exercer la représentation en justice – à titre professionnel, les représentants non professionnels agissant justement selon ces pouvoirs – qu'il soit avocat, titulaire d'un titre universitaire en droit ou sans connaissance juridique particulière. Entériner une telle solution reviendrait alors à enterrer, *de facto*, le monopole de représentation des avocats, ce qui n'est assurément pas envisagé, à tout le moins par le biais des art. 459 et 462 CO. Si l'on suivait cette approche, l'*Obergericht* zurichois n'aurait d'ailleurs pas pu nier la capacité de revendiquer du consultant juridique, dans la mesure où il n'était pas contesté qu'il disposait bien de pouvoirs de représentation en vertu du droit matériel.

¹⁴⁹ BK-ZINGG, art. 59 N 62.

91. Le parallèle effectué par EGGER avec les administrateurs pour fonder la légitimité de la représentation en justice des représentants commerciaux ne convainc pas pour une autre raison : dans la mesure où les administrateurs, à défaut des représentants commerciaux, incarnent la société ils n'exercent ainsi aucune fonction de représentation (art. 55 CC). Au demeurant, on ne comprend pas quelle serait la raison qui pourrait justifier la différence de régime entre les fondés de procuration et les mandataires commerciaux disposant de pouvoirs spéciaux les autorisant à plaider ; en effet, l'inscription des premiers au registre du commerce n'est en soi pas un argument déterminant, puisque l'art. 68 al. 3 CPC prévoit justement que le représentant doit justifier de ses pouvoirs au moyen d'une procuration.
92. Aussi, force est de constater que, sans une modification législative, les fondés de procuration et les mandataires commerciaux ne disposent pas de la capacité de revendiquer lorsque la représentation professionnelle n'est pas libre. Ils peuvent cependant tout à fait être la personne chargée de la gestion d'une procédure au sein de leur entreprise et, à ce titre, contracter un mandat avec un avocat qui représentera le commerce en justice.

IV. Notifications

93. Le CPC n'indique pas expressément à quel lieu doivent intervenir les notifications du tribunal (art. 136 ss CPC). Tout comme le prévoit expressément l'art. 39 al. 1 LTF et l'art. 87 al. 1 CPP¹⁵⁰, elles seront en principe adressées au domicile ou au siège¹⁵¹ de la personne concernée au sens de l'article 10 CPC¹⁵².
94. Lorsque le procès porte sur l'activité commerciale ou professionnelle d'un établissement (*geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung*) ou d'une

¹⁵⁰ ATF 139 IV 228, consid. 1.1.

¹⁵¹ Dans ce sens, GASSER/RICKLI, art. 138 N 5 ; ZK ZPO-STAEHELIN, art. 138 N 5 ; DIKE ZPO-HUBER, art. 138 N 41.

¹⁵² Pour les développements qui suivent : BOHNET/BRÜGGER, La notification en procédure civile suisse, RDS 2010 I 307 et les réf.

succursale (*Zweigniederlassung*), les notifications peuvent selon nous être faites au lieu de l'établissement.

95. Pour la personne morale, et dans le silence du Code, la notification sera en principe adressée à une *personne ayant qualité pour représenter* individuellement ou collectivement la personne morale¹⁵³. S'agissant de l'adresse du siège et de la qualité pour représenter la société, les inscriptions au registre du commerce feront foi selon l'article 933 CO¹⁵⁴.
96. En pratique, l'envoi est adressé au siège de la personne morale ou au lieu de l'entreprise et est *réceptionné par un employé*, ce qui est admis par l'article 138 al. 2 CPC¹⁵⁵. Il est en outre envisageable que la notification soit faite à l'adresse privée des représentants légaux¹⁵⁶. Lorsque la personne morale est en faillite, les procès civils sont automatiquement suspendus (art. 207 LP). Par la suite, les notifications à faire à la personne morale en liquidation sont faites au préposé de l'office ou à l'administrateur de la masse en faillite¹⁵⁷.
97. Si la personne concernée indique une autre adresse au tribunal, c'est à cette adresse que les actes lui seront notifiés, indépendamment de son domicile légal¹⁵⁸. Comme le retient le Tribunal fédéral, le destinataire ayant le droit d'indiquer une autre adresse (en Suisse) de notification que son domicile ou sa résidence habituelle, il a le droit, sauf complication particulière, de recevoir les notifications à l'adresse communiquée¹⁵⁹. Lorsque plusieurs adresses sont indiquées, le tribunal

¹⁵³ TF 5A_268/2012 du 12 juillet 2012, consid. 3.4. Comp. art. 20 CPC/VD, art. 89 CPC/NE et art. 19 LPC/GE.

¹⁵⁴ Comp. CJ GE SJ 1946 520 ; il s'agit de faits notoires : TF 4A_261/2013 du 1^{er} octobre 2013, consid. 4.3, *in* : RSPC 2014 34.

¹⁵⁵ TF 5A_268/2012 du 12 juillet 2012, consid. 3.4. GASSER/RICKLI, art. 138 N 4.

¹⁵⁶ TF 5A_268/2012 du 12 juillet 2012, consid. 3.4. TF 5A_167/2013 du 29 août 2013, consid. 3.2.1. Comp. CJ GE, SJ 1995 575. En matière de poursuites, voir ATF 125 III 384, JdT 1999 II 148.

¹⁵⁷ Comp. CR LP-JEANNERET/LEMBO, art. 65 N 9.

¹⁵⁸ ATF 139 IV 228, consid. 1.1, et les réf. à divers arrêts non publiés. Comp. TF 5P.24/2007 du 19 mars 2007, RSPC 2007 265 ; TF 7B.164/2005 du 28 septembre 2005, RSPC 2006 156 ; ATF 101 Ia 332.

¹⁵⁹ ATF 139 IV 228, consid. 1.2.

pourra choisir l'une de ces adresses, et notifier tous les actes à la même adresse¹⁶⁰.

98. En cas d'absence d'un représentant ou d'un employé (art. 138 al. 1 CPC) et de remise d'un avis de retrait, l'acte est *réputé notifié* à l'échéance d'un délai de sept jours à compter de l'échec de la remise. Cela suppose cependant que le destinataire *ait dû s'attendre* à recevoir la notification (art. 138 al. 1 *in fine* CPC). Tel n'est pas le cas, pour la mainlevée ou la faillite, de la simple notification d'une poursuite¹⁶¹. Ce n'est pas non plus le cas en présence de menace d'un procès. A notre avis, une fois la conciliation tentée sans succès (art. 209 CPC), le défendeur doit s'attendre à la notification de la demande dans le délai légal. Le Tribunal fédéral ne protège pas les cas d'abus de droit du débiteur, lorsqu'il peut être démontré qu'il avait connaissance de l'envoi (par courrier simple envoyé parallèlement, email, ou conversation au téléphone avec le créancier)¹⁶².
99. S'il n'est pas possible d'atteindre le destinataire par la voie du pli recommandé, le tribunal doit opter pour une *autre voie de notification avec accusé de réception*. Faute d'huissier ou d'employé du greffe auquel cette tâche aurait été dévolue, il s'agira souvent de notifications par la police¹⁶³.

V. Présence aux audiences

100. Les diverses procédures organisées par le CPC comprennent, parfois de manière obligatoire, parfois de manière facultative, des audiences devant le tribunal. Se pose dès lors la question de la présence personnelle d'une personne morale ou d'une entreprise en audience.

¹⁶⁰ ATF 101 Ia 332.

¹⁶¹ ATF 138 III 225, consid. 3.1, et les réf. ; TF 5A_167/2013 du 29 août 2013, consid. 3.2.2 ; TF 5D_130/2011 du 22 septembre 2011, consid. 2.

¹⁶² TF 5A_172/2009 du 26 janvier 2010, consid. 5, auquel renvoie l'ATF 138 III 225, consid. 3.1

¹⁶³ BK ZPO-FREI, art. 138 N 5 ; KUKO ZPO-WEBER, art. 138 N 1.

A. Devant l'autorité de conciliation

101. Une audience intervient nécessairement en procédure de conciliation (art. 203 CPC). Si le demandeur y fait défaut, la requête est réputée retirée (art. 206 al. 1 CPC), alors que la conciliation est réputée avoir échoué en cas d'absence du défendeur (art. 206 al. 2 CPC). La présence personnelle des parties est exigée (art. 204 al. 1 CPC), à moins d'un domicile hors canton ou à l'étranger ou d'empêchement pour cause de maladie, d'âge ou d'un autre juste motif (art. 204 al. 3 CPC).
102. Si une autorisation de procéder est délivrée alors que le demandeur n'a pas comparu personnellement, la demande doit être déclarée irrecevable, faute de réunir une *condition de recevabilité*¹⁶⁴. La conséquence du défaut étant grave pour le demandeur¹⁶⁵, il convient d'être attentif à la présence correcte d'une personne morale en conciliation.
103. Le Tribunal fédéral retient que l'exigence d'une présence personnelle en audience vaut également pour la personne morale¹⁶⁶. Elle doit permettre un échange personnel entre les parties avant le dépôt de la demande en justice¹⁶⁷. Pour que la tentative de conciliation puisse atteindre son but, il faut que les personnes *ayant la possibilité de disposer de l'objet du litige* soient présentes¹⁶⁸.
104. Dès lors, il convient que la personne morale compareaisse par un organe, qui exprime sa volonté (*supra* N 34 ss)¹⁶⁹ ou à tout le moins selon le Tribunal fédéral, par une *personne munie d'une procuration commerciale*, autorisée à conduire le procès et connaissant la cause¹⁷⁰. Le

¹⁶⁴ ATF 140 III 27, consid. 5 ; 139 III 273, consid. 2.3 ; ATF 140 III 155, consid. 3. Il n'y a pas de recours contre l'autorisation de procéder délivrée à tort.

¹⁶⁵ Pour un exemple récent, voir ATF 140 III 155.

¹⁶⁶ ATF 140 III 27, consid. 4.3.

¹⁶⁷ ATF 140 III 27, consid. 4.3.

¹⁶⁸ ATF 140 III 27, consid. 4.3 : « Art. 204 Abs. 1 ZPO zielt in diesem Sinne - wie das Schlichtungsverfahren überhaupt - darauf ab, diejenigen Personen zu einer Aussprache zusammenzubringen, die sich miteinander im Streit befinden und die über den Streitgegenstand auch selber verfügen können ».

¹⁶⁹ ATF 112 II 172, consid. II/2c, JdT 1986 I 574.

¹⁷⁰ ATF 140 III 27, consid. 4.3.

pouvoir de transiger est essentiel¹⁷¹. Cela signifie à notre sens que la personne munie de pouvoirs ne doit pas avoir à se référer à un tiers pour se prononcer sur une offre. Si elle doit s'en référer, elle ne dispose pas de pouvoirs suffisants pour exprimer la volonté de la personne morale.

105. Il peut donc s'agir, selon le Tribunal fédéral, d'un *fondé de procuration* inscrit au registre du commerce (art. 458 CO), mais aussi d'un *mandataire commercial* muni d'une procuration (art. 462 CO)¹⁷², auquel toutes les affaires de l'entreprise, ou certaines opérations déterminées ont été confiées. Il a besoin d'un pouvoir spécial pour représenter l'entreprise en justice (art. 462 CO)¹⁷³. Les pouvoirs peuvent aussi ne concerner qu'un établissement secondaire, par exemple une succursale¹⁷⁴. Si l'on suit cette approche, cela signifie que la comparution en personne n'est pas nécessairement une comparution par un organe, ce qui peut paraître surprenant, et qui s'explique sans doute par un besoin de souplesse. Le législateur l'a prévu pour le droit du bail et du travail. Cet élargissement prétorien pour toute personne morale est discutable et ne semble pas avoir été murement réfléchi.
106. En cas de *pouvoirs de représentation à deux*, soit la procuration est élargie pour l'occasion (par des personnes disposant du pouvoir de représenter¹⁷⁵), soit deux représentants sont présents, soit l'intéressé est

¹⁷¹ ATF 140 III 27, consid. 4.4 : « Diese Bestimmung verlangt jedenfalls, dass die für eine juristische Person als Partei an der Schlichtungsverhandlung anwesende Vertreterin vorbehaltlos und gültig handeln kann. So muss sie insbesondere zum Vergleichsabschluss ermächtigt sein » ; BK ZPO-ALVAREZ/PETER, art. 204 N 2 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2^e éd., Zurich 2013, § 20 N19 ; DIKE ZPO-EGLI, art. 204 N 5 ; KUKO ZPO-GLOOR/UMBRICHT, art. 204 N 3 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 204 N 2.

¹⁷² TF 4D_2/2013, du 1^{er} mai 2013, RSPC 2013 293. BK ZPO-STERCHI, art. 68 N 12 ; BSK ZPO-TENCHIO, art. 68 N 2, 21.

¹⁷³ TF 4D_2/2013, du 1^{er} mai 2013, RSPC 2013 293 : « est excessivement formaliste et ne respecte pas le principe de la bonne foi le fait de refuser l'octroi d'un délai pour le dépôt de la procuration lorsque les instances précédentes n'ont pas remis en cause les pouvoirs ».

¹⁷⁴ TF 4P.183/2004 du 2 février 2004, consid. 2.3.

¹⁷⁵ BK ZPO-ALVAREZ/PETER, art. 204 N 2.

accompagné d'un avocat disposant d'un pouvoir de représentation et de la faculté de négocier¹⁷⁶.

107. Un *avocat* auquel la cause est confiée ne peut pas jouer ce rôle¹⁷⁷. Celui-ci ne peut qu'assister la partie, et la représenter dans les cas prévus à l'alinéa 3. Il faut cependant réserver le cas dans lequel le titulaire du brevet d'avocat est employé de la personne morale et agit comme organe¹⁷⁸.
108. Qu'en est-il pour une *raison individuelle* pour laquelle un fondé de pouvoir (art. 458 CO) est inscrit au registre du commerce, ou qui emploie un mandataire commercial (art. 462 CO)? A priori, et en suivant la position du Tribunal fédéral, les mêmes conditions que pour la personne morale¹⁷⁹ doivent être posées : si l'intéressé est autorisé à conduire le procès, connaît la cause et dispose du pouvoir de transiger (*supra*, N 104), la condition de la comparution personnelle de l'entreprise est remplie.

B. Devant le Tribunal

109. La présence personnelle des parties aux audiences devant le tribunal n'est en principe pas exigée (art. 68 al. 4 CPC, *a contrario* ; sauf en matière de divorce, art. 278 CPC). Le juge peut cependant en décider autrement et ordonner la comparution de personnes représentées (art. 68 al. 4 CPC). Ce sera parfois le cas s'il veut tenter une conciliation (art. 124 al. 3 CPC) et, par définition, s'il veut procéder à l'audition de la partie (art. 191 s. CPC ; cf. *infra* N 120 ss).
110. Si la présence personnelle d'une partie est exigée, son absence injustifiée signifie en principe le défaut¹⁸⁰. Il a pour effet que la procédure se poursuit malgré son absence (art. 147 al. 2 CPC). Les conséquences du défaut à l'audience de débats principaux sont réglées à

¹⁷⁶ Comp. ATF 140 III 27, consid. 4.4.

¹⁷⁷ ATF 140 III 27, consid. 4.3.

¹⁷⁸ ATF 130 II 82, consid. 4.3.2 ; TF 4D_2/2013, du 1^{er} mai 2013, RSPC 2013 293.

¹⁷⁹ ATF 140 III 27, consid. 4.3-4.4.

¹⁸⁰ TAPPY, Les décisions par défaut, *in* : Procédure civile suisse, les grands thèmes pour le praticien, Neuchâtel 2010, p. 430.

l'art. 243 CPC : si une partie est absente, le tribunal statue sur la base des actes qui ont été accomplis et il se fonde au surplus, sous réserve de l'art. 153 CPC, sur les actes de la partie comparante et sur le dossier. En cas de défaut des deux parties, la procédure devient sans objet et est rayée du rôle. Les frais judiciaires sont répartis également entre les parties. A notre avis, ces conséquences ne sont pas envisageables si une partie non présente personnellement est représentée à l'audience, même si la partie y a été rendue attentive à l'avance (art. 147 al. 3 CPC)¹⁸¹. Manifestement, la procédure peut suivre son cours avec le représentant. Si une partie rend son audition impossible, malgré une nouvelle audience citée pour son audition, elle en subit en revanche les conséquences au stade de l'appréciation des preuves (art. 164 CPC). De plus les frais entraînés par l'absence d'une partie peuvent être mis à sa charge (art. 108 CPC).

111. Le Tribunal fédéral a dernièrement retenu que le droit d'être entendu ne garantissait pas à une société le droit de pouvoir se faire représenter par un seul administrateur qui suit de près le dossier pour l'ensemble du conseil et du comité d'audit, à tout le moins lorsque l'audience en question en est une de débats principaux, où aucune mesure probatoire n'est prévue et où la comparution personnelle n'est pas exigée¹⁸².

VI. Assistance judiciaire

112. Aux termes de l'art. 117 CPC, une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes (let. a) et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (let. b). Le Message CPC laisse ouverte la question de l'octroi de l'assistance judiciaire aux *personnes morales*, renvoyant à cet égard à la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sur ce thème en vertu des dispositions constitutionnelles (art. 29 al. 3 Cst. ; art. 4 aCst.). Il relève qu'il convient

¹⁸¹ Faute d'une telle information, le défaut demeure sans conséquences, ATF 138 III 568, consid. 3.1.

¹⁸² TF 4A_617/2013 du 30 juin 2014, consid. 3.

de « réserver à la pratique la possibilité de trouver les solutions qui conviennent aux cas particuliers »¹⁸³.

113. Le Tribunal fédéral exclut en principe l'octroi de l'assistance judiciaire aux personnes morales : seule une personne physique peut se trouver dans une situation d'indigence, alors qu'une personne morale peut tout au plus se trouver dans une situation de surendettement qui l'expose le cas échéant à une déclaration de faillite¹⁸⁴.
114. La seule exception admise à ce jour est le cas d'une société dont le seul actif fait l'objet du procès, à la condition que tous les intéressés soient sans moyens financiers. Par « intéressé », on comprend toute personne dont les intérêts financiers sont en jeu, donc les organes et actionnaires, mais aussi les créanciers, etc.¹⁸⁵.
115. Les conditions posées par la jurisprudence seront rarement réunies. Si une personne morale est partie demanderesse et qu'elle a des problèmes de liquidité, son droit d'accès aux tribunaux devrait être garanti par l'octroi de facilités dans le paiement de l'avance de frais, sous forme d'*acomptes mensuels*¹⁸⁶.
116. Les *sociétés de personnes* (sociétés en nom collectif ou en commandite) ont en revanche droit à l'assistance judiciaire en cas d'indigence de la société et de ses associés indéfiniment responsables. Cela s'explique par le fait que le patrimoine social est en réalité celui des associés, puisqu'ils répondent des dettes de la société personnellement et sur tous leurs biens (art. 568 al. 1 et 594 al. 1 CO)¹⁸⁷.

¹⁸³ FF 2006 6912.

¹⁸⁴ ATF 131 II 306, consid. 5 ; TC VD, JdT 2013 III 47.

¹⁸⁵ ATF 131 II 306, consid. 5.2.2 ; 124 I 241, consid. 4d ; 119 Ia 337, SJ 1994 221 ; ATF 116 II 651, JT 1991 I 381 ; TC VD, JdT 2013 III 47.

¹⁸⁶ Comp. arrêt de principe Corbellini, ATF 85 I 1 ; TF 5P.441/2005 du 9 février 2006, consid. 1.2, 9C_815/2007 du 20 février 2008, consid. 3.3 et 8C_375/2009 du 3 juin 2009, consid. 3.1, qui relèvent qu'une partie n'est pas indigente si elle peut s'acquitter de sûretés ou d'une avance de frais par acomptes.

¹⁸⁷ ATF 124 I 241, consid. 4d, JdT 2000 I 130 ; 116 II 652, JdT 1991 I 381 ; TC VD, JdT 2013 III 47.

VII. Preuves

117. Le CPC contient en son titre 10 les dispositions relatives aux preuves. L'art. 168 CPC énumère les moyens de preuve admissibles, parmi lesquels on retrouve notamment le témoignage (art. 169 à 176 CPC), les titres (art. 177 à 180 CPC), l'interrogatoire et la déposition des parties (art. 191 à 193 CPC).
118. Le Code contient également des dispositions générales en matière de preuves, relatives notamment à la sauvegarde des d'intérêts dignes de protection (art. 156 CPC), au régime auquel sont soumis les organes d'une personne morale (art. 159 CPC), à l'obligation de déposer conformément à la vérité (art. 160 al. 1 let. a CPC), à l'obligation de déposer les pièces requises (art. 160 al. 1 let. b CPC) ou encore au droit de refuser de collaborer des parties (art. 162 ss CPC) ou des tiers (art. 165 ss CPC).
119. C'est à l'aune des ces différentes dispositions que sera examinée la place de la personne morale dans la procédure probatoire et son obligation de participer à son administration.

A. Interrogatoire de la personne morale

120. L'art. 191 CPC dispose que le tribunal peut entendre l'une, l'autre ou les deux parties sur les faits de la cause et que, dans un tel cas, celles-ci sont exhortées à répondre conformément à la vérité. En cas de mensonge délibéré, des amendes disciplinaires de maximum CHF 2'000.- et de CHF 5'000.- en cas de récidive peuvent être prononcées. Les interrogatoires des parties, bien qu'ils figurent parmi les moyens de preuve du Code, n'auront « en raison de leur auteur, qu'une faible force probante »¹⁸⁸.
121. A côté de l'interrogatoire des parties, le Code prévoit également (art. 192 CPC) que celles-ci peuvent, d'office, être contraintes de faire une déposition, sous la menace des sanctions pénales (art. 306 CP).

¹⁸⁸ Message CPC, FF 2006 6841, N 5.10.3, p. 6934.

1. Qualité de partie

122. Lorsqu'une *personne morale* est partie à un procès, ses organes sont traités comme une partie dans la procédure probatoire (art. 159 CPC)¹⁸⁹. La notion d'organe de l'art. 159 CPC doit ici aussi être comprise dans son acception étroite, à savoir qu'il ne s'agit que des organes exécutifs, à l'exception des organes « législatifs » et de contrôle (*supra*, N 35)¹⁹⁰.
123. Selon le message, tant les organes formels que les organes de faits doivent être traités en tant que partie, ceci afin de respecter l'unité de l'ordre juridique¹⁹¹. Bien que le texte soit clair, certains auteurs¹⁹², que nous ne suivons pas, remettent en question cette assimilation, arguant qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer si l'on est en présence d'un organe de fait. Ils proposent de ne traiter en tant que tel que les personnes physiques qui revêtent sans aucun doute cette qualité. En l'absence de certitude, elles devraient alors être qualifiées de témoin, le juge pouvant ensuite faire usage de sa liberté d'appréciation (art. 157 CPC) pour tenir compte de la proximité existant entre le témoin et la personne morale afin de considérer les éventuels risques de partialité du témoignage¹⁹³. Le même traitement doit, selon ces mêmes auteurs, être réservé aux personnes physiques ayant manifesté leur position d'organe auprès de tiers qui s'y sont fiés¹⁹⁴. Ce traitement en tant que partie est toutefois relativisé par BRACHER, selon lequel l'organe d'une société qui a eu connaissance de certains faits en dehors de cette qualité (dans le cadre d'affaires personnelles ou d'une autre activité professionnelle) ne

¹⁸⁹ Comp. CPC-SCHWEIZER, art. 159 N 15 ss et BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 3 pour une casuistique.

¹⁹⁰ BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 159 N 3 à 6.

¹⁹¹ Message CPC, FF 2006 6841, N 5.10.1, p. 6925.

¹⁹² BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 159 N 7 et 8, repris par BSK ZPO-GUYAN, art. 159 N 2.

¹⁹³ Pour un exemple d'appréciation des preuves en présence d'un témoin éventuellement partial : TF 4A_181/2012 du 10 septembre 2012, consid. 3, *in* : RSPC 2013 25.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

doit alors pas être considéré, en relation avec ces éléments, comme une partie¹⁹⁵.

124. Les *sociétés en nom collectif et en commandite* font partie du cercle des personnes morales visées par l'art. 159 CPC, bien qu'elles ne disposent pas de la personnalité juridique¹⁹⁶.
125. Selon le texte légal, tant l'interrogatoire que la déposition des parties peuvent être ordonnés par le juge. Celui-ci peut toutefois y avoir été invité par les parties¹⁹⁷.

2. Refus de collaborer

126. Le Code prévoit à son art. 163 al. 1 let. a CPC un droit de refus de collaborer à la procédure probatoire des parties lorsque cela aurait pour conséquence d'exposer leurs proches (au sens de l'art. 165 CPC¹⁹⁸) à une poursuite pénale ou d'engager leur responsabilité civile.
127. Cette disposition (art. 165 CPC) ne s'applique toutefois pas aux personnes morales, mais uniquement aux personnes physiques, dans la mesure où une société n'a pas de « *proches* ». De même, l'organe n'est pas en soi une partie mais est uniquement traité en tant que tel dans le cadre de la procédure probatoire sans être au surplus dans la même position que s'il était lui-même partie¹⁹⁹. BRACHER estime qu'il doit en aller de même en présence d'une société unipersonnelle²⁰⁰.

¹⁹⁵ BRACHER, *Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei des Beweiserhebung im Zivilprozess*, Bâle 2011, N 90.

¹⁹⁶ BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 159 N 2 ; voir également BRACHER (n. 195), N 91.

¹⁹⁷ Comp. RSPC 2005 25 ; d'autant plus désormais puisque la loi de procédure applicable à l'état de fait de cet arrêt ne rangeait pas l'interrogatoire des parties dans la catégorie des moyens de preuve.

¹⁹⁸ CPC-JEANDIN, art. 163 N 9.

¹⁹⁹ BRACHER (n. 195), N 347 ; HOPE, *Aktienrechtliches Einsichtrecht und Prozessuale Mitwirkungspflichten-Mitwirkungsverweigerungsrecht und Berufs- und Geschäftsgeheimnisse*, in : *L'expert comptable suisse*, 2012, pp. 675 ss, p. 676.

²⁰⁰ BRACHER (n. 195), N 347, qui semble toutefois réserver les cas dans lesquels une levée du voile social doit être opérée, sans toutefois s'en expliquer d'avantage. Il est suivi en cela par RÜETSCHI, BK ZPO, art. 165 N 6 *in fine*.

128. La société en elle-même ne peut pas non plus être un proche et ne pourra ainsi jamais opposer un droit de refus de témoigner dans le cadre du procès d'une société mère, fille, sœur ou d'un de ses sociétaires²⁰¹.
129. On précise qu'une jurisprudence lucernoise admet que le témoignage d'un organe de fait peut être converti en déposition de partie, dans le cadre de la procédure de recours, dans la mesure où la personne interrogée a été rendue attentive, dans sa position de témoin, aux sanctions d'un faux témoignage, qui sont par ailleurs plus sévères qu'en cas de fausse déposition²⁰². On peut dès lors se demander quelle est la réelle différence existant entre les deux régimes, dans la mesure où il semble apparemment possible de passer de l'un à l'autre. On constate toutefois qu'une telle conversion ne devrait pas être possible si la preuve récoltée l'a été au titre d'interrogatoire d'une partie alors que la personne interrogée ne revêtait en réalité pas cette qualité et qu'elle aurait dû être entendue en qualité de témoin.

B. Témoignage

130. L'art. 169 CPC prévoit que toute personne qui n'a pas la qualité de partie peut témoigner des faits dont elle a une *perception directe*²⁰³. Le faux témoignage est passible de sanctions pénales (art. 171 al. 1 CPC ; art. 307 CP).

1. Qualité de témoin

131. Il s'agit de procéder par élimination afin de déterminer le cercle des personnes pouvant revêtir la qualité de témoin, où en principe toutes les personnes qui ont la qualité de partie (principale ou accessoire²⁰⁴) ne peuvent être témoins.

²⁰¹ HOPF (n. 199), p. 676.

²⁰² ZBJV 2012, p. 667 ss.

²⁰³ Sur cette notion, cf. CPC-SCHWEIZER, art. 169 N 9 et les renvois.

²⁰⁴ CPC-SCHWEIZER, art. 169 N 5.

132. Ainsi, les fondés de pouvoirs et les mandataires commerciaux doivent, à notre sens, être considérés comme des témoins, au contraire des directeurs, organes de la personne morale (*supra*, N 35 et 122 s).
133. Il convient cependant de faire une distinction en fonction du lien que les parties accessoires ou les consorts ont avec l'objet de la preuve. Ceux-ci peuvent être entendus en qualité de témoin s'ils n'ont pas d'intérêts protégés, de fait ou de droit, dans le procès et qu'ils ne sont pas légitimés relativement à l'action²⁰⁵. A titre d'exemple, SCHWEIZER et RÜETSCHI citent en tant que témoin l'avocat d'une partie, le tiers qui finance le procès pour une partie, le dénoncé qui ne procède pas ou le consort formel qui a connaissance de faits relatifs à un chef de conclusion qui ne le touche aucunement (art. 79 al. 2 CPC)²⁰⁶.
134. Lorsque c'est une personne morale qui « *a une perception directe des faits* », à savoir que c'est à elle qu'étaient destinées les informations objet d'un procès, et non à ses membres, à ses organes ou à ses employés *ad personam*, ce sont à nouveau ses organes, au sens étroit, qui sont entendus en qualité de témoins (*supra*, N 35)²⁰⁷.

2. Refus de collaborer

135. Certaines dispositions excluent ou restreignent l'obligation de témoigner. Il s'agit en particulier des art. 165 et 166 CPC et, d'une manière plus générale, de l'art. 156 CPC.
136. La notion de proche étant incompatible avec celle de société, l'art. 165 CPC ne trouve aucune application en cas de procès impliquant une personne morale (*supra*, N 127 s).
137. L'art. 166 CPC énonce diverses hypothèses dans lesquelles un tiers peut refuser de collaborer, notamment lorsque la révélation d'un élément l'exposerait lui-même ou un de ses proches à une poursuite pénale ou risquerait d'engager sa responsabilité civile ou celle de ses proches (al. 1 let. a). Les autres hypothèses ne concernent pas particulièrement le

²⁰⁵ BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 2.

²⁰⁶ CPC-SCHWEIZER, art. 169 N 5 à 7 ; BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 2.

²⁰⁷ BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 1.

thème de la présente contribution de sorte qu'il est renvoyé aux commentaires à leur propos. Ce droit de refuser de collaborer est restreint par rapport à celui de l'art. 165 CPC puisqu'il ne s'étend qu'aux faits qui exposeraient le témoin aux risques décrits, et non d'une manière plus large à toute collaboration.

138. La notion de responsabilité civile évoquée à cette disposition recoupe toute action civile qui risque de manière imminente de créer un préjudice patrimonial chez le tiers, qu'il s'agisse de la perte d'une action dans laquelle il est demandeur ou de l'introduction d'une nouvelle procédure à son encontre²⁰⁸. Il ne s'agit dès lors pas de la seule responsabilité extra-contractuelle, comme pourrait le laisser penser le texte légal, mais bien de toute action préjudiciable au tiers, qu'elle soit contractuelle, réelle ou successorale par exemple²⁰⁹. Le simple risque suffit²¹⁰ et le tiers doit rendre cette atteinte potentielle vraisemblable²¹¹.
139. Les personnes morales sont également titulaires de ce droit de refuser de collaborer lorsqu'elles doivent déposer – par le biais de leurs organes – sur des faits dont elles ont eu connaissance dans l'exploitation de leur activité et qui les exposeraient à des suites pénales ou civiles. L'administrateur unique d'une société appelée à participer à la procédure probatoire ne peut en revanche pas se fonder sur cette disposition pour refuser de témoigner sur des éléments qui l'exposeraient lui-même à ces risques, n'étant pas un proche de la personne morale²¹². Selon BRACHER, le danger abstrait de perte de clientèle en raison de l'obligation de divulguer des pratiques commerciales ne constitue pas un motif pour refuser de collaborer²¹³. L'on pourrait imaginer qu'un tiers ayant conclu une convention avec une personne morale relative par exemple à une collaboration scientifique dans le cadre de laquelle il aurait eu connaissance de secret de fabrication et contenant une clause pénale en cas de divulgation

²⁰⁸ ZK ZPO-HASENBÖHLER, art. 166 N 19.

²⁰⁹ BRACHER (n. 195), N 369.

²¹⁰ *Ibidem* ; ZK ZPO-HASENBÖHLER, art. 166 N 19.

²¹¹ CPC-JEANDIN, art. 166 N 3.

²¹² BSK ZPO, RÜETSCHI, Vor. zu art. 160-167 ZPO.

²¹³ BRACHER (n. 195), p. 153.

serait fondé à refuser de témoigner dans le procès de son partenaire contractuel s'il devait être entendu sur des faits recouverts par le secret.

140. S'agissant des poursuites pénales, le tiers est fondé à refuser de collaborer lorsqu'il s'exposerait ainsi à l'ouverture d'une instruction. A nouveau, le risque de poursuite est suffisant²¹⁴, ce qui doit être démontré de manière vraisemblable²¹⁵. Les infractions concernées sont aussi bien des crimes que des délits ou des contraventions et peuvent être prévues par le droit fédéral ou cantonal²¹⁶. La sanction encourue doit toutefois être pénale et ne pas revêtir un caractère disciplinaire ou administratif²¹⁷.
141. L'avant-projet du CPC contenait une disposition octroyant le droit de refus restreint de collaborer à toutes les personnes dans la mesure où elles pourraient de ce fait se rendre punissables de la révélation d'un secret (art. 157 al. 1 let. b AP-CPC). L'idée sous-jacente était de protéger le secret des affaires. Cette proposition a toutefois été rejetée pour ne pas créer de discrédence entre le CPC et CPP en relation avec l'art. 321 CP. Aussi, la seule manière pour les tiers de ne pas avoir à révéler leur secret est de rendre vraisemblable que l'intérêt à son maintien est plus grand que celui à l'établissement de la vérité²¹⁸.

C. Documents internes de l'entreprise et secrets d'affaires

142. La production de documents internes ne peut être envisagée que si elle permet la preuve d'un fait juridiquement pertinent et contesté (art. 150 al. 1 CPC)²¹⁹. Cela ne sera pas le cas si le document en question ne porte que sur l'appréciation subjective de la partie sur sa propre cause. Ainsi, la production des notes internes de préparation du procès ne saurait être requise.

²¹⁴ BRACHER (n. 195), N 368.

²¹⁵ CPC-JEANDIN, art. 166 N 3.

²¹⁶ BRACHER (n. 195), N 368.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ ZK ZPO-HASENBÖHLER, art. 166 N 2.

²¹⁹ HOPF (n. 199), p. 676.

143. Une telle production de documents internes peut par ailleurs entrer en conflit avec l'intérêt à la préservation des secrets d'affaire ou de production, en particulier lorsque le litige oppose deux concurrents. Le Code tient compte de cet impératif de discrétion pour les entreprises, en prévoyant, à certaines conditions, un droit de refus de collaborer d'une partie (art. 163 CPC) et la possibilité d'aménager l'administration des preuves pour préserver des intérêts dignes de protection (art. 156 CPC)²²⁰. S'agissant de la première des deux normes protectrices, il est renvoyé *supra*, N 120 ss.
144. L'art. 156 CPC prévoit que « Le tribunal ordonne les mesures propres à éviter que l'administration des preuves ne porte atteinte à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers, notamment à des secrets d'affaires ». Le seul exemple évoqué par cette disposition concerne directement les entreprises, mais relevons qu'il ne s'agit pas du seul intérêt à préserver (l'on pense à la sphère privée ou à la santé par exemple²²¹).
145. L'art. 156 CPC protège les intérêts d'une partie ou d'un tiers, par exemple un témoin qui risque des mesures de représailles suite à la divulgation de son identité ou qui ne désire pas être confronté à l'une des parties²²².
146. Contrairement aux droits de refus de collaborer des art. 163 et 165 s CPC, l'art. 156 CPC n'autorise pas à refuser entièrement la collaboration, mais permet uniquement de mettre en place des mesures permettant de garantir la protection des intérêts des parties ou des tiers en ne divulguant pas des informations sensibles à autrui, qu'il s'agisse de la partie adverse, de tiers ou du public²²³.
147. Le secret d'affaire au sens de l'art. 156 CPC est une notion commune au secret commercial et de fabrication de l'art. 162 CP. Le Tribunal fédéral le définit comme suit : « En règle générale, on admet que le

²²⁰ HOPF (n. 199), p. 676.

²²¹ CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 6.

²²² CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 7 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (n. 171) § 18 N 25 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 11.

²²³ BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 5 s.

secret d'affaires couvre les données techniques, organisationnelles, commerciales et financières qui sont spécifiques à l'entreprise, qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial et que l'entrepreneur veut garder secrètes »²²⁴. La jurisprudence pénale relative à l'art. 162 CP, à laquelle renvoie le Tribunal fédéral, dessine de manière plus détaillée les contours des secrets de fabrication et commerciaux : « Il faut entendre par secrets de fabrication et secrets commerciaux des informations qui peuvent jouer un rôle sur le résultat commercial. Par secrets de fabrication, on entend les recettes et moyens de fabrication qui ne sont pas publics et qui revêtent une grande valeur pour le fabricant ; par secrets commerciaux, on entend la connaissance de sources d'achat et de ravitaillement, et celles relatives à l'organisation, la calculation du prix, la publicité et la production »²²⁵.

148. En droit civil, le Tribunal fédéral²²⁶ a considéré que, lorsque que l'employeur prévoit que le salaire de ses employés se détermine notamment en fonction du résultat de l'entreprise, il doit leur permettre d'accéder aux comptes de pertes et profits (art. 322a al. 2 CO). Les risques invoqués, à savoir que la concurrence pourrait ainsi connaître le montant des salaires et débaucher les salariés, ne sont pas suffisants pour faire obstacle à cette obligation.
149. Les mesures à mettre en œuvre pour sauvegarder les intérêts des parties comprennent la limitation du droit de consulter le dossier, que ce soit relativement à certains de ses composants ou à des parties déterminées, le prononcé du huis-clos, le caviardage partiel, l'audition de témoin en l'absence de l'une ou de toutes les parties ou encore l'interdiction de participer à une expertise ou à une vision locale²²⁷. Il est également possible qu'un expert prenne seul connaissance d'une preuve et qu'il

²²⁴ TF 4A_195/2010 du 8 juin 2010, consid. 2.2, qui reprend, en matière civile, les notions du secret commercial et des affaires contenues à l'art. 162 CP et 13 let. f et g aLCD définies aux ATF 109 Ib 47, consid. 5c ; 103 IV 283, consid. 2b.

²²⁵ ATF 103 IV 283, consid. 2b.

²²⁶ TF 4A_195/2010 du 8 juin 2010, consid. 2.

²²⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, (n. 171), § 18 N 25 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 14 ; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, N 913.

établit ensuite un rapport contenant les informations pertinentes²²⁸. On peut aussi envisager que l'avocat de la partie opposée à celle qui invoque un intérêt à protéger soit seul à participer à l'administration de la preuve, tout en promettant de ne pas révéler à son mandant les informations sensibles qui doivent être protégées²²⁹. La production de documents confidentiels peut toujours être exigée par le tribunal en vertu du secret attaché à l'office du juge. C'est le Tribunal qui ordonne les mesures qu'il estime appropriées, qui doivent être suffisamment motivées²³⁰.

150. Lors de la mise en œuvre de ces mesures, il est nécessaire de garantir le respect du droit d'être entendu de toutes les parties dans l'administration des preuves, notamment si les documents ne sont transmis qu'au juge ou qu'un témoignage est récolté en l'absence d'une des parties. Ainsi, un procès-verbal renfermant les éléments de l'administration des preuves doit à tout le moins être communiqué à la partie absente, et l'occasion doit lui être donnée de poser des questions supplémentaires²³¹.
151. Une telle restriction de la participation de l'une ou des deux parties à l'administration des preuves doit évidemment être admise avec la plus grande réserve²³².
152. Selon le texte légal, les mesures propres à sauvegarder les intérêts n'ont pas à être demandées par les parties, le juge pouvant décider d'office de les prendre (le tribunal ordonne [...], art. 156 CPC). Il va de soi toutefois que les parties peuvent inviter le tribunal à rendre une décision en ce sens. BRÖNNIMANN tempère cette règle en la destinant uniquement à la sauvegarde d'intérêts de tiers ; il estime que lorsqu'il en

²²⁸ TF 4A_64/2011 et 4A_210/2011 du 1^{er} septembre 2011, consid. 3.3.

²²⁹ CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 14 ; HALDY J., La protection des intérêts des parties et des tiers dans la procédure probatoire ou les limites du droit à la preuve, *in* : Leuenberger (éd.), La preuve dans le procès civil, Berne 2000, pp. 101 ss, p. 104.

²³⁰ BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 17.

²³¹ STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, (n. 171), § 18 N 26 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 1 ss.

²³² HOHL, Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, Berne 2011, N 906.

va des intérêts des parties, celles-ci doivent alléguer en quoi la preuve envisagée les mettrait en péril²³³. La vraisemblance devrait ici être suffisante puisqu'elle l'est dans le contexte du refus de collaborer des parties (art. 163 al. 2)²³⁴. Cela n'empêche toutefois pas la partie de démontrer de manière circonstanciée quels sont les intérêts mis en péril et en quoi la preuve requise les toucherait²³⁵.

153. En présence d'un intérêt à la sauvegarde du secret, le juge devra procéder à une pesée des intérêts entre celui-ci et celui des parties à ne pas avoir de restriction dans leur participation à la procédure et leur droit d'être entendu²³⁶.

VIII. Conclusion

154. Le traitement procédural des entreprises et des personnes morales n'échappe pas à la règle : si certains aspects font l'objet d'une jurisprudence bien établie, reprise à l'entrée en vigueur du CPC, d'autres sont sous le feu de la rampe depuis 2011 et d'autres encore n'ont pas à ce jour été suffisamment étudiés.
155. Ainsi, le Tribunal fédéral s'est à plusieurs reprises déjà prononcé sur la notion de *tribunal de commerce* de l'art. 6 CPC (*supra*, N 4 ss), pour détailler les règles relatives à la consorité, au type de procédure applicable et au caractère uniquement fédéral de la réglementation sur le tribunal de commerce. S'agissant de la compétence à raison du lieu (*supra*, N 12 ss), les principes établis sous l'égide de la LFors continuent d'être pertinents après l'entrée en vigueur du CPC.
156. Si la manière dont la personne morale participe en tant que partie à la procédure (*supra* N 21 ss et 44 ss) n'est pas nouvelle depuis l'entrée en vigueur du CPC, celle-ci résultant de l'art. 55 CC, on constate cependant que certains aspects, notamment le traitement procédural des *représentants commerciaux*, doivent encore faire l'objet de

²³³ BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 12.

²³⁴ CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 8.

²³⁵ ATF 134 III 255, consid. 5 : « Diese hat jedoch hinreichend zu substantiieren, inwiefern solche geheimzuhaltende Informationen vorliegen ».

²³⁶ ATF 113 Ia 1, consid. 4 ; BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 156 N 18 ss.

développements (*supra*, N 82 ss). Le Tribunal fédéral ne semble pas avoir approfondi la question jusqu'à présent, admettant apparemment et sans grande discussion qu'ils ont la qualité d'organe et non de représentant. Le sujet mérite toutefois l'attention, sous peine de vider de son sens l'art. 68 al. 2 CPC, qui pose les exigences en matière de représentation à titre professionnel. Toujours en matière de représentation, il apparaît que l'intervention des *mandataires spécialement qualifiés* en matière de droit du bail et de droit du travail devant des juridictions non paritairement composées est exclue en l'état actuel de la législation (*supra*, N 72 ss).

157. Les modalités de la *comparution personnelle* (*supra*, N 100 ss) de la personne morale devront être détaillées. Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de préciser si sa jurisprudence relative au choix de la personne comparaisant lors d'une audience de débat sans présence obligatoire des parties doit être étendue aux cas de comparution personnelle. Il faudra aussi déterminer si la condition de comparution personnelle, qui suppose la faculté de transiger librement, est valablement remplie en présence d'un administrateur délégué qui a reçu des instructions de son conseil quant à sa marge de manœuvre pour accepter un accord.
158. L'octroi de l'*assistance judiciaire* (*supra*, N 112 ss) à la personne morale devrait, même si le Message et le texte de la loi laissent la question ouverte, continuer à être admis de manière très restrictive.
159. S'agissant des *notifications* (*supra*, N 93 ss), le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de confirmer que les parties étaient libres d'indiquer une autre adresse de notification que leur domicile. Il a également confirmé que la règle de la notification fictive à l'échéance du délai de garde ne s'appliquait que lorsque le destinataire pouvait s'attendre à recevoir la communication, ce qui n'est pas le cas, pour une mainlevée et une faillite, en présence de la simple notification d'une poursuite.
160. Enfin, au chapitre des *preuves* (*supra*, N 117 ss), il faut retenir que la personne morale n'est pas un proche et n'a pas de proche au sens de l'art. 165 CPC. Elle ne peut dès lors pas se prévaloir des dispositions permettant le refus de collaborer sur cette base. Quant à la notion de sauvegarde d'intérêts dignes de protection, elle devra être précisée, de même que celle du caractère pertinent de la preuve.

161. Nul ne doute que les tribunaux auront l'occasion d'examiner ces différents points dans les années à venir. Leur importance pour le praticien, mais aussi pour la cohérence de notre procédure civile, ne saurait être négligée.