

Université Paris-Sud (Paris-Saclay)
Faculté Jean Monnet – UFR Droit, Economie, Gestion

Année universitaire : 2016/2017

L'irrégularité de la représentation dans le procès civil

Mémoire de Master 2 Recherche
Mention droit privé fondamental

Présenté par
Madame Aurore Pecquet

Sous la direction de Monsieur le Professeur Yves-Marie Serinet

« L'Université n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Celles-ci doivent être considérées comme propres à l'auteur. »

SOMMAIRE

Table des abréviations	4
Introduction.....	6
Titre 1. L’indispensable distinction : représentation ad agendum et représentation ad litem.....	9
<i>Chapitre 1. Représentation à l’action et profusion des pouvoirs</i>	<i>9</i>
Section 1. L’influence de la source du pouvoir : la représentation des personnes morales	9
Section 2. La sanction de l’absence de capacité d’exercice : la représentation des incapables	15
<i>Chapitre 2. Représentation à l’instance et concentration des pouvoirs</i>	<i>20</i>
Section 1. La représentation obligatoire et le monopôle de représentation de l’avocat	20
Section 2. La sanction particulière de l’irrégularité de la représentation devant les juridictions d’exception.....	25
Titre 2. Le rejet de l’irrégularité de fond comme unique sanction de la représentation	31
<i>Chapitre 1. La confusion des notions.....</i>	<i>31</i>
Section 1. L’assimilation entre vice de fond et fin de non-recevoir ?	31
Section 2. L’ambiguïté de la sanction des mentions du nom du représenté et du représentant	36
<i>Chapitre 2. La théorie des nullités : une théorie imparfaite.....</i>	<i>42</i>
Section 1. L’impossibilité d’une application unitaire du régime des vices de forme	42
Section 2. Le dépassement de l’application d’une sanction unique à l’irrégularité de la représentation	47
Conclusion :	53
Bibliographie	55

TABLE DES ABREVIATIONS

al.	Alinéa
art.	Article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
C. civ.	Code civil
CA	Cour d'appel
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. Ch. Mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
coll.	Collection
comm.	Commentaire
CPC	Code de procédure civile
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Direction
Doctr.	Doctrine
Dr. fam	Revue droit de la famille Lexis-Nexis
éd.	Édition

Fasc	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>ibidem.</i>
<i>Id.</i>	<i>idem</i>
<i>Infra</i>	Ci-dessous
JCP G	Jurisclasseur périodique – édition générale
JCP S	Jurisclasseur périodique – édition sociale
Jurispr.	Jurisprudence
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
n°	Numéro
obs.	Observation
p.	Page
pan.	Panorama de jurisprudences
PUF	Presse universitaire de France
Rép. Civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép.proc.civ	Répertoire de procédure civile Dalloz
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
somm.	Sommaire
<i>Supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
v.	Voir
V°	<i>Verbo</i> (mot)

INTRODUCTION

1. « Moralité : ne faites pas le travail des avocats ». Ces quelques mots extraits de la fable *la dispute* de Jean Anouilh prètent à sourire¹. Dans cette fable, deux époux en instance de divorce sont représentés respectivement par deux avocats qui prennent tant leur travail à cœur qu'ils en viennent à se disputer comme le ferait les époux, époux qui entre temps se sont eux réconciliés. Cette fable permet à la fois d'illustrer avec humour le rôle de l'avocat, mais aussi l'un des aspects de la représentation dans le procès civil : la représentation *ad litem* ou représentation à l'instance.

2. En droit romain, le principe était celui de la comparution personnelle, qu'elle soit de gré ou de force. Les plaideurs ne pouvaient se faire représenter. Par la suite, les actions étant devenues complexes, il fut permis aux plaideurs de se faire assister, puis représenter par le *procurator*². L'Ancien régime connut sensiblement la même évolution et après la Révolution, lorsque furent réinstituées les professions d'avocats et de procureurs, ces derniers devinrent : avocat et avoué. Les avocats étant chargés de l'assistance des parties, c'est-à-dire de les conseiller et de plaider et les avoués de leur représentation c'est-à-dire d'effectuer les actes de procédure et de conclure. A la suite de l'adoption de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, la profession d'avoué en première instance fut absorbée par celle d'avocat, les avoués gardant leur monopôle de représentation au stade de l'appel. La profession d'avoué fut finalement supprimée par la loi n°2011-94 du 25 janvier 2011. Les avocats disposent donc désormais d'un monopôle devant les juridictions où la représentation est obligatoire. Devant les autres juridictions, la loi désigne le plus souvent qui peut être représentant *ad litem*. *Ad litem* signifie littéralement à l'instance, la représentation à l'instance peut donc être définie comme : « la représentation d'une personne ayant la capacité ou le pouvoir d'ester en justice, mais qui, dans le cadre de l'instance, choisit ou a l'obligation de se faire représenter dans l'accomplissement des actes de la procédure »³. Ce mandat *ad litem* est régi par les articles 411 et suivants du Code de procédure civile. Mais évoquer la seule représentation à l'instance au titre de l'irrégularité de la représentation serait parcellaire et ne permettrait pas de rendre compte pleinement des sanctions de la représentation.

Il est donc nécessaire d'inclure l'étude de la représentation *ad agendum* ou à l'action. « Dans cette hypothèse, le représentant agit au lieu et place du titulaire de l'action lorsque celui-ci,

¹ J. ANOUILH, *la dispute*, 1962. Exemple tiré de : S. GUINCHARD – F. FERRAND – C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 4^e éd., Dalloz (coll. *Hypercours*), 2015, p.267

² D. CHOLET, « Représentation et assistance en justice », *Rép.pr.civ*, 2012, spéc. n°3

³ G. MAUGAIN, « Actes de procédure », *Rép.pr.civ*, 2014, spéc. n°36

pour une raison quelconque, n'est pas en mesure de l'exercer lui-même »⁴. La représentation à l'action se situe donc à la fois en amont du procès et au cœur de celui-ci. Elle se situe en amont de celui-ci, car dans certaines hypothèses, une personne ne peut tenter une action seule et doit nécessairement se faire représenter pour introduire l'action⁵. Elle se situe également au cœur du procès, puisqu'à chaque étape de la procédure, le représentant devra être investi du pouvoir nécessaire et suffisant pour représenter le plaideur. La représentation à l'action se rencontre dans deux hypothèses principales : la première est celle de la représentation des personnes morales ou plus largement des groupements qui du fait de leur existence, que l'on pourrait qualifier de fictive, doivent nécessairement agir par l'entremise d'un représentant. La seconde hypothèse est celle des personnes physiques incapables qui ne disposent pas de la capacité d'exercice, c'est-à-dire qu'elles ont bien qualité pour agir mais n'en ont pas la capacité. Elles doivent dès lors se faire représenter. Ces deux hypothèses sont les cas traditionnels de représentation *ad agendum*. La source de cette représentation peut être légale, judiciaire ou conventionnelle, contrairement au mandat *ad litem* qui ne peut être que conventionnel.

3. De prime abord, les deux types de représentation sont donc bien différents, l'un a trait à l'accomplissement des actes de procédure et l'autre à une représentation que l'on pourrait dire pure, le plaideur ne pouvant « s'exprimer » que par son représentant. Cette différence se ressent à deux égards : tout d'abord de par les règles qui les régissent, la représentation à l'instance est régie par des règles procédurales, tandis que la représentation à l'action est régie par des règles substantielles⁶. Ensuite, les deux types de représentation peuvent se cumuler mais pas se substituer, de sorte que la régularisation du pouvoir d'un représentant *ad agendum*, par la constitution d'un avocat en cause d'appel ne fait pas disparaître la nullité pour vice de fond affectant l'acte d'appel⁷. Cependant, un pouvoir est bel et bien confié dans les deux cas. L'irrégularité de la représentation questionne donc le défaut de ce pouvoir ou son irrégularité à tous les stades du procès civil de l'introduction de l'instance à la formation d'un pourvoi en cassation. Or, il ressort de l'étude des moyens de défense du Code de procédure civile que le défaut de pouvoir du représentant à l'action et à l'instance est sanctionné de la même façon, par la nullité pour irrégularité de fond de l'acte de procédure.

⁴ L. CADIET - E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 9^e éd., Lexis-Nexis (coll. *Manuel*), 2016., p.410

⁵ Le fait que la représentation ait aussi sa place en amont du procès civil ne doit pas établir de confusion avec la qualité pour agir qui ne doit être vérifiée qu'en la seule personne du représenté et non du représentant et ce même si les sanctions de défaut de pouvoir et de qualité sont proches.

⁶ D. CHOLET, « Représentation et assistance en justice », *art.cit.*, spéc. n°7

⁷ Cass. soc., 5 déc. 2007, n° 06-43.365 et n° 06-43.366, *JCP. S.*, n°10, 2008, 1159, obs : I. PETEL-TEYSSIE

Le pouvoir serait en effet, une condition de fond de l'acte de procédure, de même que la capacité. Cela peut se déduire d'une interprétation *a contrario* de l'article 117 du CPC qui détaille les hypothèses dans lesquelles l'acte sera nul car lui ferait défaut une condition de fond. En revanche, on ne peut en déduire qu'un acte de procédure doit respecter toutes les conditions propres à chaque acte juridique⁸. L'irrégularité de la représentation dans le procès civil, en plus de ne pouvoir se réduire à la seule représentation *ad litem*, ne peut non plus se réduire à la seule irrégularité de fond comme sanction. D'une part, car le régime des vices de fond est en réalité plus proche de celui des fins de non-recevoir que de celui des vices de forme et d'autre part, car la frontière entre vice de forme et de fond reste malgré tout nébuleuse⁹ remettant en cause la théorie des nullités. Les frontières des sanctions de la représentation sont donc floues et malléables au gré des volontés de la jurisprudence selon qu'il s'agisse de sauvegarder l'acte de procédure ou au contraire de permettre le prononcé de sa nullité¹⁰. La question du dépassement des vices de fond comme sanction de l'irrégularité de la représentation se pose donc.

Il s'agit en réalité de savoir si une sanction unique peut régir représentation à l'instance et à l'action.

4. Il faut pour le déterminer poser au préalable l'indispensable distinction des deux types de représentation (**Titre 1**), distinction qui permet d'amener une réflexion sur le point de savoir s'il faut rejeter le vice de fond comme seule sanction de la représentation (**Titre 2**).

⁸ V. la distinction faite entre le *negotium* et l'*intrusmentum* de l'acte de procédure établie par G. CORNU (CORNU - Association H. CAPITANT (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., 2016, PUF (coll. *Quadrige*), v. Acte de procédure, sens a) et remise en cause par R. PERROT (Cass.2^e civ. 2 févr. 1977, *RTD. civ.* 1977, p.820)

⁹L'expression est empruntée à M. Raskin - E. RASKIN, « Une nébuleuse frontière entre nullité de forme et nullité de fond », *Gaz. Pal.*, n°348, 2008, p.13

¹⁰ D. CHOLET, « L'erreur de désignation du syndic de copropriété dans l'acte d'appel constitue un vice de forme », *JCP G*, 1335, n°51, 2013. L'auteur parle de tendance de la Cour de cassation à privilégier la forme au fond et cela alors que la distinction n'est pas toujours très claire.

TITRE 1. L'INDISPENSABLE DISTINCTION : REPRESENTATION *AD AGENDUM* ET REPRESENTATION *AD LITEM*

5. La source des pouvoirs est différente entre les deux types de représentation. En effet, là où l'on constate une véritable profusion des pouvoirs dans la représentation à l'action : source légale, judiciaire et conventionnelle (**Chapitre.1**), c'est une véritable concentration dans la représentation à l'instance (**Chapitre.2**). Concentration d'une part, car la source du pouvoir du représentant/mandataire est nécessairement conventionnelle et d'autre part, car domine un monopôle de représentation accordé aux avocats.

CHAPITRE 1. REPRESENTATION A L'ACTION ET PROFUSION DES POUVOIRS

6. La représentation à l'action se situe entre pouvoir et capacité. Pouvoir d'un côté puisque selon sa source la représentation des personnes morales ne sera pas la même (**Section.1**) et capacité ensuite car les personnes physiques incapables en sont privées de sorte qu'elles doivent se faire représenter (**Section. 2**). Il y a donc bien une véritable profusion des pouvoirs.

SECTION 1. L'INFLUENCE DE LA SOURCE DU POUVOIR : LA REPRESENTATION DES PERSONNES MORALES

7. Sous l'appellation de « personne morale » seront inclus les groupements personnifiés et non personnifiés qui sont néanmoins admis à agir en justice par l'intermédiaire d'un représentant¹¹. La représentation *ad agendum* désigne donc le fait pour une personne d'agir au lieu et à la place d'une autre personne¹². Il existe donc trois sources desquelles le représentant peut tirer son pouvoir, trois faits générateurs¹³. Il existe en réalité de multiples hypothèses dans lesquelles, un groupement ne pouvant agir seul, il doit nécessairement être représenté et il ne s'agira pas d'en détailler toutes les hypothèses dans une liste longue et fastidieuse mais plutôt d'utiliser certaines de ces hypothèses à titre d'exemples pour comprendre les différences existant entre les sources légales et judiciaires du pouvoir (§1) et la source conventionnelle (§2), ainsi que l'irrégularité de ces pouvoirs.

¹¹ Cette distinction a été établie par M. Savaux dans son étude sur la personnalité morale en procédure civile. E. SAVAUX, « La personnalité morale en procédure civile », *RTD. civ.* 1995, p.1

¹² D. CHOLET, « Représentation et assistance en justice », *art.cit.*, spéc. n°8

¹³ S. GUINCHARD – F. FERRAND – C. CHAINAIS, *Procédure civile*, *op.cit.* p.258

§1. LES SOURCES LEGALE ET JUDICIAIRE DU POUVOIR

8. Ces deux sources de pouvoir sont très proches puisque souvent l'obligation de désigner un représentant est faite au juge par la loi, mais il arrive aussi que le juge désigne un représentant en l'absence de tout texte. C'est le cas par exemple lorsque le juge nomme un administrateur provisoire de société en cas de crise¹⁴. Il s'agira donc de s'intéresser aux conditions tenant à l'existence et à la désignation du représentant (A) et à la distinction entre défaut de pouvoir et irrégularité de pouvoir (B).

A) LES CONDITIONS TENANT A L'EXISTENCE ET A LA DESIGNATION DU REPRESENTANT

9. Le droit des sociétés fournit un contentieux abondant s'agissant de l'irrégularité de la représentation¹⁵. Dans la plupart des cas, la loi désigne l'organe habilité à représenter la personne morale¹⁶. La personne morale étant une fiction, elle s'incorpore dans cet organe de représentation qui lui-même s'incarnera en une personne physique agissant pour le compte de la personne morale. Dans certains cas, la loi peut également permettre à l'organe de représentation de déléguer ce pouvoir¹⁷, mais alors les statuts devront être publiés pour pouvoir être opposables aux tiers, il sera sinon considéré que l'organe représentatif reste celui détenant le pouvoir de représentation¹⁸ (sur l'utilisation des statuts par le tiers, v.*infra*). Certains groupements n'ont pas de représentants prédéfinis, mais le pouvoir du représentant qu'ils désignent reste légal, en ce que cette désignation est imposée par la loi. C'est le cas notamment des associations qui doivent prévoir dans leurs statuts qui les représentera. Il s'agira donc véritablement de l'attribution d'un pouvoir organique et non d'un simple mandat. Quant au pouvoir judiciaire, le droit des entreprises en difficulté en offre de multiples exemples qu'il s'agisse du liquidateur (article L.641-1 et suivants du Code de commerce), de l'administrateur judiciaire qui n'occupera une fonction de représentation que dans le cadre d'un redressement judiciaire (article L.631-12 du Code de commerce). Ou encore le mandataire judiciaire représentant l'intérêt collectif des créanciers (article L.622-20 du Code de commerce). Cette fonction est d'autant plus intéressante qu'elle permet de s'attarder sur la représentation de groupements non personnifiés, lorsqu'il s'agissait pour ce

¹⁴ D. CHOLET, « Représentation et assistance en justice », *art.cit.*, spéc. n°30

¹⁵ L. MAYER, « Nullités », *Rép.pr.civ.*, 2016, spéc. n°117

¹⁶ C'est le cas par exemple des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés civiles qui sont représentées par leur gérant (articles L.223-18 du Code de commerce et 1848 du Code civil). Ou encore les sociétés anonymes qui sont représentées par un directeur général cette fonction étant assumée soit par le président du conseil d'administration, soit par une personne physique distincte (L.225-56 du Code de commerce).

¹⁷ Il s'agira alors d'une partition de pouvoir légal et non d'un mandat. V. D. CHOLET, « Représentation et assistance en justice », *art.cit.*, spéc. n°28

¹⁸ Cass. Com 3 juin 2008, n°07-14.457

mandataire de représenter la masse des créanciers. Sa fonction est désormais plus controversée, doit-on parler de pouvoir ou de qualité pour agir, à son égard¹⁹ ?

10. Pour pouvoir représenter un groupement, il est nécessaire que le représentant, qu'il tienne son pouvoir du juge ou de la loi, existe. En effet, un pouvoir de représentation confié à un représentant inexistant, car n'ayant pas la personnalité juridique du fait de son inexistence ou de son décès, constitue une irrégularité pour vice de fond, et il s'agit en outre d'un vice de fond irréparable c'est-à-dire qu'il ne peut être régularisé²⁰. Il en va de même s'agissant du défaut total de pouvoir du représentant, comme par exemple le cas où une autre personne que le représentant légal agit en justice sans délégation de pouvoir. En tout état de cause, il appartient donc aux groupements de respecter les dispositions légales s'agissant de la désignation de leur représentant, la nullité pour vice de fond emportant de graves conséquences pour la suite de l'action en justice. Mais parfois la seule désignation ne suffit pas et le représentant doit de surcroît obtenir une autorisation d'agir, il s'agit alors d'établir une différence entre défaut et irrégularité de pouvoir.

B) LA NECESSAIRE DISTINCTION ENTRE DEFAUT ET IRREGULARITE DE POUVOIR

11. Il est nécessaire de distinguer entre le pouvoir légal ou judiciaire du représentant et l'autorisation d'agir qui est nécessaire dans certaines situations, comme par exemple l'autorisation d'agir du maire d'une commune par le conseil municipal²¹, l'autorisation d'agir du syndic par l'assemblée générale des copropriétaires²². L'autorisation d'agir est en réalité requise lorsque le tiers représentant se trouve dans une position intermédiaire²³. Il a le pouvoir d'agir en tant que représentant du groupement, mais ce pouvoir n'est pas suffisant et il doit obtenir une autorisation d'agir pour une action spécifique. L'objectif est de prémunir la personne morale contre les risques d'actions inopportunes²⁴.

12. Mais la distinction est nécessaire car la sanction semble être différente. Les tiers ne pourraient se prévaloir de l'irrégularité de l'autorisation donnée au représentant, qui n'appartiendrait qu'à ceux que la nullité entend protéger. Alors, que ces tiers (sous-entendu tiers par rapport à la décision d'autorisation) pourraient se prévaloir du fait que le représentant a agi sans autorisation ce qui serait alors reconnu comme un défaut de pouvoir

¹⁹ D. CHOLET, « Assistance et représentation en justice », *art.cit.*, spéc. n°31

²⁰ L. MAYER, « Nullités », *art.cit.*, spéc. n°243

²¹ L.2132-1 du Code général des collectivités territoriales

²² Article 55 du décret du 10 mars 1967, n°67-223

²³ C. ATIAS, « La raison d'être des autorisations d'agir en justice au nom d'une personne morale », *D.* 2011, p.701

²⁴ Cass ass plén 15 mai 1992 bull civ n°5, *JCP G* 1992 II 21940, obs : C. GIVERDON et P. CAPOULADE

et sanctionné par une nullité pour irrégularité de fond, invocable par tous²⁵. La Cour de cassation opère en effet une distinction subtile²⁶. Elle considère que le tiers est fondé à invoquer les statuts d'une société lorsqu'il s'agit de prouver que celui qui agit en justice en tant que représentant l'a fait sans respecter les statuts, mais le tiers n'est en revanche pas fondé à critiquer la régularité de la décision autorisant le représentant à agir en vertu de ces mêmes statuts. La solution se justifie d'autant moins, qu'il n'existe pas, en droit des sociétés, de textes précisant que la contestation de la régularité de la décision est une action attitrée comme c'est le cas pour l'action en contestation de la régularité de la décision de l'assemblée générale des copropriétaires²⁷. En outre, la solution de la Cour de cassation est différente s'agissant de la contestation de l'autorisation d'agir du conseil municipal. Elle retient que « la fin de non-recevoir tirée du défaut d'autorisation d'interjeter appel étant édictée dans le seul intérêt de la commune, [l'autre partie] est irrecevable à s'en prévaloir »²⁸. Dans ce cadre, le tiers ne peut même pas contester le défaut d'autorisation contrairement à ce qui est prévu pour le syndic. On notera également que la Cour de cassation apparente le défaut d'autorisation à une fin de non-recevoir, alors que le maire représentant la commune, il devrait s'agir d'une nullité pour irrégularité de fond.

En tout état de cause, s'agissant de l'irrégularité de la représentation lorsque la source du pouvoir du représentant est légale, une différence doit être faite entre le défaut de pouvoir du représentant qui entraîne une nullité pour irrégularité de fond et l'irrégularité de ce pouvoir qui ne pourrait être contesté que par ceux y ayant un intérêt propre. Mais il est difficile de faire un tel partage dans certaines situations, que faut-il considérer par exemple lorsque la désignation est faite par un organe incompétent ? S'agit-il d'un défaut de pouvoir ou d'un pouvoir irrégulier ?²⁹ Les difficultés pour connaître la sanction d'un défaut ou d'une irrégularité de pouvoir se ressentent également lorsque la source de ce pouvoir est conventionnelle.

²⁵ L. CADIET - E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op.cit.*, p.369. Selon ces auteurs en droit judiciaire la relativité de la nullité s'estompe et ce car il est dans l'intérêt de tous que la procédure soit régulière. Mais pour d'autres, lorsque la nullité a un intérêt purement privé, l'exception ne peut être soulevée que par la partie y ayant un intérêt (S. GUINCHARD – C. CHAINAIS – F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, 32^e éd., Dalloz (coll. *Précis*), 2014, p.684).

²⁶ B. DONDERO, « L'encadrement statutaire de la représentation en justice d'une personne morale et les tiers », *Bull. Joly*, n°10, oct. 2008, p.754

²⁷ Article 42 alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965, n°65-557

²⁸ Cass. civ. 2^e, 26 juin 2008, n° 07-14.996

²⁹ B. DONDERO, « L'encadrement statutaire de la représentation en justice d'une personne morale et les tiers », *art.cit.*, p.754

§2. LA SOURCE CONVENTIONNELLE DU POUVOIR DANS LE PROCES CIVIL

13. Les personnes morales voulant se faire représenter de manière conventionnelle le peuvent. Elles doivent cependant respecter les règles du mandat, c'est-à-dire que le représentant doit prouver qu'il existe un mandat écrit et spécial. Néanmoins, certains auteurs remettent en question cette exigence (**A**). Et la question est d'importance puisque les risques de sanctions s'avèrent plus importants (**B**).

A) LA NECESSITE D'UN MANDAT ECRIT ET SPECIAL ?

14. Le postulat de la représentation conventionnelle est simple : une personne confie à une autre le pouvoir d'agir en son nom et pour son compte en justice par le biais d'un contrat de mandat. Il est nécessaire de distinguer ce mandat, du mandat *ad litem* régi par les articles 411 et suivants du Code de procédure civile, puisqu'il s'agit bien d'un mandat pour agir et non d'accomplir les actes de la procédure. Un mandat de représentation conventionnelle peut se cumuler avec un mandat *ad litem* (sur les spécificités du mandat *ad litem*, v.*infra*). Ce mandat d'action est régi par les articles 1984 et suivants du Code civil et devra en outre se conformer aux nouvelles règles portant sur la représentation, issues de la réforme du droit des contrats³⁰. En droit substantiel, la sanction d'un défaut ou d'un dépassement de pouvoir est donc l'inopposabilité (article 1156 du C.civ), alors qu'en droit processuel il s'agira d'une nullité pour vice de fond. A titre d'exemples, peuvent être cités les actions des associations en représentation conjointe (article L.422-1 du Code de la consommation) et la nouvelle action de groupe introduite par la loi Hamon 2014-344 du 17 mars 2014. La représentation conventionnelle peut donc aussi s'appliquer pour une pluralité de mandants.

15. Le mandat d'agir en justice doit-il dès lors présenter des particularités ? Doit-il réellement être écrit et spécial ? La doctrine diverge. Pour certains, le mandat de représentation à l'action doit nécessairement être un mandat écrit et spécial³¹. Mais pour d'autres, le mandat de représentation à l'action n'exige aucun respect d'un quelconque formalisme et ce serait confondre représentation à l'action et à l'instance que d'exiger un pouvoir écrit et spécial³². Le mandat, s'il l'on peut contester qu'il doive être écrit, doit en tout cas nécessairement être spécial. Un mandat de représentation ne saurait être valable s'il ne désignait pas précisément les actions pour lesquelles le représentant est habilité à agir.

³⁰ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 – Articles 1153 à 1161 du C.civ qui s'appliquent de manière générale à la représentation quelle que soit sa source

³¹ S. GUINCHARD – F. FERRAND – C. CHAINAIS, *Procédure civile*, op.cit, p.259 ou encore G. COUCHEZ – X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17^e éd. Sirey (coll. *Université*), 2014, p.243

³² D. CHOLET, « Représentation et assistance en justice », art.cit, spéc. n°33

L'exigence de ce pouvoir spécial peut également expliquer que la jurisprudence retienne que les règles de la gestion d'affaires ne sont pas applicables³³. Il semble donc bien que ce mandat doive être spécial, et qu'il apparait également plus judicieux s'agissant de sa preuve qu'il soit écrit, d'autant plus qu'en présence d'un mandat de représentation conventionnel, les risques de sanctions s'avèrent être plus importants.

B) L'AUGMENTATION DU RISQUE DE SANCTIONS

16. Contrairement aux représentations légale et judiciaire, le mandataire doit nécessairement indiquer dans les actes de la procédure le nom de son mandant, la sanction de l'absence de cette mention étant la nullité pour vice de forme qui nécessite la preuve d'un grief (pour une explication détaillée *v.infra*). Les exigences de respect d'un certain formalisme sont donc plus importantes s'agissant de la représentation conventionnelle et ce car la protection de l'adversaire du mandant apparait accrue. MM. Perrot et Solus résument parfaitement la nécessité de cette règle en matière de représentation conventionnelle : « Il paraît cependant raisonnable d'exiger du mandataire qu'il révèle la personnalité de tous ses mandants afin que de façon précise et autrement que par des suppositions la partie adverse sache exactement contre qui elle défend ses droits et au profit de qui (ou contre qui) le jugement sera exécutoire »³⁴. Il ne faut pas néanmoins négliger le fait qu'en matière de représentation légale, il soit fait obligation à la personne morale d'indiquer le nom de l'organe qui la représente, la sanction étant également la nullité pour vice de forme (*v.infra*).

17. Outre, le prononcé d'une nullité pour vice de forme, le prononcé d'une nullité pour vice de fond menace également la représentation conventionnelle. Il apparait plus aisé pour un tiers d'établir le défaut de pouvoir du représentant dans le cadre de la représentation conventionnelle, d'autant plus que dans le cadre de la représentation légale ou judiciaire, il n'est pas parfois autorisé à utiliser certains statuts pour prouver l'irrégularité du pouvoir du représentant. Il semble en réalité qu'au moins indirectement dans tous les types de représentation tant le défaut de pouvoir que l'irrégularité soient sanctionnés. S'attachant à une idée de pouvoir, la représentation des personnes morales contraste avec celle des personnes physiques dont la cause est l'incapacité d'exercice.

³³ Cass. 1re civ., 9 mars 1982: Bull. civ., I, n° 104

³⁴ H. SOLUS – R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t.3 : *Procédure de première instance*, Sirey, 1991, p.35-36

SECTION 2. LA SANCTION DE L'ABSENCE DE CAPACITE D'EXERCICE : LA REPRESENTATION DES INCAPABLES

18. La représentation des personnes physiques est nécessaire lorsque la personne physique est atteinte d'une incapacité d'exercice c'est-à-dire qu'elle ne peut « à peine de nullité, soit exercer elle-même ses droits, soit les exercer seule »³⁵. Elle doit donc, ne pouvant agir seule, se faire représenter ou assister. Il existe de multiples cas de représentation de personnes physiques et ne pouvant prétendre à l'exhaustivité, il s'agira de s'intéresser à ceux pouvant entraîner de manière plus fréquente la nullité pour défaut de pouvoir du représentant, en ce que l'état d'incapacité dure dans le temps : c'est-à-dire la représentation des incapables. Il s'agira donc de s'intéresser d'une part aux particularités de la représentation du mineur (§1) et d'autre part, à la représentation des majeurs protégés intéressante au titre de l'irrégularité de la représentation précisément du fait de la gradation des protections existante en la matière (§2).

§1. LES PARTICULARITES DE LA REPRESENTATION DU MINEUR

19. La représentation du mineur présente des particularités à divers titres. La première particularité est la substitution du mineur par son représentant (A), en effet, le mineur n'a pas besoin d'apparaître en son nom dans la procédure. La seconde est l'unité de la sanction puisqu'une même sanction sera appliquée au mineur agissant seul et au défaut de pouvoir du représentant du mineur (B).

A) LA SUBSTITUTION DU MINEUR PAR SON REPRESENTANT

20. Le mineur n'a pas à figurer en nom dans la procédure, seul le nom de ses représentants légaux doit figurer. De même, un défendeur peut ne pas défendre contre le mineur lui-même mais contre le mineur pris en la personne de ses représentants légaux. La Cour de cassation l'a notamment reconnu dans un arrêt rendu en sa chambre criminelle le 16 décembre 1992³⁶, à propos d'une constitution de partie civile faite au nom d'un mineur. Contrairement à la désignation de la personne morale représentée exigée à peine de nullité pour vice de forme (v. *infra*), le nom du mineur ne doit pas apparaître dans la procédure. Il convient donc d'assigner au nom du ou des représentants légaux « ès qualité de représentant du mineur »³⁷. L'absence de désignation du mineur n'entraîne donc aucune nullité.

³⁵ G. CORNU (dir.) Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p.531

³⁶ Cass. crim., 16 déc. 1992, n° 92-82.179

³⁷ T. FOSSIER – B. KAN-BALIVET, « Autorité parentale », *JCI Proc.civ*, Formulaire V° ,Fasc. 10, 2010, spéc. n°30

21. Cette « non exigence », si tant est que l'on puisse la nommer ainsi, s'explique du fait de la source du pouvoir de représentation dans le cadre de la représentation du mineur³⁸. Il s'agit là non pas d'une représentation conventionnelle mais légale. De sorte que la maxime « Nul ne plaide par procureur » qui vise à ce que soit désignée nommément le représenté, n'a pas vocation à s'appliquer (*v. infra*). La solution se comprend en ce qu'il est plus aisé dans le cadre d'une représentation légale pour un plaideur de connaître son adversaire et de savoir qui agit véritablement par l'entremise de son représentant. Dans le cadre d'une représentation conventionnelle, les choses sont moins nettes et il apparaît donc nécessaire de préciser qui agit véritablement. La sanction de cette incapacité d'exercice du mineur présente en outre une dualité, l'incapacité d'exercice peut être sanctionnée en soi dès lors que le mineur agit seul alors qu'il n'en a pas la capacité, mais elle peut également résulter du défaut de pouvoir de l'un de ses représentants qui agirait en son nom sans en avoir le pouvoir.

B) L'APPLICATION D'UNE SANCTION UNIQUE : LE MINEUR AGISSANT SEUL ET LE DEFAUT DE POUVOIR DU REPRESENTANT

22. Le mineur est en principe représenté par ses deux parents lorsque ces derniers exercent l'autorité parentale en commun (article 389 du C. Civ). La loi prévoit certaines exceptions notamment en matière d'assistance éducative (article 375 du C. Civ). Le mineur non émancipé peut également être représenté par un administrateur *ad hoc* (article 389-3 alinéa 2) ou par un tuteur (articles 390 et 391). Le mineur agissant seul pourrait se voir opposer une nullité pour vice de fond, la question étant de savoir à quel titre. Cette nullité résulte-t-elle du fait que n'ayant pas la capacité pour agir seul, le mineur se verrait opposer une nullité en application de l'alinéa 2 de l'article 117 du CPC, ou bien le mineur se verrait-il opposer son défaut de pouvoir ? Certains auteurs soutiennent que le défaut de pouvoir d'une partie, prévu par l'alinéa 3 du même article, renverrait à cette hypothèse³⁹, alors qu'en réalité cela ne semble renvoyer à aucune hypothèse puisque précisément le pouvoir ne s'apprécie pas en la personne du représenté mais bien en la seule personne du représentant (*v. infra*). Le mineur se verrait donc opposer une nullité pour vice de fond mais bien au titre de son incapacité d'exercice.

³⁸ S. GUINCHARD – F. FERRAND – C. CHAINAIS, *Procédure civile, op.cit.*, p.259

³⁹ Y. DESDEVISES – O. STAES, « Action en justice – conditions de régularité de l'instance – capacité pouvoir », *JCI proc. Civ*, Fasc 500-85, 2016, spéc. n°34. Les deux auteurs vont même jusqu'à intituler leur paragraphe « défaut de pouvoir d'une partie », paragraphe qui inclut les incapacités à savoir le mineur et les majeurs incapables.

23. Est différente l'hypothèse où c'est le représentant qui n'avait pas le pouvoir d'agir au nom du mineur. L'hypothèse est différente, mais la sanction identique. L'alinéa 3 de l'article 117 du CPC prévoit qu'est entaché d'une nullité pour irrégularité de fond, l'acte accompli par un représentant qui n'en avait pas le pouvoir. Au titre de la représentation des mineurs, peut être donné l'exemple d'une mère agissant au nom de sa fille alors que celle-ci a été émancipée par le mariage⁴⁰. Dans cet arrêt, la mère n'avait plus le pouvoir d'agir puisque sa fille avait recouvré par son émancipation sa capacité d'exercice dans la plupart des actions. Ne pouvant pas agir au nom de sa fille, tous les actes effectués par la mère étaient donc entachés d'une nullité pour vice de fond. Il faut également préciser que dans ce cas, seul le mineur incapable peut soulever la nullité, le juge ne pouvant la relever d'office⁴¹. Cette application d'une sanction unique au défaut de pouvoir et de capacité se retrouve également dans la représentation des majeurs protégés. Il faut cependant faire dans ce cas une distinction entre le véritable régime de représentation à savoir la tutelle et le régime d'assistance à savoir la curatelle. Il y a là une gradation de la protection.

§2. LA REPRESENTATION DES MAJEURS PROTEGES ET LA GRADATION DE LA PROTECTION

24. Il n'existe à proprement parler qu'un cas de représentation d'un majeur protégé et il s'agit de la tutelle puisque dans le cadre de la curatelle, le curateur ne fait qu'assister le majeur protégé, la sauvegarde de justice ne faisant l'objet ni de l'un, ni de l'autre. Néanmoins, l'étude de la jurisprudence montre que deux cas principaux font l'objet d'une sanction : la tutelle et la curatelle. Cette dualité entre assistance et représentation se retrouve à bien des égards lorsque l'on s'intéresse à la sanction de la représentation comme c'est le cas par exemple pour la représentation *ad litem* ou bien lorsque l'on s'interroge sur le fait de savoir si le régime de protection du mineur ne devrait pas être un simple régime d'assistance⁴². Il s'agira donc de s'intéresser à la nécessaire représentation du majeur sous tutelle (**A**) et à la simple assistance du majeur sous curatelle (**B**).

A) LA NECESSAIRE REPRESENTATION DU MAJEUR SOUS TUTELLE

25. Contrairement au majeur sous curatelle, le majeur sous tutelle a besoin d'une plus grande protection c'est pourquoi pour de nombreux actes, il ne peut agir seul et doit nécessairement se faire représenter par son tuteur. Ne seront évoqués ici que les hypothèses

⁴⁰ Cass. 2^e civ., 23 oct. 1985, n° 84-10.511

⁴¹ Cass. Civ. 1^{ère} 19 sept 2007 Bull civ I n°274

⁴² JJ. LEMOULAND, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD. civ.* 1997, p.1

d'actes de procédure puisque la nullité procédurale est différente de la nullité de plein droit prévue par l'article 465 4° du Code civil « Si le tuteur ou le curateur a accompli seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée soit seule, soit avec son assistance ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice »⁴³.

26. L'article 475 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que : « La personne en tutelle est représentée en justice par le tuteur ». Il s'agit donc d'une hypothèse de représentation légale qui sera parfois difficilement sanctionnée. En effet, le Code de procédure civile n'exige à aucun moment que soit fait mention concernant le majeur incapable de l'incapacité de ce dernier, de sorte qu'une procédure peut s'engager sans même que le tuteur en ait été averti. Cette absence de nécessité n'empêche pas la Cour de cassation de retenir qu'une action engagée par un majeur incapable sans être représenté par son tuteur est entachée d'une nullité pour vice de fond qui ne pouvait être régularisée⁴⁴. Il est donc nécessaire de s'assurer que le demandeur à l'action n'est pas atteint d'une incapacité d'exercice, ce qui est différent de la qualité pour agir dont le défaut est sanctionnée par une fin de non-recevoir (*v. infra*).

Est également sanctionné par une nullité pour vice de fond le défaut de pouvoir du tuteur qui n'aura pas par exemple reçu l'autorisation du conseil de famille pour agir ès qualité (sur les autorisations d'agir *v. supra*). La Cour d'appel de Paris a retenu dans un arrêt du 1^{er} juin 2007⁴⁵, qu'était entachée d'une nullité pour vice de fond, l'assignation mentionnant qu'un majeur incapable était assisté de son curateur alors qu'il avait entre-temps était placé sous tutelle et devait donc être représenté par son tuteur peu important qu'il s'agisse de la même personne. Le défaut de pouvoir du tuteur ou l'action du majeur sous tutelle seul sera donc sanctionné par la nullité pour vice de fond, mais en est-il de même dans le cadre d'une curatelle ou le curateur ne fait qu'assister le curatellaire ?

B) LA SIMPLE ASSISTANCE DU MAJEUR SOUS CURATELLE

27. Le majeur sous curatelle n'est pas représenté par son curateur mais simplement assisté. L'article 468 alinéa 3 du Code civil dispose que : « cette assistance [du curateur] est également requise pour introduire une action en justice ou y défendre ». Il peut donc paraître curieux de traiter de la curatelle au titre de l'irrégularité de la représentation dans le procès

⁴³ V. à ce titre, la très bonne synthèse de M. Lemouland : « Curatelle et tutelle sanctions des irrégularités », *JCI Répertoire notarial*, 2016, art. 464 à 466 du Code civil

⁴⁴ Cass. Civ. 3e, 18 nov. 2014, n° 13-12.448, *contra*. Cass. Civ. 1re, 10 mai 1984, n° 83-10.945

⁴⁵ CA Paris, 14e ch., sect. B, 1er juin 2007, *Dr. fam*, n°1, 2008, comm.20, obs : T. FOSSIER

civil. Néanmoins, la frontière entre l'assistance et la représentation est parfois ténue et l'absence d'information du curateur est en réalité sanctionnée de la même façon que le défaut de pouvoir du tuteur par une nullité pour irrégularité de fond.

28. La jurisprudence elle-même ne trace pas une frontière claire entre assistance et représentation le démontre un arrêt récent de la première chambre civile⁴⁶. Dans cet arrêt, un majeur sous curatelle avait fait l'objet d'une mesure d'hospitalisation complète, le directeur de l'établissement demandant le maintien de cette mesure, le juge des libertés et de la détention fut amené à statuer. Or, le curateur n'avait pas été informé de la procédure. La cour d'appel avait étonnamment retenu que le majeur sous curatelle ayant eu la possibilité de se faire assister par un avocat, aucun grief ne pouvait être caractérisé. La Cour de cassation casse la décision au visa notamment de l'article 117 du Code de procédure civile, elle rappelle donc que le défaut d'information du curateur constitue une irrégularité pour vice de fond et non pour vice de forme comme semblait l'avoir retenu la cour d'appel qui évoquait un grief. De même, l'absence de signification d'un acte de procédure au curateur entraîne une nullité pour irrégularité de fond. La jurisprudence a varié à ce propos en retenant initialement qu'il s'agissait d'une nullité pour vice de fond, puis pour vice de forme et est finalement revenue à sa jurisprudence initiale⁴⁷.

Pourrait être critiqué le fait que peu importe la mesure de protection dont fait l'objet le majeur protégé, la sanction en procédure civile semble souvent être celle de l'irrégularité pour vice de fond et ce car l'article 117 du CPC vise en réalité tant le défaut de pouvoir que de capacité. Néanmoins, ces notions sont proches en ce qu'une personne n'ayant pas la capacité d'agir en justice doit se faire représenter par une personne en ayant le pouvoir. Tout autre est la question de la représentation dans l'accomplissement des actes de procédure d'autant plus que représentation *ad agendum* et *ad litem* peuvent se superposer. L'avocat dispose souvent à plus d'un titre d'un monopôle à cet égard, de sorte que l'on peut parler de concentration des pouvoirs.

⁴⁶ Cass. 1^{re} civ. 16 mar.2016, pourvoi n° 15-13.745, *Dr. fam*, n°7-8, 2016, comm 155 ; obs : I. MARIA ; RTD ; civ, 2016, p.322, obs. J. HAUSER

⁴⁷ L. MAYER, « Nullités », *art.cit.*, spéc n°128, v. notamment les exemples jurisprudentiels cités. En outre, dans le rapport annuel de 2009 de la Cour de cassation, troisième partie, portant sur les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour, cette dernière précise que le défaut d'information du curateur est sanctionné par un vice de forme. Mais dans des arrêts de 2014 et dans l'arrêt de 2016, elle revient sur sa position antérieure, preuve que la Cour de cassation trace une frontière peu claire entre représentation et assistance.

CHAPITRE 2. REPRESENTATION A L'INSTANCE ET CONCENTRATION DES POUVOIRS

29. S'agissant de l'irrégularité du mandat *ad litem*, sanctionnée normalement par une irrégularité de fond, il est nécessaire de distinguer les cas de représentation obligatoire et facultative voire interdite. En effet, devant les juridictions où la représentation est obligatoire, l'avocat dispose d'un monopôle de représentation (**Section. 1**), il sera donc extrêmement délicat pour un plaideur de prouver l'irrégularité de la représentation, l'avocat n'ayant à justifier d'aucun pouvoir spécial. Mais cette affirmation trouve une limite dans le principe de la territorialité de la représentation. Les choses sont différentes devant les juridictions d'exceptions (**Section. 2**) puisqu'il s'agit alors de distinguer la représentation facultative qui appellera des observations quant à sanction, mais aussi les nombreuses transformations apportées par la loi Macron n°2015-990 du 6 août 2015 notamment lorsque la représentation facultative devient obligatoire en cause d'appel.

SECTION 1. LA REPRESENTATION OBLIGATOIRE ET LE MONOPOLE DE REPRESENTATION DE L'AVOCAT

30. Devant les juridictions où la représentation est obligatoire (Tribunal de Grande instance, Cour d'appel et Cour de cassation), les auxiliaires de justice bénéficient d'un monopôle de représentation qui se traduit par l'absence de preuve d'un pouvoir écrit et spécial (§1), ce pouvoir étant présumé. Il existe néanmoins, même en matière de représentation obligatoire, des limites à ce monopôle (§2).

§1. L'ABSENCE DE PREUVE D'UN POUVOIR ECRIT ET SPECIAL

31. Cet « avantage » offert à l'avocat qui se justifie de par l'exercice de sa profession en laquelle les juridictions doivent pouvoir avoir confiance, permet de faciliter la régularité de la représentation (**A**). Néanmoins, l'avocat ne doit pas moins faire preuve de rigueur et certaines mentions sont exigées à peine de nullité pour vice de forme notamment dans le cadre de la représentation par des sociétés d'avocats (**B**).

A) LA FACILITATION D'UNE REPRESENTATION REGULIERE

32. Les articles 411 et suivants du Code de procédure civile régissent les règles applicables à la représentation et à l'assistance en justice. L'article 416 dispose à ce titre que : « quiconque entend représenter ou assister une partie doit justifier qu'il en a reçu le mandat ou la mission. L'avocat est toutefois dispensé d'en justifier ». Il en résulte donc que l'avocat n'a pas à prouver qu'il a reçu mandat du plaideur pour le représenter et l'assister

en justice, l'existence de ce mandat est présumée. Cette dispense est traditionnelle et provient du fait que les avocats sont crus « sur leur robe »⁴⁸. Il s'agit néanmoins d'une présomption simple qui peut être combattue par la preuve contraire. La conséquence sera alors la nullité de tous les actes de la procédure effectués par un mandataire qui n'était pas habilité. Le vice peut néanmoins être couvert jusqu'à ce que le juge statue s'agissant d'une irrégularité de fond⁴⁹.

33. Cette présomption accordée aux auxiliaires de justice permet de réduire les hypothèses d'irrégularité de la représentation dans le cadre du mandat *ad litem*. En effet, dans le cadre de la représentation en justice bien que les possibles représentants soient désignés par la loi, la représentation n'est que conventionnelle, le mandat *ad litem* est toujours contractuel⁵⁰. De sorte que le fait que l'avocat n'ait pas à prouver qu'il a reçu un pouvoir écrit et spécial permet d'une part de faciliter l'accomplissement des actes de procédure, sans que l'adversaire ait à rechercher l'existence d'un tel mandat et d'autre part, de limiter d'autant les hypothèses d'irrégularité de la représentation puisque *de facto*, les risques d'un mandat irrégulier ne conférant pas un véritable pouvoir au représentant sont effacés. L'assignation délivrée à l'adversaire valant également conclusions, cela permettra à ce dernier de connaître le mandataire *ad litem* du demandeur et il lui appartiendra seulement dans le cadre de la représentation obligatoire de vérifier si ce dernier appartient au barreau de la juridiction.

La contrepartie de cette facilité accordée aux avocats tient au respect parfois pesant des règles déontologiques et au plus grand risque d'engagement de leur responsabilité. Il ne s'agira pas là de reprendre l'ensemble des règles déontologique mais seulement de donner un exemple afin de montrer la contrepartie de cette présomption accordée aux avocats. Il est défendu par exemple à un avocat succédant à un autre de défendre les intérêts de son client contre son prédécesseur, sauf accord du bâtonnier⁵¹. Mais la responsabilité importante des avocats ne touche pas en soi à l'irrégularité de la représentation dans le procès civil et ne sera donc pas étudié à ce titre.

L'absence d'avoir à prouver qu'ils ont reçu mission d'accomplir les actes de la procédure n'empêche pas qu'une certaine rigueur doive être respectée quant aux mentions figurant dans ces mêmes actes.

⁴⁸ D. CHOLET, « Représentation et assistance en justice », *art.cit.*, spéc. n°72

⁴⁹ Art. 121 CPC

⁵⁰ H. SOLUS – R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t.3 : *Procédure de première instance*, *op.cit.* p.45

⁵¹ JM. BRIGANT, « Avocats – irrégularité de fond : non – manquement déontologique : oui », *JCP G*, n°9, 2011, p. 235

B) L'EXIGENCE PERSISTANTE DE DESIGNATION DU REPRESENTANT : LE CAS DES SOCIETES D'AVOCATS

34. Contrairement à la simple faculté d'indiquer le nom du représentant personne physique dans le cadre de la représentation *ad agendum* (v. *infra*), il s'agit d'une obligation dans le cadre de la représentation *ad litem*, sanctionnée par une nullité pour vice de forme. Il en est ainsi car cette exigence est prévue textuellement par l'article 752 du Code de procédure civile et 8 de la loi du 31 décembre 1971 qui prévoit qu'une société d'avocats peut postuler auprès d'un tribunal par l'intermédiaire d'un avocat inscrit au barreau de ce tribunal. Il est donc nécessaire pour vérifier si les règles de la postulation sont respectées qu'il soit fait indication du nom de l'avocat personne physique, le seul nom de la société ne peut suffire. La Cour de cassation l'a notamment retenu dans un arrêt rendu en sa deuxième chambre civile le 1^{er} février 2006⁵². Dans cet arrêt, elle décide que « l'absence d'indication dans l'assignation du nom de l'avocat, personne physique, par le ministère duquel postule la société constitue une irrégularité de forme ». Cet arrêt fut confirmé notamment par un arrêt rendu en sa deuxième chambre civile le 30 avril 2009⁵³.

35. L'exigence est également valable pour la mention du nom de la société à laquelle appartient l'avocat et ce car l'article 414 du CPC prévoit qu'une partie n'est admise à se faire représenter que par une seule, des personnes physiques ou morales, habilitées par la loi. De sorte, qu'il est nécessaire de préciser à quelle société est rattachée l'avocat personne physique⁵⁴. La Cour de cassation retient que chaque associé exerce sa fonction d'avocat au nom de la société civile professionnelle dont il est membre et qu'il doit dès lors être fait mention de cette société. La sanction du défaut de cette mention étant une nullité pour irrégularité de forme. Ce qui n'est pas sans rappeler la solution retenue pour la Cour de cassation à l'égard de la mention de l'organe représentant une personne morale (v. *infra*). Ces exigences ont néanmoins une portée réduite s'agissant d'un vice de forme nécessitant la preuve d'un grief (article 114 du CPC). Mais il n'en reste pas moins que le monopôle de représentation de l'avocat est limité par la règle de la territorialité de la postulation dont le non-respect est quant à lui sanctionné par une irrégularité de fond.

⁵² Cass. 2^e civ, 1^{er} févr. 2006, n°05-17.742, *JCP G*, n°18, 2006, II, 10071; obs : R. MARTIN. L'arrêt a également fait l'objet d'un commentaire au rapport annuel de la Cour de cassation. Elle retient que la société peut représenter une partie et que dès lors ne peut lui être fait le reproche d'un défaut de capacité. La nullité pour vice de forme s'imposait donc.

⁵³ Cass 2^e civ. 30 avr. 2009, n°08-16.236, *Procédures* n°6, 2009, comm 181 ; obs : R. PERROT

⁵⁴ Cass 2^e civ, 5 avr. 2007, n°06-14.818

§2. LES LIMITES AU MONOPOLE

36. Le choix du professionnel chargé de les représenter est en principe libre pour les parties dans le cadre de la représentation obligatoire c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une procédure écrite. Il s'agit certes d'un choix libre mais pas absolu. En effet, le monopôle de représentation des avocats est tempéré par le principe de territorialité de la postulation (**A**). Principe, qui peut lui-même subir des exceptions notamment à travers la possibilité de la multipostulation (**B**). Il est par ailleurs admis que le terme de « postulation » désigne la représentation obligatoire par avocat⁵⁵.

A) LA TERRITORIALITE DE LA POSTULATION

37. Ce principe signifie qu'un avocat ne peut représenter une partie que devant les juridictions dans le ressort de la cour d'appel duquel il a établi sa résidence professionnelle⁵⁶. Il apparait donc nécessaire de faire la différence entre la mission d'assistance de l'avocat qui peut s'effectuer devant toute juridiction et celle de représentation qui est limitée territorialement, entre l'avocat plaissant et l'avocat postulant. La différence majeure est que le plaissant n'engage pas la partie qu'il assiste, son rôle est de conseiller la partie et de plaider⁵⁷ contrairement à l'avocat postulant dont les missions principales sont celles de représenter son client et de conclure⁵⁸. MM. Solus et Perrot font état de cette différence :

« La représentation en justice est grave de conséquences. A la différence de la simple assistance qui consiste uniquement à conseiller le plaideur sans l'engager personnellement, la représentation en justice a pour conséquence de faire produire en la personne de la partie représentée tous les effets, heureux et malheureux, qui s'attachent aux actes accomplis par le représentant dans la limite de ses pouvoirs »⁵⁹.

38. Au XIX^e siècle, une frontière claire a été dressée entre la mission d'assistance assurée par l'avocat et celle de représentation assurée par l'avoué en vertu d'un mandat *ad litem*. Les deux fonctions ne se confondaient pas, chacune étant exercée en vertu d'un monopôle. Avec

⁵⁵ J. BELLICHACH, « Multipostulation et représentation des parties devant les chambres sociales de la Cour d'appel à la suite du décret du 20 mai 2016 », *D.* 2016, p.1508

⁵⁶ Cette règle est issue de l'article 5 alinéa 2 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. L'article dispose : « Ils [les avocats] peuvent postuler devant l'ensemble des tribunaux de grande instance du ressort de cour d'appel dans lequel ils ont établi leur résidence professionnelle et devant ladite Cour d'appel ». Cette rédaction est issue de la loi Macron du 6 août 2015 qui a étendu la postulation à tous les Tribunaux de grande instance dans le ressort de la Cour d'appel. La postulation étant auparavant limitée au seul TGI dans le ressort duquel l'avocat avait établi sa résidence professionnelle.

⁵⁷ L'article 412 du CPC dispose d'ailleurs que « la mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger »

⁵⁸ Art. 411 du CPC

⁵⁹ H. SOLUS – R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t.3 : *Procédure de première instance*, op.cit., p.24-25

la suppression de la profession d'avoué par la loi du 25 janvier 2011, il peut parfois être difficile d'établir la distinction dans les actes de l'avocat entre ceux qui relèvent de sa mission d'assistance et de sa mission de représentation. La distinction est pourtant d'importance puisqu'un avocat qui effectuerait un acte au titre de sa mission de représentation sans appartenir au barreau dans le territoire de la juridiction, verrait ses actes de procédure déclarés nuls en vertu de l'article 117 du CPC. Il s'agit là d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation⁶⁰. Cette sanction s'appliquera tant à l'égard de la constitution d'avocat qui sera déclarée nulle si l'avocat n'a pas respecté la territorialité de la postulation, qu'à tous les actes de la procédure qui seraient effectués par un avocat, « incompétent » territorialement⁶¹. Cette limite ne porte pas atteinte au respect des droits de la défense⁶² puisqu'elle ne s'applique pas à l'avocat plaçant qui peut être librement choisi par la partie. Il existe en outre une exception à cette limite territoriale : la possibilité d'une multipostulation en région parisienne.

B) L'EXCEPTION A LA LIMITE : LA MULTIPOSTULATION

39. Cette exception résulte de la suppression du Tribunal de la Seine qui a conduit du fait de son éclatement à l'apparition des Tribunaux de grande instance de Bobigny, Créteil, Paris et Nanterre. Il est prévu à l'article 5-1 de la loi du 31 décembre 1971, tel qu'issu de la loi du 25 janvier 2011 supprimant la profession d'avoué, que : « *Par dérogation au deuxième alinéa de l'article 5, les avocats inscrits au barreau de l'un des tribunaux de grande instance de Paris, Bobigny, Créteil et Nanterre peuvent postuler auprès de chacune de ces juridictions. Ils peuvent postuler auprès de la cour d'appel de Paris quand ils ont postulé devant l'un des tribunaux de grande instance de Paris, Bobigny et Créteil, et auprès de la cour d'appel de Versailles quand ils ont postulé devant le tribunal de grande instance de Nanterre* ». Il en résulte donc, que par exception, du moins en première instance, un avocat inscrit dans le ressort de la Cour d'appel de Paris, près le Tribunal de Grande instance de Bobigny par exemple pourra postuler devant le Tribunal de grande instance de Nanterre. Les risques d'une nullité pour vice de fond sont donc réduits.

⁶⁰ Cass 2^e civ. 23 oct. 2003, n°01-17.806, *Procédures*, n°1, 2004, comm 3; obs. R. PERROT, Cass 2^e civ. 16 déc. 2004, n°03-10.895

⁶¹ L'avocat plaçant ou incompétent territorialement ne peut par exemple conclure ou interjeter appel (CA Paris 5 avr. 2006, n° 05/15385)

⁶² Cass., QPC, 12 oct. 2011, n° 11-40.064

40. Cette dérogation à la territorialité de la postulation n'est cependant valable qu'au premier degré de juridiction et non en cause d'appel⁶³. La règle est donc claire « le bénéfice de l'exception au principe de territorialité de la postulation et, en conséquence subordonné au fait que l'avocat ait représenté une partie en première instance, dans une procédure pour laquelle la représentation est obligatoire »⁶⁴. L'application de l'exception se complique également dans le cas où la représentation n'est pas obligatoire en première instance mais le devient en cause d'appel (v. *infra*). En effet, devant les juridictions d'exception il n'est alors plus question d'un monopôle des auxiliaires de justice, la représentation n'étant d'ailleurs par obligatoire.

SECTION 2. LA SANCTION PARTICULIERE DE L'IRREGULARITE DE LA REPRESENTATION DEVANT LES JURIDICTIONS D'EXCEPTION

41. La représentation facultative nécessite des aménagements quant à ses conditions notamment par l'exigence de la preuve d'un pouvoir écrit et spécial ou pour la désignation de ces représentants (§1). Il existe en outre des cas où la représentation est interdite, mais depuis la loi du 6 août 2015, la représentation devant le conseil des prud'hommes est devenue facultative, de sorte qu'il est nécessaire de s'interroger sur les répercussions de ce passage d'une représentation interdite à une représentation facultative (§2).

§1. L'AMENAGEMENT DES CONDITIONS DE LA REPRESENTATION FACULTATIVE

42. Contrairement aux auxiliaires de justice, pour lesquels il n'est nul besoin de prouver qu'ils ont reçu un pouvoir écrit et spécial, tout autre représentant doit nécessairement prouver l'existence de ce pouvoir (A). Dans le cadre de la représentation facultative, la loi désigne néanmoins limitativement les représentants ad litem potentiels (B).

A) LA NECESSITE DE LA PREUVE D'UN POUVOIR ECRIT ET SPECIAL

43. Il faut tout de suite préciser que même lorsque la représentation est facultative rien n'empêche une partie de se faire représenter par un avocat qui bénéficiera également dans ce cadre de la dispense de devoir prouver qu'il a reçu un pouvoir écrit et spécial d'agir au

⁶³ Y. STRICKLER, « Territorialité de la postulation en région parisienne », *Procédures*, 2016, comm. 83. L'auteur reproduit un schéma expliquant le principe de la territorialité de la représentation et son exception la multipostulation.

⁶⁴ B. TRAVIER – R. GUICHARD, « La multipostulation : un sport dangereux au périmètre limité », *JCP G*, n°46, 2013, 1169

nom du plaideur. De plus, l'avocat ne sera pas soumis au principe de territorialité de la postulation.

Les particuliers ne bénéficient pas de cette dispense et doivent donc prouver qu'un mandat *ad litem* leur a été confié. Cette exigence est prévue par l'article 416 du Code de procédure civile qui dispose : que « quiconque entend représenter ou assister une partie doit justifier qu'il en a reçu le mandat ou la mission. ». Il doit s'agir d'un mandat écrit même si selon la doctrine majoritaire il n'existe pas de formalisme spécifique⁶⁵. Cependant, la justification de ce mandat est d'ordre public⁶⁶ et plus encore il doit s'agir d'un mandat spécial.

Cette exigence d'un mandat spécial est d'importance. Le plaideur doit en effet donner mandat pour une instance déterminée, le mandat ne peut se résumer à un pouvoir général de représentation. En revanche, le mandataire peut faire tous les actes de procédure nécessaire à la conduite du procès⁶⁷ et il est également prévu (article 417 CPC) qu'il est réputé avoir reçu pouvoir spécial de faire ou d'accepter un désistement, d'acquiescer, de faire, accepter, ou donner des offres, un aveu ou un consentement.

44. Mais quelle sanction appliquer à l'absence de justification d'un tel mandat ? Les réponses textuelles et jurisprudentielles diffèrent. Devant la Cour de cassation par exemple, le mandataire doit justifier qu'il est muni d'un pouvoir spécial (article 984 du CPC), de sorte que l'absence de justification d'un tel pouvoir entraîne l'irrecevabilité du pourvoi⁶⁸. Mais *a contrario*, l'absence de preuve d'un mandat *ad litem* devant le Conseil des prud'hommes entraîne une nullité pour irrégularité de fond (article 117 du CPC). Il est en effet logique que l'absence de justification du mandat et donc du pouvoir permet de faire jouer l'alinéa 4 de cet article. Enfin, si le mandataire ne justifie pas de son pouvoir et que le plaideur ne comparait pas dans le cadre de procédure sans représentation obligatoire, alors il sera considéré qu'il y a défaut de comparution.

Cependant, en l'état actuel, la seule sanction possible semble devoir être la nullité pour irrégularité de fond en ce que précisément l'absence de justification du mandat peut laisser présumer un défaut de pouvoir ou un pouvoir irrégulier, irrégularité de fond par excellence. L'irrégularité de fond s'appliquera aussi au défaut de pouvoir du mandataire ne faisant pas partie des représentants possibles car désignés par la loi.

⁶⁵ H. SOLUS – R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t.3 : *Procédure de première instance*, *op.cit.*, p.48

⁶⁶ Cass soc. 11 févr. 1982, Bull civ. 1982 V, n°92

⁶⁷ Y. DESDEVICES – O. STAES, « Action en justice – conditions de régularité de l'instance – capacité pouvoir », *art.cit.*, spéc. n°83

⁶⁸ Cass 3^{ème} civ. 13 avr. 1976 : Bull. civ. 1976, III, n°152

B) LA DESIGNATION LEGALE DES REPRESENTANTS

45. Même si le principe devrait être la liberté de choix du représentant, cette liberté n'est en réalité pas totale même dans le cadre d'une représentation facultative. Le choix d'un mandataire ne faisant pas partie des listes limitatives établies par le législateur, entraînera donc nécessairement une nullité pour vice de fond.

Il n'existe qu'une hypothèse dans laquelle le choix du représentant *ad litem* sera totalement libre pour les parties. Il s'agit de la représentation devant le tribunal de commerce. Cette liberté de choix est une particularité remarquable issue de l'ancien Code de procédure civile⁶⁹. L'article 853 du CPC prévoit en effet que même si le représentant qui n'est pas avocat doit justifier d'un pouvoir écrit et spécial, le plaideur peut néanmoins se faire représenter par « toute personne de [son] choix ». Dès lors, l'irrégularité de la représentation ne pourra pas résulter du fait qu'une personne non habilitée, car ne faisant pas partie de la liste de l'article 853, ait représenté le plaideur. Les risques de nullité du mandat *ad litem* sont réduits d'autant.

46. En revanche, devant les autres juridictions pour lesquelles la représentation est facultative les personnes pouvant représenter les parties sont limitativement énumérées. Il s'agit du tribunal d'instance⁷⁰, de la juridiction de proximité⁷¹, du tribunal des affaires de sécurité sociale⁷², de la Cour d'appel⁷³ dans les cas où la représentation n'est pas obligatoire. La Cour de cassation retient donc logiquement que si un plaideur se fait représenter par une personne non habilitée, il s'agira d'une nullité pour irrégularité de fond⁷⁴. Elle précise d'ailleurs que la nullité est prononcée pour défaut de pouvoir du représentant, mais ce n'est pas tout à fait exact puisqu'un mandat *ad litem* peut parfois être véritablement conclu entre le plaideur et son représentant, ce qui fait défaut n'est pas le pouvoir mais bien l'autorisation légale⁷⁵. Pourrait être opposé à cette analyse que dans le cadre de la représentation *ad agendum*, la Cour de cassation qualifie de la même façon la représentation par un organe qui n'est pas celui désigné légalement pour représenter une personne morale puisqu'un tel organe n'étant pas habilité légalement, il n'a pas le pouvoir requis. Cependant, le mandat *ad*

⁶⁹ Y. DESDEVEISES – O. STAES, « Action en justice – conditions de régularité de l'instance – capacité pouvoir », *art.cit.*, spéc. n°106

⁷⁰ Art. 828 du CPC

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Art. L.144-3 du Code de la sécurité sociale

⁷³ Art. 931 du CPC

⁷⁴ Cass.2^e civ., 25 mars 2010, n° 09-13.672

⁷⁵ L. MAYER, « Nullités », *art.cit.*, spéc. n°138

litem n'est que contractuel, les termes utilisés par la Cour de cassation ne sont donc certes pas adéquats mais le choix de la sanction semble quant à lui l'être.

Toute autre est la question de la sanction devant le Conseil des prud'hommes du fait du passage d'une représentation facultative à une représentation obligatoire en cause d'appel.

§2. LE PASSAGE D'UNE REPRESENTATION FACULTATIVE A UNE REPRESENTATION OBLIGATOIRE

47. Avant la loi Macron du 6 août 2015 et son décret d'application du 20 mai 2016, le principe était clair la représentation était interdite devant le Conseil des prud'hommes. Tout plaideur devait nécessairement comparaître personnellement. Désormais la représentation est facultative **(A)**. De nouvelles difficultés sont en outre apparues, puisque la représentation est devenue obligatoire en cause d'appel en matière prud'homale **(B)**. L'interdiction de la représentation est toujours valable pour les tribunaux paritaires des baux ruraux mais ne sera pas étudié ici puisqu'il apparaît plus intéressant d'étudier les conséquences du passage d'une représentation interdite, à facultative puis obligatoire.

A) LE PASSAGE D'UNE REPRESENTATION INTERDITE A UNE REPRESENTATION FACULTATIVE DEVANT LE CONSEIL DES PRUD'HOMMES

48. La justification de la comparution personnelle des plaideurs tient au fait que le législateur veut rendre possible une éventuelle conciliation⁷⁶. L'article R.1453-1 du Code du travail disposait donc avant l'entrée en vigueur du décret du 20 mai 2016, que : « Les parties comparaissent en personne, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime. Elles peuvent se faire assister ». Le principe était donc clair, la représentation était interdite sauf motif légitime. L'article dispose désormais que : « les parties se défendent elles-mêmes. Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter ». S'organise donc un passage d'une représentation interdite à une représentation facultative. L'article suivant détaille les personnes habilitées à assister ou représenter les plaideurs devant le conseil des prud'hommes. Les avocats n'ayant pas à justifier d'un pouvoir écrit et spécial une fois encore, contrairement au défenseur syndical créé par la loi Macron qui doit lui justifier qu'il a reçu un tel pouvoir. La sanction de ce défaut de pouvoir étant la nullité des actes de procédure pour irrégularité de fond, la saisine du Conseil des prud'hommes étant alors irrégulière⁷⁷.

⁷⁶ P. JULIEN – N. FRICERO – JJ. TAISNE, « Représentation en justice : représentation ad agendum – représentation ad litem », *JCl Proc.civ*, Fasc. 106, 2014, spéc. n°77

⁷⁷ Cass. soc, 12 déc 1995 - n° 92-43.494, La Cour de cassation a retenu que la déclaration de saisine ayant été faite par une personne n'ayant pas la qualité d'avocat, cette dernière était irrégulière et ne pouvait saisir valablement le Conseil des prud'hommes. Il faut pourtant bien y voir une nullité pour irrégularité de fond qui s'attachant à l'acte introductif d'instance entraîne l'irrégularité de la procédure elle-même.

49. La possibilité d'une irrégularité pour vice de fond en première instance est donc considérablement réduite. Néanmoins, bien que les parties n'aient plus à justifier d'un motif légitime pour se faire représenter, l'exigence de ce motif est maintenue en ce que les parties doivent justifier leur absence en personne ou représentées⁷⁸, mais il s'agira alors bien d'une justification et non d'une sanction. Il n'y a donc plus lieu d'exiger la comparution personnelle des parties, ni de sanctionner ce défaut de comparution, si la partie est représentée. De même, les avocats étant crus sur leurs robes, il sera très difficile pour un plaideur de soulever une irrégularité d'autant plus que la représentation étant facultative, la limite de la territorialité de la représentation n'a pas vocation à s'appliquer. Mais les possibilités d'une irrégularité de fond du fait du non-respect des règles de la postulation sont considérablement augmentées en cause d'appel où la représentation devient obligatoire.

B) LES DIFFICULTES DE LA POSTULATION EN APPEL

50. La représentation en matière prud'homale en appel est désormais obligatoire⁷⁹. La question qui se pose est de savoir s'il est nécessaire de postuler pour représenter un plaideur en cause d'appel, autrement dit faut-il avoir sa résidence professionnelle dans le ressort de la Cour d'appel ? La réponse est loin d'être évidente et semble de plus diverger en fonction de qui la donne. Il faut tout d'abord noter que le décret du 20 mai 2016 donne lieu à une situation inédite puisque la représentation obligatoire n'est pas dans ce cas le monopôle des avocats, en cause d'appel, les parties peuvent également être représentées par un défenseur syndical. La situation est tellement inédite qu'elle entraîne des complications quant à la notification des conclusions mais surtout quant à la preuve de cette notification, le défenseur syndical ne pouvant par hypothèse notifier par le biais du réseau privé virtuel des avocats⁸⁰.

51. Mais les difficultés réelles sont propres à la question de la postulation, comme le résume très bien M. Guichard : postuler ou ne pas postuler devant les cours d'appel statuant en matière prud'homale ?⁸¹ La question est d'importance puisque si la réponse s'avère positive, les actes de procédure effectués par un avocat n'appartenant pas au barreau dans le ressort duquel est établie la Cour d'appel seront déclarés nuls pour irrégularité de fond. Lors de la

⁷⁸ C. TILLOY, « Conseil de prud'hommes : Procédure », *JCI Procédures*, Fasc. 20, V°, 2016, spéc. n°79

⁷⁹ Art. R. 1461-2 du Code du travail alinéa 2 « Il [l'appel] est formé, instruit et jugé suivant la procédure avec représentation obligatoire »

⁸⁰ R. LAFFLY, « La réforme de la procédure devant la chambre sociale de la Cour d'appel », *JCP G*, n°28, 2016, 838

⁸¹ R. GUICHARD, « Postuler ou ne pas postuler ? devant les cours d'appel statuant en matière prud'homale », *JCP G*, n°38, 2016, 977

publication du décret, les choses semblaient acquises : les règles de la postulation s'imposaient⁸². Mais une dépêche de la Chancellerie du 27 juillet 2016 est venue semer le trouble, puisque cette dernière précise que le décret n'a pas pour conséquence de rendre applicable les règles de la postulation. Or, la Cour de cassation définit la postulation comme consistant à assurer la représentation obligatoire d'une partie devant une juridiction⁸³. Il faut distinguer la représentation obligatoire et la postulation l'une n'incluant pas l'autre. Mais la solution manque de cohérence puisque la représentation par le défenseur syndical est quant à elle limitée territorialement⁸⁴. La prudence est donc de mise quant à savoir si la postulation est nécessaire, voire même si l'avocat doit avoir postulé en première instance pour pouvoir représenter la partie en cause d'appel. La réponse n'est pas encore connue mais ne manquera pas de susciter des difficultés devant la Cour de cassation.

52. La distinction entre représentation *ad agendum* et *ad litem* est donc indispensable en ce que ces deux modes de représentation n'obéissent en tout état de cause pas à la même logique, l'un ayant pour but de représenter une partie qui ne peut agir seule du fait d'une incapacité d'exercice, ou de son caractère fictif dans le cas des personnes morales. Alors que la représentation *ad litem* a pour objectif, notamment dans le cas où cette représentation est obligatoire, de confier la rédaction et l'accomplissement des actes de procédure à un auxiliaire de justice qualifié et habilité. La procédure civile est complexe il est donc nécessaire que la partie outre qu'elle puisse se faire assister, se fasse représenter. De plus, les raisons de la sanction de l'irrégularité de la représentation sont différentes. Dans un cas, la sanction touche à l'action elle-même en ce que sans un représentant *ad agendum* la personne physique ou morale ne peut agir. Dans l'autre, la sanction touche à l'instance elle-même et se trouve à un stade postérieur, il s'agit de sanctionner par exemple un avocat qui n'aurait pas postulé. La régularisation d'un tel défaut de pouvoir peut plus aisément se comprendre. Dès lors, une question se pose pourquoi pour deux types de représentation aussi différents, le Code de procédure civile ne semble de prime abord appliquer qu'une sanction unique : la nullité pour irrégularité de fond de l'article 117. D'autres sanctions semblent en réalité pouvoir s'appliquer, l'irrégularité de la représentation de par sa diversité ne peut souffrir l'application d'une sanction unique.

⁸² R. LAFFLY, *art.cit*

⁸³ Cass 2^e civ, 28 janv. 2016, n°14-29.185

⁸⁴ Art. D.1453-2-4 du Code du travail

TITRE 2. LE REJET DE L'IRREGULARITE DE FOND COMME UNIQUE SANCTION DE LA REPRESENTATION

53. La sanction logique de l'irrégularité de la représentation devrait être celle prévue par les articles 117 et suivants du Code de procédure civile à savoir la nullité pour irrégularité de fond. C'est d'ailleurs la sanction la plus largement appliquée que ce soit dans le cadre de la représentation *ad litem* ou *ad agendum*. Cependant, la répartition des domaines des différents moyens de défense est plus complexe qu'il n'y paraît d'une part, car il existe une confusion des notions (**Chapitre. 1**) : notamment s'agissant de la différence entre le pouvoir et la qualité mais aussi s'agissant de la différence entre une simple erreur matérielle et la possibilité de vérifier l'existence ou l'irrégularité du pouvoir du représentant. En outre, la théorie des nullités est imparfaite (**Chapitre. 2**) car le régime des vices de formes et des vices de fond est par trop différent et la question qui reste en suspend est donc celle de savoir si la volonté de l'application d'une sanction unique à l'irrégularité de la représentation se justifie.

CHAPITRE 1. LA CONFUSION DES NOTIONS

54. L'irrégularité pour vice de fond de l'article 117 du Code de procédure civile est la sanction première du défaut de pouvoir du représentant ou de l'irrégularité de celui-ci. Cependant, en jurisprudence comme en doctrine, tout n'est pas aussi clair d'une part, car vice de fond et fin de non-recevoir ont des régimes proches ce qui conduit à leur assimilation (**Section. 1**) et d'autre part, car la sanction de l'absence de mention des noms du représenté et du représenté est ambiguë : doit-il s'agir d'un vice de fond ou d'un vice de forme ? (**Section. 2**).

SECTION 1. L'ASSIMILATION ENTRE VICE DE FOND ET FIN DE NON-RECEVOIR

55. Vice de fond et fin de non-recevoir ont certes des natures différentes cependant leur régime est pratiquement similaire (§1), mais doit-on pour autant fondre les deux moyens de défense en un seul et unique moyen ? Non, le maintien de la distinction est nécessaire (§2) notamment car ces deux moyens de défense ne sont pas identiques en tout point.

§1. UNE NATURE DIFFERENTE MAIS UN REGIME SIMILAIRE

56. La nature des fins de non-recevoir et des vices de fond est différente, l'une touchant aux conditions d'existence de l'action et l'autre conditions d'exercice de l'action (**A**). Leur régime, cependant, présente de grandes similarités (**B**).

A) UNE NATURE DIFFERENTE : CONDITIONS D'EXISTENCE ET D'EXERCICE DE L'ACTION

57. « La fin de non-recevoir suppose l'absence d'une condition d'existence de l'action, tandis que l'irrégularité de l'acte introductif d'instance porte sur son exercice ». ⁸⁵ L'article 122 du Code de procédure civile dispose : que « constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ». Lorsque l'action n'est pas attitrée, qualité et intérêt à agir coïncident. Les actions attitrées, qui s'opposent aux actions banales, correspondent à celles pour lesquelles la loi définit qui a qualité pour agir. La fin de non-recevoir vise donc à sanctionner le défaut d'une condition d'existence de l'action, l'action devient irrecevable car l'une des conditions nécessaires à sa recevabilité fait défaut. Les irrégularités de fond touchent en revanche aux conditions d'exercice de l'action qu'il s'agisse de la capacité ou du pouvoir. Autrement dit, une personne dispose de la qualité ou de l'intérêt pour agir mais ne peut le faire soit car elle est frappée d'une incapacité d'exercice c'est le cas par exemple du mineur, ou car elle n'a pas le pouvoir pour le faire et doit se faire représenter c'est le cas du syndicat par exemple qui doit être représenté par le syndic après autorisation de l'assemblée générale des copropriétaires⁸⁶.

58. Fin de non-recevoir et irrégularité de fond n'ont donc pas la même nature. La première sanctionne l'irrecevabilité d'une action pour défaut de qualité ou d'intérêt à agir. Alors que dans le cadre de l'irrégularité de fond, le plaideur a bien intérêt ou qualité à agir mais ne peut le faire seul il doit nécessairement se faire représenter. S'il agit seul ou bien si le pouvoir de son représentant fait défaut ou est irrégulier, la sanction appliquée sera la nullité pour irrégularité de fond. La fin de non-recevoir sanctionne le défaut de qualité, l'irrégularité de fond le défaut de pouvoir. Or, ces notions sont parfois confondues. En jurisprudence notamment, la Cour de cassation a parfois qualifié de fin de non-recevoir un défaut de

⁸⁵ C. ATIAS, « L'action en justice du prétendu représentant d'une personne morale (qualité civile et qualité procédurale », *D.* 2003, p.1582

⁸⁶ Art. 15 loi du 10 juillet 1965 n°65-557, art. 55 du décret du 17 mars 1967 n°67-223

pouvoir⁸⁷ et utilise parfois le vocable de qualité pour qualifier un défaut de pouvoir. La confusion est donc entretenue lorsque même certains auteurs utilisent l'expression « en qualité de représentant légal », pour évoquer le défaut de pouvoir du représentant d'une personne morale par exemple⁸⁸. Ou encore lorsque certains considèrent que lorsque le pouvoir est celui que la loi attribue exclusivement au dirigeant personne physique alors celui-ci doit avoir qualité pour agir⁸⁹.

Mais les natures de ces deux sanctions sont bien différentes et de plus faut-il rappeler que la qualité s'apprécie en la personne du représentant et le pouvoir en la personne du représenté ? Néanmoins, le régime de ces deux sanctions étant très similaires, la question de leur fusion peut légitimement se poser.

B) UN REGIME SIMILAIRE

59. Fin de non-recevoir et vice de fond présentent de multiples similarités quant à leur régime, au point que certains auteurs appellent de leurs vœux la fusion de ces deux moyens de défense, allant même jusqu'à affirmer que l'identité de régime enlève tout « intérêt pratique aux discussions qui pourraient naître sur la frontière qui sépare les deux moyens de défense »⁹⁰ ou encore ceux affirmant que la distinction entre théorie de l'action et de l'instance est faible et que face à cette identité de régime rien n'empêche la fusion de ces deux moyens de défense⁹¹.

60. Il est vrai d'affirmer qu'il existe plus de ressemblances entre les fins de non-recevoir et les irrégularités de fond qu'entre les exceptions de procédure elles-mêmes⁹². En effet, les deux moyens de défense peuvent être présentés en tout état de cause (articles 118 et 123 du CPC, le premier étant quasiment un décalque du second⁹³). En outre, ils ne nécessitent pas contrairement aux vices de forme la preuve d'un grief (articles 121 et 126 du CPC). Ils doivent être relevés d'office s'ils présentent un caractère d'ordre public (articles 120 et 125 du CPC). Et enfin ils sont régularisables jusqu'à ce que le juge statue (articles 121 et 126).

⁸⁷ Cass 3^e civ. 16 oct. 1991 (*JCP G* 1991, IV, 438), Cass. 1^e civ 17 fév.1993 Bull civ I n°76, Cass com 27 nov. 2007 *procédures* 2008 n°19 obs. Rolland

⁸⁸ G. SOUSI, « Représentation en justice d'une personne morale et nullité des actes de procédure », *Gaz. Pal.*, 1984, Doctr. 427

⁸⁹ V. THOMAS, « la régularisation du défaut de pouvoir d'ester en justice pour le compte d'une société », *Revue des sociétés*. 2014, p.97. L'auteur précise même que le régime légal de la représentation des sociétés repose sur la qualité du représentant social.

⁹⁰ J. HERON - T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., LGDJ (coll. *Domat*), 2015, p.138

⁹¹ C. CHAINAIS [dir.] – D. FENOUILLET [dir.], *Les sanctions en droit contemporain – la sanction entre technique et politique*, Dalloz (coll. *L'esprit du droit ; 1*), 2012, p.365

⁹² L. CADIET - E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op.cit.*, p.370

⁹³ J. HERON – T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, *op.cit.*, p.138

L'alignement des régimes des fins de non-recevoir et des vices de fond montre que le législateur n'a pas entendu se départir de l'idée que les vices de fond seraient plus graves que ceux de forme et mériteraient dès lors un régime adapté. En effet, s'agissant de l'irrégularité de la représentation qu'elle soit *ad agendum* ou *ad litem*, il est plus grave que le représentant ne dispose pas du pouvoir pour représenter plutôt que la mention de ce pouvoir dans l'acte soit irrégulière. Il est donc normal que les vices de fond bénéficient d'un régime approprié et que la preuve d'un grief ne soit pas exigée. Si une telle preuve était exigée, cela reviendrait à ce qu'un vice grave ne soit pas sanctionné faute pour le plaideur de pouvoir prouver que ce vice lui a causé grief.

Cependant, l'assimilation des vices de fond et des fins de non-recevoir n'est pas totale et subsistent des différences qui rendent pour l'heure nécessaire le maintien de la distinction.

§2. LA NECESSITE DU MAINTIEN DE LA DISTINCTION

61. La distinction entre fin de non-recevoir et irrégularité de fond doit se maintenir car outre que ces deux sanctions ne se situent pas en réalité au même stade dans le procès civil, deux différences subsistent une quant à la prescription (**A**) et une seconde quant à la compétence du juge de la mise en état (**B**)⁹⁴.

A) UNE DIFFERENCE QUANT A LA PRESCRIPTION

62. Le choix de la sanction n'est pas anodin et entraîne des conséquences différentes⁹⁵ depuis la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription. En effet, l'acte introductif d'instance déclaré nul conserve son effet interruptif de prescription et de forclusion, cette solution s'appliquant également en appel. Alors que dans le cadre d'une demande en justice déclarée irrecevable, l'effet interruptif de la prescription est non avenu. Cet état de fait résulte de la nouvelle rédaction de l'article 2241 du Code civil issu de la réforme qui dispose : « la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion. Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure ». Ce terme de vice de procédure a perturbé quelque peu la doctrine, car faut-il considérer qu'il inclut les vices de forme et de fond ? De plus, la rédaction du nouvel article a perturbé les délais existants puisque l'ancien article 2247

⁹⁴ L. MAYER, « Nullités », *art.cit.*,p.6. Selon Mme Mayer l'enjeu de la distinction est faible mais reste nécessaire pour deux raisons : la prescription et la compétence du juge de la mise en état.

⁹⁵ Y. DESDEVICES – O. STAES, « Action en justice – conditions de régularité de l'instance – capacité pouvoir », *art.cit.*, p.12

retenait que lorsque l'acte était annulé pour vice de forme l'effet interruptif de prescription était non avenu. La Cour de cassation a clarifié les choses par un arrêt rendu en sa deuxième chambre civile le 16 octobre 2014⁹⁶. Elle retient dans cet arrêt que « tout acte de saisine, dont la nullité, au moins pour vice de fond, a été prononcée produit un effet interruptif à l'égard du délai d'appel et donc de l'ensemble des délais : de prescription, pour agir, de procédure »⁹⁷. Que ce soit la nullité pour vice de fond ou de forme et que ce soit le délai pour agir, pour interjeter appel... le prononcé de cette nullité produit un effet interruptif tant du délai de prescription que de forclusion.

63. La solution est différente pour les fins de non-recevoir. L'article 2243 du Code civil dispose en effet : « L'interruption est non avenue si le demandeur se désiste de sa demande ou laisse périmer l'instance, ou si sa demande est définitivement rejetée ». De sorte que le plaideur ne pourra pas se prévaloir de l'effet interruptif de la prescription si sa demande a été déclarée irrecevable. L'effet interruptif sera non avenu. Cette différence de solution semble défier toute logique⁹⁸ d'autant plus si la nullité touche l'acte introductif d'instance ce qui revient pour le plaideur à devoir réintroduire l'instance comme en matière d'irrecevabilité. Pourquoi dès lors par exemple dans le cadre d'un appel déclaré nul, l'effet interruptif serait sauf mais pas dans le cadre d'un appel déclaré irrecevable ? Il s'agit donc de solutions qui démontrent la nécessité de maintenir la distinction entre vice de fond et fin de non-recevoir mais qui n'en sont pas pour autant logique. La compétence du juge de la mise en état pour les exceptions de procédure pose également question.

B) LA COMPETENCE DU JUGE DE LA MISE EN ETAT

64. Cette compétence est établie par l'article 771 du Code de procédure civile et par l'article 907 du même Code devant le conseiller de la mise en état. L'article 771 précise que le juge de la mise en état est seul compétent pour statuer sur les exceptions de procédure. S'agissant des vices de forme la règle est strictement respectée, l'exception de procédure tirée d'un vice de forme devant être soulevée *in limine litis* (article 112 du Code de procédure civile). La jurisprudence applique par ailleurs strictement la répartition de compétence entre la formation collégiale compétente pour les fins de non-recevoir et le juge de la mise en état qui semble dès lors acquérir une existence autonome⁹⁹.

⁹⁶ Cass 2^e civ, 16 oct. 2014, n°13-22.088, *JCP G* n°50, 2014, 1241 obs. C. AUCHET

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ L. MAYER, « Nullités », *art. cit.*, p.6

⁹⁹ Cass 2^e civ. 12 mai 2016, n°14-28.086, la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence antérieure et décide que le juge de la mise en état n'est saisi que par des conclusions qui lui sont spécialement adressées

65. S'agissant des irrégularités de fond, la compétence du juge de la mise en état n'est pas aussi évidente puisque ces dernières peuvent être soulevées à tout moment de la procédure en application de l'article 118 du Code de procédure civile. Il s'agit donc de déterminer quel article prime entre l'article 771 et 118 du Code de procédure civile. Doit-on considérer que l'article 771 n'a pas vocation à s'appliquer et que dès lors le juge de la mise en état n'est pas compétent pour connaître des irrégularités de fond ou à tout le moins que la formation collégiale peut aussi en connaître ? Ou au contraire faut-il considérer que le spécial dérogeant au général, l'article 771 prime l'article 118 et a vocation à s'appliquer¹⁰⁰ ? En fonction de la réponse apportée, l'irrégularité de fond sera plus ou moins assimilée aux fins de non-recevoir qui relèvent de la compétence de la formation collégiale. Et en réalité l'esprit des textes invite à adopter cette solution puisque certaines irrégularités de fond sont trop graves pour ne pas pouvoir être invoqué au-delà de la mise en état, comme par exemple un mineur qui intenterait une action seul, sans se faire représenter par ses représentants légaux. La compétence du juge de la mise en l'état peut donc en fonction de la vision qui en ressort permettre de distinguer vice de fond ou fin de non-recevoir ou au contraire les assimiler. La distinction reste donc nécessaire mais tend à s'estomper d'une part car la différence de règle s'agissant de la prescription, rappelons-le, défie toute logique et d'autre part car la compétence du juge de la mise en état s'agissant des irrégularités pour vice de fond n'est pas clairement établie.

En outre, les fins de non-recevoir ne sont pas les seules à entretenir des relations ambiguës avec les irrégularités de fond puisque la sanction de l'absence ou de l'irrégularité de la mention du nom du représenté et du représentant pose également problème.

SECTION 2. L'AMBIGUÏTE DE LA SANCTION DES MENTIONS DU NOM DU REPRESENTÉ ET DU REPRESENTANT

66. De prime abord, le défaut de la mention du nom du représenté et du représentant peut être vu comme une simple erreur matérielle sanctionnée par une nullité pour vice de forme. Mais les choses se compliquent dès lors que de telles mentions permettent tantôt de vérifier la qualité du représenté (§1) tantôt le pouvoir du représentant (§2).

¹⁰⁰ S. GUINCHARD – C. CHAINAIS – F. FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, op.cit., p.683-684

§1. LA MENTION DU NOM DU REPRESENTÉ, VERIFICATION DE SA QUALITE

67. La mention du nom du représenté n'a de sens que dans le cadre d'une représentation conventionnelle qu'il s'agisse du mandat donné par une personne morale ou du mandat *ad litem* reçu par l'avocat. En effet, dans le cadre d'une représentation légale ou judiciaire il suffit que le représentant indique clairement à quel titre il agit¹⁰¹. Cette exigence de la mention du nom du représenté n'a pas d'assise textuelle et ne trouve à s'appliquer qu'en vertu de la maxime « Nul ne plaide par procureur » (**A**). Néanmoins, cette maxime subit des remises en cause (**B**), certains estimant par ailleurs qu'il s'agit d'une maxime archaïque¹⁰².

A) L'APPLICATION DE LA MAXIME « NUL NE PLAIDE PAR PROCUREUR »

68. La maxime peut en effet paraître archaïque en ce sens que nul ne peut douter qu'en France la représentation est désormais possible¹⁰³, mais il faut en réalité revenir à l'historique de l'adage pour comprendre le sens véritable qui lui est attaché aujourd'hui.

69. A l'origine, en droit romain, existait un principe de non représentation en justice qui impliquait que chacun devait accomplir lui-même les actes de la procédure. L'apparition de la maxime peut en réalité être située au XVI^e siècle¹⁰⁴, et sa formulation était alors la suivante : « Nul en France ne plaide par procureur hormis le roi ». Pour pouvoir être représenté, les seigneurs devaient donc obtenir des lettres de grâce, le Roi seul pouvant se faire représenter. A l'époque moderne, la doctrine française s'est efforcée de limiter le sens de la maxime et cette dernière s'est alors transformée pour devenir une règle de forme permettant à l'adversaire de connaître l'identité de la personne agissant contre lui. Il s'agit donc de respecter l'un des principes fondamentaux de la procédure à savoir le respect des droits de la défense et de permettre ainsi au défendeur de vérifier que le demandeur a intérêt et qualité pour agir, chose qu'il ne peut pas faire si seul le nom du représentant est indiqué. Cette maxime est toujours appliquée par la jurisprudence¹⁰⁵ qui n'hésite pas à la citer afin de sanctionner le défaut d'indication du nom du mandant comme un vice de forme. On notera que la maxime n'ayant pas d'assise textuelle, son utilisation pourrait contrevenir à l'article 114 du Code de procédure civile selon lequel il n'y a pas de nullité sans texte. Mais s'agissant d'une exigence formelle, la logique veut qu'elle soit sanctionnée au titre des vices de forme.

¹⁰¹ L. CADIEU – E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op.cit.*, p.366

¹⁰² F. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD. civ* 1985, p. 247

¹⁰³ HP. GLENN, « A propos de la maxime nul ne plaide par procureur », *RTD. civ* 1988, p.59

¹⁰⁴ E. NAQUET, « De la maxime que nul ne peut plaider par procureur si ce n'est le roi » *Rev. Crit. Légis et juris* 1975, 638

¹⁰⁵ Cass. 2^e civ., 29 nov. 2001, n°00-10.549 ou plus récemment Cass. 2^eciv. 12 mars 2009, n°07-20.682

Néanmoins, il n'est pas évident d'une part que la règle trouve toujours à s'appliquer et d'autre part, que sa sanction doive être une nullité pour vice de forme qui nécessite la preuve d'un grief.

B) LES REMISES EN CAUSE DE LA MAXIME

70. La maxime fut d'abord remise en cause en ce qu'elle empêchait la reconnaissance en France des actions de groupe pour lesquelles il est précisément impossible d'indiquer le nom des représentés d'autant plus dans un système d'opt-out dans la mesure où « les membres du groupe sont indéterminés et ne peuvent donner pouvoir d'agir »¹⁰⁶. La plus vive critique fut celle portée par M. Caballero¹⁰⁷, ce dernier estimant même qu'il serait temps de « jeter par-dessus bord » la maxime. La représentation aurait besoin de se moderniser par l'application d'une technique sophistiquée. Cet auteur fut vraisemblablement entendu bien que tardivement puisque les actions de groupe (actions en représentation conjointe mises à part) furent consacrées par la loi Hamon du 17 mars 2014 n°2014-344, mettant en place un système d'opt-in. Une fois la décision rendue, les consommateurs peuvent décider ou non d'opter. Mais en réalité, il est légitime de se demander si c'est bien la maxime qui freinait la reconnaissance des actions de groupe et plus largement la problématique de la représentation ou bien si le problème ne se trouvait pas ailleurs¹⁰⁸. En tout état de cause, il est désormais admis que les associations agissent en tant que « procureur » dans le cadre des actions de groupe sans que la maxime n'ait besoin d'être respecté puisque l'on fait face à une pluralité de parties¹⁰⁹.

71. La seconde remise en cause de la maxime tient à sa sanction. Doit-il s'agir d'une nullité pour vice de fond, vice de forme ou même d'une fin de non-recevoir ? La doctrine se divise et la jurisprudence elle-même est parfois confuse. Il semble néanmoins que la maxime ne peut qu'être qualifiée de vice de forme puisqu'elle ne vise pas à établir la qualité pour agir du représenté mais seulement à permettre au défendeur de pouvoir vérifier qu'une telle qualité existe bel et bien. Il ne peut donc à ce titre s'agir d'une fin de non-recevoir comme la Cour de cassation a pu parfois le retenir¹¹⁰. En outre, certains auteurs retiennent que le non-respect de la maxime devrait être sanctionné au titre des vices de fond car il s'agirait

¹⁰⁶ D. CHOLET, « Assistance et représentation en justice ». *art.cit.*, spéc. n°21

¹⁰⁷ F. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! de l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *art. cit*

¹⁰⁸ L'attachement de la France à l'intérêt personnel des plaideurs semble être une raison plus probante d'autant plus que même si représentation il y a, l'intérêt et la qualité à agir doivent toujours être vérifiés en la personne du représenté

¹⁰⁹ D. LANZARA, « Les règles de procédure civile à l'épreuve de la pluralité de parties », *D.* 2015, p.2520

¹¹⁰ R. PERROT, « Représentation en justice : de la règle nul ne plaide par procureur », *RTD. civ* 1992, p.181, à propos de l'arrêt de la deuxième chambre civile du 10 juillet 1991 (Bull. civ II, n°221).

pour eux d'un emploi illicite du pouvoir de représentation¹¹¹. Mais la maxime reste une règle de forme en ce que sa sanction doit être possible uniquement si le défendeur prouve l'existence d'un grief, grief qu'il pourrait tirer du fait de ne pas avoir pu déterminer si son adversaire avait ou non qualité pour agir. Il s'agit là d'éviter les conventions de prête-nom. Le juge y voit d'ailleurs « une règle d'intérêt privé, dont l'adversaire est le seul à pouvoir se prévaloir »¹¹²

Il faut néanmoins se ranger derrière l'avis majoritaire de la doctrine, malgré ses remises en cause, il est important que l'adage survive à titre de coutume puisqu'il permet le respect des droits de la défense. En revanche, la mention du nom du représentant qui a cette fois trait non au défaut de qualité mais au défaut de pouvoir soulève de plus grandes interrogations quant à sa sanction.

§2. LA MENTION DU NOM DU REPRESENTANT, VERIFICATION DE SON POUVOIR¹¹³

72. S'agissant de la représentation *ad agendum*¹¹⁴, cette exigence pourrait se dédoubler du moins pour les personnes morales puisque ces dernières sont représentées par un organe qui s'incarne physiquement. Néanmoins, la mention du nom de la personne physique représentant une personne morale reste une simple faculté (**A**) tandis qu'il y a obligation pour la personne morale d'indiquer le nom de l'organe représentant (**B**).

A) LA FACULTE D'INDIQUER LE NOM DE LA PERSONNE PHYSIQUE REPRESENTANT LA PERSONNE MORALE

73. Aucun texte n'exige à peine de nullité que soit indiqué le nom de la personne physique représentant la personne morale. Cette omission ne peut donc être sanctionnée au titre des nullités pour vice de forme. Cette solution est fondée sur la rédaction des articles 56, 58, 648 et 901 du Code de procédure civile (applicables aux actes d'huissiers, à la requête et à la déclaration d'appel) qui précisent que la mention de l'organe représentant la personne morale est exigée à peine de nullité. On en déduit donc *a contrario* que la mention du nom de la personne physique représentant la personne morale n'est pas exigée à peine de nullité.

¹¹¹ J. HERON – T. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op.cit.*

¹¹² S. GUINCHARD – F. FERRAND – C. CHAINAIS, *Procédure civile, op.cit* , p.259

¹¹³ G. SOUSI, « Représentation en justice d'une personne morale et nullité des actes de procédure », *art.cit* , Doctr. 427, qui retrace tous les enjeux de cette question notamment quant à la sanction de l'absence de la mention du nom du représentant

¹¹⁴ La règle étant différente pour le mandat *ad litem*, v. *supra* le cas des sociétés d'avocats

La Cour de cassation retient, en outre que le défaut de cette mention ne peut être sanctionné par une irrégularité de fond¹¹⁵.

Cette solution est critiquée par une partie de la doctrine. Le législateur se serait en effet « arrêté au milieu du gué »¹¹⁶ en exigeant à peine de nullité la seule mention de l'organe représentant mais pas celle de la personne physique. Pour M. Perrot c'est bien la seconde qui permettrait à l'adversaire de vérifier l'existence ou la régularité du pouvoir du représentant de la personne morale, la première n'étant qu'une exigence creuse et formelle. Outre que la mention du nom de la personne physique ne devrait pas être facultative, sa sanction devrait être celle d'une irrégularité de fond. En effet, à défaut de mention comment savoir si le représentant, personne physique détient l'autorisation d'agir au nom de la personne morale ?

74. Les contraintes de cette non-exigence vont plus loin : elles pénalisent le plaideur trop diligent qui sera plus sévèrement sanctionné puisqu'en indiquant le nom de la personne physique représentant de la personne morale, il permet à son adversaire de vérifier le pouvoir de cette dernière et s'expose donc à une nullité pour irrégularité de fond. La conséquence est donc que la seule mention du gérant par exemple, fera présumer de manière irréfragable qu'il s'agit bien du gérant en exercice puisque l'adversaire n'aura aucun moyen de prouver le contraire. Dès lors, le paradoxe se fait ressentir puisqu'il est plus avisé pour un plaideur de ne pas mentionner le nom de la personne physique pour échapper à la nullité plutôt que de faire preuve de diligence et d'indiquer le nom de la personne physique.

Mais contrairement à la mention du représentant personne physique, celle de l'organe représentant la personne morale n'est pas facultative et pourra être sanctionnée, restant à déterminer quelle doit être cette sanction.

B) L'OBLIGATION D'INDIQUER LE NOM DE L'ORGANE REPRESENTANT

75. La mention du nom de l'organe représentant est exigée à peine de nullité tant pour l'assignation, que pour la déclaration d'appel (articles 56,58, 648 et 901 du Code de procédure civile). De plus cette obligation s'applique tant aux mentions concernant l'auteur de l'acte, qu'à celles concernant son destinataire. Dès lors, ayant une assise textuelle l'absence de la mention ou la mention erronée devrait être sanctionnée sur le terrain de la

¹¹⁵ Cass 3^e civ. 12 juil 1995, n°93-12.508 (Bull. civ III, n°176)

¹¹⁶ R. PERROT, « Acte de procédure : désignation de l'organe représentatif de la personne morale », *RTD. civ* 2008, p.720

nullité pour vice de forme. Par un arrêt rendu en chambre mixte le 22 février 2002¹¹⁷, la Cour de cassation a mis fin à une divergence existant entre la chambre commerciale¹¹⁸ qui considérait qu'un tel vice doit être qualifié de vice de fond puisque le but de la mention est bien de vérifier le pouvoir du représentant et la deuxième chambre civile¹¹⁹ qui quant à elle appliquait la distinction établie par Cornu¹²⁰ entre le *negotium* et l'*instrumentum*. Une simple mention dans l'acte affecte l'*instrumentum* et non le *negotium* et doit dès lors être sanctionnée au titre des nullités pour vice de forme.

76. La Cour de cassation s'est ralliée à la position de la deuxième chambre civile en décidant : « que le défaut de désignation de l'organe représentant légalement une personne morale dans un acte de procédure, lorsque cette mention est prévue à peine de nullité, ne constitue qu'un vice de forme ». Pour M. Soussi il faudrait en réalité distinguer entre le défaut de la mention et la mention erronée. Lorsque la mention fait défaut, il faut faire application de l'article 648 du Code de procédure civile, la sanction sera donc la nullité pour vice de forme. Mais lorsque la mention est erronée soit il s'agit d'une simple erreur de qualification ne touchant pas au fond du droit, soit l'organe faussement désigné ne dispose pas du pouvoir pour représenter la personne morale et il s'agit alors d'un vice de fond. La Cour de cassation fait le choix de privilégier la sanction du vice de forme qui nécessite la preuve d'un grief, et ce d'autant plus que la solution rendue en chambre mixte n'est valable que dans le cadre de la représentation obligatoire. La Cour de cassation a en effet retenu dans un arrêt d'Assemblée Plénière du 7 juillet 2000¹²¹, que la mention de l'organe représentant n'était que facultative dans les cas où la représentation n'est pas obligatoire voulant faire éviter selon ses propres dires, un formalisme trop pesant aux plaideurs¹²².

Outre les difficultés du choix de la sanction, le défaut de mention du nom du représenté et du représentant mettent en lumière un enjeu qui dépasse la seule confusion des notions, celui de l'imperfection de la théorie des nullités.

¹¹⁷ Cass ch. mixte 22 fév. 2002, n°00-19.639 et 00-19.742 : *Bull. Joly*, 2002, p.663, obs. D. CHOLET ; *D.* 2002, p.2083 obs. JB. RACINE. L'arrêt a par ailleurs fait l'objet d'un commentaire dans le Rapport annuel (2002) de la Cour de cassation.

¹¹⁸ Cass com. 3 juin 1989, *Bull civ IV* n°174

¹¹⁹ Cass 2^e civ. 24 mai 1984, *Bull civ II* n°192

¹²⁰ G. CORNU, *D.* 1977, jurispr. p. 125. Ce dernier explique que l'acte de procédure est une espèce particulière d'acte juridique. Il faut donc distinguer le *negotium* manifestation de la volonté et l'*instrumentum* support de la manifestation. Dès lors, se dégage dans toutes actes de procédure des conditions de forme et de fond.

¹²¹ Ass. Plé 7 juillet 2000, n°97-45.768

¹²² Rapport annuel de la Cour de cassation (2002)

CHAPITRE 2. LA THEORIE DES NULLITES : UNE THEORIE IMPARFAITE

77. Le refus d'un régime unitaire des nullités présente des inconvénients puisqu'il permet notamment à certains « vices » affectant l'acte de procédure et le pouvoir du représentant en général de demeurer sans sanction. Mais, il apparaît pour le moment impossible d'aligner le régime des vices de fond sur celui des vices de forme (**Section. 1**). Se pose alors la question de la pertinence de l'article 117 du Code de procédure civile, ne faudrait-il pas en fin de compte dépasser cette application d'une sanction unique à l'irrégularité de la représentation ? (**Section. 2**).

SECTION 1. L'IMPOSSIBILITE D'UNE APPLICATION UNITAIRE DU REGIME DES VICES DE FORME

78. Le régime des nullités pour vices de forme est différent de celui des vices de fond et présente de nombreuses limites (§1), de plus, même si une régularisation du vice est possible (§2) cette dernière présente des inconvénients notamment quant à la détermination du moment de la régularisation et quant à la question du grief subsistant. En tout état de cause, même si la question de l'alignement des régimes des exceptions de procédure peut légitimement se poser, le régime des vices de forme est encore trop perfectible pour l'aligner avec celui des vices de fond, sanction pour le moment première de l'irrégularité de la représentation.

§1. LES LIMITES DE LA NULLITE POUR VICE DE FORME

79. Le régime de la nullité pour vice de forme a trois inconvénients majeurs. Il nécessite la preuve d'un grief (A) et doit en outre être prévu par un texte et être soulevé *in limine litis* (B).

A) LA NECESSITE DE LA PREUVE D'UN GRIEF COMME OBSTACLE A LA SANCTION DE LA REPRESENTATION

80. L'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile dispose que : « la nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public ». Cet alinéa retranscrit donc la règle « pas de nullité sans grief », règle qui fut instaurée par le décret-loi du 30 octobre 1935 afin d'échapper au caractère automatique de la sanction qui permettait à tout plaideur de pouvoir exciper d'une nullité sans que cette dernière lui ait causé grief. La jurisprudence n'a néanmoins pas respecté cette règle que ce soit pour les vices touchant le fond de l'acte, le législateur lui a donc donné raison en 1972, ou pour les formalités substantielles et d'ordre public. Sur ce point, il est désormais nécessaire de

prouver un grief. Le critère n'est donc plus celui de la gravité. La conséquence directe de cette nécessité de prouver un grief, grief souverainement apprécié par les juridictions du fond, est que la nullité pour vice de forme n'est quasiment jamais prononcée tant il est dur pour un plaideur de prouver qu'un vice lui a causé grief¹²³. Se retrouve cette idée d'une sanction fonction de la gravité. Le vice de fond serait un vice plus grave qui entacherait l'acte de procédure et sa sanction devrait être automatique tandis que le vice de forme serait d'une gravité moindre. Mais il faut préciser qu'un vice de forme peut tout aussi bien présenter une certaine gravité¹²⁴. Cette difficulté de prouver un grief est d'ailleurs utilisée par la jurisprudence qui qualifiera de vice de forme une irrégularité là où d'autres y auraient vu un vice de fond et ce afin d'échapper au caractère automatique de la sanction des vices de fond (v. *infra*).

81. En outre, le grief qui peut être défini comme une irrégularité « qui perturbe sérieusement le déroulement du procès pour le plaideur qui l'invoque »¹²⁵ ne peut se déduire de l'irrégularité elle-même, autrement dit il ne peut s'apprécier *in abstracto* et doit au contraire s'apprécier *in concreto*¹²⁶. Retenir le contraire contreviendrait à la lettre de l'article 114 puisqu'un grief doit être prouvé même en présence d'une formalité substantielle ou d'ordre public. De sorte, que retenir une appréciation *in abstracto* serait un retour à la jurisprudence antérieure qui faisait abstraction de la règle pas de nullité sans grief pour ce type de formalités. La preuve du grief aura en réalité plus souvent trait au respect des droits de la défense. Cette preuve n'est pas la seule limite du régime des nullités pour vice de forme.

B) L'OBLIGATION TEXTUELLE ET LE SOULEVEMENT IN LIMINE LITIS

82. Les articles 112 et suivants du Code de procédure civile prévoient que la nullité pour vice de forme doit être prévue par un texte (« pas de nullité sans texte ») et doit également être soulevée avant tout autre moyen de défense au fond. L'exigence textuelle ne s'appliquant cependant pas aux formalités substantielles et d'ordre public. S'agissant de l'exigence textuelle : cette dernière pourra avoir des impacts dans le cadre de la sanction de l'irrégularité de la sanction de la représentation. En effet, la mention du nom de la personne physique représentant une personne morale n'étant exigée par aucun texte, elle ne peut dès lors être sanctionnée au titre des vices de forme (v. *supra*). Ce principe de l'exigence textuelle

¹²³ E. RASKIN, « Une nébuleuse frontière entre nullité de forme et nullité de fond », *art.cit.*, p.13

¹²⁴ JB. RACINE, « Le défaut de désignation de l'organe représentant légalement une personne morale dans un acte de procédure constitue un vice de forme », *art.cit.*, p.2083

¹²⁵ J. HERON - T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, *op.cit.*, p.182

¹²⁶ Cass 2^e civ. 20 oct. 2011, n°10-24.109

peut à la fois être approuvé et contesté. Approuvé en ce qu'il permet de mettre un frein à un développement trop exponentiel des nullités puisque les vices de forme sont limités par l'exigence textuelle et les vices de fond par l'article 117 du CPC. Cependant, cette exigence peut également être contestée puisqu'elle n'est pas totale, les formalités substantielles et d'ordre public n'ayant pas besoin d'être prévues par un texte. De sorte, qu'il revient au seul juge d'apprécier, si telle ou telle formalité est ou non substantielle, accroissant ainsi son pouvoir de modulation de la sanction (v. *infra*).

83. De plus, le soulèvement *in limine litis* mériterait d'être étendue aux vices de fond, d'autant plus que la nullité peut en réalité être soulevée au fur et à mesure de l'accomplissement des actes de procédure. En effet, il serait opportun que toutes les exceptions de procédure soient purgées au stade la mise en état, d'autant plus qu'il s'agit du juge compétent pour statuer sur les exceptions de procédure (v. *supra*)¹²⁷. Les limites de la nullité pour vice de forme ne se ressentent pas seulement dans un régime restrictif mais également dans la possibilité de régulariser l'acte de procédure. L'alignement des régimes de vice de fond et de forme semble donc en l'état des choses être compromis.

§2. LES INCONVENIENTS DE LA REGULARISATION

84. Cette possibilité de régularisation engendre deux inconvénients : le premier est celui de la distinction entre la régularisation des vices de forme et de fond puisque dans la seconde hypothèse, la régularisation ne sera possible que si elle ne laisse subsister aucun grief (**A**), et le second tient au fait que cette possibilité peut être limitée dans le cadre de la représentation (**B**).

A) LA DISTINCTION ENTRE VICE DE FORME ET DE FOND : LE GRIEF SUBSISTANT

85. Il est tout d'abord important de préciser que la régularisation est impossible en présence de certains vices notamment si l'acte a été établi par un représentant qui n'existait pas ou encore si le représentant désigné dans l'acte est en réalité décédé. De même, une action intentée par un groupement dépourvu de la personnalité juridique constitue une irrégularité de fond trop importante pour pouvoir être régularisée¹²⁸. L'article 115 du CPC prévoit que « la nullité est couverte par la régularisation ultérieure de l'acte si aucune

¹²⁷ C. ATIAS, « L'étrange position procédurale de la personne morale en cas de défaut de pouvoir de son représentant », *D.*, 2008, p.2241 ou encore D. CHOLET, « La mention du représentant d'une personne morale dans les actes de procédure (après les arrêts de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 22 février 2002 », *art.cit.* p. 663

¹²⁸ C. BLERY, « L'intervention à fin de faire constater une nullité de fond ne vaut pas régularisation de la nullité ! », *Gaz. Pal.*, 2013, n°344

forclusion n'est intervenue et si la régularisation ne laisse subsister aucun grief ». Alors que l'article 121 du CPC dispose quant à lui que « dans les cas où elle est susceptible d'être couverte, la nullité ne sera pas prononcée si sa cause a disparu au moment où le juge statue ».

86. Le principe est donc différent puisque les nullités pour vice de forme doivent être soulevées *in limine litis*. Dans ce cadre la nullité peut donc, soit être couverte si d'autres moyens de défense sont invoqués avant cette dernière, soit être régularisée, mais l'article apporte deux limites aucune forclusion ne doit être intervenue et la régularisation ne doit laisser subsister aucun grief. Il faut donc distinguer deux hypothèses : si la nullité a été couverte par l'invocation d'autres moyens de défense, il en résulte que l'acte est en soi toujours irrégulier et qu'un grief peut subsister, grief qui ne sera pas pris en compte la nullité n'ayant pas été invoqué. Ce peut être le cas par exemple du défaut de la mention de l'organe représentant (v. *supra*) qui aura obligé le défendeur à faire des recherches pour connaître le véritable organe. S'il ne soulève pas la nullité *in limine litis*, cette dernière sera couverte et ce même si ce surplus de recherche lui aura causé un grief. En revanche, dans le cadre d'une régularisation de l'acte de procédure, cette dernière n'est valable que dans la seule hypothèse où elle ne laisse subsister aucun grief dans le cas contraire, l'acte ne sera pas régularisé¹²⁹.

Les nullités pour vice de fond peuvent être couvertes jusqu'à ce que le juge statue. Il n'est pas question ici du grief, mais néanmoins la détermination du moment de la régularisation a son importance puisqu'il s'agit de déterminer si la régularisation d'un acte de procédure établi en première instance pourra être régularisée en cause d'appel. Sur cette question la jurisprudence diverge et les possibilités de régularisation se trouvent en réalité limitées.

B) UNE POSSIBILITE LIMITEE

87. La régularisation bien qu'elle soit déjà limitée en soi est également limitée par le juge puisque notamment pour le vice de fond même si elle peut intervenir avant que le juge ne statue, il n'en reste pas moins qu'il faut que soit suivie une certaine logique. Deux exemples propres à la représentation illustrent la limitation de la régularisation tant pour la représentation *ad agendum*, qu'*ad litem*. Le premier tient à l'intervention en cause d'appel du véritable représentant légal d'une personne morale pour invoquer l'irrégularité de fond¹³⁰. L'hypothèse dans un arrêt de la deuxième chambre civile du 26 septembre 2013 (n° 12-

¹²⁹ E. DU RUSQUEC, « Régularisation d'une déclaration d'appel : preuve du préjudice subsistant », *D.* 1991, p.336. Le préjudice résultait dans le fait pour l'intimé d'avoir eu des difficultés à retrouver l'appelant, du fait d'une fausse mention propre à sa domiciliation.

¹³⁰ C. BLERY, « L'intervention à fin de faire constater une nullité de fond ne vaut pas régularisation de la nullité ! », *art. cit*

25.875) était la suivante : un commandement de payer avait été délivré par une banque à un administrateur *ad hoc*, le gérant de la société étant décédé. Par la suite, la banque assigne à comparaître l'administrateur *ad hoc* et ce alors qu'un administrateur provisoire a été désigné. Ce dernier constitue donc avocat au nom de la société. La banque arguait donc que la nullité de l'assignation avait été couverte, l'administrateur provisoire étant intervenu à l'instance. Cependant, la Cour de cassation retient que son intervention n'avait pu avoir pour effet de régulariser la nullité pour vice de fond et ce car l'administrateur provisoire était précisément intervenu pour faire valoir cette nullité. L'intervention du véritable représentant légal n'infère donc pas que le vice de fond a été régularisé. En outre, il semble matériellement plus aisé de régulariser le défaut de pouvoir dans le cadre d'une représentation conventionnelle plutôt que dans le cadre d'une représentation légale¹³¹, cette régularisation pouvant même parfois paraître impossible.

88. Le second exemple est propre au mandat *ad litem* et pose la question suivante, si l'avocat constitué en première instance ne disposait pas du pouvoir de représenter la partie du fait de la règle de la territorialité de la postulation (v. *supra*), le fait qu'un avocat en ayant le pouvoir intervienne en cause d'appel, permet-il de régulariser la nullité de la première constitution d'avocat ? La Cour de cassation répond par la négative¹³² et retient que « la constitution d'un avoué en appel ne pouvait avoir pour effet de régulariser la procédure de première instance ». Cette règle peut également tenir du fait que l'avoué jusqu'à sa suppression, n'avait pas le pouvoir de représenter une partie en première instance. Les possibilités de régularisation sont en somme limitées, d'autant plus que la question de la régularisation en cause d'appel n'est pas résolue clairement en jurisprudence¹³³. Deux constats peuvent être faits à ce stade : le vice de fond se rapproche dans son régime des fins de non-recevoir mais reste une exception de procédure néanmoins l'application unitaire du régime des vices de forme est inadapté du fait de ses contraintes, contraintes partagées par le régime des vices de fond quant à la régularisation des actes.

Dès lors, ne faudrait-il pas entièrement repenser le système des moyens de défense et dépasser ce cloisonnement ? Les irrégularités de la représentation ne devrait-elle pas au regard des sanctions actuelles être sanctionnées non pas par une mais des sanctions ?

¹³¹ V. THOMAS, « la régularisation du défaut de pouvoir d'ester en justice pour le compte d'une société », *art.cit.*, p.97.

¹³² Cass. Com 19 juin 2007, n°06-12.150. V. L. MAYER, « Nullités », *art. cit* spéc n°254

¹³³ *Ibid.*

SECTION 2. LE DEPASSEMENT DE L'APPLICATION D'UNE SANCTION UNIQUE A L'IRREGULARITE DE LA REPRESENTATION

89. La question du dépassement est légitime à deux égards : d'une part, l'article 117 du CPC présente de multiples défauts (§1), défauts qui entravent l'application d'une sanction unique à l'irrégularité de la représentation. D'autre part, l'article 117 du CPC, censé être la sanction par excellence du défaut de pouvoir¹³⁴ fait l'objet de contournements (§2.).

§1. LES DEFAUTS DE L'ARTICLE 117 DU CODE DE PROCEDURE CIVILE

90. Le premier défaut de l'article 117 du CPC ne provient pas de l'article lui-même mais de la lecture de la jurisprudence qui y voit une liste limitative (A). En outre, la rédaction de l'article elle-même est « défectueuse »¹³⁵ (B) et ne permet pas de conclure clairement que l'article englobe tous les cas de représentation.

A) LA SANCTION DE L'IRREGULARITE DE FOND APPLIQUEE A UNE LISTE LIMITATIVE

91. L'arrêt rendu en chambre mixte le 7 juillet 2006¹³⁶ a mis fin aux tergiversations de la doctrine et de la jurisprudence. La Cour de cassation retient en effet contre l'avis de la doctrine majoritaire¹³⁷ que « quelle que soit la gravité des irrégularités alléguées, seuls affectent la validité d'un acte de procédure, soit les vices de forme faisant grief, soit les irrégularités de fond limitativement énumérées à l'article 117 du nouveau code de procédure civile ». La liste de l'article 117 est donc limitative. La solution bien qu'elle pose un principe déjà retenu dans certains arrêts antérieurs¹³⁸, ne s'imposait pas nécessairement puisque la jurisprudence était divisée. Certains arrêts qualifiaient d'irrégularités de fond, des irrégularités qui n'étaient pas prévues par la liste de l'article 117. Un arrêt de la deuxième chambre civile du 20 mai 1976¹³⁹ avait retenu que constituait une irrégularité de fond le fait pour un huissier d'avoir signifié un acte hors de sa résidence et ce sans se faire commettre.

¹³⁴ J. HERON – T. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op.cit.*, p.185

¹³⁵ L'expression est empruntée à Mme MAYER (v. « Nullités », *art.cit.*, spéc n°55 et suivants)

¹³⁶ Cass. Ch mixte. 7 juil. 2006, n°03-20.026, *Gaz. Pal.*, 2006, n°287, p.9, obs. G. DEHARO ; *RTD. civ.*, 2006, p.820, obs. R. PERROT ; *JCP G*, n°43-44, 2006, 183, obs. Y-M. SERINET

¹³⁷ J. BEAUCHARD, « Nullités des actes de procédure – irrégularités de fond » *JCI*, Fasc.138, 2009, spéc n°10. V. également le rapport du conseiller rapporteur M. Boval. Selon lui, l'un des arguments en défaveur du caractère limitatif, serait l'emploi du déterminant « des » qui laisserait présager que le législateur n'ayant pas employé le terme « les » irrégularités de fond, il en existerait donc d'autres. Ou encore M. Perrot qui fait valoir que chaque irrégularité de forme seraient vectrices d'une irrégularité de fond (substantielle) plus grave et qu'en réalité le vice de forme n'en serait que le révélateur (R. PERROT, « Nullités des actes de procédure : le critère des irrégularités de fond », *RTD. civ.*, 2006, p.150)

¹³⁸ Cass. Civ 3^e 12 oct. 2005, n°04-18.511

¹³⁹ Cass. 2^e civ. 20 mai 1976, *Bull. civ.* 1976, II, n° 168, v. J. BEAUCHARD, *art.cit.*, spéc n°11

92. L'arrêt de 2006 intéresse la sanction de l'irrégularité de la représentation. Si ce dernier était suivi à la lettre, il devrait logiquement signifier que l'irrégularité du pouvoir du représentant ne pourrait plus être sanctionné que par une irrégularité de fond puisque la liste de l'article 117 du CPC vise précisément ces hypothèses. Cependant, il serait réducteur de limiter la sanction de la représentation à la seule irrégularité de fond et ce pour deux raisons d'une part car l'irrégularité de la représentation n'induit pas nécessairement irrégularité du pouvoir mais peut renvoyer à une simple erreur matérielle de désignation du représentant (v. *supra*) et d'autre part, car la rédaction de l'article 117 du Code de procédure civile est défectueuse et qu'il est dès lors difficile d'affirmer que ce seul article peut couvrir toutes les hypothèses d'irrégularité de la représentation tant *ad agendum* qu'*ad litem*.

B) LA REDACTION « DEFECTUEUSE » DE L'ARTICLE 117¹⁴⁰

93. Il ne s'agit pas d'aller jusqu'à dire comme a pu le faire M. Julien¹⁴¹ que « les exemples donnés par l'article 117 sont mauvais et donc inutiles et [qu']ils désorientent les juristes, mieux eût valu, sans aucun doute que cet article ne fût jamais écrit : beaucoup d'encre et de matière grise eussent été ainsi économisés ». Mais simplement d'établir qu'une rédaction plus claire et un véritable partage entre représentation *ad agendum* et *ad litem* auraient été bienvenus, bien que l'on puisse même aller jusqu'à remettre en cause le fait que ces deux représentations soient en réalité soumises à la même sanction (v. *infra*). M. Perrot a établi un constat intéressant à propos d'un arrêt antérieur à l'arrêt rendu en chambre mixte le 7 juillet 2006 mais qui retenait que la liste de l'article 117 du CPC était limitative. Ce qui pose problème n'est pas tant le caractère limitatif de la liste mais la grande ambiguïté dans le sens des mots¹⁴². Et ce constat s'impose en effet puisqu'à la lecture de la doctrine, un bilan peut être dressé, chaque auteur a une vision différente des cas qu'énumèrent l'article 117 du CPC. Pour le comprendre, il s'agira de reprendre ici les différents alinéas propres à l'irrégularité de la représentation. L'alinéa 2 ne sera donc pas étudié puisqu'il est propre au défaut de capacité d'ester en justice et ne touche donc pas le représentant mais bien le représenté. C'est le cas par exemple du mineur qui intenterait une action seul. De plus le défaut de capacité d'ester en justice semble bien plus proche de la fin de non-recevoir que de l'irrégularité de fond.

¹⁴⁰ Certains auteurs estiment néanmoins que la rédaction de l'article 117 est claire. V. G. SOUSI, « Représentation en justice d'une personne morale et nullité des actes de procédure », *art. cit.*, doctr. 427

¹⁴¹ P. JULIEN, *D*, 1989, Somm, p.177

¹⁴² R. PERROT, « Nullité des actes de procédure : le critère des irrégularités de fond », *art. cit.*, p.150

94. L'alinéa 3 dispose que constitue une irrégularité de fond : « *le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice* ». L'alinéa 4 quant à lui dispose que constitue une irrégularité de fond : « *le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice* ». Une lecture simple de l'article voudrait que l'alinéa 3 désigne l'irrégularité de la représentation *ad agendum* et l'alinéa 4 l'irrégularité de la représentation *ad litem* puisqu'il s'agit précisément des deux types de représentation qui font l'objet d'une telle sanction dans la jurisprudence. Mais les choses ne sont pas aussi simples. Le premier écueil provient du fait qu'il est dur d'imaginer à quoi peut renvoyer exactement le défaut de pouvoir d'une partie, même si certains ont avancé l'hypothèse selon laquelle il s'agirait de cas se rencontrant dans le cadre des procédures collectives¹⁴³. Il est pourtant difficile de souscrire à cette analyse, puisque le défaut de pouvoir ne doit-il pas s'apprécier précisément en la personne du représentant et non du représenté ? Le second écueil est propre à la représentation *ad agendum* si le seul alinéa 3 est propre à cette représentation, alors cela revient à ce que l'article ne sanctionne pas le défaut de pouvoir que le représentant tient du mandat¹⁴⁴ ce qui n'est pas concevable. Il faut donc considérer comme le font MM Cadiet et Jeuland¹⁴⁵ que l'alinéa 4 vise à la fois la représentation *ad litem* mais également toutes les hypothèses de représentation *ad agendum* qui ne sont pas visées par l'alinéa 3.

En d'autres termes, tant le caractère limitatif que la rédaction défectueuse de l'article 117 du CPC oblige à contourner l'article 117 afin d'avoir un panel plus large de sanctions de la représentation. L'irrégularité sanctionnée par excellence ne peut pas être l'unique sanction de la représentation, le démontre les contournements de la jurisprudence.

§2. LES CONTOURNEMENTS DE L'ARTICLE 117

95. La jurisprudence même si elle confère un caractère limitatif à l'article 117 du CPC ne semble pas encline à appliquer une sanction unique à l'irrégularité de la représentation et préfère souvent qualifier un vice de fond de vice de forme afin de faire échapper le vice à l'automatisme de la sanction, puisque dans le cadre des vices de forme, il est nécessaire de prouver un grief (A). Ces contournements de l'article 117 CPC appelle une question importante : représentation *ad agendum* et *ad litem* doivent-elles être sanctionnées de la

¹⁴³ J. BEAUCHARD, *art.cit.*, spéc n°18

¹⁴⁴ L. MAYER, « Nullités », *art. cit.*, spéc nos 56 et 57

¹⁴⁵ L. CADIEU - E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p.370

même façon ? **(B)**. Autrement, dit la sanction de l'article 117 du CPC est-elle réellement la sanction adéquate ?

A) LA MODULATION DE L'AUTOMATICITE DE LA SANCTION

96. La Cour de cassation retient de manière claire et constante que le défaut de pouvoir du représentant est une cause de nullité pour irrégularité de fond¹⁴⁶. Cependant, l'irrégularité de la représentation ne peut se réduire à la seule sanction du défaut de pouvoir mais doit également s'entendre de la possibilité pour le plaideur de vérifier l'existence de ce pouvoir et son étendue. L'application d'une nullité pour irrégularité de fond n'est donc pas toujours justifiée notamment du fait du caractère automatique de cette sanction. C'est pourquoi la jurisprudence module les sanctions qu'elle applique à l'irrégularité de la représentation. Cette modulation de l'automatisme de la sanction se transcrit dans le choix que fait la jurisprudence à deux égards. D'une part en appliquant la sanction des vices de forme à la place des vices de fond et d'autre part en utilisant les fins de non-recevoir. La modulation de la sanction ne traduit pas la même dynamique dans les deux cas.

97. Dans le cas de l'irrégularité qualifiée de vice de forme, il s'agit pour la Cour de cassation de considérer qu'un vice n'est pas assez grave pour être qualifié de vice de fond et que ce vice nécessite donc la preuve d'un grief. L'exigence est certes textuelle mais la Cour de cassation pourrait tout aussi bien considérer que l'exigence de cette mention permet précisément de vérifier le pouvoir du représentant et dès lors qu'il s'agit d'un vice de fond. En réalité, s'agissant la plupart du temps d'une erreur matérielle la Cour de cassation refuse d'avoir une vision extensive des irrégularités de fond, allant même jusqu'à accepter que la seule mention « prise en la personne de ses représentants légaux » suffise à considérer que l'exigence de la mention a été remplie¹⁴⁷ enlevant par la même occasion tout intérêt à la mention elle-même. La Cour de cassation va même jusqu'à considérer que « les irrégularités qui affectent les mentions de la déclaration d'appel constituent des vices de forme... »¹⁴⁸. Cet arrêt semble faire ressurgir la distinction entre le *negotium* et l'*instrumentum*. Mais on ne peut aller jusqu'à dire que toute irrégularité dans les mentions d'une déclaration d'appel ne pourrait être sanctionnée que par un vice de forme, ce serait oublier que ces mentions permettent la vérification du pouvoir du représentant. Pouvoir, qui, s'il fait défaut pourra

¹⁴⁶ Cass. 3^e civ, 16. Oct 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 1, Pan. 50, obs. S. GUINCHARD

¹⁴⁷ R. PERROT, « Déclaration d'appel – indication du représentant légal », *Procédures*, n°2, 2003, comm 34. L'auteur allant même jusqu'à considérer que la Cour de cassation fait preuve de bienveillance à l'égard des plaideurs.

¹⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ. 6 déc. 2005, n°03-12.342

entacher l'acte d'une nullité qui sera bien de fond. En réalité la frontière entre vice de fond et de forme reste donc bien difficile à tracer¹⁴⁹. S'agissant des fins de non-recevoir, il s'agit alors pour la Cour de cassation de faire jouer le caractère irrévocable de la sanction des fins de non-recevoir. La frontière entre vice de fond et fin de non-recevoir est là encore ténue, puisque la deuxième chambre civile considère qu'une action intentée au nom d'une personne inexistante doit être considéré comme un vice de fond pouvant être régularisé¹⁵⁰. Alors que la chambre commerciale considère l'action comme étant irrecevable¹⁵¹. La Cour de cassation est même allée plus loin en considérant que la règle « Nul ne plaide par procureur » (v. *supra*) normalement sanctionnée par un vice de forme, pouvait mener à l'irrecevabilité de l'action¹⁵².

Ce bref aperçu des modulations de la sanction par la Cour de cassation montre une fois encore que les vices de fond ne peuvent répondre seuls à la sanction de la représentation.

B) LA REMISE EN CAUSE DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE 117 A LA SANCTION DE LA REPRESENTATION

98. Le constat final qui s'établit à la suite de cette étude de l'irrégularité de la représentation dans le procès civil est le suivant : il existe deux types de représentation qui n'obéissent pas aux mêmes règles, la représentation *ad agendum* étant régie par des règles substantielles et la représentation *ad litem* par les articles 411 et suivants du Code de procédure civile, mais ces deux types de représentation ont pour autant la même sanction principale¹⁵³. Sanction de l'article 117 du Code de procédure civile qui est la nullité de l'acte qui entraînera la nullité des actes subséquents s'agissant de l'acte introductif d'instance. Or, les mécanismes de défaut de pouvoir ou d'irrégularité au sein de ces deux représentations, d'une part, sont différents en ce que le défaut de pouvoir du représentant *ad agendum* touchera indirectement au droit d'agir du représenté¹⁵⁴, alors que le défaut de pouvoir du représentant *ad litem* ne remettra pas en cause le droit d'agir du représenté. D'autre part, les deux représentations divergent en ce que l'une d'elles est une représentation à l'action tandis

¹⁴⁹ J. HERON – T. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op.cit.*, p.185

¹⁵⁰ Civ. 2^e, 11 sept. 2003, n° 01-14.493

¹⁵¹ Com. 20 juin 2006, n° 03-15.957. V. N. CAYROL, « Action en justice », *Rép.pr.civ.*, 2013, spéc. n°90

¹⁵² Cass. 2^e civ. 10 juill 1991, n°90-15.407, *RTD.civ.*, 1992, p.181; obs. R. PERROT

¹⁵³ D. CHOLET, « Assistance et représentation en justice », *art.cit.* spéc n°7. L'auteur distingue la représentation pour agir et la représentation pour le procès.

¹⁵⁴ C. ATIAS, « L'étrange position procédurale de la personne morale en cas de défaut de pouvoir de son représentant », *art.cit.*, p.2241. L'auteur montre que le défaut de pouvoir du représentant implique différentes conséquences notamment si ce défaut de pouvoir démontre que la personne morale n'entendait pas intenter une action. On est alors proche d'un défaut de consentement.

que l'autre est une représentation à l'instance. Se retrouve ici la distinction entre la théorie de l'instance et de l'action.

99. Deux solutions sont alors envisageables : les deux types de représentation gardent la même sanction principale tout en sachant que les vices de forme et les fins de non-recevoir pourront également être prononcées dans des circonstances particulières, la sanction de la représentation rendant ainsi difficilement compréhensible le mécanisme des moyens de défense. Ou une solution plus radicale serait de sanctionner le défaut de pouvoir du représentant *ad agendum* par une fin de non-recevoir étant donné que les hypothèses visées par l'article 122 du Code de procédure civile ne sont pas limitatives. Cette solution aurait le mérite de rendre plus claire la distinction entre les deux types de représentation. Cependant, même si le pouvoir du représentant à l'action diverge de celui du représentant à l'instance, il existe des divergences également au sein des hypothèses de représentation *ad agendum* puisque les représentations des personnes physiques et morales ont presque autant de différence que la représentation à l'action et à l'instance.

Il n'en reste pas moins que le législateur a fait le choix de sanctionner les défauts de capacité et de pouvoir par une même sanction. Encore aurait-il fallu établir un système plus lisible, en incluant tous les types de représentant au sein de l'article 117 du Code de procédure civile et en ne permettant pas à la jurisprudence de pouvoir sanctionner différemment les irrégularités de la représentation dans le procès civil.

CONCLUSION :

100. Ainsi, les représentations *ad agendum* et *ad litem* se distinguent par bien des aspects. La représentation à l'action intervient pour que l'action soit possible lorsque le plaideur est incapable ou empêché d'agir. Pour les personnes morales, la loi, le juge ou une convention peut désigner le représentant. S'agissant des représentations légales et judiciaires, elles se caractérisent par le fait que la loi ou le juge désigne l'organe habilité à agir, la personne morale s'incorpore dans cet organe qui s'incarne lui-même en une personne physique. Parfois, le pouvoir de ce représentant n'est pas suffisant de sorte qu'il est nécessaire qu'il obtienne une autorisation d'agir, interviendra alors une distinction pour les tiers entre irrégularité et défaut de pouvoir selon qu'ils puissent se prévaloir ou non de cette autorisation. S'agissant de la source conventionnelle, elle se distingue par un risque accru de sanction de l'irrégularité de la représentation car la preuve d'un défaut de pouvoir pourra être plus aisée mais aussi car il est alors fait obligation d'indiquer le nom du représenté. S'agissant de la représentation des personnes physiques incapables, les mineurs sont en principe représentés par leurs parents qui se substituent à eux dans la procédure. Pour les majeurs protégés, il existe une gradation de la protection allant de la protection à la simple assistance mais la sanction restera cependant l'irrégularité de fond.

101. La représentation à l'instance est différente en ce qu'il s'agit alors non pas tant de représenter mais d'accomplir les actes de la procédure. Elle ne peut être que contractuelle et le mandataire doit prouver qu'il bénéficie d'un pouvoir écrit et spécial. Mais dans le cadre de la représentation obligatoire s'agissant la plupart du temps de procédure écrite, le monopôle de représentation est professionnel, seul l'avocat peut représenter les parties tout en sachant qu'il sera limité par le principe de territorialité de la postulation mais qu'il n'aura pas à prouver qu'il bénéficie d'un pouvoir écrit et spécial. Dans les cas où la représentation est facultative, la loi désigne les représentants. L'une des questions les plus actuelles est celle de la représentation en matière prud'homale puisque là où la comparution personnelle était de principe la représentation est devenue facultative en première instance, tandis qu'en cause d'appel de facultative, la représentation est devenue obligatoire entraînant de plus grands risques de nullité du fait du questionnement quant à la postulation.

102. Même si les deux types de représentation se distinguent par bien des aspects leur sanction est celle de la nullité pour vice de fond. Mais ce choix du législateur peut être remis en cause, d'une part car du fait de la gravité de l'irrégularité de fond, son régime est extrêmement proche de celui des fins de non-recevoir puisqu'il n'y a pas besoin de prouver

un grief, que la nullité peut être présentée en tout état de cause, que le juge peut soulever d'office la nullité d'ordre public... Et d'autre part car il est parfois difficile de faire la différence entre la forme et le fond notamment quant aux mentions du nom du représenté et du représentant doit-il s'agir d'un vice de forme ou d'un vice de fond puisque l'erreur affectant la mention peut être révélatrice d'un défaut de pouvoir ? En outre, l'article 117 du Code de procédure civile qui présente une liste limitative selon la jurisprudence présente de multiples défauts notamment quant à sa rédaction : d'une part, car l'article semble omettre certains cas de représentation *ad agendum* et d'autre part, car il assimile représentation à l'action et à l'instance. Mais peut-on vraiment considérer que le défaut de pouvoir du représentant *ad litem* et *ad agendum* répondent de la même logique. Est-ce la même chose qu'un représentant intente une action au nom d'une autre alors qu'il n'a pas le pouvoir de le faire ou qu'un représentant n'ait pas le pouvoir d'accomplir certains actes de la procédure. Il semble bien que non.

En tout état de cause, il est nécessaire de plaider pour une réorganisation des sanctions de la représentation, les deux types de représentation ne devraient pas être sanctionnés de la même façon et la frontière entre chaque moyen de défense devrait être tracée plus clairement afin qu'un plaideur invoquant un défaut de pouvoir n'ait aucun doute sur la sanction qui doit s'appliquer.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

CADIET (Loïc) - JEULAND (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, 9^e éd., Lexis-Nexis (coll. *Manuel*), 2016., 949 p.

CORNU (Gérard) (dir.) Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Puf (coll. *Quadrige*), 2016, 1101 p.

COUCHEZ (Gérard) – LAGARDE (Xavier), *Procédure civile*, 17^e éd. Sirey (coll. *Université*), 2014, 528 p.

GUINCHARD (Serge) – CHAINAIS (Cécile) – FERRAND (Frédérique), *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, 32^e éd., Dalloz (coll. *Précis*), 2014, 1572 p.

GUINCHARD (Serge) – FERRAND (Frédérique) – CHAINAIS (Cécile), *Procédure civile*, 4^e éd., Dalloz (coll. *Hypercours*), 2015, 860 p.

HERON (Jacques) – LE BARS (Thierry), *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., LGDJ (coll. *Domat*), 2015, 998 p.

SOLUS (Henry) – PERROT (Roger), *Droit judiciaire privé*, t.3 : *Procédure de première instance*, Sirey, 1991, 1358 p.

II. Travaux spécialisés

A) Ouvrages spécialisés, encyclopédies, fascicules

BEAUCHARD (Jean), « Nullités des actes de procédure – irrégularités de fond » *JCl*, Fasc.138, 2009 (actualisation 8 juin 2016)

CAYROL (Nicolas), « Action en justice », *Rép.pr.civ*, 2013 (actualisation janvier 2016)

CHAINAIS (Cécile) [dir.] – FENOUILLET (Dominique) [dir.], *Les sanctions en droit contemporain – la sanction entre technique et politique*, Dalloz (coll. *L'esprit du droit ; I*), 2012, 672 p.

CHOLET (Didier), « Représentation et assistance en justice », *Rép.pr.civ*, 2012 (actualisation juin 2016)

DESDEVISES (Yvon) – STAES (Olivier), « Action en justice – conditions de régularité de l'instance – capacité pouvoir », *JCI proc. Civ*, Fasc. 500-85, 2016

FOSSIER (Thierry) – KAN-BALIVET (Béatrice), « Autorité parentale », *JCl Proc.civ* Formulaire V°, Fasc. 10, 2010 (actualisation 23 septembre 2015)

JULIEN (Pierre) – FRICERO (Natalie) – TAISNE (Jean-Jacques), « Représentation en justice : représentation ad agendum – représentation ad litem », *JCl Proc.civ*, Fasc. 106, 2014 (actualisation 14 janvier 2016).

LEMOULAND (Jean-Jacques) : « Curatelle et tutelle sanctions des irrégularités », *JCl Répertoire notarial*, 2016, art. 464 à 466 du Code civil

MAUGAIN (Géraldine), « Actes de procédure », *Rép.pr.civ*, 2014 (actualisation juin 2016)

MAYER (Lucie), « Nullités », *Rép.pr.civ*, juin 2016

TILLOY (Céline), « Conseil de prud'hommes : Procédure », *JCl Procédures*, Fasc. 20, V°, 2016

B) Articles de doctrine

ATIAS (Christian), « L'action en justice du prétendu représentant d'une personne morale (qualité civile et qualité procédurale) », *D.* 2003, p.1582

ATIAS (Christian), « L'étrange position procédurale de la personne morale en cas de défaut de pouvoir de son représentant », *D.*2008, p. 2241

ATIAS (Christian), « La raison d'être des autorisations d'agir en justice au nom d'une personne morale », *D.* 2011, p.701

BELLICHACH (Jacques), « Multipostulation et représentation des parties devant les chambres sociales de la Cour d'appel à la suite du décret du 20 mai 2016 », *D.* 2016, p.1508

CABALLERO (Francis), « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD. civ* 1985, p. 247

GLENN (H. Patrick), « A propos de la maxime nul ne plaide par procureur », *RTD. civ* 1988, p.59

GUICHARD (Romain), « Postuler ou ne pas postuler ? devant les cours d'appel statuant en matière prud'homale », *JCP G*, n°38, 2016, 977

JULIEN (Pierre), *D.*, 1989, Somm, p.177

LAFFLY (Romain), « La réforme de la procédure devant la chambre sociale de la Cour d'appel », *JCP G*, n°28, 2016, 838

LANZARA (Delphine), « Les règles de procédure civile à l'épreuve de la pluralité de parties », *D.* 2015, p.2520

LEMOULAND (Jean-Jacques), « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD. civ.* 1997, p.1

RASKIN (Emmanuel), « Une nébuleuse frontière entre nullité de forme et nullité de fond », *Gaz. Pal*, n°348, 2008, p.13.

SAVAUX (Eric), « La personnalité morale en procédure civile », *RTD. civ.* 1995, p.1

SOUSI (Gérard), « Représentation en justice d'une personne morale et nullité des actes de procédure », *Gaz. Pal*, 1984, Doctr. 427

TRAVIER (Bernard) – GUICHARD (Romain), « La multipostulation : un sport dangereux au périmètre limité », *JCP G*, n°46, 2013, 1169

C) Notes, observations, conclusions et rapports

1. Notes, observations, conclusions

AUCHET (Cyrille), « Prescription - rencontre du processualiste et du civiliste autour de l'article 2241 », *JCP G* n°50, 2014, 1241. Note sous Cass 2° civ, 16 oct. 2014, n°13-22.088

BLERY (Corinne), « L'intervention à fin de faire constater une nullité de fond ne vaut pas régularisation de la nullité ! », *Gaz. Pal*, 2013, n°344. Note sous Cass 2° civ. 26 sept. 2013, n°12-25.875

BRIGANT (Jean-Marie), « Avocats – irrégularité de fond : non – manquement déontologique : oui », *JCP G*, n°9, 2011, 235. Note sous Cass. 2e civ., 21 oct. 2010, n° 09-12.078

CAPOULADE (Pierre) – GIVERDON (Claude), « Copropriétaires- syndicat des copropriétaires. Action en justice. Exercice. Syndic. Autorisation. Contestation. Qualité », *JCP G*, n°46,1992, 21940. Note sous Cass ass plén 15 mai 1992 bull civ n°5

CHOLET (Didier), « La mention du représentation d'une personne morale dans les actes de procédure », *Bull. Joly*, 2002, p.663. Note sous Cass ch. mixte 22 fév. 2002, n°00-19.639 et 00-19.742

CHOLET (Didier), « L'erreur de désignation du syndic de copropriété dans l'acte d'appel constitue un vice de forme », *JCP G*, 1335, n°51, 2013. Note sous Cass. 3° civ., 13 nov. 2013, n° 12-24.870

CORNU (Gérard), *D.* 1977, jurispr. p. 125

DEHARO (Gaëlle), « La mention d'une date à laquelle la juridiction ne siège pas rend-elle l'acte inexistant ? » *Gaz. Pal*, 2006, n°287, p.9. Note sous Cass. Ch mixte. 7 juil. 2006, n°03-20.026

DONDERO (Bruno), « L'encadrement statutaire de la représentation en justice d'une personne morale et les tiers », *Bull. Joly*, n°10, oct. 2008, p.754. Note sous Cass. com., 26 févr. 2008, n°07-15416

DU RUSQUEC (Emmanuel), « Régularisation d'une déclaration d'appel : preuve du préjudice subsistant », *D.* 1991, p.336. Note sous Cass 2° civ. 13 juin 1990, n°88-19.828

FOSSIER (Thierry), « Actes de procédure et tutelle du majeur » *Dr. fam.*, n°1, 2008, comm.20. Note sous CA Paris, 14e ch., sect. B, 1er juin 2007

GUINCHARD (Serge), *Gaz Pal.* 1985, 1, Pan. 50. Panorama de jurisprudences notamment Cass 3° civ. 16 oct. 1984

HAUSER (Jean), « Curatelle et tutelle : le protégé a des droits et ses protecteurs doivent être avertis des procédures », *RTD. civ.*, 2016, p.322. Note sous Cass. 1^{re} civ. 16 mar.2016, n° 15-13.745

MARIA (Ingrid), « Information du curateur dans la procédure d'hospitalisation sans consentement » *Dr. fam.*, n°7-8, 2016, comm. 155. Note sous Cass. 1^{re} civ. 16 mar.2016, n° 15-13.745

MARTIN (Raymond), « L'absence d'indication dans l'assignation du nom de l'avocat, personne physique, par le ministère duquel postule la société, constitue une irrégularité de forme » *JCP G*, n°18, 2006, II, 10071. Note sous Cass. 2° civ, 1^{er} févr. 2006, n°05-17.742

PERROT (Roger), *RTD. civ.* 1977, p.820 note sous Cass.2° civ. 2 févr. 1977

PERROT (Roger), « Représentation en justice : de la règle nul ne plaide par procureur », *RTD. civ* 1992, p.181. Note sous Cass. 2° civ.10 juillet 1991 (Bull. civ II, n°221).

PERROT (Roger), « Déclaration d'appel – indication du représentant légal », *Procédures*, n°2, 2003, comm 34. Note sous Cass. 2° civ. 7 nov 2002, n°00-21.705

PERROT (Roger), « Territorialité de la postulation » *Procédures*, n°1, 2004, comm 3. Note sous Cass 2° civ. 23 oct. 2003, n°01-17.806

PERROT (Roger), « Nullités des actes de procédure : le critère des irrégularités de fond », *RTD. civ.*, 2006, p.150. Note sous Cass 3° civ. 12 oct 2005, n°04-18.511

PERROT (Roger), « Assignation à jour fixe pour un jour férié où le tribunal ne siège pas », *RTD. civ.*, 2006, p.820. Note sous Cass. Ch mixte. 7 juil. 2006, n°03-20.026

PERROT (Roger), « Acte de procédure : désignation de l'organe représentatif de la personne morale », *RTD. civ* 2008, p.720. Note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2008, n° 06-20.298

PERROT (Roger), « Absence d'indication dans l'assignation du nom de l'avocat », *Procédures*, n°6, 2009, comm. 181. Note sous Cass 2° civ. 30 avr. 2009, n°08-16.236

PETEL-TEYSSIE (Isabelle), « Appel et défaut de pouvoir de représentation d'une personne morale », *JCP S*, n°10, 2008, 1159 (Note sous Cass. soc., 5 déc. 2007, n° 06-43.365 et n° 06-43.366)

RACINE (Jean-Baptiste), « Le défaut de désignation de l'organe représentant légalement une personne morale dans un acte de procédure constitue un vice de forme », *D.* 2002, p.2083. Note sous Cass ch. mixte 22 fév. 2002, n°00-19.639 et 00-19.742

SERINET (Yves-Marie), *JCP G*, n°43-44, 2006, 183. Note sous Cass. Ch mixte. 7 juil. 2006, n°03-20.026

STRICKLER (Yves), « Territorialité de la postulation en région parisienne », *Procédures*, 2016, comm. 83. Note sous Cass. 2e civ., 28 janv. 2016, n° 14-29.185

THOMAS (Vincent), « la régularisation du défaut de pouvoir d'ester en justice pour le compte d'une société », *Revue des sociétés*. 2014, p.97. Note sous Cass. 2^e civ. 21 mar. 2013, n°12-17.107 et n°12-13.381

2) Rapports

Rapport Cour de cassation « La responsabilité », La Documentation française, 2002, 731 p.

Rapport Cour de cassation « La Cour de cassation et la construction juridique européenne », La Documentation française, 2006, 621 p.

Rapport Cour de cassation « Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation », La Documentation française, 2009, 587 p.

TABLE DES MATIERES

Table des abréviations	4
Introduction.....	6
Titre 1. L’indispensable distinction : représentation ad agendum et représentation ad litem.....	9
Chapitre 1. Représentation à l’action et profusion des pouvoirs.....	9
<i>Section 1. L’influence de la source du pouvoir : la représentation des personnes morales</i>	<i>9</i>
§1. Les sources légale et judiciaire du pouvoir.....	10
A) Les conditions tenant à l’existence et à la désignation du représentant.....	10
B) La nécessaire distinction entre défaut et irrégularité de pouvoir	11
§2. La source conventionnelle du pouvoir dans le procès civil	13
A) La nécessité d’un mandat écrit et spécial ?.....	13
B) L’augmentation du risque de sanctions	14
<i>Section 2. La sanction de l’absence de capacité d’exercice : la représentation des incapables.....</i>	<i>15</i>
§1. Les particularités de la représentation du mineur	15
A) La substitution du mineur par son représentant	15
B) L’application d’une sanction unique : le mineur agissant seul et le défaut de pouvoir du représentant	16
§2. La représentation des majeurs protégés et la gradation de la protection	17
A) La nécessaire représentation du majeur sous tutelle	17
B) La simple assistance du majeur sous curatelle.....	18
Chapitre 2. Représentation à l’instance et concentration des pouvoirs.....	20
<i>Section 1. La représentation obligatoire et le monopôle de représentation de l’avocat</i>	<i>20</i>
§1. L’absence de preuve d’un pouvoir écrit et spécial	20
A) La facilitation d’une représentation régulière	20
B) L’exigence persistante de désignation du représentant : le cas des sociétés d’avocats.....	22
§2. Les limites au monopôle	23
A) La territorialité de la postulation.....	23
B) L’exception à la limite : la multipostulation.....	24
<i>Section 2. La sanction particulière de l’irrégularité de la représentation devant les juridictions d’exception</i>	<i>25</i>

§1. L'aménagement des conditions de la représentation facultative	25
A) La nécessité de la preuve d'un pouvoir écrit et spécial	25
B) La désignation légale des représentants	27
§2. Le passage d'une représentation facultative à une représentation obligatoire.....	28
A) Le passage d'une représentation interdite à une représentation facultative devant le Conseil des prud'hommes.....	28
B) Les difficultés de la postulation en appel.....	29

Titre 2. Le rejet de l'irrégularité de fond comme unique sanction de la représentation **31**

Chapitre 1. La confusion des notions 31

Section 1. L'assimilation entre vice de fond et fin de non-recevoir 31

§1. Une nature différente mais un régime similaire.....	32
A) Une nature différente : conditions d'existence et d'exercice de l'action.....	32
B) Un régime similaire	33
§2. La nécessité du maintien de la distinction	34
A) Une différence quant à la prescription	34
B) La compétence du juge de la mise en état	35

Section 2. L'ambiguïté de la sanction des mentions du nom du représenté et du représentant 36

§1. La mention du nom du représenté, vérification de sa qualité	37
A) L'application de la maxime « Nul ne plaide par procureur »	37
B) Les remises en cause de la maxime	38
§2. La mention du nom du représentant, vérification de son pouvoir	39
A) La faculté d'indiquer le nom de la personne physique représentant la personne morale.....	39
B) L'obligation d'indiquer le nom de l'organe représentant	40

Chapitre 2. La théorie des nullités : une théorie imparfaite 42

Section 1. L'impossibilité d'une application unitaire du régime des vices de forme... 42

§1. Les limites de la nullité pour vice de forme.....	42
A) La nécessité de la preuve d'un grief comme obstacle à la sanction de la représentation	42
B) L'obligation textuelle et le soulèvement in limine litis	43
§2. Les inconvénients de la régularisation.....	44
A) La distinction entre vice de forme et de fond : le grief subsistant	44
B) Une possibilité limitée	45

Section 2. Le dépassement de l'application d'une sanction unique à l'irrégularité de la représentation..... 47

§1. Les défauts de l'article 117 du Code de procédure civile.....	47
---	----

A) La sanction de l'irrégularité de fond appliquée à une liste limitative	47
B) La rédaction « défectueuse » de l'article 117	48
§2. Les contournements de l'article 117	49
A) La modulation de l'automaticité de la sanction	50
B) La remise en cause de l'application de l'article 117 à la sanction de la représentation	51
Conclusion	53
Bibliographie	55