

## FICHE PRATIQUE

# TRIBUNAL DE COMMERCE : LES REGLES DE REPRESENTATION ET LA FORME DU MANDAT DE L'AVOCAT

## 1. LE MANDAT ET LE POUVOIR DEVANT LE TRIBUNAL DE COMMERCE

### 1.1 Le mandat

L'article 416, alinéa 1 du code de procédure civile dispose : « *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* ».

### 1.2 Le pouvoir

L'article 853 du code de procédure civile prévoit une liberté de représentation devant le tribunal de commerce :

« *Les parties se défendent elles-mêmes.*

*Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter par toute personne de leur choix.*

*Le représentant, s'il n'est avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial ».*

Pour ce qui est du pouvoir spécial, en opposition au pouvoir général de représentation, il doit s'agir d'un mandat de représentation pour un objet spécifique, en l'occurrence, un pouvoir de représenter l'intéressé dans une affaire précise.

Ainsi, la personne qui n'est pas avocat ne peut représenter ou assister un justiciable devant le Tribunal de commerce **qu'à titre occasionnel**. Cette règle est déduite de l'obligation pour cette personne de justifier d'un **pouvoir spécial** de représentation.

Cette restriction s'applique à toutes les professions, y compris les professions réglementées. En effet, la jurisprudence affirme de manière constante que seuls les avocats peuvent assumer **à titre habituel** la mission de représentation devant le tribunal de commerce.

**Il conviendrait de demander le pouvoir et/ou le pouvoir pour celui qui n'est pas avocat.**

## 2. LES RÈGLES DE REPRÉSENTATION (ART. 4 DE LA LOI DU 31 DECEMBRE 1971)

### 2.1 Le principe

L'article 4, alinéa 1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 dispose que : « *Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit, sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et les avoués près les cours d'appel* ».

L'article 4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 confère donc aux avocats un monopole de l'assistance et de la représentation **à titre habituel** devant les juridictions et organismes judiciaires ou disciplinaires, sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires spéciales.

Pour l'application de ce texte, un arrêt du **Conseil d'état du 30 décembre 2015** [n°371190] est significatif.

A la fin de son 10<sup>e</sup> considérant, il est indiqué que « la participation des avocats à la prise en charge de l'aide juridictionnelle trouve sa contrepartie dans le régime de représentation dont ils disposent devant les tribunaux, qui, sauf exceptions définies par la loi, leur confère un monopole de représentation ».

**Cette analyse confirme que la représentation à titre habituel ne peut être que le fait d'avocats.**

## 2.2 Les exceptions

L'article 4, alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1971 dispose que « *les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à l'application des dispositions législatives ou réglementaires spéciales en vigueur à la date de publication de la présente loi et, notamment, au libre exercice des activités des organisations syndicales régies par le code du travail ou de leurs représentants, en matière de représentation et d'assistance devant les juridictions sociales et paritaires et les organismes juridictionnels ou disciplinaires auxquels ils ont accès* ».

La lecture extensive de l'article 4 alinéa 1 adoptée en jurisprudence atteste de l'existence d'un consensus pour généraliser la représentation par l'avocat et limiter de plus en plus les exceptions.

Même dans les cas où la représentation par avocat n'est pas obligatoire, les modalités de comparution des parties sont strictement définies par les dispositions applicables devant chaque juridiction, de sorte qu'on ne peut parler de représentation libre.

Dans tous les cas, il ne peut s'agir d'une représentation professionnelle.

**Comme le souligne le Rapport du conseiller FOULQUIE sur l'avis de la Cour de cassation du 10 octobre 2011** (n°01100008P) statuant sur l'interprétation de l'article 544 du code de procédure pénale relatif à la comparution et à la représentation devant le tribunal de police, « *si le justiciable concerné entend faire appel au professionnalisme plutôt qu'à la solidarité de son entourage, c'est incontestablement à l'avocat qu'il doit s'adresser* »<sup>1</sup>.

L'article 414 du code de procédure civile (CPC) énonce : « *Une partie n'est admise à se faire représenter que par une seule des personnes, physiques ou morales, habilitées par la loi* ».

Il en va ainsi :

- des procédures devant le tribunal d'instance (art. 828 CPC sur les modalités de comparution).
- des procédures devant le juge de l'exécution (art. R121-7 code proc. civ. d'exé, anc. art 12, D 31 juillet 1992 sur les modalités de comparution) et le tribunal d'instance en matière de saisie des rémunérations.
- de certaines procédures fiscales (art. R. 200-2 LPPF)
- de la procédure devant le conseil des prud'hommes (art. R. 1453-2 du code du travail mod. D 2016-660 du 20 mai 2016 habilitant aussi les défenseurs syndicaux à représenter et assister les salariés).

1. [Bulletin d'information de la Cour de cassation du 15 novembre 2011.](#)

- de l'article R 142-20 du code de la sécurité sociale pour la représentation devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale ([Cass civ 2, 9 fév. 2017, n°16-10230<sup>2</sup>](#)).
- de l'article 884 CPC pour la représentation devant le tribunal paritaire des baux ruraux: les membres ou les salariés d'une organisation professionnelle agricole, au regard de cette seule qualité et sans mandat de leur organisation, peuvent se prévaloir de l'article 884 du Code de procédure civile pour assister et représenter les parties devant les tribunaux paritaires des baux ruraux, ce, par dérogation à l'article 4 précité de la loi du 31 décembre 1971.
- **de l'article 853 CPC qui prévoit une liberté de représentation devant le tribunal de commerce (CA Paris 30 juin 1999, n° 99/01919).**

Cependant, cette liberté de représentation devant les juridictions consulaires n'est pas totale puisque :

la personne qui n'est pas avocat, ne peut représenter ou assister qu'à titre occasionnel (**Cass crim 1<sup>er</sup> février 2000, n°99-83372, Bull. crim, n°53, D. 2000, som. 851, note BLANCHARD; Cass. civ 1<sup>re</sup>, 7 avril 1999, n°97-10656, Bull. civ., I, n°120, Cass. civ 1<sup>re</sup> 21 janvier 2003, n° 01-14383, 01-14547, Bull. civ., I, n°17; Cass. crim. 21 octobre 2008, 08-82436, Bull. crim., n°211**)<sup>3</sup>.

et doit de plus justifier d'un pouvoir spécial (**CA Paris 18 mars 2004, n°2002/06216**).

Une jurisprudence assimile la déclaration de créances à une demande en justice, de sorte que le non-avocat qui déclare la créance d'un tiers doit être muni d'un pouvoir spécial, donné par écrit (**Cass. com 4 février 2011, n°09-14619; Cass Com, 3 décembre 2003, n°01-03614**).

### 3. LES SANCTIONS DU DÉFAUT DE MANDAT ET DU DÉFAUT DE POUVOIR DE REPRÉSENTATION

#### 3.1 La sanction civile

L'article 117 du code de procédure civile dispose que constituent des irrégularités de fond affectant la validité de l'acte : le défaut de capacité à agir, 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 capacité d'exercice, le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice.

**Le défaut de représentation d'une partie en justice constitue donc une irrégularité de fond affectant la validité de l'assignation.**

2. La loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle supprime les juridictions du contentieux général de la sécurité sociale, du contentieux technique de l'incapacité et de l'aide sociale à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, date à laquelle le contentieux relèvera, pour ce qui concerne l'ordre judiciaire, de tribunaux de grande instance et de cours d'appel spécialement désignés.

3. **Une réponse ministérielle du 10 août 2004 (JO Ass Nationale, Q. écrite n°41982)** confirme qu'un conseil généraliste d'entreprise ne peut représenter à titre habituel ses clients devant les juridictions consulaires: si les dispositions de l'article 4 de la loi de 1971 permettent, pour une instance donnée, le libre choix du mandataire ad litem, lorsque la partie ne peut assurer elle-même sa défense, elles n'autorisent pas le mandataire à assurer la représentation contentieuse **à titre habituel** et professionnel et ce, quel que soit le montant de l'intérêt du litige.

### 3.2 L'infraction d'exercice illégal et sa sanction

Au regard des textes susvisés, il apparaît que l'infraction d'exercice illégal de la profession d'avocat est constituée lorsque des missions de représentation et d'assistance devant les juridictions sont effectuées par des non avocats ou en d'autres termes, par des professionnels ne justifiant pas d'une inscription régulière au tableau d'un barreau. La qualité d'ancien avocat ou de simple titulaire du certificat d'aptitude à la profession d'avocat (CAPA) est insuffisante pour permettre l'exercice de cette activité.

Le Législateur, contrairement au régime réservé à l'infraction d'« exercice illégal du droit » définie à l'article 54 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, **ne pose pas ici de condition d'habitude ou d'exercice à titre principal (Cass crim, 14 janvier 2015, n°13-85.868; 5 février 2013, n°12-81.155).**

Un arrêt de la Cour de cassation, en date du **21 février 2006**, rappelle ainsi dans une affaire où le demandeur au pourvoi reprochait à la cour d'appel de l'avoir condamné sans avoir établi le caractère habituel et principal de son activité, que « *le mandat dont il disposait comprenait le recours à toutes mesures conservatoires et procédures incluses* » et la rédaction d'une sentence arbitrale et que, par conséquent, « *la cour d'appel a caractérisé des actes d'assistance d'une partie au sens de l'article 4* » **(Cass. crim 21 février 2006, n°05-84899, JCP ed G. 2006, I, 188, note MARTIN R.).**

L'exercice du droit est réglementé par les articles 54 et suivants de la loi du 31 décembre 1971. La pratique à titre habituel et rémunéré de la consultation juridique et de la rédaction d'actes sous seing privé pour autrui est réservée aux professionnels du droit, à l'exception notamment des personnes exerçant une activité réglementée (article 59 de la loi) pour lesquelles il est prévu qu'elles « *peuvent, dans les limites autorisées par la réglementation qui leur est applicable, donner des consultations juridiques relevant de leur activité principale et rédiger des actes sous seing privé qui constituent l'accessoire direct de la prestation fournie.* »

#### **La jurisprudence interprète largement les termes de l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971 :**

Un arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2002 entend de manière extensive le rôle réservé à l'avocat en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de Lyon du 28 juin 2000 (affaire Bertin), entrant ainsi en voie de condamnation sur le fondement des articles 4 et 72 de la loi du 31 décembre 1971.

« *le simple fait de recevoir les adhérents de l'association, d'examiner sur le plan du droit l'affaire qu'ils lui soumettent, de les orienter sur la conduite à tenir, voire de les inciter à engager une action en justice, de rédiger pour eux des écrits destinés aux juridictions, de les inviter à exercer des voies de recours constitue bien une activité réservée de par la loi au ministère des avocats, peu important qu'il ne s'agisse que d'un pan de l'activité de ces auxiliaires de justice ; qu'une telle pratique, même en l'absence de présentation de la défense et de tout mandat de représentation, suffit donc à caractériser l'élément matériel du délit prévu par l'article 72* » **(CA Lyon, 28 juin 2000).**

Et que :

« *la loi atteint celui qui, n'étant pas régulièrement inscrit au barreau, effectue néanmoins des actes d'assistance en justice, fussent-ils limités, à l'unique rôle de conseil de la partie sans inclure la présentation de sa défense* » **(Cass. crim., 14 novembre 2002, n°00-85.141).**

Cette jurisprudence permet de sanctionner les actes d'assistance exclusifs de toute activité de représentation judiciaire (en ce sens, **Cass civ 1, 17 février 2016, n°15-13402**).

**L'article 72 de la loi du 31 décembre 1971** sanctionne, par renvoi à l'article 433-17 du Code pénal, d'une **peine d'amende de 15 000 euros et d'un emprisonnement d'un an** l'exercice d'une ou plusieurs activités réservées au ministère des avocats prévue à l'article 4 de la loi par toute personne non régulièrement inscrite à un barreau.

## 4. LES MOYENS ALLÈGUES POUR CONTOURNER LES TEXTES

Pour se défendre de toute infraction, certaines sociétés d'assurance de protection juridique allèguent les dispositions de l'article 127-1 du code des assurances relatif à l'assurance de protection juridique, aux fins de légitimer des interventions régulières devant les juridictions.

Cet article dispose :

*« Est une opération d'assurance de protection juridique toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi ».*

Cet article se contente pourtant de fixer les éléments constitutifs de l'assurance, que sont la prime, le risque et l'indemnité ou la prestation, il n'autorise en aucun cas à déroger au principe énoncé à l'article 4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 qui est d'ordre public.

La loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989, dont est issu le texte de cet article, autorise par là même les membres du personnel des sociétés d'assurance de protection juridique à donner à titre dérogatoire des conseils dans le cadre de la gestion des litiges.

Naturellement, cette prestation de conseil doit être délivrée dans le cadre de l'objet du contrat d'assurance, c'est-à-dire à l'occasion de la naissance d'un litige.

Ce qui signifie que l'assureur n'est habilité à donner des conseils juridiques en vertu de l'article L. 322-2-3 du Code des assurances (qui vise « les membres du personnel chargés de la gestion des sinistres de la branche » protection juridique « ou de conseils juridiques relatifs à cette gestion ») et de l'article 59 de la loi du 31 décembre 1971 qu'à titre accessoire à son activité principale d'assurance.

Il convient de relever que cet article donne à l'assureur la possibilité de « fournir des services », parmi lesquels celui de donner des conseils juridiques, et aussi celui de faire valoir amiablement les droits de l'assuré.

En outre, l'article 127-1 du code des assurances précise : « (...) fournir des services (...) en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure (...) ».

**Ce qui signifie que la société de protection juridique peut mandater un avocat pour répondre aux besoins de son assuré, et non qu'elle puisse elle-même assurer la représentation en justice.**

**Ainsi, l'assureur ne peut aucunement assurer une mission habituelle de représentation devant une juridiction et notamment le Tribunal de commerce.**

Lorsque le litige est alors porté devant une juridiction, l'assureur fournit à l'assuré les moyens de se faire défendre devant les juridictions compétentes qu'elles soient civiles, pénales ou administratives.

L'intervention d'un avocat pourra dès lors être fixée dans le contrat de protection juridique au moment choisi par l'assureur sachant que les possibilités de ce dernier **rencontrent des limites et notamment lorsque le litige est porté devant une juridiction.**

L'article L.127-2-3 du code des assurances dispose : « *L'assuré doit être assisté ou représenté par un avocat lorsque son assureur ou lui-même est informé de ce que la partie adverse est défendue dans les mêmes conditions* ».

Ainsi, même dans le cadre de la phase amiable le recours à un avocat est obligatoire dès lors que la partie adverse est défendue elle-même par un avocat.

**En outre, le pouvoir de représentation devant le Tribunal de commerce ne peut être donné qu'à une personne physique, il doit être spécial et ne se délègue pas.**

Il convient de noter que la personne morale qui donnerait un pouvoir de représentation à l'un de ses salariés contrevient à la règle puisque le salarié n'est pas l'assuré dans la mesure où il n'est pas l'adhérent.

Les assurés confient donc leur défense à l'assureur qui elle-même délègue à ses salariés le pouvoir et la mission de représentation et d'assistance en justice.

Une délégation de pouvoir au profit de la société d'assurance à ester en justice et à la représenter à l'audience, de manière récurrente devant les juridictions consulaires (mise en état, dépôt de conclusions, plaidoiries), et ce, à titre habituel, constitue un défaut de pouvoir et pourrait être constitutive d'un exercice illégal.

En assurant une activité de représentation et d'assistance en justice habituelle, les assureurs de protection juridique prennent le risque de violer les dispositions de l'article 4 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 et se rendent coupable, par la même, de l'infraction d'exercice illégal de la profession d'avocat.

\*\*\*