

SCP MASSE-DESSEN THOUVENIN COUDRAY
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation
13, rue du Cherche-Midi
75006 PARIS
contact@scp9.fr

COUR DE CASSATION

MEMOIRE SUR DEMANDE D'AVIS

POUR : Monsieur [REDACTED]

Le Syndicat des Avocats de France (SAF).

SCP H. MASSE-DESSEN - G. THOUVENIN - O. COUDRAY

CONTRE : La société [REDACTED]

La société [REDACTED]

Sur la demande d'avis n° U 17 70 005

3.19477

FAITS

I.-

Monsieur [REDACTED], l'exposant, a interjeté appel d'une décision du conseil de prud'hommes de Mantes la Jolie en date du 12 septembre 2016 dans une procédure l'opposant à la société [REDACTED].

L'appel a été formé par Me Ghislain Dadi, avocat au Barreau de Paris.

La société [REDACTED] a cru devoir soulever la nullité de la déclaration d'appel au motif qu'elle avait été formulée par un avocat inscrit au Barreau de Paris.

Le syndicat des avocats de France (SAF), également exposant, est intervenu aux fins de soutenir la recevabilité de l'appel de M. [REDACTED].

Par ordonnance du 8 février 2017, le conseiller de la mise en état de la 25^{ème} chambre de la cour d'appel de Versailles a déclaré recevable l'intervention du SAF et transmis pour avis à la Cour de cassation la question suivante :

« Les règles relatives à la territorialité de la postulation prévue aux articles 5 et 5-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 s'appliquent-elles aux cours d'appel statuant en matière prud'homale consécutivement à la mise en place de la procédure avec représentation obligatoire ? »

Telle est la question sur laquelle les exposants viennent présenter des observations.

*

* *

DISCUSSION

II.-

Jusqu'à la réforme de la procédure prud'homale résultant de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économique, et du décret n°2016-660 du 20 mai 2016 pris pour son application, l'appel, en matière prud'homale était régi par l'article R 1461-1 du code du travail ainsi libellé :

« Le délai d'appel est d'un mois.

L'appel est formé par une déclaration que la partie ou tout mandataire fait ou adresse par lettre recommandée au greffe de la cour.

Outre les mentions prescrites par l'article 58 du code de procédure civile, la déclaration désigne le jugement dont il est fait appel et mentionne les chefs de celui-ci auxquels se limite l'appel. Elle comporte également le nom et

l'adresse du représentant de l'appelant devant la cour. Elle est accompagnée d'une copie de la décision ».

L'article R 1461-2 de ce code ajoutait :

« L'appel est porté devant la chambre sociale de la cour d'appel. Il est formé, instruit et jugé suivant la procédure sans représentation obligatoire ».

En application de ce texte, tout avocat pouvait, par déclaration ou lettre recommandée, interjeter appel de toute décision prud'homale devant toute cour d'appel.

Le décret n°2016-660 du 20 mai 2016 en son art. 29 est venu modifier ce texte.

Désormais il prévoit que :

*« l'appel est porté devant la chambre sociale de la cour d'appel. **Il est formé, instruit et jugé suivant la procédure avec représentation obligatoire** ».*

La question posée est celle de savoir si, par l'effet de ce texte, seuls les avocats habilités à **postuler** devant une cour d'appel sont habilités à représenter les parties en appel d'une décision prud'homale.

III.-

Aux termes de l'article **L. 441-1** du code de l'organisation judiciaire,

« Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ».

La question ici posée remplit toutes ces conditions.

1 – Elle est incontestablement nouvelle, comme résultant de la modification apportée à la procédure d'appel en matière prud'homale par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économique, et le décret n°2016-660 du 20 mai 2016 pris pour son application, entré en vigueur le 1^{er} août 2016.

2 – Elle se pose dans de nombreux litiges, puisque l'ensemble du contentieux prud'homal est concerné. Il faut préciser que les litiges en cours sont très nombreux, et susceptibles, si la thèse de la société défenderesse était admise, de priver de nombreux justiciables du bénéfice des appels interjetés et d'engager à de très nombreuses reprises la responsabilité des avocats.

La question est d'autant plus aigüe que, on le verra, une circulaire du Ministère de la Justice a conforté le principe du défaut de postulation territoriale.

3 – Elle est de pur droit et se pose directement dans le litige en cours, l'irrecevabilité de l'appel ayant été soulevée au motif que l'avocat signataire de l'acte d'appel n'aurait pas été habilité à le faire faute d'être apte territorialement à postuler devant la cour de Versailles.

3 – On exposera ci-dessous que la difficulté soulevée, si elle est sérieuse, doit trouver une solution simple au regard des principes applicables et de la jurisprudence antérieure. La cour de cassation pourrait également dire n'y avoir lieu à avis en raison de l'évidence de la solution consistant à ne pas imposer les règles de la postulation territoriale.

IV.-

La procédure avec représentation obligatoire, désormais applicable aux appels en matière prud'homale, est régie, devant la cour d'appel, par les articles 899 et suivants du code de procédure civile.

Aux termes de l'article 899 de ce code,

« Les parties sont tenues, sauf dispositions contraires, de constituer avocat. La constitution de l'avocat emporte élection de domicile ».

En matière prud'homale, les dispositions nouvelles ont institué la représentation obligatoire, mais prévu des dispositions contraires, telles que visées par l'article 899.

En effet, aux termes de l'article R.1461-1 nouveau du code du travail,

« A défaut d'être représentées par la personne mentionnée au 2° de l'article R. 1453-2, les parties sont tenues de constituer avocat ».

La constitution d'avocat n'est donc pas obligatoire dans tous les cas, mais subsidiaire.

La représentation peut en effet être assurée, aux termes de l'article R1453-2 tel que modifié par le décret n°2016-660 du 20 mai 2016 en son art. 10, dans les conditions suivantes :

*« Les personnes habilitées à assister ou à représenter les parties sont : (...)
2° Les défenseurs syndicaux (...) ».*

Ainsi, devant la cour d'appel, les parties peuvent-elles être représentées

- Soit par un défenseur syndical
- Soit par un avocat.

Par conséquent, si la représentation est obligatoire, la représentation **par avocat** ne l'est pas.

Les avocats **n'ont pas le monopole de la représentation**. Leur représentation est même subsidiaire (à défaut de défenseur syndical).

V.-

Il n'est, par ailleurs, pas contestable ni contesté que les avocats sont aptes à **représenter** les parties devant toutes les juridictions.

Aux termes de l'article 5 de la loi 71-130 du 31 décembre 1970, modifié par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 - art. 51 (V) en effet,

*« Les avocats exercent leur ministère **et** peuvent plaider **sans limitation territoriale** devant toutes les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires, sous les réserves prévues à l'article 4 ».*

L'alinéa 2 de ce texte prévoit une limitation territoriale **pour la seule postulation**.

« Ils 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 (...) ».

La restriction territoriale ne porte donc que **sur la postulation**.

Les avocats peuvent **exercer leur ministère** devant toutes les juridictions.

La réserve de l'article 4 est la suivante :

*« 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.*

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.

Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister une partie dans une procédure participative prévue par le code civil ».

Le principe est donc le libre exercice de la profession, sans limitation géographique.

Le monopole de l'avocat, sous les réserves de l'article 4, concerne non pas seulement la postulation mais le fait de « *assister ou représenter les parties, postuler et plaider* », l'énonciation des deux termes montrant qu'ils ne sont pas équivalents.

L'avocat peut donc en principe représenter les parties devant toute juridiction sans limitation territoriale, sous réserve de dispositions restreignant cette liberté.

Ces dispositions sont celles relatives à la seule **postulation**.

VI.-

Or la postulation n'est pas toute représentation.

Il n'y a postulation que si **la représentation par avocat est obligatoire**.

C'est ce qui a été clairement et récemment jugé par un arrêt de la 2^{ème} Chambre civile du 28 janvier 2016 pourvoi n°14-29185, publié au Bulletin et ainsi libellé :

« Mais attendu qu'il résulte des dispositions de l'article 1er, III, applicables au litige, de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques applicables au litige, que les avocats inscrits au barreau de l'un des tribunaux de grande instance de Paris, Bobigny, Créteil et Nanterre ne peuvent former une déclaration d'appel devant la cour d'appel de Paris que dans l'affaire pour laquelle ils ont postulé devant celui des tribunaux de grande instance de Paris, Bobigny ou Créteil qui a rendu la décision attaquée, ou devant la cour d'appel de Versailles dans l'affaire pour laquelle ils ont postulé devant tribunal de grande instance de Nanterre ;

Attendu qu'ayant exactement retenu que la postulation consiste à assurer la représentation obligatoire d'une partie devant une juridiction et qu'un avocat ne postule pas lorsque la représentation n'est pas obligatoire et constaté que lui était déférée une décision du juge des référés du tribunal de grande instance de Nanterre, c'est à bon droit que la cour d'appel a déduit ces énonciations et constatations que la déclaration d'appel, formée par un avocat inscrit au barreau de Paris qui n'avait pas pu être postulant en première instance peu important qu'il ait antérieurement postulé devant le tribunal de grande instance de Nanterre dans une affaire soumise à la procédure avec représentation obligatoire, était nulle ».

Il est au demeurant depuis longtemps admis que la représentation hors ministère d'avocat obligatoire n'ouvre pas droits à émoluments de postulation (v. Civ 2 8 avril 1998

n°96-17548, 21 janvier 1999 n° 96-21665). Il est ainsi jugé que « lorsqu'il intervient dans une procédure sans représentation obligatoire, l'avocat ne peut prétendre aux émoluments prévus par le décret du 9 mai 1947, relatif aux droits et émoluments des avocats postulants des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, qui constituent la rémunération de la postulation et ne peuvent être inclus dans les dépens dus à la partie gagnante » Civ 2 14 octobre 1999 n°97-20959).

Faute ainsi pour la représentation par avocat d'être obligatoire, il n'y a pas postulation.

Faute pour les avocats d'avoir le monopole de la représentation devant la cour d'appel en matière prud'homale, il n'y a pas postulation, et les restrictions à leur compétence territoriale résultant de la postulation ne sont pas applicables.

VII.-

Au demeurant, l'économie des textes le confirme.

L'article 5 al. 2 de la loi, sous la réserve instituée par son article 5-1 s'agissant des cours d'appel de Paris et Versailles.

*« 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** ».*

Une réserve est prévue dans les deux cours de Paris et Versailles, dans le cas où il a été postulé en première instance devant **un des tribunaux de grande instance** où les avocats sont habilités à postuler.

Aucune réserve n'est prévue pour le cas où l'avocat aurait représenté une partie devant une juridiction prud'homale où la postulation n'est pas exigée. Bien logiquement puisque, ne postulant pas devant la cour d'appel, aucune exception n'était nécessaire.

Par contre, les dispositions régissant la compétence territoriale des défenseurs syndicaux nécessitent une exception.

En effet, la compétence territoriale des défenseurs syndicaux est définie par l'article Article D1453-2-4, résultant de l'article 1^{er} du décret n°2016-975 du 18 juillet 2016 - art. 1 ainsi libellé :

« L'inscription sur cette liste permet l'exercice de la fonction de défenseur syndical dans le ressort des cours d'appel de la région.

Toutefois, lorsqu'il a assisté ou représenté la partie appelante ou intimée en première instance, le défenseur syndical peut continuer à assister ou représenter celle-ci devant une cour d'appel qui a son siège dans une autre région ».

Ainsi, le défenseur syndical ne peut poursuivre sa mission devant toute cour d'appel s'il l'a exercée en première instance.

Aucune disposition parallèle n'est prévue pour l'avocat, et la raison en est simple. Ce qui ne s'expliquerait pas si la compétence territoriale de l'avocat en matière prud'homale était territorialement limitée.

La présente espèce en est la démonstration puisque l'avocat au Barreau de Paris, s'il avait assisté ou représenté le salarié en première instance, comme il est habilité à le faire, n'aurait pu tirer argument de l'article 5 de la loi, faute pour l'affaire d'avoir été plaidée devant un tribunal de grande instance. Il serait au demeurant pour le moins paradoxal que le défenseur syndical puisse poursuivre sa mission, et non l'avocat, s'il n'est pas territorialement habilité à postuler en appel.

Les limitations territoriales à la postulation ne peuvent donc s'appliquer à la procédure prud'homale. L'avocat n'y a pas le monopole de la représentation et la représentation y est distincte de la postulation.

VIII.-

La distinction entre représentation obligatoire et postulation se retrouve au demeurant dans de nombreuses procédures.

Ainsi, devant les tribunaux administratifs, l'article R. 431-2, alinéa 1^{er}, du Code de justice administrative, relatif à la représentation des parties devant le tribunal administratif, dispose que « *les requêtes et les mémoires doivent, à peine d'irrecevabilité, être présentés soit par un avocat, soit par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, lorsque les conclusions de la demande tendent au paiement d'une somme d'argent, à la décharge ou à la réduction de sommes dont le paiement est réclamé au requérant ou à la solution d'un litige né d'un contrat* ». Des dispositions analogues sont prévues devant les cours administratives d'appel l'article R. 431-11 du même Code).

Or, lorsque la représentation est obligatoire, « *les mandataires sont limitativement énumérés* » et que « *ce sont, à l'exclusion, en principe, de tout autre : les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ; les avocats inscrits à un barreau, serait-il extérieur au ressort du tribunal administratif intéressé [...]* » (En ce sens Rép. cont. adm. Dalloz, v^o Représentation des parties devant les juridictions administratives, par Jean Barthélemy, n^o 69, l'exposant souligne).

Il y a donc, dans cette hypothèse, représentation obligatoire mais pas de postulation, en ce sens que tout avocat inscrit à l'un quelconque des barreaux français peut valablement représenter une partie devant la juridiction administrative.

Dans le droit local d'Alsace Moselle, le Code de commerce dispose que « *des chambres commerciales du tribunal de grande instance sont instituées dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle* » (article L. 731-1) et que « *la compétence de la chambre commerciale est celle des tribunaux de commerce, à l'exception des affaires qui relèvent de la compétence du tribunal d'instance en application des dispositions du chapitre III du titre II du livre II du code de l'organisation judiciaire* » (article L. 731-2). *L'article 31, alinéa 2, de la loi du 1^{er} juin 1924 portant introduction des lois commerciales françaises dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, prévoit cependant que* « les avocats inscrits au tableau d'un barreau français sont admis à faire tous actes de procédure en matière commerciale devant les tribunaux du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle ».

IX

S'agissant de la procédure prud'homale, la volonté du législateur et l'objet de la réforme sont sans ambiguïté.

Le décret n°2016-660 du 20 mai 2016 pris pour l'application de la loi n°2015-990 du 6 août 2015, s'inscrit en effet dans un contexte législatif marqué par la volonté de faire disparaître la postulation dont la raison d'être ne cesse d'être remise en cause par la dématérialisation des échanges entre avocats et juridictions.

La première version du projet de loi prévoyait dans un premier temps la disparition pure et simple de la postulation. Face à l'opposition rencontrée par une partie de la profession, le législateur a, dans un second temps, adopté une position médiane, limitant les effets de la postulation en permettant à tout avocat du ressort de la Cour d'appel de postuler, tout en maintenant l'objectif, à terme, de sa suppression.

C'est à l'aune de cet objectif que doit être interprété le décret.

L'objectif de ce texte n'est en aucun cas d'étendre la postulation à d'autres champs procéduraux.

Il s'agit, en instituant la représentation obligatoire, non pas de limiter la représentation des parties, mais bien de permettre une meilleure représentation, sans gommer la représentation par défenseur. Les règles de la procédure avec représentation obligatoire n'avaient pas d'autre objet.

Il n'a jamais été question ni de rendre plus difficile la défense, ni d'en augmenter le coût comme cela serait le cas si la postulation trouvait sa place.

Ainsi y aurait-il lieu à paiement de la contribution prévue à l'article 1635 bis P du Code général des impôts « *lorsque la constitution d'avocat est obligatoire devant la cour d'appel* » ce qu'a exclu une dépêche de la Direction des affaires civiles et du sceau et de la Direction des services judiciaires datée du 5 juillet 2016.

Le coût des procédures serait sensiblement augmenté.

Il n'a pas non plus été question de rendre plus facile la représentation par des structures importantes, comme ce serait le cas si la postulation était obligatoire. En effet, aux termes de l'article 8 de la loi du 31 décembre 1970 modifiée « *L'association ou la société (d'avocats) peut postuler auprès de chaque tribunal et de la cour d'appel dont chacun d'eux dépend, par le ministère d'un avocat inscrit au barreau établi près ce tribunal* ». Dans la matière sociale, l'inégalité des parties serait renforcée.

Une interprétation différente considérant que la postulation est inhérente à toute procédure à représentation obligatoire, indépendamment du monopole de l'avocat aurait des conséquences surprenantes.

Une telle lecture aboutirait à considérer qu'un défenseur syndical accomplirait des actes de postulation, à l'instar d'un avocat.

Un avocat pourrait alors être amené à faire appel à un défenseur syndical en guise de postulant.

Il est patent qu'une telle lecture irait à l'encontre de l'objet même de la postulation.

Aussi la position de l'administration a-t-elle été sans ambiguïté.

Par circulaire du 27 juillet 2016 largement diffusée (production), le Ministre de la justice a exclu toute postulation en matière prud'homale.

X.-

Telle a aussi été la position très claire du Conseil d'Etat.

Saisi en effet par des avocats du Barreau de Strasbourg d'un recours formé contre les dispositions du décret 2016-660 du 20 mai 2016 en ce qu'il les aurait privés de la possibilité de représenter les parties devant la Cour de Colmar, faute d'y postuler, le Conseil d'Etat, par un arrêt du 21 octobre 2016 rendu par une chambre seule – donc considérant que la question ne posait pas une difficulté sérieuse - (recours n° 401741 production) a rejeté ce recours, au motif clair suivant :

« Considérant qu'il résulte des dispositions citées au point précédent que les parties devant les conseils de prud'hommes ont la faculté de se faire représenter notamment par tout avocat ou par un défenseur syndical ; que les articles 28, 29 et 30 du décret attaqué ont pour objet, à compter du 1er août 2016, de rendre obligatoire en appel la représentation des parties par tout avocat ou par un défenseur syndical ; qu'elles n'ont ni pour objet ni pour effet d'étendre, à compter de cette date, les règles de postulation prévues respectivement par l'article 5 de la loi du 31 décembre 1971 et par l'article 8 de la loi du 20 février 1922 aux procédures d'appel devant la chambre sociale de la cour d'appel d'un jugement d'un conseil de prud'hommes »

Visant ainsi à la fois les textes spécifiques à l'Alsace et la Moselle, et les textes généraux, le Conseil d'Etat, rappelant que la représentation par avocat n'était pas obligatoire devant la cour d'appel en matière prud'homale, a exclu l'application des restrictions liées à la postulation territoriale.

Cette solution que peut qu'être approuvée.

Il sera donc répondu à la question posée que les règles relatives à la territorialité de la postulation prévue aux articles 5 et 5-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 ne s'appliquent pas aux cours d'appel statuant en matière prud'homale consécutivement à la mise en place de la procédure avec représentation obligatoire.

PAR CES MOTIFS et tous autres à produire, déduire ou suppléer, même d'office, les exposants concluent qu'il plaise à la Cour de cassation :

DIRE que les règles relatives à la territorialité de la postulation prévue aux articles 5 et 5-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 ne s'appliquent pas aux cours d'appel statuant en matière prud'homale consécutivement à la mise en place de la procédure avec représentation obligatoire

Avec toutes conséquences de droit.

PRODUCTIONS

1. Circulaire du 27 juillet 2016
2. Arrêt du Conseil d'Etat du 21 octobre 2016
3. Conclusions du Rapporteur Public devant le Conseil d'Etat.

**Société Civile Professionnelle
H. MASSE-DESSEN - G. THOUVENIN - O. COUDRAY
Avocat à la Cour de Cassation**

----- Page réservée à l'authentification de l'acte -----

Signature Avocat



Signature avocat pour son confrère empêché



Signature huissier

