

N° U1770005

N° T1770004

STE [REDACTED]

c/

M [REDACTED]

Mme [REDACTED]

c/

Mme [REDACTED]
[REDACTED]

rapporteur : Catherine Brouard-Gallet

RAPPORT

La Cour de cassation est saisie de deux demandes d'avis :

Par ordonnances d'incident prononcées le 8 février 2017 après que la cause en a été débattue à l'audience de cabinet du 9 janvier 2017, le conseiller de la mise en état de la 25ème chambre de la cour d'appel de Versailles a saisi la Cour de cassation de deux demandes d'avis ainsi formulées : *«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 ?»*

La question posée étant la même, les demandes d'avis donneront lieu à un rapport unique.

I - Faits et procédure à l'origine des demandes d'avis

La demande d'avis n° T 1770004 : Mme [REDACTED] a interjeté appel d'un jugement rendu par le conseil de prud'hommes de Nanterre le 11 juillet 2016 qui l'avait déboutée de l'ensemble de ses demandes, dans un litige l'opposant à Mme [REDACTED], par déclaration d'appel du 9 août 2016, formée par Me Christian Ligneul, avocat au barreau de Paris, associé de la Selarl Cabinet Ligneul, inscrite aux barreaux de Paris et du Val d'Oise. Le 22 novembre 2016, Me Thuy Lan Dao, avocat au barreau du Val d'Oise, s'est constitué aux lieu et place de Me Christian Ligneul. Devant le conseil de prud'hommes de Nanterre, Me Christian Ligneul avocat au barreau de Paris avait assisté Mme [REDACTED].

Mme [REDACTED] a déposé des conclusions d'incident les 21 novembre 2016, 13 décembre 2016 et 5 janvier 2017 à fin de voir notamment dire nulle la déclaration d'appel comme formée par un avocat inscrit au barreau de Paris.

La demande d'avis n° U 1770005 : M. [REDACTED] a interjeté appel d'un jugement rendu par le conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie le 12 septembre 2016 qui l'avait débouté de l'ensemble de ses demandes et avait débouté la société [REDACTED] et la société [REDACTED] de leurs demandes reconventionnelles, par déclaration d'appel formée par Me Ghislain Dadi, avocat au barreau de Paris. En première instance, M. [REDACTED] avait été défendu par un délégué syndical.

La société [REDACTED] a déposé des conclusions d'incident le 6 décembre 2016 et le 19 janvier 2017 à fin de voir prononcer la nullité de la déclaration d'appel au motif qu'elle avait été formée par un avocat inscrit au barreau de Paris.

Par conclusions en réponse du 22 décembre 2016, M. [REDACTED] demandait de renvoyer la question de droit pour avis à la Cour de cassation, concluant subsidiairement à la recevabilité de la déclaration d'appel.

Le syndicat des avocats de France est intervenu devant la cour d'appel aux fins de soutenir la recevabilité de l'appel de M. [REDACTED], par conclusions du 9 janvier 2017, faisant valoir qu'il avait un intérêt propre à intervenir volontairement à titre principal sur le fondement de l'article 329 du code de procédure civile, en élevant une prétention qui lui est propre, concluant au renvoi de la question de droit pour avis à la Cour de cassation.

En vue de l'audience du 9 janvier 2017, le ministère public a rendu un avis par lequel il demandait que soit déclarée recevable la déclaration d'appel et se déclarait sans opposition à une demande d'avis à la Cour de cassation.

Devant la Cour de cassation, des observations ont été déposées pour M. B. [REDACTED] et le Syndicat des avocats de France. Sont en outre intervenus volontairement à la procédure pour avis devant la Cour de cassation l'ordre des avocats du barreau des Hauts de Seine et l'ordre des avocats du barreau de Paris qui ont également produit des écritures.

II - Recevabilité de la demande d'avis

II. 1 - Au regard des règles de forme :

■ L'article 1031-1 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2016-660 du 20 mai 2016, énonce que « *lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine*

d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point./ Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3.».

Dans la première demande d'avis, l'ordonnance du 8 février 2017 formulant la demande d'avis indique que les avis au ministère public et aux parties ont été envoyés le 17 janvier 2017 conformément à l'article précité aux fins de faire connaître leurs observations sur une saisine pour avis de la Cour de cassation. Elle mentionne l'absence d'observations. L'ensemble des pièces est produit devant la Cour de cassation.

Dans la seconde demande d'avis, l'ordonnance du 8 février 2017 formulant la demande d'avis indique que des courriers, adressés le 17 janvier 2017 aux parties et au ministère public les ont invités à faire connaître leurs observations sur l'hypothèse d'une demande d'avis. Elle mentionne l'absence d'observations. L'ensemble des pièces est produit devant la Cour de cassation.

■ L'article 1031-2 du code de procédure civile dispose : *«La décision sollicitant l'avis est adressée, avec les conclusions et les observations écrites éventuelles, par le secrétariat de la juridiction au greffe de la Cour de cassation./ Elle est notifiée, ainsi que la date de transmission du dossier, aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception./ Le ministère public auprès de la juridiction est avisé ainsi que le premier président de la cour d'appel et le procureur général lorsque la demande d'avis n'émane pas de la cour».*

Les décisions sollicitant l'avis ont été reçues au greffe de la Cour de cassation le 10 février 2017. Les décisions ont été notifiées par lettres recommandées avec demande d'avis de réception en date du 8 février 2017 à l'ensemble des parties qui ont été informées de la date de transmission du dossier à la Cour de cassation. Elles ont également été adressées au procureur général près la cour d'appel de Versailles à la même date.

Les deux demandes paraissent recevables en la forme.

II. 2 Au regard des règles de fond.

L'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire dispose : *«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».*

Deux séries de conditions sont posées par le texte outre la condition tenant à ce que la demande d'avis émane d'une juridiction de l'ordre judiciaire :

- la demande d'avis doit porter sur une question de droit, laquelle doit être précise et commander l'issue du litige ;
- la question doit être nouvelle, sérieuse et se poser dans de nombreux litiges.

▫ Il ne fait pas de doute que la première série de conditions est remplie. La question est de droit et se pose directement dans les litiges en cours, l'irrecevabilité de l'appel ayant été soulevée, dans chacune des espèces, 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 d'appel de Versailles.

▫ Sur la seconde série de conditions :

En premier lieu, la question est bien susceptible de se poser dans de nombreux litiges.

Il suffit à cet égard de se reporter, d'abord, au rapport remis à Madame la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, sur *«L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle»*¹: *« Le taux d'appel contre les décisions des CPH est extrêmement important, puisqu'il concerne environ 65 % des jugements susceptibles d'appel, ce qui amène à s'interroger sur la pertinence même de la première instance. Un tel taux est très supérieur à celui constaté pour les autres juridictions»*.

Ensuite, aux *“Chiffres-clés de la justice 2016”* (accessibles sur le site du secrétariat général du ministère de la justice) qui font apparaître pour l'ensemble des 210 conseils de prud'hommes environ 195 000 affaires terminées avec un taux d'appel des jugements sur le fond de 68,3%.

En second lieu, sur le caractère nouveau et sérieux de la question :

Les textes législatifs et réglementaires qui sont au coeur de la question posée sont des textes entrés en vigueur récemment. L'article 51 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques qui a modifié la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est entré en vigueur le 1er août 2016 ; le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail est applicable aux appels introduits en matière prud'homale à compter de la même date.

¹ Alain Lacabarats, président de chambre à la Cour de cassation, juillet 2014

La demande d'avis ne peut porter que sur des questions pour lesquelles plusieurs réponses peuvent être raisonnablement envisagées, de sorte qu'il existe un risque réel de contrariété de jurisprudence.

D'ores et déjà des décisions ont été rendues par des conseillers de la mise en état dans le ressort de différentes cours d'appel sur la question de la nullité de la déclaration d'appel faite pour l'avocat qui représente l'appelant d'avoir établi sa résidence professionnelle dans le ressort de la cour d'appel et des divergences d'interprétation semblent apparaître.

On mentionnera également l'arrêt suivant :

Aix-en-Provence, 24 février 2017 : pour écarter l'exception de nullité de la déclaration d'appel l'arrêt retient que *« Si les dispositions issues des articles 28 à 30 du décret du 20 mai 2016 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, elles n'ont ni pour objet ni pour effet d'étendre, à compter de cette date, les règles de postulation prévues par l'article 5 de la loi du 31 décembre 1971 aux procédures d'appel devant la chambre sociale de la cour. »*.

On peut lire sous la plume de Mme Portmann² *« Une circulaire a précisé que la réforme issue de la loi du 6 août 2015 et de ses décrets d'application n'avait pas pour objet d'étendre les règles de la postulation territoriale à la matière prud'homale mais au contraire allait dans le sens de l'exclusion de la postulation devant les cours d'appel. Cependant, le doute demeurait. Divergences d'interprétation : [...] de nombreux conseillers de la mise en état rendent des ordonnances d'irrecevabilité, faute pour l'avocat qui représente l'appelant d'être domicilié dans le ressort de la cour d'appel. Ainsi à Montpellier, un conseiller de la mise en état a rendu le 10 novembre 2016 une ordonnance d'irrecevabilité jugeant "que le tempérament au principe de la représentation obligatoire par avocat en cause d'appel, issu de la loi du 6 août 2015, n'entraînait pas la dérogation au principe de la postulation en l'absence de toute disposition législative". Le barreau de Paris lui-même au mois d'août 2016 avait recommandé aux avocats d'avoir recours à des postulants pour les appels dans les barreaux extérieurs. Et pour ceux qui ne prennent pas ces précautions, les irrecevabilités pleuvent. »*

Le même auteur indique que l'interprétation qui figure dans la circulaire du ministre de la justice *« ne sécurise toutefois pas les avocats, certains estimant en effet que le décret du 20 mai 2016 a institué un véritable monopole de postulation en la matière*

² *« Les couacs de la réforme de la postulation territoriale »* Dalloz actualité, 27 février 2017

au profit des avocats et des défenseurs syndicaux, sans que le législateur n'ait modifié l'article 5 de la loi de 1971.»³

Selon un autre auteur «Il semblait acquis pour les praticiens qu'à compter du 1^{er} août 2016, seuls les avocats ayant établi leur résidence professionnelle dans le ressort de la cour d'appel statuant en matière prud'homale pourraient représenter une partie devant cette dernière, de sorte que le recours à un postulant s'imposerait lorsque l'avocat chargé du dossier n'a pas établi sa résidence professionnelle dans le ressort de ladite cour... C'était toutefois sans compter sur les précisions apportées par la chancellerie dans sa dépêche du 27 juillet 2016...».⁴

La Cour de cassation ne s'est pas directement prononcée sur la question posée ; en outre, il ne semble pas que des pourvois soient pendants qui poseraient ladite question, étant rappelé que la formation pour avis retient que si la question sur laquelle porte la demande d'avis se pose dans des pourvois en cours devant la Cour de cassation, il n'y a pas lieu à avis⁵.

Toutefois, la Cour de cassation s'est d'ores et déjà prononcée sur les conséquences des modifications apportées aux règles de postulation par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015⁶.

On relèvera que des observations ont été produites par M. [REDACTED], le syndicat des avocats de France, l'ordre des avocats du barreau des Hauts-de-Seine et l'ordre des avocats du barreau de Paris.

Par ailleurs, le Conseil national des barreaux a également fait connaître sa position sur la problématique en cause.

III - Au fond

III. 1 La postulation :

³ Anne Portmann «*Réforme de la postulation territoriale : pas de nouveau monopole en matière sociale*», Dalloz actualité, 29 juillet 2016

⁴ "Postuler ou ne pas postuler devant les cours d'appel statuant en matière prud'homale ?" Aperçu rapide par Romain Guichard, la Semaine Juridique Edition Générale, n° 38, 19 septembre 2016

⁵ Notamment Cass Avis, 9 mars 2015, n° 14-70 012, Bull. 2015 avis, n° 3

⁶ Voir infra III. 1. 3 La jurisprudence récente de la Cour de cassation

III.1.1. Evolution, définition et modifications législatives récentes :

En 1620, le Parlement de Paris conférait aux procureurs un office auquel étaient attachées les écritures et la plaidoirie sur les faits et leurs preuve. Les avocats plaidaient sur le droit. En 1791, les avoués furent supprimés et les avocats devinrent par nécessité des défenseurs officieux. Les avoués furent rétablis par la loi du 27 ventôse an VIII sur l'organisation des tribunaux tant devant les tribunaux d'arrondissement que les cours d'appel. La loi du 22 ventôse an XII relative aux écoles de droit, qui rétablit la fonction d'avocat, réserve aux avocats la plaidoirie. Jusqu'à la fusion avec la profession d'avocat opérée par la loi du 31 décembre 1971, les avoués de première instance disposaient du monopole de la postulation devant les tribunaux de grande instance. Les avoués près les cours d'appel ont disposé du monopole de la postulation devant les cours d'appel jusqu'au 1^{er} janvier 2012, la loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel ayant confié aux avocats la postulation en appel.

«La Cour de cassation indiquait autrefois que l'avocat n'avait d'autre caractère que celui de défenseur ou de conseil, ni d'autre mission que celle d'assister ses clients ou de soutenir leur défense par sa parole et par ses écrits. Il faut ajouter, depuis la réforme judiciaire du 31 décembre 1971 [portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques], de représenter les parties et de postuler dans leur intérêt dans tous les cas où cette postulation est nécessaire dans le cadre de l'ancienne législation régissant les avoués, d'assurer l'accès au droit des justiciables, de leur donner les consultations et les conseils dont ils peuvent avoir besoin et de rédiger pour eux les actes juridiques sous seing privé qu'ils désirent voir établir.

«La postulation pour autrui est la représentation appliquée à des hypothèses limitées où la partie ne peut légalement être admise elle-même à faire valoir ses droits et où la loi prévoit que cette représentation obligatoire sera confiée à une personne qualifiée (avocat, avoué à la cour). Le législateur a retiré aux parties la possibilité de se présenter elles-mêmes, seules et isolées et il les a obligées à comparaître par l'intermédiaire d'un auxiliaire de justice, dans certaines matières importantes par le montant ou la qualité des intérêts en jeu... C'est ce mode particulier de représentation obligatoire qu'on désigne sous le vocable de postulation.

«La représentation du plaideur n'a été confiée à des mandataires officiels, auxiliaires de justice, qu'à la condition que ceux-ci exercent auprès de la juridiction devant laquelle ils représentent les justiciables. Il s'agit en effet d'une nécessité technique fondamentale pour la bonne marche des tribunaux et le bon fonctionnement de la justice. Nul ne peut rendre la justice s'il n'a à proximité les mandataires des parties pour leur demander à tout instant les renseignements nécessaires pour nourrir sa conviction, dissiper les doutes qu'il peut avoir et mûrir pour sa sentence. Par ce système absolu sous l'ancien Régime et à la reconstitution du barreau en 1810, le législateur essaie par tous moyens d'empêcher que la dualité des professionnels chargés de la représentation des clients qu'il institue en créant le barreau ne favorise le désordre dans les juridictions.

«La réforme de 1971 supprimant les avoués près les tribunaux et ne laissant subsister que les avoués devant les cours d'appel, posait une difficulté. Elle fut résolue par la distinction entre l'avocat postulant et l'avocat plaidant. Le premier, successeur de l'avoué, exerce la

représentation des plaideurs devant le tribunal dans le ressort territorial duquel il exerce sa profession, en revanche l'avocat plaident exerce son activité de plaidoirie sur tout le territoire français.

«L'unicité de l'établissement de l'avocat et l'existence d'un ressort territorial pour exercer la fonction de postulation ne sont pas de simples règles procédurales mais se présentent à la fois comme une règle d'organisation judiciaire et de déontologie »⁷.

▣ **Les articles pertinents de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 issus de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, version applicable à l'espèce :**

Article 4 : *«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.»

Article 5 : *«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./ 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./ Par dérogation au deuxième alinéa, les avocats ne peuvent postuler devant un autre tribunal que celui auprès duquel est établie leur résidence professionnelle ni dans le cadre des procédures de saisie immobilière, de partage et de licitation, ni au titre de l'aide juridictionnelle, ni dans des instances dans lesquelles ils ne seraient pas maîtres de l'affaire chargés également d'assurer la plaidoirie.»*

Dans sa version antérieure à cette modification, l'article 5, en son alinéa 2, retenait que les avocats *«exercent exclusivement devant le tribunal de grande instance dans le ressort duquel ils ont établi leur résidence professionnelle et devant la cour d'appel dont ce tribunal dépend les activités antérieurement dévolues au ministère obligatoire des avoués près les tribunaux de grande instance et les cours d'appel.»*

⁷ «Règles de la profession d'avocat» Dalloz action, Henri Ader/André Damien, 15^{ème} édition 2016/2017 § 622.91

Les avocats peuvent donc désormais, et ce depuis le 1^{er} août 2016, postuler devant l'ensemble des tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel dans lequel ils ont établi leur résidence professionnelle ainsi que devant ladite cour d'appel.

Le principe est donc celui de la territorialité de la postulation même si des exceptions sont posées à ce principe : il en est ainsi de la multipostulation en région parisienne en application de l'article 5-1 du même texte ; par ailleurs, le champ de la postulation reste limité au ressort du tribunal de grande instance dans les cas visés au dernier alinéa de l'article 5.

Article 5-1: *«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./ La dérogation prévue au dernier alinéa du même article 5 leur est applicable».*

On notera que la loi du 6 août 2015 a abrogé le III de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1971 qui était ainsi rédigé : *«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 exercer les attributions antérieurement dévolues au ministère d'avoué près les tribunaux de grande instance auprès de chacune de ces juridictions. Ils peuvent exercer les attributions antérieurement dévolues au ministère d'avoué près les cours d'appel 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 résulte de cette comparaison que la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a maintenu les spécificités de la multipostulation en région parisienne, en supprimant toutefois toute référence aux attributions antérieurement dévolues aux avoués.

En étendant la territorialité de la postulation à l'ensemble des tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel dans lequel l'avocat a établi sa résidence professionnelle et devant cette cour d'appel, cette loi a supprimé la multipostulation concernant les barreaux d'une part de Libourne et Bordeaux et d'autre part de Nîmes et Alès qui avait été introduite par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées.

Article 8 : *«Tout groupement, société ou association prévu à l'article 7 peut être constitué entre avocats, personnes physiques, groupements, sociétés ou associations d'avocats appartenant ou non à des barreaux différents, exerçant en France, dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou dans la Confédération suisse.*

[...]

L'association ou la société 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».

Les articles 8-1 et 8-2 de la loi autorisent l'avocat, sans que cela porte atteinte au principe de la territorialité de la postulation, à établir un ou plusieurs bureaux secondaires, l'article 8-2 prévoyant des dispositions particulières pour les avocats inscrits au barreau de l'un des tribunaux de grande instance de Paris, Bobigny, Créteil et Nanterre.

▫ **Rappel des travaux parlementaires relatifs au projet de loi pour la croissance et l'activité devenu la loi n° 2015-990 :**

L'exposé des motifs du projet de loi pour la croissance et l'activité déposé par le gouvernement précisait : «L'article 13 prévoit d'étendre le monopole de la postulation des avocats au ressort de la cour d'appel et de renforcer les garanties de transparence tarifaire pour les consommateurs, en généralisant l'obligation de convention d'honoraires, qui pour l'instant n'existe qu'en matière de divorce. Il convient en outre de renforcer l'information tarifaire dans ce domaine. Enfin, les conditions d'établissement de bureaux secondaires (autorisation ex ante délivrées par les conseils de l'ordre des barreaux de la résidence professionnelle et du bureau secondaire envisagé) contraignent par excès de formalisme le développement de l'activité des avocats.

En conséquence, le I de l'article 13 modifie la loi du 31 décembre 1971 afin d'étendre au ressort de la cour d'appel la postulation des avocats et de renforcer les garanties de transparence tarifaire pour les prestations d'avocats. Les possibilités d'une postulation élargie au delà du ressort d'une cour d'appel, qui existent déjà dans certains territoires, notamment en Ile-de-France, sont maintenues. Par ailleurs, il simplifie les conditions d'ouverture de bureaux secondaires en substituant le régime d'autorisation préalable actuel à un régime déclaratif. Enfin, il prévoit que pour l'ensemble des prestations des avocats (y compris la postulation), les tarifs seront désormais fixés en accord avec le client. Sauf cas d'urgence ou de force majeure, d'intervention au titre de l'aide juridictionnelle totale, de la garde à vue, de la retenue ou de la rétention, l'avocat conclut avec son client une convention d'honoraires écrite, qui précise, notamment, le montant ou le mode de détermination des honoraires et des frais appelés à être facturés au client.»

On rappellera les passages de l'étude d'impact intéressant cette question :

1. *Etat des lieux*

«La profession d'avocat est régie par la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, et par trois décrets d'application (décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, décret n° 92-680 du 20 juillet 1992 et décret n° 93-492 du 25 mars 1993).

L'article 5 de la loi du 31 décembre 1971 dispose que les avocats exercent leur ministère et peuvent plaider sans limitation territoriale devant toutes les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires. En revanche, ils ne peuvent exercer leur activité de représentation (postulation) que devant les tribunaux de grande instance près desquels leur barreau est constitué et devant la cour d'appel dont ce tribunal dépend, depuis la loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 qui a supprimé la profession d'avoué.

Cette contrainte induit un monopole territorial de la postulation des avocats. Ce principe général connaît une exception appelée multipostulation, qui autorise les avocats inscrits au barreau de l'un des tribunaux de grande instance d'une même zone géographique à postuler devant chacune des juridictions. Cette faculté est actuellement limitée à trois régions : Bordeaux / Libourne, Nîmes / Alès et Paris / Bobigny / Créteil / Nanterre.

Les honoraires des avocats sont déterminés librement avec le client, à l'exception des tarifs applicables aux bénéficiaires de l'aide juridictionnelle et du tarif de postulation. Le tarif réglementé de postulation repose sur un système de droits fixes et de droits proportionnels calculés sur le montant, non pas du litige défini ex post par le juge, mais des demandes formulées au juge ex ante.

Dans le ressort d'une même cour d'appel, la taille extrêmement réduite de l'échelon du monopole territorial de postulation conduit à un problème de lisibilité de l'action de l'avocat vis-à-vis de son client et à un renchérissement du coût de son intervention dans un autre tribunal de grande instance que celui de son barreau de rattachement. Cette limitation territoriale de la postulation résulte d'héritages historiques qui ne sont plus justifiés aujourd'hui. Deux périmètres différents, un lié au tribunal de grande instance, l'autre à la Cour d'appel, créent des complexités inutiles. Ils supposent l'intervention obligatoire d'un représentant local pour les clients dont l'avocat est rattaché à un autre tribunal de grande instance du ressort de la même cour d'appel. Dans le département des Bouches-du-Rhône, par exemple, un avocat du barreau de Marseille est libre de postuler devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence. En revanche, il devra avoir recours à un avocat du barreau d'Aix-en-Provence pour une affaire traitée par le tribunal de grande instance de cette même ville.

Le caractère inadapté de ce dispositif rigide est de plus en plus évident dans le contexte de développement de l'économie numérique. Les procédures sont en effet gérées de façon croissante par voie électronique, à distance. Il sera possible de conserver un rôle aux avocats locaux tant que l'informatisation ne sera pas complète, mais sans que cela nécessite le maintien du caractère territorial de la postulation dans le périmètre défini aujourd'hui.

Aujourd'hui, il n'existe plus de motifs d'intérêt général de maintenir le monopole territorial de postulation des avocats dans le ressort du tribunal de grande instance, source de complexité des relations de l'avocat à son client, défendu par un professionnel différent selon le ressort géographique du tribunal de grande instance ou de la Cour d'appel et de renchérissement du coût des procédures, sans qu'un surcroît de qualité lié à la postulation elle-même, soit nécessairement indentifiable dans le ressort d'une Cour d'appel.

Compte tenu de l'intensification de la concurrence des activités de postulation des avocats (désormais possibles devant l'ensemble des tribunaux de grande instance d'une même cour d'appel), le maintien d'un tarif réglementé de postulation ne paraît plus nécessaire.

2. Description des objectifs poursuivis

Le dispositif envisagé vise à simplifier et moderniser les règles de représentation devant les juridictions en permettant aux justiciables d'être représentés par un seul auxiliaire de justice devant tous les tribunaux de grande instance du ressort d'une même cour d'appel ; le dispositif entend également limiter les frais de procédure devant ces juridictions ; il poursuit ainsi un but d'intérêt général d'accès moins cher et plus simple au service public de la justice. Les exceptions actuelles sont maintenues dans la région Ile-de-France.

Par ailleurs, il est envisagé de renforcer la protection des consommateurs en habilitant les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à contrôler le respect par les avocats des règles spécifiques qui leur sont applicables en matière de loyauté de l'information tarifaire.

3. Options possibles et nécessité de légiférer

L'article 34 de la Constitution prévoit que la loi détermine les principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales. L'encadrement des fonctions d'avocats relève donc de la loi.

L'objectif poursuivi par le projet vise à élargir la territorialité du monopole de postulation des avocats à l'ensemble des tribunaux de grande instance du ressort d'une même cour d'appel, sous réserve qu'ils soient inscrits dans l'un des barreaux de ce ressort, et un principe de liberté tarifaire des prix de postulation.

Le dispositif retenu consistera à :

- autoriser les avocats à postuler devant l'ensemble des tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel au sein de laquelle ils ont établi leur résidence professionnelle, et devant ladite cour d'appel ;
- supprimer l'encadrement réglementaire des tarifs de postulation des avocats, en instaurant un principe de liberté tarifaire ;
- habiliter les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à contrôler le respect par les avocats des règles spécifiques qui leur sont applicables en matière de loyauté de l'information tarifaire.

4. Analyse des impacts des dispositions envisagées

Impacts pour les consommateurs et pour les particuliers

Compte tenu de l'intensification de la concurrence qui en résultera, la mesure entraînera une réduction sensible du coût de la postulation pour les consommateurs-clients des avocats. L'Annuaire Statistique de la Justice (édition 2011-2012) dénombre 1,2 million d'affaires nouvelles devant les cours d'appel et devant les tribunaux de grande instance : en retenant l'hypothèse d'un montant de litige moyen de 10 000 €, soit 120 € de frais de litige, le total des frais de postulation pour ces 1,2 million de litiges serait de 144 millions €.

La mesure renforcera la protection économique des consommateurs grâce à la garantie d'une meilleure effectivité des règles relatives à la loyauté de l'information tarifaire applicables aux avocats.

Impacts pour les entreprises

S'agissant de l'impact sur les avocats, les travaux de consultations réalisés dans le cadre de l'élaboration du projet ont montré qu'une partie des professionnels y étaient favorables. D'autres, en revanche, redoutent que la suppression de la territorialité de la postulation ne réduise l'intérêt à ouvrir des bureaux secondaires, et qu'il en résulte des inconvénients, par exemple pour les permanences pénales et les aides juridictionnelles dans certaines régions. Cependant, les professionnels qui ont exprimé ces préoccupations n'ont pas été en mesure d'illustrer les cas où la réforme aurait un impact négatif. Enfin, d'autres professionnels ont suggéré la suppression du tarif réglementé de postulation en maintenant le principe du monopole territorial restreint à un seul tribunal de grande instance.

L'extension de la territorialité du monopole de postulation au ressort de la cour d'appel bénéficiera aux avocats dans la mesure où elle leur permettra de proposer à leur client une prestation complète devant un plus grand nombre de tribunaux de grande instance, prestation dont ils définiront par ailleurs intégralement le tarif. Elle leur permettra de tirer pleinement profit du développement des nouvelles technologies de numérisation des procédures judiciaires qui est en cours.

Impacts pour les administrations

L'extension du ressort de la territorialité de la postulation permettra au système judiciaire de bénéficier également des gains d'efficacité générés par un recours accru aux nouvelles technologies de numérisation des procédures judiciaires, dans la mesure où cette suppression est un facteur de simplification des procédures (réduction du nombre d'interlocuteurs).

Impacts juridiques

En droit interne, la mesure nécessitera la modification de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ainsi que de l'article L. 141-1, III, du code de la consommation.»

Il semble également nécessaire, afin d'appréhender au mieux la volonté du législateur, de renvoyer à certains extraits du rapport n° 2498 fait au nom de la commission spéciale de l'Assemblée nationale : Tome I, M. Richard Ferrand, Rapporteur général et MM. Christophe Castaner, Laurent Grandguillaume, Denys Robiliard, Gilles Savary, Alain Tourret, Stéphane Travert, Mmes Cécile Untermaier et Clotilde Valter, Rapporteurs thématiques :

« L'activité de postulation des avocats constitue, pour cette profession juridique largement ouverte et rémunérée sur la base d'honoraires libres, une « enclave » de réglementation puisqu'il s'agit, en application du deuxième alinéa de l'article 5 de la loi du 31 décembre 1971, d'un monopole géographique, hérité des avoués et assorti d'une tarification réglementée.

L'article 1er de la loi du 31 décembre 1971 ménage cependant un certain nombre de dérogations à cette compétence territoriale.

Le III de cet article 1er permet ainsi aux avocats inscrits au barreau de l'un des tribunaux de grande instance situés dans le ressort de la cour d'appel de Paris (tribunaux de grande instance de Paris, Bobigny, Créteil et Nanterre) de postuler auprès de chacune de ces juridictions. En appel, ils peuvent postuler auprès de la cour d'appel de Paris (s'ils ont postulé en première instance devant les tribunaux de grande instance de Paris, Bobigny ou Créteil) ou auprès de la cour d'appel de Versailles (s'ils ont postulé en première instance devant le tribunal de grande instance de Nanterre).

Toutefois, cette extension de la territorialité de la postulation au ressort de la cour d'appel de Paris ne concerne ni les procédures de saisie immobilière, de partage et de licitation (111) ni les attributions antérieurement dévolues au ministère d'avoué au titre de l'aide judiciaire ou dans des instances dans lesquelles l'avocat ne serait pas maître de l'affaire chargé également d'assurer la plaidoirie (112).

Cette extension de la territorialité de la postulation en région parisienne (ou « multipostulation ») est relativement ancienne et s'explique par le démembrement du tribunal de grande instance de Paris et la création des tribunaux de grande instance de Bobigny, Nanterre et Créteil.

Plus récemment, à la suite de la réforme de la carte judiciaire, la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées a également introduit un régime de « multipostulation » pour certains barreaux implantés dans le même département : entre Libourne et Bordeaux en Gironde, d'une part, entre Nîmes et Alès dans le Gard d'autre part (113).

Ainsi, les IV et V de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1971 prévoient respectivement que « les avocats inscrits au barreau de l'un des tribunaux de grande instance de Bordeaux et Libourne peuvent postuler devant chacune de ces juridictions » et que « les avocats inscrits au barreau de l'un des tribunaux de grande instance de Nîmes et Alès peuvent postuler devant chacune de ces juridictions ».

Le VI de ce même article 1er assortit l'extension de la territorialité de la postulation devant les tribunaux de grande instance de Bordeaux, Libourne, Nîmes et Alès des mêmes limites que celles prévues pour la « multipostulation » en région parisienne, notamment en matière de procédures de saisie immobilière, de partage et de licitation.

Ce sont précisément les IV, V et VI de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1971 que le 1° du I du présent article propose d'abroger, dès lors que l'extension de la territorialité de la postulation aux seuls ressorts des tribunaux de grande instance de Bordeaux, Libourne, Nîmes et Alès – qui ne recouvrent pas l'intégralité des ressorts des cours d'appel de Bordeaux et Nîmes – serait contraire à l'extension de la territorialité de la postulation au ressort des cours d'appel qu'opère le 2° du I du présent article.

Le 2° du I du présent article procède en effet à une réécriture globale de l'article 5 de la loi du 31 décembre 1971 qui, dans sa rédaction actuelle, tout à la fois pose le principe selon lequel les avocats ont une compétence nationale pour l'exercice de leur ministère, notamment lorsqu'il s'agit de plaider, et tempère ce principe en limitant la compétence territoriale des avocats en matière de postulation au ressort du tribunal de grande instance où ils sont établis (en première instance) et au ressort de la cour d'appel dont ce tribunal de grande instance dépend (en appel).

La nouvelle rédaction de l'article 5 de la loi du 31 décembre 1971 reprendrait le principe actuel selon lequel « 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 précédent », c'est-à-dire à l'article 4 de la même loi, qui autorise les organisations syndicales régies par le code du travail ou de leurs représentants à exercer des activités en matière de représentation et d'assistance devant les juridictions sociales et paritaires et les organismes juridictionnels ou disciplinaires auxquels ils ont accès.

En revanche, cette nouvelle rédaction de l'article 5 de la loi du 31 décembre 1971 prévoirait désormais que les avocats « peuvent postuler devant l'ensemble des tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel au sein de laquelle ils ont établi leur résidence professionnelle et devant ladite cour d'appel ».

Tirant les conséquences de la nouvelle rédaction de l'article 5 de la loi du 31 décembre 1971, le 6° du I du présent article procède à une coordination de façon à abroger la référence que fait aujourd'hui le 4° de l'article 53 de la même loi à l'autorisation de diligenter les actes de procédure qui est donnée par la cour d'appel aux avocats établis auprès d'un tribunal de grande instance de son ressort, lorsque le nombre des avocats inscrits au tableau et résidant dans le ressort d'un autre tribunal de grande instance du ressort de la même cour d'appel est jugé insuffisant pour l'expédition des affaires.

La « multipostulation » devant l'ensemble des tribunaux de grande instance situés dans le ressort d'une cour d'appel, qui existe depuis longtemps en région parisienne, serait ainsi généralisée à l'ensemble du territoire.

Lors de leur audition par la rapporteure thématique, le 6 janvier 2015, les bâtonniers des barreaux de Bordeaux, Libourne, Nîmes et Alès où existe d'ores et déjà un dispositif de « multipostulation », en application des IV et V de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1971, ont fait un bilan globalement positif de ce dispositif.

Ils ont toutefois souligné que les barreaux aux effectifs numériques les plus faibles s'étaient maintenus grâce aux exceptions à la « multipostulation » qui sont prévues par la loi pour les activités des avocats :

- en matière de procédures de saisie immobilière ;**
- en matière de procédures de partage et de licitation ;**
- au titre de l'aide juridictionnelle ;**
- dans les affaires où ils ne sont pas avocats plaidants.**

Pour ces quatre types d'activités, la postulation auprès du tribunal de grande instance dans le ressort duquel les avocats ont établi leur résidence professionnelle a été maintenue.

C'est ce qui a notamment permis de préserver le financement des ordres qui tirent en partie leurs ressources des caisses autonomes des règlements pécuniaires des avocats (CARPA) qui sont alimentées, entre autres, par les fonds provenant des ventes immobilières à l'issue des procédures de saisie.

La préservation des ressources des ordres a permis de pérenniser les activités de ces derniers, notamment les permanences assurées en matière pénale.

C'est la raison pour laquelle la commission a adopté un amendement des rapporteurs visant à limiter les activités pour lesquelles les avocats pourraient postuler auprès de l'ensemble des tribunaux de grande instance du ressort de cour d'appel au sein duquel ils ont établi leur résidence professionnelle et d'en exclure les quatre types d'activités susmentionnées.»

On renverra également au rapport n° 370 (déposé le 25 mars 2015) de Mmes Catherine Deroche, Dominique Estrosi Sassone et M. François Pillet, fait au nom de la commission spéciale du Sénat :

«B. La position de votre commission

Le présent dispositif pose une question délicate.

Sans être négligeables, les mérites qu'elle présente n'atteignent pas forcément l'ampleur que leur prêche l'étude d'impact.

Certes, il sera plus simple pour le justiciable d'avoir un seul avocat plutôt que deux. Mais, bien souvent, son seul interlocuteur est celui qui le représente, le postulant n'étant en lien qu'avec cet avocat et n'interférant pas dans ses relations avec son client.

En outre, l'économie réalisée est limitée : le postulant est rémunéré sur la base d'un tarif et il est indifférent, de ce point de vue, que la somme soit payée directement à l'avocat chargé de la plaidoirie, parce qu'il sera aussi compétent pour postuler, ou à celui chargé de la postulation. Il est vrai cependant que, de plus en plus souvent, les avocats ne présentent même plus d'état de frais de postulation à leur clients : la rémunération des diligences de postulation est alors soit supprimée soit incluse forfaitairement dans les honoraires de plaidoirie.

Le principal intérêt de cette multipostulation dans le ressort d'une cour d'appel est la concurrence qu'elle favorise entre les différents professionnels, puisque ceux-ci pourraient étendre leur champ d'activité à d'autres tribunaux.

Toutefois, l'extension du ressort de postulation n'est pas sans risque pour la pérennité de certains barreaux. Les représentants du conseil national des barreaux et ceux de la conférence nationale des bâtonniers ont insisté sur ce point lors de leur audition. Ils ont notamment fait valoir que, même si elle constitue une part marginale de l'activité de certains cabinets d'avocats, la postulation pour le compte d'un confrère joue un rôle important pour l'équilibre financier de nombre de structures. En outre, elle leur permet de disposer d'une clientèle institutionnelle essentielle, les grandes entreprises s'efforçant d'avoir un correspondant avocat au sein de chaque barreau.

La représentante de la conférence nationale des premiers présidents de cour d'appel, Mme Dominique Lottin, s'est inquiétée des conséquences, sur le fonctionnement des plus petites juridictions, de la disparition de leur barreau ou de la réduction trop importante de leur effectif. Le risque d'une dévitalisation de certains territoires doit être pris en considération.

Les enseignements livrés par la Chancellerie au rapporteur général de la commission spéciale de l'Assemblée nationale sur l'expérience de la multipostulation à Bordeaux et Libourne, et Nîmes et Alès, contredisent quelque peu l'appréciation globalement positive évoquée par les rapporteurs de cette même commission à l'appui de leur amendement relatif aux exceptions à l'extension de la multipostulation : « La Chancellerie a également indiqué à la mission que, bien que les dispositifs de multipostulation existants n'englobent pas l'ensemble du ressort d'une cour d'appel, la multipostulation effective dans les ressorts de Bordeaux-Libourne avait conduit à ce qu'environ 30 % des désignations par le bureau d'aide juridictionnelle portent sur des avocats

du barreau de Bordeaux et que la vérification des dépens (état de frais de postulation) représenteraient le même pourcentage avec une augmentation marquée sur les derniers mois.

Selon la Chancellerie, le bâtonnier de Libourne aurait indiqué que ses confrères avaient perdu depuis la mise en place de la multipostulation 70 à 80 % des dossiers de postulation.

Une note de l'observatoire du CNB du 7 octobre 2014 fait apparaître que dans le classement des dix barreaux dans lesquels les revenus moyens des avocats sont les plus faibles, on retrouve cinq des barreaux situés dans une zone de multipostulation : trois barreaux de la cour d'appel de Paris (Seine Saint-Denis, Val de Marne et Essonne), ainsi que les barreaux de Libourne et d'Alès ».

Certes, on peut espérer que les avocats des plus petits TGI gagnent en compensation des clients d'autres ressorts de tribunaux, mais ceci supposera l'établissement d'un bureau secondaire, avec le risque qu'à terme ils y transfèrent leur résidence professionnelle. Le maintien, à un effectif convenable, des barreaux concernés, dépendra de l'existence, sur place, d'une clientèle locale suffisante. Les données géographiques pourront aussi jouer leur rôle, notamment lorsque l'éloignement entre les juridictions rendra peu probable l'exercice de la profession à cheval entre le cabinet et le bureau secondaire.

Votre commission constate que le succès de la réforme n'est pas acquis et regrette le manque d'évaluations préalables. Attachée à la défense du maillage territorial, elle estime que la preuve doit d'abord être faite qu'il n'y sera pas porté atteinte et que le bénéfice qu'en tireront certains justiciables ne sera pas acquis au détriment d'autres qui verraient leurs avocats s'éloigner du tribunal dont ils dépendent.

Jugeant plus prudent de procéder par étape, elle a adopté l'amendement de son rapporteur donnant une portée expérimentale à la disposition. L'extension de la postulation au ressort de la cour d'appel serait ainsi testée, pendant cinq ans, dans deux ressorts de cour d'appel, afin qu'au terme d'une évaluation rigoureuse il soit décidé de la généraliser ou, au contraire, d'y mettre fin.»

Dans sa décision du 5 août 2015, n° 2015-715 DC le Conseil constitutionnel a jugé conformes à la Constitution les règles de postulation des avocats et de fixation de leurs honoraires résultant de la loi votée par le Parlement :

« En ce qui concerne les 2°, 3° et 4° du paragraphe I :

54. Considérant que les 2°, 3° et 4° du paragraphe I de l'article 51 modifient les articles 5 et 8 de la loi du 31 décembre 1971 susvisée et créent un article 5-1 dans cette même loi ; que le premier alinéa de l'article 5 dispose que les avocats exercent leur ministère et peuvent plaider sans limitation territoriale devant toutes les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires ; qu'aux termes du deuxième alinéa « ils peuvent postuler devant l'ensemble des tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel dans lequel ils ont établi leur résidence professionnelle et devant ladite cour d'appel » ; que, toutefois, en vertu du troisième alinéa de ce même article, « les avocats ne peuvent postuler devant un autre tribunal que celui auprès duquel est établie leur résidence professionnelle ni dans le cadre des procédures de saisie immobilière, de partage et de licitation, ni au titre de l'aide juridictionnelle, ni dans les instances dans lesquelles ils ne seraient pas maîtres de l'affaire chargés également d'assurer la plaidoirie » ; que les dispositions de l'article 5-1 prévoient des dispositions similaires pour les avocats inscrits au barreau de l'un des tribunaux de grande instance de Paris, Bobigny, Créteil et Nanterre ; que les dispositions de l'article 8 prévoient des dispositions similaires pour la société ou association prévue à l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 pouvant être constituée entre avocats, personnes physiques, groupements, sociétés ou associations d'avocats appartenant ou non à des barreaux différents, exerçant en France, dans un autre État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou dans la Confédération suisse ;

55. *Considérant que les députés requérants soutiennent que ces dispositions, par leurs effets sur les « territoires les plus enclavés », portent atteinte au principe d'égalité devant la justice et à l'objectif de bonne administration de la justice ;*

56. *Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que, compte tenu par ailleurs de l'article 16 de la Déclaration de 1789, si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties ;*

57. *Considérant que la bonne administration de la justice constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration de 1789 ;*

58. *Considérant que les dispositions contestées simplifient les règles de représentation devant les juridictions de l'ordre judiciaire en permettant aux avocats de postuler devant l'ensemble des juridictions de la cour d'appel dans laquelle ils sont établis, sauf pour certaines procédures et lorsqu'ils ne sont pas « maîtres de l'affaire chargés également d'assurer la plaidoirie » ; que ces dispositions n'affectent pas les conditions d'accès au service public de la justice ; qu'elles ne méconnaissent ni le principe d'égalité devant la justice, ni l'objectif de bonne administration de la justice».*

III.1. 2 Conséquence d'une constitution irrégulière :

«La représentation, confiée exclusivement à un auxiliaire de justice déterminé et qu'on nomme postulation, se manifeste par un acte, la constitution d'avocat dans l'intérêt du client».⁸

S'agissant de l'appelant principal, la constitution de son avocat, qui doit comporter la désignation précise de l'un et de l'autre, est nécessairement antérieure ou concomitante à la déclaration d'appel puisque celle-ci doit contenir celle-là et doit être signée par l'avocat constitué (article 901 du code de procédure civile). En pratique, elle est incorporée ou annexée à l'acte d'appel.

Une constitution irrégulière affecte la déclaration d'appel d'un vice de fond par suite du défaut de pouvoir de la personne figurant au procès comme représentant l'appelant en application de l'article 117, alinéa 4, du code de procédure civile. Constituent en effet des irrégularités de fond affectant la validité de l'acte, le défaut de capacité d'ester en justice ; 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 ; le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice.

Selon l'article 121 du code de procédure civile, 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.

⁸ «Règles de la profession d'avocat» précité note 7, § 622-102

On renverra par ailleurs à l'arrêt 2^{ème} Civ, 16 octobre 2014, n° 13-22.088, Bull. 2014, II, n° 215 duquel il résulte que l'article 2241, alinéa 2, du code civil, selon lequel l'annulation par l'effet d'un vice de procédure de l'acte de saisine de la juridiction interrompt les délais de prescription et de forclusion, s'applique à la décision d'annulation d'une déclaration d'appel fondée sur l'article 117 du code de procédure civile.

III. 1. 3 Postulation et représentation obligatoire :

Aux termes de l'article 411 du code de procédure civile, «*le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure*». A ceux de l'article 413 du même code, «*le mandat de représentation emporte mission d'assistance, sauf disposition ou convention contraire*», alors que la mission d'assistance en justice, selon l'article 412 dudit code, emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger.

La notion de représentation est nécessairement plus étendue que celle de postulation puisqu'elle recouvre également des domaines où l'avocat représente une partie en dehors des cas où la représentation est obligatoire.

La représentation en justice consiste donc ainsi à accomplir au nom du mandant tous les actes de procédure que requiert l'action en justice.

□ **Les arrêts de l'assemblée plénière du 2 mai 1997, n° 94-15.048, 94-15.049, 94-15.050** Bulletin 1997, Ass. Plén. n° 5 :

Les pourvois concernaient le régime de rémunération des avocats postulants exerçant dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. La cour d'appel de Colmar, statuant sur renvoi de cassation, avait reconnu à l'avocat postulant le droit à des émoluments dans toutes les procédures où il intervient pour représenter une partie, que cette représentation soit ou non obligatoire. Dans les espèces, le ministère d'avocat n'était pas obligatoire, s'agissant de litiges prud'homaux.

Selon l'article 1^{er} du 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, les frais et émoluments dus à l'avocat postulant dans une instance suivie en matière contentieuse sont fixés conformément aux dispositions du présent décret ; selon son article 3 les droits alloués pour le présent tarif sont dus à l'avocat lorsque celui-ci a représenté la partie.

La deuxième chambre civile avait cassé (18 novembre 1992 n° 91-15.163, Bull II n° 263) un arrêt de la cour d'appel de Metz après avoir énoncé 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.

L'assemblée plénière a 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, qui constituent la rémunération de la postulation.

Selon le rapporteur, M. le conseiller Ancel, la question centrale posée par le pourvoi était celle de savoir si le droit à émoluments de l'avocat postulant d'Alsace-Moselle était liée à la postulation entendue comme la représentation dans une procédure où le ministère d'avocat est obligatoire ou à la représentation des parties, même dans les affaires dispensées du ministère d'avocat. Il indiquait que la postulation est comprise comme l'activité de l'avocat liée à son monopole de représentation, exercé dans les procédures où le ministère est obligatoire. Il ajoutait : *«la même notion est consacrée de longue date en jurisprudence par les décisions qui refusent d'intégrer dans les dépens les émoluments de l'avocat ou avoué lorsque son ministère n'est pas obligatoire... Il existe donc bien une règle générale de procédure qui d'une part définit la postulation comme la représentation dans les procédures avec représentation obligatoire et, corrélativement exclut des dépens les émoluments de l'avocat lorsqu'il a représenté une partie dans une procédure dispensée de son ministère»*. Il concluait : *«En définitive, si aucune raison déterminante ne vous paraît militer en faveur de la solution adoptée par la cour d'appel de Colmar, vous pourriez considérer que la notion de postulation, à laquelle le décret de 1947 rattache le droit de l'avocat à des émoluments, a un contenu uniforme en droit français.»*.

▫ **La jurisprudence récente de la Cour de cassation** sur les conditions de la postulation devant la cour d'appel de Versailles pour les avocats inscrits au barreau de l'un des tribunaux de grande instance de Paris, Bobigny, Créteil et Nanterre : l'arrêt 2^{ème} Civ, 28 janvier 2016, n° 14-29.185, publié au Bulletin.

Dans l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt une société, représentée par un avocat au barreau de Paris, condamnée par ordonnance de référé du président du tribunal de grande instance de Nanterre à payer une provision à une autre société, avait interjeté appel de l'ordonnance devant la cour d'appel de Versailles, sous la constitution du même avocat.

La cour d'appel de Versailles avait prononcé la nullité de la déclaration d'appel. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi :

«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 le 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».

Cet arrêt valide ainsi expressément l'affirmation de la cour d'appel selon laquelle un avocat ne postule pas lorsque la représentation n'est pas obligatoire : en l'espèce l'avocat inscrit au barreau de Paris n'avait pas pu être postulant en première instance puisque la procédure de référé en première instance est sans représentation obligatoire.

La portée de l'arrêt est claire mais doit évidemment être lue au regard de la question de droit posée à la cour. Il précise la notion de postulation devant la juridiction du fond initialement saisie, le juge des référés, afin de savoir quel avocat allait pouvoir valablement formaliser, sous sa constitution, une déclaration d'appel.

On mentionnera également, dans les suites de l'arrêt de la deuxième chambre civile: cour d'appel de Versailles, 26 janvier 2017 , RG 16/07572 : *«Considérant qu'en application de l'alinéa 2 de l'article 5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifiée par la loi n°2011-94 du 25 janvier 2011 et par la loi n°2011-331 du 28 mars 2011, les avocats exercent exclusivement devant le tribunal de grande instance dans le ressort duquel ils ont établi leur résidence professionnelle et, devant la cour d'appel dont ce tribunal dépend, les activités antérieurement dévolues au ministère obligatoire des avoués près les cours d'appel ;*

Qu'en application de l'article 1- III alinéa 1er de la même loi, 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, peuvent exercer les attributions antérieurement dévolues au ministère d'avoué près la cour d'appel de Paris, et auprès de la cour d'appel de Versailles, pour les affaires dans lesquelles ils ont eux-mêmes postulé devant le tribunal de grande instance de Nanterre ;

Considérant en l'espèce que la déclaration d'appel litigieuse a été formalisée sous la constitution de Maître Olivier Angotti de Jeantet et associés (AARPI), avocat inscrit au barreau de Paris, à l'encontre d'un jugement rendu par le tribunal de grande instance de Nanterre ;

Que la postulation consiste à assurer la représentation obligatoire d'une partie devant une juridiction ; qu'un avocat ne postule pas lorsqu'il représente une partie dans une procédure où la représentation n'est pas obligatoire ;

Que devant la cour, le bénéfice de l'exception au principe de territorialité de la postulation est subordonné au fait que l'avocat ait représenté une partie en première instance, dans une procédure pour laquelle la représentation était obligatoire ; que tel n'est pas le cas en ce qui concerne la procédure diligentée devant le tribunal de grande instance de Nanterre ayant abouti au jugement entrepris, devant lequel la procédure conduite en matière fiscale sur le fondement des dispositions de l'article R 202-2 du livre des procédures fiscales, a eu lieu sans représentation obligatoire par avocat ; qu'il n'y a pas eu d'acte de postulation accompli par l'avocat représentant M. Bracco et Mme Lucand devant cette juridiction ; qu'il en résulte que la dérogation énoncée ci-dessus ne peut, en l'espèce, trouver application, les conditions n'en étant pas remplies ».

III. 2 Le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 pris en application de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 :

Le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail a été pris pour l'application de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (articles 258, 259 et 267).

On notera qu'à aucun moment dans sa partie consacrée à la justice prud'homale l'étude d'impact accompagnant le projet de loi ne fait une quelconque référence aux dispositions relatives à la postulation comme elle ne fait pas référence à la représentation obligatoire si ce n'est sous l'angle des défenseurs syndicaux (*le statut du défenseur syndical : 3.2.3 du Chapitre II - Droit du travail Section 1 - Justice prud'homale*). Très clairement, les deux champs de réforme introduits par le projet de loi du gouvernement ne sont reliés entre eux d'aucune façon. Un tel lien aurait pu être fait sans mettre en cause le partage loi/règlement.

On rappellera d'abord que devant le conseil de prud'hommes en application de l'article R. 1453-1 du code du travail tel que résultant de la réforme de la justice prud'homale issue des textes susvisés, les parties se défendent elles-mêmes et ont la faculté de se faire assister ou représenter dans les conditions fixées par l'article R. 1453-2 qui précise en son premier alinéa que «*Les personnes habilitées à assister ou à représenter les parties sont : / 1° Les salariés ou les employeurs appartenant à la même branche d'activité ; / 2° Les défenseurs syndicaux ; / 3° Le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin ; 4° Les avocats [...]»*.

Le rapport précité sur «*L'avenir des juridictions du travail*» dans sa proposition n° 39, suggérerait de rendre obligatoire devant la cour d'appel la représentation par avocat ou par défenseur syndical ; il indique à cet égard :

«Rendre obligatoire en appel la représentation des parties - celle-ci correspond à la réalité (90 % des procédures environ) ;

- elle pourrait permettre de mettre en place la procédure RPVA.

Certes, le principe en appel pour les procédures avec représentation obligatoire, est celui du monopole des avocats, eux seuls ayant au surplus accès au RPVA.

Toutefois, une exception devrait être prévue au profit des défenseurs syndicaux, présents historiquement dans les procédures de droit du travail. Il est vrai, au vu des statistiques, que leurs interventions ont tendance à se restreindre, spécialement devant les cours d'appel, mais ils continuent à constituer, tant pour les justiciables que pour les juges, un recours apprécié et compétent. Il n'y a aucune raison de les exclure par conséquent du système, même si la représentation obligatoire est instituée en appel.».

Selon la circulaire du 27 mai 2016 de présentation du décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la procédure prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail du garde des sceaux, ministre de la justice (NOR : JUSC1614424C) : *« Afin de donner aux cours d'appel les moyens de traiter efficacement le contentieux prud'homal, le décret prévoit que les appels interjetés à compter du 1er août 2016 relèveront de la procédure écrite. L'objectif est ici d'améliorer les délais de traitement par une mise en état dynamique et systématisée. La représentation est rendue obligatoire mais la spécificité prud'homale, consacrée par le législateur, permet aux parties d'être représentées par un avocat ou un défenseur syndical. La communication s'effectuera par voie électronique uniquement entre parties représentées par un avocat.».*

Ce texte pourrait être considéré comme une "disposition contraire" au sens de l'article 899 du code de procédure civile qui dispose que *« les parties sont tenues, sauf dispositions contraires, de constituer avocat »*. C'est d'ailleurs sur cette base que le ministère de la justice a fait diffuser une dépêche du 5 juillet 2016⁹ qui précise que le droit de 225 euros prévu par l'article 1635 bis P du code général des impôts lorsque la constitution d'avocat est obligatoire devant la cour d'appel *« n'est pas exigible pour les appels formés en matière prud'homale à compter du 1er août 2016, quel que soit le mode de représentation choisi, c'est à dire que l'une ou l'ensemble des parties soient représentées par un avocat ou par un défenseur syndical »*.

L'article L. 1453-4 du code du travail modifié par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 - art. 258 (V) dispose :

« Un défenseur syndical exerce des fonctions d'assistance ou de représentation devant les conseils de prud'hommes et les cours d'appel en matière prud'homale. / Il est inscrit sur une liste arrêtée par l'autorité administrative sur proposition des organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel, national et multiprofessionnel ou dans au moins une branche, dans des conditions définies par décret. ».

L'article 28 du décret modifie l'article R. 1461-1 du code du travail et l'article 29 modifie l'article R. 1461-2 de ce dernier.

Le premier de ces articles dispose : *« Le délai d'appel est d'un mois. / A défaut d'être représentées par la personne mentionnée au 2° de l'article R. 1453-2, les parties sont tenues de constituer avocat. / Les actes de cette procédure d'appel qui sont mis à la charge de l'avocat*

⁹ BDC 201610029916/137

sont valablement accomplis par la personne mentionnée au 2° de l'article R. 1453-2. De même, ceux destinés à l'avocat sont valablement accomplis auprès de la personne précitée».

L'article R. 1461-2 du code du travail est désormais ainsi rédigé : *«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.»*

S'agissant de la "détermination" des défenseurs syndicaux, le décret n° 2016-975 du 18 juillet 2016 relatif aux modalités d'établissement de listes, à l'exercice et à la formation des défenseurs syndicaux intervenant en matière prud'homale a, notamment, inséré les dispositions suivantes dans le code du travail desquelles ressort leur champ de compétence territoriale :

Art. D. 1453-2-1 : «La liste des défenseurs syndicaux mentionnée à l'article L. 1453-4 est établie par le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, sur proposition des organisations d'employeurs et de salariés mentionnées au même article. Ces dernières désignent des défenseurs syndicaux au niveau régional en fonction de leur expérience des relations professionnelles et de leurs connaissances du droit social. / Les défenseurs syndicaux exercent leurs fonctions à titre gratuit. / Ils sont inscrits sur la liste de la région de leur domicile ou du lieu d'exercice de leur activité professionnelle.».

Art. D. 1453-2-3 : «La liste des défenseurs syndicaux mentionnée à l'article L. 1453-4 est arrêtée dans chaque région par le préfet de région et publiée au recueil des actes administratifs de la préfecture de région. / La liste comporte notamment les nom, prénom, profession du défenseur, le nom de l'organisation syndicale ou professionnelle qui le propose et, au choix de cette organisation, les coordonnées de l'organisation ou celles des intéressés. / Elle est tenue à la disposition du public à la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, dans chaque conseil de prud'hommes et dans les cours d'appel de la région. ».

Art. D. 1453-2-4 : «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.».

Selon l'article R. 1461-2 : *« 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 ».*

L'appel en matière prud'homale relevant désormais de la procédure avec représentation obligatoire, il pourra être recouru aussi bien à la procédure ordinaire (articles 901 à 916 du code de procédure civile) qu'à la procédure à jour fixe (articles 917 à 925). L'appel par requête conjointe est également possible (articles 926 à 930).

Des aménagements sont prévus en ce qui concerne le recours à la communication électronique : dans ses rapports avec l'autre partie ou avec le greffe, le défenseur

syndical est dispensé d'avoir recours à la communication électronique prévue par l'article 930-1 du code de procédure civile qui dispose qu'« à peine d'irrecevabilité, relevée d'office, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique ».

En effet, l'article 930-2 créé par le décret prévoit que « Les dispositions de l'article 930-1 ne sont pas applicables au défenseur syndical. Les actes de procédure effectués par le défenseur syndical peuvent être établis sur support papier et remis au greffe. Dans ce cas, la déclaration d'appel est remise au greffe en autant d'exemplaires qu'il y a de parties destinataires, plus deux. La remise est constatée par la mention de sa date et le visa du greffier sur chaque exemplaire, dont l'un est immédiatement restitué ».

L'avocat qui a pour contradicteur un défenseur syndical devra désormais avoir recours à la voie électronique dans les conditions prévues à l'article 930-1 précité, en ce qui concerne les actes de procédure remis à la juridiction. En revanche, le défenseur syndical n'ayant pas accès au RPVA, les actes qui lui sont destinés devront avoir lieu par voie de notification.¹⁰

Le décret du 20 mai 2016 implique donc l'application des règles de procédure relatives à la représentation obligatoire devant la cour d'appel, mais il ne réserve pas le monopole de la représentation aux avocats et pose par ailleurs des règles particulières qui dérogent aux règles de droit commun de la procédure avec représentation obligatoire devant la cour d'appel.

Le décret du 20 mai 2016 a fait l'objet de plusieurs recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. D'abord d'une requête en annulation pour excès de pouvoir intéressant la procédure en Alsace-Moselle (cf infra III.4.2). Ensuite, le Conseil national des barreaux a formé une requête tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du décret, demandant de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions du 19° au 21° du I et du II de l'article 258 de la loi du 6 août 2015. Cette question a été renvoyée au Conseil constitutionnel par arrêt du 18 janvier 2017 (n° 401742). Le moyen tiré de ce que le législateur aurait méconnu le principe d'égalité des justiciables devant la loi en se bornant à prévoir une obligation de discrétion du défenseur syndical à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par la personne qu'il assiste ou représente alors que, en vertu de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, l'ensemble des échanges et correspondances entre l'avocat et le client qu'il assiste ou représente devant le conseil de prud'hommes et la cour d'appel en matière prud'homale est couvert, dans l'intérêt même du justiciable, par le secret professionnel, a en effet été considéré comme soulevant une question présentant un caractère sérieux.

Le Conseil constitutionnel a statué le 7 avril 2017 (décision n° 2017-623 QPC) sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui a été ainsi soumise.

¹⁰ Ministère de la justice Intranet, l'appel en matière prud'homale, 31/05/2016

Il a retenu que sont assurées aux parties, qu'elles soient représentées par un avocat ou par un défenseur syndical, des garanties équivalentes quant au respect des droits de la défense et de l'équilibre des droits des parties. Ainsi, en dépit des différences statutaires entre avocats et défenseurs syndicaux, le législateur avait prévu des garanties équivalentes en faveur des justiciables se faisant représenter ou assister par un défenseur syndical.

Le Conseil constitutionnel a donc déclaré conformes à la Constitution les deux premiers alinéas de l'article L. 1453-8 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

III.3. La communication électronique dans le cadre de la nouvelle procédure d'appel en matière prud'homale :

Il est constant que le décret du 20 mai 2016 ne traite de la communication électronique que sous un angle, celui des défenseurs syndicaux (cf supra article 930-2 dans le code de procédure civile).

Selon M. Croze ¹¹ *«On comprend aisément que pareille exigence (celle de la communication électronique) ne puisse être imposée au défenseur syndical, non pas tant pour des raisons techniques que pour des raisons juridiques de protection du droit d'accès à la justice du salarié représenté et peut être, plus généralement, des libertés individuelles.»*

Selon l'article 930-1 du code de procédure civile (sous-section 4 de la section I relative à la procédure avec représentation obligatoire du sous titre 1er relatif à la procédure devant la formation collégiale du titre VI du code de procédure civile portant sur les dispositions particulières à la cour d'appel) : *« A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique./Lorsqu'un acte ne peut être transmis par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit, il est établi sur support papier et remis au greffe. En ce cas, la déclaration d'appel est remise au greffe en autant d'exemplaires qu'il y a de parties destinataires, plus deux. La remise est constatée par la mention de sa date et le visa du greffier sur chaque exemplaire, dont l'un est immédiatement restitué./Les avis, avertissements ou convocations sont remis aux avocats des parties par voie électronique, sauf impossibilité pour cause étrangère à l'expéditeur./Un arrêté du garde des sceaux définit les modalités des échanges par voie électronique.»*

L'article 1er de l'arrêté du 30 mars 2011 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel dispose qu'il *«s'applique à la communication par voie électronique aux procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel»*. En ses articles 2 et 3, il énumère la déclaration d'appel, l'acte de constitution et les conclusions *« pris en application des articles 901, 903, 908, 909, 910, 911, 960 et 961 »*. *«Cette*

¹¹ *«Appel - La brèche !»* Hervé Croze, Procédures, n°8-9 août 2016, repère 8

énumération, pour longue qu'elle soit, n'est toutefois pas complète. Ainsi, outre la requête en déféré d'une ordonnance du conseiller de la mise en état, l'énumération n'évoque, par exemple, pas l'appel par requête conjointe, ou encore la justification de l'accomplissement de certaines diligences (pour une illustration : 2e civ., 19 févr. 2015, n°14-11.893, non publié : pour la remise par la voie électronique de l'acte de signification de la déclaration d'appel ...autant d'actes qui entrent pourtant dans le champ de l'article 930-1 du code de procédure civile (extraits du rapport de M. de Leiris, conseiller référendaire sous le pourvoi n° 15-28.325, arrêt 2^{ème} Civ , 26 janvier 2017).

Les avocats utilisent le réseau privé virtuel avocat (RPVA) qui est interconnecté avec le réseau privé virtuel du tribunal de grande instance ou de la cour d'appel (RPVJ : réseau privé virtuel justice) par un point de terminaison sécurisé. Chacun accède à son réseau par une interface sécurisée : « e-barreau » pour les avocats, logiciels « ComCi-TGI » et « ComCi-CA » pour les agents du ministère de la justice « chargés du traitement et de l'exploitation des informations recueillies ou expédiées par la voie électronique », soit les magistrats et les greffiers.

Pour utiliser le RPVA, les avocats doivent s'inscrire auprès de leur barreau et demander une clef électronique personnalisée, sécurisée et nominative. Lorsqu'ils s'abonnent à e-barreau, leur ordre procède à une inscription auprès des greffes du tribunal de grande instance et de la cour d'appel.

On voit là que le champ territorial du recours à la communication électronique est directement lié, en toute logique, à l'inscription auprès du barreau dont dépend l'avocat. Comme l'écrit Mme Portmann: *«les avocats ne peuvent avoir accès qu'au RPVA des cours d'appel dans le ressort desquels ils sont inscrits, ce qui pose une difficulté supplémentaire. La circulaire (du 27 juillet 2016) concède que lorsqu'il est impossible pour l'avocat de communiquer électroniquement avec la cour, les actes pourront être transmis sur support papier.»*¹².

Un auteur écrit à cet égard, à propos de la position arrêtée par le ministère de la justice sur le décret qui nous occupe : *«(L'administration) exempte (les avocats) de la communication électronique dès lors qu'elle s'avèrerait impossible au delà du ressort de la cour d'appel de leur inscription.»*¹³.

En effet, la circulaire du 27 juillet 2016 de présentation du décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la procédure prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail est ainsi rédigée en ce qui concerne cette question de la communication électronique : «. ..les règles relatives à la communication électronique s'appliquent aux

¹² Anne Portmann, article précité note 3

¹³ «Etat des lieux des réformes de la justice prud'homale et questions d'actualités» par Alexis Bugada, professeur à l'université Aix-Marseille, centre de droit social, la Semaine Juridique - Social n° 34, 30 août 2016, 1283.

avocats intervenant devant les cours d'appel en matière prud'homale. Ceux-ci devront à peine d'irrecevabilité transmettre par cette voie les actes de la procédure à la juridiction. Il sera néanmoins rappelé qu'en cas d'impossibilité de communication électronique avec le greffe, les dispositions de l'article 930-1 du code de procédure civile permettent aux avocats de transmettre leurs actes de procédure à la juridiction sur support papier. Il appartiendra dans ces conditions aux greffes de viser les actes transmis et d'indiquer leur date de réception, situation qui par hypothèse ne pourra pas concerner les avocats du ressort de la cour.»

En application de l'article 930-1 du code de procédure civile, alinéa 2, en cas d'impossibilité de transmettre un acte par voie électronique, pour une cause étrangère, celui-ci est remis sur support papier. Les conditions matérielles tenant à l'impossibilité de communiquer par la voie électronique sont identiques à celles applicables au titre de l'article 748-7 du code de procédure civile.

Par la notion de cause étrangère, il ne s'agit «pas "de pallier une négligence imputable à l'auteur de l'acte, mais un dysfonctionnement dans le dispositif d'émission, de transmission ou de réception" (Circ. DACS du 31 janv. 2011, de présentation de la réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire). À cet égard, si la cause étrangère renvoie à l'une des conditions du cas de force majeure, elle s'en distingue opportunément, faute de renvoyer à la condition d'imprévisibilité (CROZE, *Contre la communication électronique*, Procédures 2011. Repère 5. - GRAYOT-DIRX, *La cause étrangère et l'usage des nouvelles technologies dans le procès civil*, Procédures 2013. Étude 2, § 14) : en effet, le risque de dysfonctionnement est intrinsèque aux systèmes de la télécommunication, de sorte qu'il incombe simplement à l'utilisateur de la communication électronique, en particulier au professionnel, pour que la cause lui soit étrangère, de se prémunir contre les risques normaux susceptibles d'affecter cette communication, par exemple par l'acquisition de matériel informatique performant, sa mise à niveau et sa maintenance régulière. Par sa ratio legis, l'article 748-7 (et en appel, l'article 930-1) ne peut avoir vocation qu'à régler un retard trouvant son origine dans le processus de communication électronique (en ce sens : JUNILLON et LAFFLY, *Décrets Magendie - Deux ans de jurisprudence*, JCP 2013. Doctr. 249, § 20, citant Lyon, 24 juin 2011, RG n° 11/00141.»)¹⁴

Il est constant que c'est évidemment le dysfonctionnement qui est d'abord visé par la cause étrangère.

Sur la position prise par le ministère de la justice, «il n'est pas certain que la "cause étrangère" puisse être retenue en l'espèce dans la mesure où il aurait suffi pour la partie de se faire représenter par un avocat ayant établi sa résidence professionnelle dans le ressort de la cour d'appel pour que les actes établis par son conseil puissent être transmis par voie électronique».

On peut soutenir qu'en l'état des textes applicables, la communication électronique, indépendamment de la spécificité de traitement que le pouvoir réglementaire a réservé au défenseur syndical et aux échanges avec lui, n'est pas adaptée à une procédure

¹⁴ «Communication électronique», E. de Leiris, Répertoire de procédure civile Dalloz

avec représentation obligatoire pour laquelle la représentation devant les cours d'appel serait ouverte à tout avocat sans postulation.

A cet égard, il résulte des éléments d'information communiqués par le Conseil national des barreaux¹⁵ dans l'avis officiel qu'il a communiqué au parquet général que le ministère de la justice a saisi le Conseil d'Etat de deux projets de décret¹⁶ qui ont en particulier pour objet de modifier les articles 930-1 et 930-2 du code de procédure civile:

Article 930-1 alinéas 1 et 2 nouveaux :

« A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique./Lorsqu'un acte ne peut être transmis par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit, il est remis au greffe selon les moyens définis par un arrêté du garde des sceaux. Lorsqu'elle est établie sur support papier, la déclaration d'appel est remise au greffe en autant d'exemplaires qu'il y a de parties destinataires, plus deux. La remise est constatée par la mention de sa date et le visa du greffier sur chaque exemplaire, dont l'un est immédiatement restitué».

Article 930-2 alinéa 2 nouveau:

« Les actes de procédure effectués par le défenseur syndical peuvent être établis sur support papier et remis au greffe ou lui être adressés par lettre recommandée avec demande d'avis de réception./ La déclaration d'appel est remise ou adressée au greffe en autant d'exemplaires qu'il y a de parties destinataires, plus deux. Le greffe constate la remise par la mention de sa date et le visa du greffier sur chaque exemplaire, dont l'un est immédiatement restitué. Lorsque la déclaration d'appel est faite par voie postale, le greffe enregistre l'acte à sa date et adresse un récépissé par lettre simple.»

Nouvel article 930-3 :

«Les notifications entre un avocat et un défenseur syndical sont effectuées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par voie de signification. ».

III.4 Les thèses en présence sur la question de la postulation :

III.4.1 : La position du garde des sceaux, ministre de la justice :

Elle s'est manifestée à travers différents textes :

¹⁵ Voir point III.4.5

¹⁶ Projet de décret relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile (NOR: JUSC1713810D) et projet de décret portant diverses dispositions procédurales relatives aux juridictions du travail (NOR : JUSC1703751D)

▫ La circulaire du 27 mai 2016 de présentation du décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la procédure prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail NOR : JUSC1614424C publiée au Bulletin officiel du ministère de la justice:

Elle indique : « Afin de donner aux cours d'appel les moyens de traiter efficacement le contentieux prud'homal, le décret prévoit que les appels interjetés à compter du 1er août 2016 relèveront de la procédure écrite. L'objectif est ici d'améliorer les délais de traitement par une mise en état dynamique et systématisée. La représentation est rendue obligatoire mais la spécificité prud'homale, consacrée par le législateur, permet aux parties d'être représentées par un avocat ou un défenseur syndical. La communication s'effectuera par voie électronique uniquement entre parties représentées par un avocat. ».

Cette présentation, au plus près des textes nouveaux, fait apparaître la spécificité incontestable : celle d'une représentation obligatoire par un avocat ou par un défenseur syndical.

▫ La circulaire du 27 juillet 2016 relative au nouveau régime de postulation territoriale et nouvelles modalités de représentation devant les cours d'appel statuant en matière prud'homale à compter du 1er août 2016 NOR : JUSC1632342C publiée au Bulletin officiel du ministère de la justice (on relèvera qu'il est fait état dans son conclusif de "dépêche") :

Cette circulaire du garde des sceaux, ministre de la justice est, d'une certaine façon, au coeur des débats tant elle a entraîné de réactions en particulier et évidemment celles de certains barreaux. Elle est aussi en partie rappelée par les décisions du conseiller de la mise en état ayant saisi la Cour de cassation pour avis, celles-ci reproduisant le passage de ladite circulaire qui fait état de *« l'esprit de la réforme »*.

Son I, consacré au nouveau régime de postulation territoriale n'appelle pas un rappel particulier dans la mesure où il porte sur les règles nouvelles présentées ci-dessus en matière de postulation avec en particulier le rappel du principe nouveau selon lequel la territorialité correspond au ressort de la cour d'appel.

Son II nous intéresse particulièrement en ce qu'il porte sur : *« l'inapplicabilité du régime de postulation territoriale devant les cours d'appel statuant en matière prud'homale »*.

« A – L'exclusion des procédures d'appel en matière prud'homale le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail prévoit en ses articles 29 et 46 que la procédure avec représentation obligatoire est applicable aux appels introduits en matière prud'homale à compter du 1er août 2016.

Néanmoins, ce décret n'a pas pour conséquence de rendre applicables les règles de la postulation.

Tout d'abord, l'appel en matière prud'homale échappe au monopole général d'assistance et de représentation par avocat. Selon l'article L. 1453-4 du code du travail issu du 19° de l'article 258 de la loi du 6 août 2015, « Un défenseur syndical exerce des fonctions d'assistance ou de représentation devant

les conseils de prud'hommes et les cours d'appel en matière prud'homale ». La règle fait ainsi exception au monopole d'assistance et de représentation des avocats prévu à l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971.

En l'absence d'application de ce monopole général, l'article 5 de cette même loi, qui y déroge, n'a pas vocation à s'appliquer. L'article 5 consacre en effet un monopole territorial de représentation (postulation) au sein du monopole général d'assistance et de représentation conféré aux avocats. C'est ainsi que l'alinéa 1er de l'article 5 renvoie à l'article 4.

En outre, selon les termes mêmes de l'alinéa 2 de l'article 5 dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015, cette dérogation ne visait que les « activités antérieurement dévolues au ministère d'avocat obligatoire des avoués près (...) les cours d'appels », soit la postulation. Or, les avoués n'ont jamais eu de monopole de la représentation en matière d'appel prud'homal. La nouvelle rédaction de l'article 5 issue de la loi du 6 août 2015, qui emploie le terme « postuler » pour désigner le contenu du monopole territorial conféré aux avocats, n'a pu avoir pour objet d'inclure dans ce monopole des activités qui n'y entraient pas antérieurement.

En effet, l'esprit de la réforme issue de la loi du 6 août 2015 et de ses décrets d'application va dans le sens de l'exclusion de la postulation devant les cours d'appel en matière prud'homale. Elle s'oriente ainsi vers une disparition des monopoles dans un but d'ouverture et de simplification des secteurs économiques et non vers leur extension. C'est dans ces conditions que de nombreux rapports à l'origine de cette réforme (rapport Darrois sur les professions du droit, mars 2009 ; rapport de l'Inspection générale des Finances, n° 2012-M-057-03 sur les professions réglementées ; rapport issu de la mission parlementaire confiée à M. Richard FERRAND, Professions réglementées : pour une nouvelle jeunesse, novembre 2014) ont préconisé d'élargir le champ territorial du monopole de la postulation voire de le supprimer. Le législateur a choisi l'élargissement ainsi qu'il résulte de l'article 51 de la loi précitée sans qu'il puisse en être déduit, ainsi qu'il vient d'être dit, qu'il souhaitait y inclure de nouvelles procédures qui ne s'y trouvaient pas antérieurement soumises.

Enfin, la procédure instituée par le décret du 20 mai 2016 ne constitue pas une simple extension du champ de la procédure avec représentation obligatoire mais instaure une procédure spécifique de représentation obligatoire propre à la matière prud'homale. En effet, il adapte les règles de la représentation obligatoire par avocat pour permettre aussi une représentation obligatoire par un défenseur syndical. Ainsi les règles relatives à la communication électronique ne s'appliquent qu'à l'avocat et le défenseur syndical en est dispensé par l'article 930-2 du code de procédure civile issu de l'article 30 du décret du 20 mai 2016 précité.

En conséquence, la représentation devant les cours d'appel statuant en matière prud'homale demeure ouverte à partir du premier août prochain à tout avocat, sans postulation.»

III.4.2 L'arrêt du Conseil d'Etat du 21 octobre 2016 (n° 401741, M. Welsch et autres):

Des avocats au barreau de Strasbourg exerçant dans les matières du droit du travail et du droit de la sécurité sociale devant les juridictions prud'homales avaient saisi le Conseil d'Etat d'une demande d'annulation pour excès de pouvoir des articles 28, 29 et 30 du décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 ; ils soutenaient que ce décret aurait pour effet de rendre applicables les règles de la postulation qui résultent de l'article 5 de la loi de 1971 et en déduisaient qu'à compter du 1^{er} août 2016, ils ne pouvaient plus intervenir devant les cours d'appel de Colmar et de Metz et demandaient en conséquence l'annulation des articles précités.

En application de l'article 80 de la loi du 31 décembre 1971, celle-ci est applicable dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, à l'exception du chapitre V de son titre Ier, et sous réserve du maintien des règles de procédure civile et d'organisation judiciaire locales.

En Alsace-Moselle, l'annexion des trois départements de l'Est de 1871 à 1918 et le maintien par les lois du 1er juin 1924 de dispositions de droit local, confèrent aux avocats alsaciens, mosellans des spécificités par rapport à leurs confrères des autres départements. En effet, l'article 8 de la loi du 20 février 1922 sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau en Alsace Lorraine toujours en vigueur a instauré un régime spécifique de postulation : devant les cours d'appel de Colmar et de Metz, le droit de représentation et de postulation appartient ainsi aux avocats du barreau de la ville où siège la cour et inscrits au tableau particulier des avocats de cette cour. Ce régime était destiné à suppléer l'absence d'avoués. Leurs fonctions, avant la suppression des avoués près les cours d'appel par la loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011, étaient ainsi assurées devant les cours d'appel de Metz et de Colmar par des avocats postulant à la cour. La suppression des avoués près les cours d'appel n'a évidemment pas modifié ce régime spécifique.

La question se posait de savoir si l'avocat visé par les nouveaux textes du code du travail peut être à hauteur d'appel un avocat inscrit au barreau d'un tribunal de grande instance du ressort de la cour d'appel et notamment l'avocat ayant représenté la partie devant le conseil de prud'hommes ou s'il doit s'agir d'un avocat admis à postuler devant la cour d'appel de Colmar ou de Metz.

Sur cette question, la circulaire du 27 juillet 2016 précitée retient que le décret du 20 mai 2016 n'a pas pour conséquence de rendre applicables les règles de la postulation devant les cours d'appel de Colmar et de Metz statuant en matière prud'homale.

Le Conseil d'Etat pour rejeter la requête retient que : *« les articles 28, 29 et 30 du décret attaqué ont pour objet, à compter du 1er août 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. »*.

Le rapporteur public précisait dans ses conclusions qu'il était *« convaincu que le décret attaqué crée bien une procédure spécifique de représentation obligatoire propre à la matière prud'homale, sans avoir pour objet ni pour effet d'étendre l'application des règles de la postulation, et donc de la soumettre au deuxième alinéa de l'article 5 de la loi de 1971. »*.

L'arrêt du Conseil d'Etat s'inscrit dans la ligne de la position défendue par le ministère de la justice ainsi que par la commission de droit privé de la Commission du droit local

d'Alsace Moselle présidée par M. Weber, président de chambre honoraire à la Cour de cassation, lors de sa réunion du 21 juin 2016 et adoptée en séance plénière le 8 juillet 2016 sous la présidence de M. le sénateur Bigot.

III. 4 3. La position des intervenants à la demande d'avis (*résumé*) :

III.4.3.1 : Dans la demande d'avis T 1770004 :

Aucune observation n'a été formulée par les parties à l'instance d'appel devant la Cour de cassation. Devant la cour d'appel, Mme Brisebourg, dans ses conclusions d'incident aux fins de caducité et de nullité de la déclaration d'appel, soutient que rien n'empêcherait d'appliquer le principe de territorialité dès lors qu'un avocat postule devant une juridiction, une entorse au monopole de représentation des avocats ne pouvant aboutir à mettre de côté le principe de territorialité. Il importerait peu que les avoués n'aient jamais eu le monopole de la représentation en matière prud'homale.

Mme Belaatik, défenderesse à l'incident, fait valoir qu'en rendant la représentation obligatoire devant la cour d'appel en matière prud'homale, la loi n'a pas posé de limite territoriale à la représentation par avocat, une procédure spécifique de représentation ayant été organisée. Elle rejoint la position arrêtée par la chancellerie.

III.4.3.2 Dans la demande d'avis U 1770005 :

□ Devant le conseiller de la mise en état, la société soutient la nullité de l'acte d'appel formalisé par Me Dadi, avocat inscrit au barreau de Paris.

□ Dans leurs productions devant la Cour de cassation, M. [REDACTED], le syndicat des avocats de France et l'ordre des avocats du barreau des Hauts-de-Seine font valoir que la postulation n'est pas toute représentation et qu'il n'y a postulation que si la représentation par avocat est obligatoire, ce qui aurait été clairement et récemment jugé par l'arrêt de la 2^{ème} chambre civile du 28 janvier 2016 pourvoi n°14-29185 ci-dessus évoqué. 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 dès lors pas applicables.

La volonté du législateur et l'objet de la réforme seraient par ailleurs sans ambiguïté: le décret n°2016-660 du 20 mai 2016 s'inscrirait 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 croissance et activité prévoyait 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.

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 1971 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 par une telle obligation.

Ils ajoutent que l'économie des textes confirme leur analyse dans la mesure où l'article 5 alinéa 2 de la loi de 1971 prévoit une réserve 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, ceci 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 (cf dispositions susvisées du code du travail).

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.

□ L'Ordre des avocats au barreau de Paris :

Il précise qu'en raison de l'incertitude juridique créée par la réforme de la procédure prud'homale en appel au regard des règles de postulation et du risque de mise en jeu de la responsabilité de ses membres, il s'est constitué sur cette demande d'avis et vient présenter ses observations.

Il fait valoir que l'arrêt (Civ. 2ème, 28 janvier 2016, pourvoi n°14-29185), dont il ressort que le recours à un postulant n'est pas obligatoire si la représentation ne l'est pas, pourrait laisser à penser qu'il l'est dans le cas contraire. Il présente ensuite un ensemble d'arguments en faveur de la postulation en matière prud'homale puis un ensemble en sa défaveur. S'agissant du premier : rien ne semble s'opposer à ce que s'appliquent les règles communes de la postulation de l'article 5 de la loi 71-1130 du 31 décembre 1971-La postulation permet une harmonisation des règles des procédures d'appel - Un avocat ne peut communiquer via le réseau RPVA (Réseau Privé Virtuel des Avocats) qu'auprès de la cour dont dépend son barreau, hors exception des barreaux limitrophes à celui de Paris - Le défenseur syndical est lui-même soumis à un principe de territorialité, sauf exception. S'agissant du second : La postulation génère un coût pour le justiciable, ce qui constitue un obstacle financier risquant de remettre en cause l'accès au droit des salariés les plus démunis alors qu'ils sont déjà dans un

rapport de force avec leur employeur.- Elle introduit une inégalité entre les cabinets d'avocats dans la gestion procédurale et économique du tarif lié à la postulation. Elle favorise les cabinets de grande taille qui disposent de plusieurs entités sur le territoire national.- La dématérialisation des procédures, la création du réseau RPVA et son extension, devraient aboutir à terme à la disparition de la postulation dans toutes les matières. - Le défenseur syndical n'est pas soumis au principe de territorialité devant la cour d'appel s'il a déjà assisté ou représenté la partie en première instance. L'article 1635 bis P du code général des impôts qui prévoit le règlement d'un montant de 225 euros dû par les parties à l'instance d'appel lorsque la constitution d'avocat est obligatoire ne s'applique pas aux parties à l'instance d'appel devant la chambre sociale puisque la constitution d'avocat n'est pas obligatoire - L'arrêt du Conseil d'Etat ci-dessus présenté.

En l'état de *«textes pour le moins ambigus, l'Ordre des avocats au barreau de Paris invite la Cour de cassation à rendre son avis sur la question afin de mettre rapidement un terme aux difficultés procédurales rencontrées par ses membres»*.

III. 4. 4 Autres positions :

Certains auteurs et avocats estiment qu'en application de l'article 5 de la loi du 31 décembre 1971, même en matière sociale, les règles de la postulation ont vocation à s'appliquer, peu important que la représentation devant les cours d'appel statuant en matière sociale ne relève pas exclusivement des avocats.

On renverra à cet égard à l'article intitulé *«Les couacs de la réforme de la postulation territoriale»*.¹⁷ À l'article rédigé par Christian Laporte ¹⁸: *«Tout a commencé par la loi Macron ouvrant une nouvelle brèche dans le monopole d'assistance et de représentation des avocats définis à l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971 en ce qu'elle a créé l'article L. 1453-4 du code du travail précisant que le défenseur syndical "exerce des fonctions... de représentation devant les cours d'appel...; en matière prud'homale." Or, force est de constater que les textes du code de procédure civile régissant la procédure avec représentation obligatoire dans la procédure contentieuse devant la formation collégiale de la cour d'appel, désormais applicable devant la chambre sociale, soit en pratique les articles 900 à 930, ont été conçus exclusivement pour les avocats. [...] On a toujours considéré comme complètement liées la notion de représentation obligatoire par avocat constitué et les règles de la postulation édictées par l'article 5 de la loi du 31 décembre 1971....»*.

¹⁷ Voir supra note 2

¹⁸ *«Mais où va la procédure avec représentation obligatoire devant la cour d'appel?»*
Procédures, n° 11 novembre 2016, alerte 38

Selon M. Laffly¹⁹ «dès lors que l'appel sera instruit selon les règles de la représentation obligatoire, l'appel, la constitution et la notification des conclusions devront nécessairement répondre aux règles de la postulation en vigueur. Si un avocat plaident, hors le ressort de la cour d'appel, pourra bien évidemment intervenir, l'avocat postulant devra donc être inscrit dans le ressort de la cour d'appel auprès de laquelle l'appel est formé.».

III.4.5 La position du Conseil national des barreaux :

Le parquet général a saisi le Conseil national des barreaux (CNB) qui a officiellement fait connaître sa position sur le sujet qui nous occupe.

Selon le CNB, «Il apparaît..., à l'analyse, que la postulation correspond à une représentation rendue obligatoire par les textes. Elle est, en outre, exclusivement réservée aux avocats. Or la procédure d'appel en matière prud'homale prévoit la possibilité d'une représentation assurée par le défenseur syndical. Il est alors permis d'en conclure que la représentation prévue dans cette procédure spécifique constitue un cas particulier qui ne correspond pas à la postulation proprement dite. Par ailleurs, des évolutions techniques sont attendues pour permettre d'ouvrir la communication électronique au niveau national pour l'accomplissement des actes de procédure devant l'ensemble des chambres sociales des cours d'appel.» Il fait valoir que la représentation mise en place par les nouvelles dispositions ne correspond pas, à proprement parler, à la postulation mais relève d'une procédure inédite et spécifique. La circulaire du 5 juillet 2016 (C3/12.201G/1.5.1/GM/RMB) a écarté le paiement du droit de timbre au motif que la procédure laisse le choix entre deux modes de représentation, ce qui ne permet pas de voir la constitution d'avocat comme obligatoire au sens de l'article 899 du code de procédure civile et donc de l'article 1635 bis P du Code général des impôts. La même analyse conduit également, fort logiquement, à écarter la qualification de postulation en l'espèce et à voir dans l'alternative proposée un mode de représentation spécifique irréductible à la postulation.

Une partie de la production du CNB est consacrée aux évolutions techniques attendues. Il en ressort, d'une part, que ce dernier a engagé des discussions avec le secrétariat général du ministère de la justice de manière à développer des solutions techniques permettant d'ouvrir la communication électronique au niveau national pour l'accomplissement des actes de procédure devant l'ensemble des chambres sociales des cours d'appel, d'autre part, que des projets de décret ont été transmis au Conseil d'Etat²⁰ qui visent, en attente de l'évolution des paramétrages du RPVA et du RPVJ, à mettre en place des modes alternatifs de remise des actes qui ne soient pas limités au support papier.

¹⁹ «La réforme de la procédure devant la chambre sociale de la cour d'appel» La Semaine Juridique, Edition Générale n° 28, 11 juillet 2016, 838

²⁰ Voir supra note 15

C'est au regard de l'ensemble de ces éléments qu'il sera répondu aux présentes demandes d'avis.