



**AVIS DE Mme TRASSOUDAIN - VERGER,
AVOCATE GÉNÉRALE**

Avis n° 15006 du 25 avril 2024 (B) – Deuxième chambre civile

Demande d'avis n°23-70.020 du 20 décembre 2023

**Demandeur à l'avis : le juge de l'exécution - TJ de Chalon sur
Saône**

La Cour de cassation est saisie de la question suivante, transmise, pour avis:

« Lorsque le juge de l'exécution est saisi sur le fondement de l'article R. 121-23 du code des procédures civiles d'exécution, et dans le cas où la créance prétendue excède 10.000 €, la référence par le texte sus-énoncé au commissaire de justice, qui a une compétence nationale en vertu de l'article 2 I alinéa 2 de l'ordonnance n°2016-725 du 2 juin 2016 relative au statut de commissaire de justice, est-elle de nature à permettre à l'avocat choisi par le requérant d'exercer son ministère devant l'ensemble des juges de l'exécution du territoire national, ou doit-il désigner, si sa résidence professionnelle n'est pas établie dans le ressort de la cour d'appel du juge de l'exécution saisi, un avocat postulant qui remplira la condition de résidence prévue à l'article 5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certains professions judiciaires ou juridiques ? »

Le contexte de la demande d'avis

La question est posée par le juge de l'exécution du tribunal judiciaire de Chalon-sur-Saône dans une décision de justice, à la suite d'une requête déposée par Maître Cazelle, avocate de la société Compagnie européenne de garanties et de cautions (la CEGC) sollicitant l'autorisation de pratiquer une inscription d'hypothèque judiciaire provisoire sur un bien immobilier financé par un prêt accordé aux époux [E], dont la société s'était portée caution pour sûreté et conservation d'une créance évaluée à 96 000€.

Le juge de l'exécution a informé la CEGC, dont l'avocate, inscrite au barreau de Senlis, intervenait devant lui sans respecter les règles de la postulation, le parquet ainsi que les époux [E] - en dépit du caractère non contradictoire de la procédure sur requête - de ce qu'il entendait saisir la Cour de cassation pour avis.

Le parquet a fait observer que lorsque le mandataire a la qualité d'avocat, les dispositions relatives à la postulation doivent s'appliquer. Les observations de l'avocat des époux [E] vont dans le même sens.

La CEGC a considéré en revanche que la postulation ne s'impose que lorsque la représentation par avocat est obligatoire et exclusive de tout autre représentation.

I - Sur la recevabilité de la demande d'avis

A) Recevabilité au regard des règles de forme

Les conditions exigées en matière de forme sont remplies.

La question commande l'issue du litige car la réponse aura incidence sur la recevabilité de la requête, la résidence professionnelle de l'avocate l'ayant déposée étant située hors du ressort de la cour d'appel de Dijon dont dépend le tribunal judiciaire de Chalon-sur-Saône.

L'irrecevabilité tenant à la méconnaissance des règles de la postulation constitue un défaut de capacité de la personne assurant la représentation en justice, irrégularité de fond affectant la validité de l'acte au sens de l'article 117 du code de procédure civile¹.

B) Recevabilité au regard des règles de fond

L'article L.441-1 du code de l'organisation judiciaire pose quatre conditions cumulatives à la recevabilité d'une demande d'avis : la question doit être une

¹ Civ.2, 9 janvier 1991, Civ.2, 24 février 2005.

question de droit, nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

a) La question posée est-elle une question de droit ?

La question porte sur l'article R. 121-23 du code des procédures civiles d'exécution tel que modifié par le décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile prévoyant la fusion, au sein du tribunal judiciaire créé à compter du 1^{er} janvier 2020, du tribunal de grande instance et du tribunal d'instance.

L'article R.121-23, relatif à la **procédure sur requête** et à ses règles de représentation prévoit que *“Le juge de l'exécution statue par ordonnance sur requête dans les cas spécifiés par la loi ou lorsque les circonstances exigent qu'une mesure urgente ne soit pas prise contradictoirement.*

La requête est remise ou adressée au greffe par le requérant ou par son mandataire désigné conformément aux dispositions des articles L. 121-4 et L. 122-2. [...]

L'article L.121-4² renvoie à l'obligation d'être représenté par un avocat lorsque la demande a pour origine ou tend au paiement d'une somme supérieure à 10 000€ tandis que l'article L.122-2³ renvoie à l'habilitation du commissaire de justice⁴ à saisir, lorsque la loi l'exige, le juge de l'exécution dans les circonstances qu'il précise.

Au delà du seuil de 10.000€, le requérant dispose donc du choix de désigner, en qualité de mandataire, un avocat ou un commissaire de justice pour déposer sa requête.

La question telle que libellée est de savoir si la référence au commissaire de justice et à sa compétence nationale dans le cadre de la saisine sur requête du juge de l'exécution mobilier fait échapper ou non l'avocat aux règles de la postulation.

² Selon l'article L.121-4, *Les parties ont la faculté de se faire assister ou représenter devant le juge de l'exécution selon les règles applicables devant le tribunal judiciaire dans les matières ou le ministère d'avocat n'est pas obligatoire devant celui-ci: 1° Lorsque la demande est relative à l'expulsion ; 2° Lorsqu'elle a pour origine une créance ou tend au paiement d'une somme qui n'excède pas un montant déterminé par décret en Conseil d'Etat [article R.121-6 du CPCE: 10 000 euros].*

³ Selon l'article L.122-2, *L'huissier de justice chargé de l'exécution a la responsabilité de la conduite des opérations d'exécution. Il est habilité, lorsque la loi l'exige, à demander au juge de l'exécution ou au ministère public de donner les autorisations ou de prescrire les mesures nécessaires.*

⁴ Dénomination de l'huissier de justice depuis début 2022, selon l'article. 23 IX de l'Ordonnance n° 2016-728 du 2 juin 2016 relative au statut de commissaire de justice.

Il s'agit d'une question de droit, non tributaire d'éléments de fait.

b) La question est-elle nouvelle ?

La question concerne un texte d'application récente.

Il n'a pas été identifié de pourvoi en cassation en cours sur cette question.

c) La question est-elle susceptible de se poser dans de nombreux litiges?

La réponse est à l'évidence positive en considération du nombre de requêtes portant sur des demandes supérieures à 10.000€ déposées devant le juge de l'exécution.

Toutefois, en trois ans d'application, il n'a été identifié que sept décisions de juridictions du fond, dont six allant dans le même sens, à savoir l'exclusion des règles de la postulation. Ce chiffre doit toutefois être relativisé, dans la mesure où la publication des décisions des juridictions du fond n'est pas, à ce jour, exhaustive.

Un juge de l'exécution du tribunal judiciaire de Paris, saisi d'une demande en rétractation d'une ordonnance sur requête ayant fait droit à une demande d'autorisation de pratiquer une saisie conservatoire a jugé⁵ que la procédure échappe aux règles de la postulation dans la mesure où lorsque le requérant doit être représenté, son représentant n'est pas exclusivement avocat.

La cour d'appel de Dijon a très récemment décidé, dans cinq affaires identiques⁶, que la règle de la postulation ne s'applique que dans les hypothèses où une partie doit être représentée et ne peut l'être que par un avocat.

Ce faisant, elle a infirmé cinq ordonnances du juge de l'exécution du tribunal judiciaire de Chalon-sur-Saône, à l'origine de la présente demande d'avis ayant déclaré irrecevables cinq requêtes déposées par la même avocate au motif que celle-ci était domiciliée professionnellement au barreau de Senlis.

La septième décision émane de ce même juge qui a procédé, compte tenu de la demande d'avis, à une disjonction d'instance afin d'assurer l'effectivité du droit de recours du créancier⁷. Par ordonnance du 15 décembre 2023, il a déclaré irrecevable la requête pour avoir été "*soutenue par un avocat qui n'a pas fait le choix d'un avocat postulant alors qu'il n'a pas sa résidence établie sur le ressort de la cour d'appel de Dijon*".

⁵ TJ Jex Paris, 23 novembre 2020, RG n°20/81216.

⁶ Cour d'appel de Dijon, 6 juin 2023, RG n° 22/01596, 22/01598, 22/01599, 22/01600 et 20 juin 2023, RG n° 22/01597 (base JURICA).

⁷ Application de l'article 1031-1 alinéa 3 du CPC : *La saisine pour avis ne fait pas obstacle à ce que le juge ordonne des mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires.*

d) La question présente-t-elle une difficulté sérieuse ?

Les développements ci-dessous le laissent penser.

II - Examen au fond de la demande d'avis

A- Le contexte législatif et la position de la Cour de cassation

La loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et son décret d'application ont modifié l'équilibre initial de la procédure d'exécution conçue comme devant être simple, rapide et donc dépouillée de formalisme, en lui étendant la représentation obligatoire. Cette extension a été présentée, dans l'exposé des motifs du projet de loi, comme un gage d'efficacité et de qualité de la justice rendue en matière civile, compte tenu du caractère très technique du contentieux de l'exécution.

Applicable aux affaires introduites depuis le 1^{er} janvier 2020⁸, l'article L.121-4 du CPCE a posé le **principe de la représentation obligatoire devant le juge de l'exécution**, celle-ci ne demeurant facultative que par exception, dans des cas énumérés limitativement.

En matière de procédure sur requête qui nous intéresse ici, l'article R.121-23 prévoyait dans sa version antérieure à 2020, la possibilité d'un dépôt **par le requérant ou tout mandataire**.

L'expression "tout mandataire" incluait l'avocat ainsi que l'huissier de justice, celui-ci étant habilité à saisir le JEX par voie de requête par les articles L.122-2 et R.121-24.

La question de la postulation ne se posait pas car le JEX, bien qu'appartenant au tribunal de grande instance devant lequel celle-ci s'appliquait⁹, était saisi selon la procédure applicable au tribunal d'instance¹⁰ devant lequel la représentation n'était pas obligatoire.

La postulation, liée au monopole de représentation de l'avocat, n'a en effet lieu de s'appliquer que lorsqu'il y a représentation obligatoire des parties par un avocat.

⁸ Articles 109 de la LPJ et 55 du décret du 11 décembre 2019.

⁹ Article 5 de la loi du 31 décembre 1971.

¹⁰ Article L.121-4 du CPCE alors applicable.

Depuis la création du tribunal judiciaire dont fait partie le juge de l'exécution¹¹, la procédure applicable devant cette juridiction est désormais applicable devant lui : la représentation est obligatoire, sauf exceptions limitativement énumérées.

La rédaction de l'article R.121-23 a donc été modifiée pour prendre en compte cette nouvelle donne dans un sens restrictif¹². La question de la postulation se pose désormais car la représentation est obligatoire mais peut se faire soit par avocat, soit par commissaire de justice.

Afin d'accompagner la mise en oeuvre de la réforme et d'en faciliter l'appropriation par les praticiens, la Direction des affaires civiles et du sceaun (DACS) a publié, en février 2020¹³ une fiche relative à "la procédure devant le juge de l'exécution".

La DACS y précise, à propos de la postulation, que, *"sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions, les règles de la postulation ne s'appliquent pas lorsque le JEX est saisi sur requête d'une demande qui a pour origine une créance ou tend au paiement d'une somme supérieure à 10 000 euros dans la mesure où le requérant doit être représenté mais où son représentant n'est pas nécessairement un avocat. Ces règles s'appliquent dans tous les autres cas."*

Elle rappelle que *"les règles de la postulation issues des articles 4 et 5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 n'ont pas été modifiées de sorte qu'elles ont en principe vocation à s'appliquer aux matières qui se sont vues étendre la représentation obligatoire par avocat."*

"Deux procédures doivent être distinguées:

- ***la procédure ordinaire*** : les parties doivent être représentées par un **avocat** lorsque la demande a pour origine une créance ou tend au paiement d'une somme supérieure à 10.000€ (articles L.121-4 et R.121-6 du CPCE).
- ***les ordonnances sur requête*** : les parties doivent être représentées par un **avocat ou par un huissier de justice** lorsque la demande a pour origine une créance ou tend au paiement d'une **somme supérieure à 10.000€.**

La DACS se réfère, pour pointer la similitude de situation, aux avis rendus le 5 mai 2017¹⁴ par la Cour de cassation en matière de justice prud'homale selon

¹¹ Article L.213-5 du code de l'organisation judiciaire.

¹² L'objectif a été d'ôter aux sociétés de recouvrement amiable la possibilité de saisir directement le JEX.

¹³ Documents de synthèse sur la procédure civile applicable au 1^{er} janvier 2020, dont (site internet DACS).

¹⁴ N°17-70.004 et 17-70.005, Bull. 2017, Avis, n°5.

lesquels, **lorsque les parties sont soumises à l'obligation d'être représentées sans être tenues de l'être par un avocat, les règles de la postulation ne s'appliquent pas.**

Alors que la représentation est devenue obligatoire devant les cours d'appel statuant en matière prud'homale¹⁵, les règles de la postulation ne trouvent pas à s'appliquer car les avocats ont perdu leur monopole de représentation, les parties pouvant aussi choisir de faire appel à un défenseur syndical.

La motivation s'appuie sur l'article 5, alinéas 1 et 2 de la loi du 31 décembre 1971¹⁶ qui pose le principe de la **territorialité de la postulation**.

Il en découle que, conjuguées avec les dispositions de l'article 4 de la loi de 1971 qui instaure pour les avocats un monopole des missions d'assistance et de représentation¹⁷, les règles de la postulation ne s'appliquent que lorsque l'avocat est en situation de monopole de représentation.

Dans une circulaire du 27 juillet 2016¹⁸, la DACS analyse l'alinéa 1^{er} de l'article 5 de la loi de 1971 renvoyant à l'article 4 de celle-ci, comme consacrant un monopole territorial de représentation au sein du monopole général d'assistance et de représentation conféré aux avocats.

Lorsque cette situation de monopole disparaît, les règles de la postulation n'ont plus vocation à s'appliquer. Tel est le cas lorsque **la représentation n'est pas obligatoire**.

Dans son avis de 2017, la Cour de cassation dissocie la postulation territoriale de la procédure avec représentation obligatoire devant la cour d'appel, alors que la procédure de représentation obligatoire et la territorialité de cette

¹⁵ Décret n°2016-660 du 20 mai 2016, relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail.

¹⁶ *“les avocats peuvent plaider sans limitation territoriale devant toutes les juridictions et 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, sous réserve des règles relatives à la multipostulation prévue à l'article 5-1 de la même loi.”*

¹⁷ Selon ce texte, *Nul ne peut, s'il est avocat, assister ou représenter les parties, postuler ou plaider devant 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.*

¹⁸ NOR JUSC1632342C, 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 1^{er} août 2016.

représentation sont normalement liées, ce qui a pu surprendre la doctrine¹⁹.

Dans un second avis rendu le 6 mai 2021²⁰, relatif à la possibilité, pour l'Etat et les collectivités locales et leurs établissements publics, de se faire assister par un fonctionnaire ou un agent de leur administration, la Cour de cassation confirme le lien entre limitation territoriale de la postulation et monopole de l'avocat en matière de représentation dans la procédure d'expropriation.

Elle est d'avis que **les règles de la postulation ne s'appliquent pas aux parties devant la juridiction du juge de l'expropriation, juridiction d'attribution distincte du tribunal judiciaire. Si la représentation est obligatoire devant elle, l'Etat, les collectivités locales ont la possibilité de se faire assister par un fonctionnaire ou un agent de leur administration.**

Outre la particularité tenant à la juridiction de l'expropriation, à l'instar de la procédure en matière de contentieux du travail, **devant la juridiction du juge de l'expropriation, les avocats ne sont pas en situation de monopole de représentation.**

Les règles de la postulation s'appliquent en revanche à hauteur d'appel où les parties sans distinction - y compris donc l'Etat et les collectivités territoriales - sont tenues de constituer avocat. Cet avis vient confirmer que c'est bien la situation monopolistique des avocats en matière de représentation qui commande l'application de la postulation.

La perte du monopole de représentation par les avocats en procédure avec représentation obligatoire induit l'absence de territorialité de la représentation.

B - L'application à la procédure sur requête devant le JEX

Afin d'éclairer la Chambre, des consultations ont été demandées auprès de la Direction des affaires civiles et du sceau, de la chambre nationale des commissaires de justice, de la Conférence des bâtonniers, du Conseil national des barreaux et du Bâtonnier de Paris. Les réponses sont annexées au présent avis.

A titre liminaire, il convient de relever que la fiche publiée par la DACS à laquelle il est fait référence ci-dessus est sans valeur normative et qu'elle ne fait que proposer une interprétation des dispositions applicables à la représentation en matière de procédure sur requête devant le JEX, réservant l'appréciation souveraine des juridictions.

¹⁹ Dalloz actualité 10 mai 2017, Corrinne Bléry ; Christian Laporte, Procédures, n°11 novembre 2016, alerte 38.

²⁰ N°21-70.004.

Le libellé de la question conduit à s'interroger sur le cadre d'exercice du commissaire de justice lorsqu'il intervient en application de l'article R.121-23, en particulier sur le champ de sa compétence, nationale ou territoriale d'intervention et l'incidence de celui-ci sur les modalités de représentation.

Il y est posé comme postulat que le commissaire de justice agit dans le cadre de sa compétence nationale en vertu de l'article 2 I alinéa 2 de l'ordonnance n° 2016-725 du 2 juin 2016 relative au statut du commissaire de justice. Ce point n'ayant, à ma connaissance pas été tranché, doit être examiné.

L'article 1^{er} de l'ordonnance de 2016 pose le cadre des compétences matérielles des commissaires de justice avec d'une part, (I) celles qu'ils ont **seuls qualité** à exercer dans les conditions fixées par les lois et les règlements en vigueur, ce qui renvoie à l'exercice de leur monopole, d'autre part, (II) celles qu'ils **peuvent en outre** exercer.

L'article 2 précise le cadre de leur compétence territoriale : (I) *“- Les commissaires de justice exercent leur compétence **dans le ressort de la cour d'appel du siège de l'office** et, le cas échéant, du ou des bureaux annexes attachés à l'office.*

Toutefois la compétence pour les actes prévus au 4° du I et au II de l'article 1^{er}, est nationale.”

La représentation à l'instance par un commissaire de justice aux fins de demander l'autorisation de prendre une mesure conservatoire ne paraît pas relever des compétences du commissaire de justice pouvant être exercées sur l'ensemble du territoire national.

Elle ne peut être comprise dans la formule *“Procéder au recouvrement amiable ou judiciaire de toute créance”* relevant de la compétence nationale du commissaire de justice. La formule *“recouvrement judiciaire”* renvoie à l'hypothèse où le commissaire de justice exerce en tant que mandataire ad litem une action en justice pour obtenir le paiement d'une créance (injonction de payer, référé ou procédure au fond) comme il peut le faire devant le tribunal de commerce en application du 3^{ème} alinéa de l'article 853 du code de procédure civile²¹.

Elle peut être rattachée en revanche à la compétence relevant du I de l'article 1^{er} de l'ordonnance de 2016, consistant à *“Ramener à exécution les décisions de justice ainsi que les actes ou titres en forme exécutoire”* et donc à l'exercice des compétences monopolistiques.

²¹ Cf. en ce sens, les observations adressées par la DACS dans le cadre de sa consultation annexée au présent avis: *“Il faut prendre garde à ne pas entendre trop largement la formule “Procéder au recouvrement amiable ou judiciaire de toutes créances” prévue au II de l'article 1er de l'ordonnance du 2 juin 2016 précitée. Procéder au recouvrement judiciaire d'une créance ne saurait signifier porter en justice toute demande permettant, in fine, d'obtenir le remboursement effectif d'une créance. Cela conduirait à faire entrer dans cette formule la saisie immobilière, qui est une voie d'exécution de nature judiciaire.”*

La compétence territoriale du commissaire de justice agissant dans le cadre de l'article R.121-23 doit en conséquence être considérée comme limitée au ressort de la cour d'appel du siège de son office et, le cas échéant, du ou des bureaux annexes attachés à l'office.

Cette considération de compétence territoriale a-t-elle une incidence sur l'application des règles de la postulation ?

Si l'on se place dans la continuité des avis formulés par la Cour de cassation en 2017 et 2021, l'application de ces règles dépend de l'atteinte portée ou non au monopole de représentation de l'avocat par l'habilitation du commissaire de justice à saisir le juge de l'exécution par voie de requête, ce qu'il convient de rechercher.

Le monopole de représentation de l'avocat étant prévu par une loi, seule une disposition de même niveau peut y porter atteinte²².

Le commissaire de justice bénéficie d'une telle disposition. L'article L.122-2 l'habilite, lorsque la loi l'exige, à demander au juge de l'exécution de donner les autorisations ou de prescrire les mesures nécessaires. Et l'article R. 121-24 en définit les modalités, l'habilitant à saisir celui-ci par voie de requête dans tous les cas où, pour exécuter l'opération dont il est chargé, il doit obtenir son autorisation.

Cette habilitation est limitée au dépôt d'une requête devant le juge de l'exécution dans des circonstances précises, de sorte que son pouvoir de représentation doit s'entendre dans le cadre de ces strictes limites. Hors de celles-ci, l'avocat est en situation de monopole de représentation.

Si l'on reprend le raisonnement de la Cour de cassation dans ses avis de 2017 et 2021, lorsque l'avocat est mandaté pour déposer une requête portant sur une demande dépassant le seuil de 10 000€ devant le juge de l'exécution, il est dans le cadre de la représentation obligatoire mais avec possibilité pour le requérant de n'être pas nécessairement représenté par lui, le requérant pouvant faire le choix d'un commissaire de justice. L'avocat perd ainsi son monopole de représentation, de sorte que les règles de la postulation ne trouvent pas à s'appliquer.

Le critère à prendre en considération étant la situation de monopole de l'avocat, le caractère territorial de la compétence du commissaire de justice est dès lors sans incidence.

La situation en matière de compétence territoriale est comparable à celle dans laquelle se trouvent l'avocat et le commissaire de justice lorsque la représentation n'est pas obligatoire: la postulation ne s'applique pas, alors même

²² Tel est le cas de l'article L.1453-4 du code du travail pour le délégué syndical et de l'article 2, I de la loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 modifié prévoyant la possibilité, pour l'Etat et les collectivités locales de se faire assister ou représenter par un fonctionnaire ou un agent de leur administration.

que le commissaire de justice ne peut agir que dans les limites du ressort territorial de son office.

Conclusion

Lorsque le juge de l'exécution est saisi sur le fondement de l'article R.121-23 du code des procédures civiles d'exécution dans les cas où la demande a pour origine une créance ou tend au paiement d'une somme supérieure à 10.000€, la référence par ce texte à la compétence du commissaire de justice qui est dans ce cas limitée au ressort de la cour d'appel du siège de l'office et, le cas échéant, du ou des bureaux annexes attachés à l'office, est sans incidence sur l'application des règles de la postulation prévues aux articles 5 et 5-1 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiés.

Les articles L.121-4, L.122-2 et R.121-23 du code des procédures civiles d'exécution instaurent une procédure spécifique de représentation obligatoire permettant au requérant d'être représenté par un avocat ou par un commissaire de justice.

L'article L.122-2 habilite le commissaire de justice lorsque la loi l'exige à demander au juge de l'exécution de donner les autorisations ou de prescrire les mesures nécessaires et l'article R.121-24 à le faire par voie de requête dans tous les cas où, pour exécuter l'opération dont il est chargé, il doit obtenir son autorisation.

Dès lors que le requérant est soumis à l'obligation d'être représenté sans être tenu de l'être par un avocat, les règles de la postulation ne s'appliquent pas.