LES PRINCIPES ESSENTIELS DU PROCÈS À L'ÉPREUVE DES RÉFORMES RÉCENTES DU DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ

4èmes Rencontres de procédure civile
Cour de cassation, 6 décembre 2013.

BIBLIOTHÈQUE DE L'INSTITUT DE RECHERCHE JURIDIQUE DE LA SORBONNE-*ANDRÉ TUNC*
TOME 5

LES PRINCIPES ESSENTIELS DU PROCÈS À L'ÉPREUVE DES RÉFORMES RÉCENTES DU DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ

sous la direction de
Laurence FLISE et Emmanuel JEULAND

IRJS ÉDITIONS

© IRJS Éditions, 2014
ISSN : 2107-1691
ISBN : 978-2-919211-

L'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne (IRJS) - *André Tunc* rassemble tous les départements de recherche en droit privé de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Droit privé, Droit du patrimoine, Justice et Procès, Sorbonne-Affaires, Sorbonne-Finances, Droit social, Relations privées internationales) ainsi que trois départements de recherche en droit public (Droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme, Politiques fiscales et financières publiques, Droit public économique).

Les Éditions IRJS assurent la publication d'une partie des ouvrages individuels et collectifs élaborés au sein de ce centre de recherche. Sont annuellement publiées certaines des meilleures thèses soutenues par des membres de l'IRJS, ainsi que les « Annales de la régulation » dont l'ambition est de proposer une présentation raisonnée de l'actualité de ce secteur. Sont également publiés les actes des colloques organisés par un ou plusieurs départements, des ouvrages collectifs issus de contrats de recherche.

Pour la vente directe :
Adresse postale : 12, place du Panthéon 75 231 Paris cedex 05
Siège : 4, rue Valette 75 005 Paris
Contact : irjs-editions@univ-paris1.fr
Boutique en ligne : http : //irjs.univ-paris1.fr
Tél. : 01 44 07 77 82 – Fax. : 01 44 07 78 86

Dans la même collection

Tome 1 Gilles PILLET, *La substitution du contractant à la formation du contrat en droit privé*, préface de Patrice Jourdain, 2004.

Tome 2 Gaëlle DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préface de Loïc Cadiet, 2004.

Tome 3 Olivia AUDIC, *Les fonctions du document en droit privé*, préface de Philippe Delebecque, 2004.

Tome 4 Pierre-Grégoire MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle. Etude sur la qualification juridique des biens*, préface de Philippe Delebecque, 2004.

Tome 5 Olivier DESHAYES, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, préface de Geneviève Viney, 2005.

Tome 6 Thierry REVET (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, 2005.

Tome 7 Marie-Elodie ANCEL (dir.), *Repenser le droit des sûretés mobilières*, 2005.

Tome 8 *Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité,* Liber amicorum, Cyrille David, 2005.

Tome 9 *Annales de la régulation*, volume 1, 2006.

Tome 10 Philippe BRUN et Patrice JOURDAIN (dir.), *Loi Badinter : le bilan de 20 ans d'application*, 2006.

Tome 11 Laurent RICHER (dir.), *Concurrence pour le marché et concurrence sur le marché*, 2007.

Tome 12 Julien GUEZ, *L'interprétation en droit fiscal*, préface de Bernard Castagnède, 2007.

Tome 13 Fabrice DE BOÜARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, préface de Geneviève Viney, 2007.

Tome 14 Florence CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, préface de François Gaudu, 2007.

Tome 15 Béatrice PARANCE, *La possession des biens incorporels*, préface de Laurent Aynès, avant-propos de François Terré, 2008.

Tome 16 Marianne KELLER (dir.), *Procès du travail, travail du procès*, 2008.

Tome 17 Paul LE CANNU (dir.), *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, 2008.

Tome 18 Soraya MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, préface de Paul Le Cannu, 2009.

Tome 19 Thierry REVET et Laurent VIDAL (dir.), *Annales de la régulation*, vol. 2, 2009

Tome 20 Lucie MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préface de Loïc Cadiet, 2009.

Tome 21 Gérard MARCOU, Laurence FOLLIOT-LALLIOT, Daniel I. GORDON, Steven L. SCHOONER, Joshua SCHWARTZ et Christopher YUKINS (dir.), *Le contrôle des marchés publics*, 2009.

Tome 22 Jacqueline MORAND-DEVILLER et Jean-Claude BONICHOT (dir.), Laurent VIDAL (coord. scient.), Marta Torre SCHAUB (collab.), *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*, 2010.

Tome 23 Soraya AMRANI-MEKKI et Augustin BOUJEKA (dir.), *Droit et handicap*, préface de Loïc Cadiet, 2010.

Tome 24 Sophie PELLET, *L'avenant au contrat*, préface de Philippe Stoffel-Munck, 2010.

Tome 25 Loïs RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, préface de Loïc Cadiet, 2010.

Tome 26 Anne-Claire ROUAUD, *Contribution à l'étude de l'opération de marché. Étude de droit des marchés financiers,* préface de Jean-Jacques Daigre, 2010.

Tome 27 Vincent MAZEAUD, *L'obligation de couverture*, préface de Patrice Jourdain, 2010.

Tome 28 Pauline PAILLER, *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, préface de Jean-Jacques Daigre, 2010.

Tome 29 Cyrille CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, préface de Philippe Delebecque, 2011.

Tome 30 Amélie GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit,* préface de Catherine Labrusse-Riou, 2011.

Tome 31 Dirk BAUGARD, *La sanction de requalification en droit du travail*, préface de Gérard Couturier, 2011.

Tome 32 Chrysoula PANOU, *Le consentement à l'arbitrage : étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, préface de Vincent Heuzé, 2011.

Tome 33 Loïc CADIET et Dominique LORIFERNE (dir.), *La réforme de la procédure d'appel et autres questions d'actualité procédurale en matière civile*, 2011.

Tome 34 David MARTEL, *Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes*, préface de Philippe Stoffel-Munck, 2012.

Tome 35 Sarah VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, préface de Thierry Revet, 2012.

Tome 36 *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, avant-propos de Patrice Jourdain, 2012.

Tome 37 Loïc CADIET et Dominique LORIFERNE (dir.), *L'autorité de la chose jugée et autres questions d'actualité procédurale en matière civile,* 2012.

Tome 38 Amandine CAYOL, *Le contrat d'ouvrage*, préface de Thierry Revet, 2013.

Tome 39 Emmanuel JEULAND et Soraya MESSAÏ-BAHRI (dir.), *Les nouveaux rapports de droit*, 2013.

Tome 40 Francis KESSLER et Nicole KERSCHEN (dir.), *L'Assurance Maladie en Alsace-Moselle : des origines à nos jours*, préface de Daniel Lorthiois, préface à la 1ère édition de Hans F. Zacher, 2013.

Tome 41 Konstantinos SERGAKIS, *La transparence des sociétés cotées en droit européen*, préface de Jean-Jacques Daigre, 2013.

Tome 42 Gérard COUTURIER et Jean-François AKANDJI-KOMBÉ (dir.), *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi, Le passage de l'accord à la loi*, 2013.

Tome 43 Etienne PATAUT, Sylvain BOLLÉE, Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, 2013.

Tome 44 Claire QUÉTANT-FINET, *Les présomptions en droit privé,* préface d'Emmanuel Jeuland, 2013.

Tome 45 GRERCA, *La responsabilité du fait des produits défectueux*, 2013.

Tome 46 Valérie PARISOT, *Les conflits internes de lois*, préface de Paul Lagarde, 2013.

Tome 47 Loïc CADIET et Dominique LORIFERNE (dir.), *La pluralité des parties, Actes des 3èmes rencontres de procédure civile*, 2013.

Tome 48 Loïc CADIET (coord. scientifique), *Droit et attractivité économique : le cas OHADA*, Travaux de l'Association pour l'Efficacité du Droit et de la Justice dans l'espace OHADA (AEDJ), 2013.

Tome 49 Sylvie NÉRISSON, *La gestion collective des droits des auteurs en France et en Allemagne : quelle légitimité ?*, préface de Frédéric Pollaud-Dulian, 2013.

Tome 50 Stéphane BUFFA, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, préface de Bernard Castagnède, 2014.

Tome 51 Jean-François AKANDJI-KOMBÉ (dir.), *Égalité et droit social*, 2014.

Tome 52 Loïc CADIET, Serge DAUCHY, Jean-Louis HALPÉRIN (dir.), *Itinéraires d'histoire de la procédure civile*, 2014.

Tome 53 Israa BAZZI, *La commercialisation des produits financiers et la protection de l'investisseur*, préface d'Alain Couret et de Thierry Granier, 2014.

Tome 54 Nathalie MARTIAL-BRAZ et Fabienne TERRYN, *Le silence saisi par le droit privé*, 2014.

Annales de la régulation

Volume 3 André DELION, Laurent VIDAL (dir.), *Annales de la régulation - Les réformes des régulations financières*, 2013.

Dans la collection Éthique et normes de la finance

Tome 1 Hugues MARTIN-SISTERON, *Finance islamique et Financement de projets en France,* préface d'Alain Couret, 2012.

LISTE DES AUTEURS

Ouverture
Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation 1

Accueil.....3

La notion de principes essentiels en droit judiciaire privé
Etienne VERGÈS, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Université de Grenoble, membre de l'Institut universitaire de France 7

I. Les principes essentiels du procès
à l'épreuve de la réforme de la procédure orale

Raison d'être et réformes de la procédure orale
Yves STRICKLER, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis.....35

La mise en œuvre de la réforme devant le tribunal d'instance
Emilie PECQUEUR, vice-présidente chargée du service du Tribunal d'instance d'Arras, présidente de l'Association nationale des juges d'instance (ANJI)..... 49

Dans la procédure devant les tribunaux des affaires de sécurité sociale et la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT)
Gérard POIROTTE, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation 57

Dans la procédure devant les conseils de prud'homme et les chambres sociales des cours d'appel
Alain LACABARATS, président de la chambre sociale de la Cour de cassation..... 69

II. Les principes essentiels du procès à l'épreuve de la réforme d'appel

Propos introductifs
Emmanuel JEULAND, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'École de droit de la Sorbonne-Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), membre du Centre de recherche sur la justice et le procès (IRJS) 77

Le temps et l'appel
Natalie FRICERO, agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis 83

Les modalités de l'appel et la communication électronique
Pascal CHAUVIN, conseiller à la Cour de cassation, ancien président de chambre à la Cour d'appel de Paris 91

Les modalités d'appel et la communication électronique : le point du vue du greffe
Josiane FREVILLE, directeur de greffe à la Cour d'appel de Montpellier 107

La communication électronique devant la Cour d'appel : simplification ou contrainte accélérée ?
Emmanuel RASKIN, avocat au barreau de Paris, président de la commission procédure de l'Association des avocats conseils d'entreprises (ACE) 113

Les perspectives de la communication électronique dans les cours d'appel à la lumière de l'expérience de la Cour de cassation
Jean-Michel SOMMER, conseiller référendaire, chargé de mission auprès du Premier président de la Cour de cassation pour les questions de procédure 121

Ouverture

Accueil

Vincent LAMANDA,
Premier président de la Cour de cassation

Madame le président,
Madame et Messieurs les premiers présidents,
Mesdames et Messieurs les professeurs,
Mesdames et Messieurs les avocats,
Chers collègues,
Mesdames, Messieurs,

À l'instant où je prends la parole devant vous, je mesure l'honneur qui m'est fait de pouvoir inaugurer, en si éminente compagnie, ces « *quatrièmes rencontres de procédure civile* ».

Forte d'un succès qui, au fil des années, n'a fait que s'amplifier, cette journée marquera, à n'en pas douter, un temps fort d'échange et de réflexion offrant à chacun d'entre nous d'enrichir sa pensée par l'expérience et le regard des autres. Votre présence, si nombreuse en cette Grand'chambre, me réjouit. Il m'est particulièrement agréable de vous y accueillir.

Vive est aussi ma joie de pouvoir saluer, parmi vous, des visages amis, éminents magistrats, avocats, chercheurs de renom, et tant d'autres, qui ont souhaité nous rejoindre.

Qu'il me soit permis de leur exprimer ma gratitude pour la confiance dont ils nous font l'honneur.

Je tiens aussi à remercier très chaleureusement M. le professeur Loïc Cadiet et M. le président Dominique Loriferne qui, voilà quelques années, eurent l'idée

de ces rencontres, instants privilégiés de partage entre juges, universitaires et praticiens sur les problématiques et les enjeux actuels de la procédure civile.

Je suis heureux de voir cette jeune tradition se poursuivre en de si bonnes mains. Ma reconnaissance vous est acquise, M. le professeur Jeuland et Mme le président Flise. Elle va aussi à toutes celles et tous ceux qui, à vos côtés, ont œuvré à la réussite de ce rendez-vous. Emboitant le pas de vos aînés, aidés en cela des conseils avisés de Mme le doyen Bardy, vous avez su, avec un égal bonheur, faire fructifier ce bel héritage. Le mérite de cette manifestation, remarquable d'intelligence et portée par les plus grands noms, vous revient.

« *Ennemie jurée de l'arbitraire* », la forme est, selon les mots d'Ihering, « *la sœur jumelle de la liberté* »[1].

Elle porte en elle cette possibilité d'une « *juste distance* », chère à Paul Ricœur[2], qu'en chaque litige, il nous faut conquérir, ni trop près dans le conflit, ni trop éloignée dans l'ignorance, la haine ou le mépris, pour que s'y exprime les deux faces de l'acte de juger : d'un côté, trancher ; de l'autre, reconnaître à chacun la part qui lui revient dans la société.

Certes d'aucuns verront, en la procédure, un « *formalisme vain* », territoire de manœuvres dilatoires où, par esprit de chicane, l'homme subtile enlise ses mauvaises querelles[3]. Le roi soleil ne blâmait-il pas déjà la « *malice des plaideurs* »[4], tout en dénonçant, dans ses *Mémoires*, ce peuple excessif aimant les procès et les cultivant comme son propre héritage[5].

L'on aurait tort cependant de s'arrêter à pareilles images d'Epinal d'incorrigibles procéduriers, de juges avides de gagner, de bons tours de leurs secrétaires et de forfanteries d'avocats, qui, frisant le ridicule, ont inspiré nombre de comédies, d'Aristophane[6] à Racine[7].

Si la procédure est décrite parfois comme un « *droit servant* », elle est, à vrai dire, un art exigeant, équilibre délicat entre deux composantes d'un même

[1] Rudolf von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3e éd., trad. O. de MEULENAERE, Paris, Marescq, 1877, tome III, p. 158.
[2] Lire Paul RICŒUR, « Justice et vérité » : in *Le Juste 2*, Paris, Esprit, 2001, not. p. 72.
[3] Gérard CORNU, Jean FOYER, *Procédure civile*, 3e éd., Paris, PUF, 1996, n° 1, p. 1.
[4] *Ordonnance de Saint-Germain en Laye* (dite « Code Louis »), avril 1667, préambule, p. 2.
[5] « Mémoires historiques », 1re partie, livre 1er, année 1661, p. 12, in *Œuvres de Louis XIV*, tome I, Paris, Treuttel et Würtz, 1806.
[6] Voir ARISTOPHANE, « Les oiseaux », in *Comédies. Les oiseaux. Lysistrata*, éd. bilingue français-grec, Paris, Les Belles Lettres, 2000.
[7] Lire, en particulier, Jean RACINE, « Les plaideurs » (1668), préface, in *Œuvres complètes de J. Racine*, tome 2, Paris, Lefèvre, 1825, p. 6.

partage : ce qui distingue la part de l'un de celle de l'autre, en l'identifiant au sein d'un même ensemble.

Elle s'offre en terrain d'élection d'une scène judiciaire qui doit permettre l'expression, hors de toute violence, de thèses antagonistes. Par les voies qu'elle emprunte, l'action en justice s'érige en « *substitut* » à l'affrontement[8] : *mettre en forme, c'est aussi mettre les formes*[9].

Comme en écho aux bons mots de chroniqueurs judiciaires, on est frappé de voir alors la justice si aisément rejoindre le théâtre. Drames, acteurs et protagonistes, répliques, « *coups de théâtre* » et coulisses, s'y mêlent et s'entremêlent en un même « *espace consacré* », suivant des règles dérogeant aux pratiques de la vie ordinaire, qu'il s'agisse des gestes, de la parole ou de la parure vestimentaire[10].

Bien sûr, ici, le jeu n'a pas sa place. L'attente, souvent anxieuse, parfois douloureuse, de nos concitoyens emplit le champ du procès. Les indications scéniques cèdent le pas aux prescriptions veillant au bon ordonnancement d'une justice essentielle à la vie collective.

Mais, en pareil édifice, transparaît la même nécessité d'une architecture. Et, loin de n'être que des « *vêtements magnifiques pour des opinions discutables* »[11], les principes qui la régissent en façonnent une précieuse ossature.

Débat contradictoire, droits de la défense et procès équitable, publicité de l'audience, secret du délibéré, droit au juge et à un recours effectif, et bien d'autres : là réside, de l'avis éclairé du professeur Cornu, la « *quintessence* » du procès[12]. Ces principes imprègnent notre droit ; ils en inspirent et fondent nombre de règles particulières, sont autant de directives d'interprétation qui nous invitent à y revenir toujours pour, par-delà le foisonnement de normes de détail, en mieux discerner le sens.

Mais, si la structure est importante, il est des colorations singulières qu'offre à l'ensemble tel aménagement, telle disposition d'une réforme. Et les choix

[8] Xavier LAGARDE, « Formalisme », in Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 527.
[9] L'expression est inspirée de Pierre Bourdieu. Voir par ex., de cet auteur, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, sept. 1986, pp. 40-44.
[10] Lire Gérard SOULIER, « Le théâtre et le procès », *Droit et Société*, n° 17/18, 1991, pp. 9-26.
[11] Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, chap. VI, « Les principes juridiques », n° 132.
[12] Gérard CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 84.

opérés récemment, dans les textes que vous commenterez dans un instant, ne sont pas anodins, tant ils révèlent les tropismes de notre temps.

Double mouvement d'une oralité qui, peu à peu, reflue au profit de l'écrit ; d'un écrit qui, pas à pas, se voue à un destin immatériel.

Ici, la plume temporise les inconvénients du verbe, en sécurisant les échanges entre parties, évitant des comparutions inutiles et invitant chacun à préciser ses prétentions et moyens.

Là, c'est la dématérialisation qui minore les travers de l'écrit, dont la transmission, le traitement comme la conservation se trouvent facilités et accélérés.

Tous deux distancient aussi les relations, au risque peut-être, si l'on n'y prend garde, de raréfier les occasions de dialogue voire d'isoler parties et gens de justice dans un silence peu propice au compromis ou à la compréhension mutuelle.

C'est ainsi toute la topographie du droit processuel qui doit être progressivement repensée, les places ajustées et les circuits d'une parole possible éprouvés. Entre la résurgence de l'écrit et les mutations de son support, les formes du procès d'aujourd'hui appellent à la réflexion.

C'est tout l'intérêt de ces rencontres de nous y inviter.

Tous mes vœux les plus chaleureux de plein succès à vos travaux.

La notion de principes essentiels en droit judiciaire privé

Etienne VERGÈS
Agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Université de Grenoble,
membre de l'Institut universitaire de France

Principes directeurs, *principes généraux*, *principes fondamentaux*, *principes essentiels*... les qualificatifs sont nombreux pour désigner une catégorie de normes qui peuvent être regroupées sous l'expression de « principes juridiques » et que l'on trouve en procédure, comme dans les autres branches du droit.

Les principes juridiques sont marqués par une certaine ambivalence. Les juristes - qu'ils appartiennent au monde académique ou à celui de la pratique - partagent le sentiment que certaines règles juridiques sont plus fondamentales que d'autres et que ces règles - que l'on aime appeler « principes » - ont une valeur ou une force juridique plus importante que les autres règles. Dans l'univers des normes juridiques, il existerait ainsi des principes, normes de premier plan, et d'autres règles, normes de moindre importance. Derrière la catégorie des principes se dessine l'idée inconsciente d'une hiérarchie matérielle entre les normes juridiques.

Pourtant, les principes ne sont pas reconnus dans les textes de procédure en tant que catégorie juridique. Si le Code de procédure civile consacre un chapitre aux « principes directeurs du procès », c'est surtout pour y consigner des règles techniques, certes fondamentales, mais dont on mesure mal la similarité avec des principes. Les autres codes de procédure sont également ambigus à l'égard des principes. Ainsi, le Code de procédure pénale prévoit bien un article préliminaire qui comporte un certain nombre de règles fondamentales de la procédure, mais cet article ne contient pas expressément des « principes » et il ne figure pas dans les « dispositions générales » du titre préliminaire du Code. Le Code de justice administrative s'ouvre, quant à lui, sur un titre préliminaire consacré à dix règles essentielles de la procédure, mais ce titre préliminaire ne fait aucune référence au terme « principe ».

Si les principes de procédure présentent une telle ambiguïté dans les Codes, c'est précisément en raison de leur manque de conceptualisation en doctrine et en

jurisprudence. Pourtant, les travaux consacrés en général aux principes juridiques[1], et en particulier aux principes de la procédure[2] existent et ils donnent une certaine homogénéité doctrinale à cette catégorie de norme. Toutefois, ces travaux sont restés cantonnés dans un univers théorique.

La théorie des principes est essentielle à leur compréhension et à leur mise en œuvre par le juge. Parler de « principe juridique » n'a de sens que si l'on imagine une division fondamentale du droit entre deux catégories de règles : les principes et les règles techniques. Et cette division fondamentale n'a de sens que si l'on peut décrire avec une certaine clarté les relations qui s'établissent entre ces deux catégories de normes. Cela nécessite donc de procéder en deux temps : d'une part, isoler la notion de principes en définissant les contours et le contenu de ces normes ; d'autre part, décrire l'effet normatif spécifique des principes juridiques, c'est-à-dire leur action sur les règles techniques de la procédure. Au fil de ce raisonnement, nous essayerons de montrer que les principes de procédure sont des normes de droit positif dont les règles techniques sont des applications. Le rapport entre principes et règles techniques est ainsi construit comme un rapport de fondement juridique à application. Face à une situation concrète, le juge applique une règle technique qui constitue l'application particulière d'un principe juridique. Les principes servent ainsi de structure générale à la procédure. Pour utiliser une métaphore, si la procédure constituait une maison, les principes formeraient l'ossature de cette maison. L'ossature donne à l'édifice à la fois sa forme et sa solidité.

La notion et la fonction des principes sont ainsi étroitement imbriquées. Les principes guident, tout à la fois, la création et la mise en œuvre des règles techniques dans un processus descendant ou *top-down*. Mais le phénomène inverse se produit également. Le principe est induit à partir d'un ensemble de règles techniques dans un processus ascendant ou *bottom-up.* L'articulation des principes et des règles techniques suit ainsi un mouvement alternativement inductif et déductif. Dans l'histoire de la procédure, les principes émergent d'une masse de règles techniques. Ils prennent alors corps dans des textes de procédure ou dans des arrêts de principe. Sur la base de ces principes, le législateur, le pouvoir réglementaire et le juge, créent de nouvelles règles techniques.

Ce va-et-vient entre principes et règles techniques permet de voir de nouveaux principes apparaître, alors que d'autres s'estompent ou disparaissent. En observant les principes directeurs, on mesure ainsi les grandes tendances qui marquent l'évolution de la procédure civile. Ces tendances résultent de la réforme des textes, mais elles sont également présentes dans les mutations jurisprudentielles.

[1] P. MORVAN, *Le principe de droit privé,* éd° Panthéon – Assas, Paris, 1999 ; M. DE BECHILLON, *La notion de principe général de droit privé,* PUAM, Aix-en-Provence, 1998.

[2] E. VERGÈS, *Les principes directeurs du procès judiciaire, étude d'une catégorie juridique*, Thèse Aix-en-Provence, 2000 (accessible en ligne).

Pour appréhender les principes de la procédure, il est ainsi nécessaire de définir la notion de principe (I), d'identifier les fonctions de ces normes particulières (II) et, enfin, d'en mesurer l'évolution contemporaine (III).

I. LA NOTION DE PRINCIPE DE LA PROCÉDURE

A. Les contours de la notion de principe de la procédure

Identifier les contours de la notion de principe de la procédure permet de distinguer les principes directeurs de notions voisines.

Principes juridiques, principes doctrinaux, lignes directrices, adages

Comme d'autres branches du droit, la procédure civile contient de nombreuses règles qui prennent l'apparence de principes, mais n'en possèdent pas toutes les caractéristiques. Il en est ainsi des règles qui s'inscrivent dans une tradition, souvent très ancienne, mais qui ne trouvent pas de consécration en droit positif. Par exemple, l'adage selon lequel *reconvention sur reconvention ne vaut*, ou encore la règle selon laquelle il n'existe *pas de nullité sans texte*. Ces règles trouvent leur force dans l'héritage procédural et elles se déclament de façon incantatoire. Toutefois, leur traduction juridique dans le droit positif est plus qu'incertaine. Ainsi, la Cour de cassation a récemment dénié toute valeur juridique à l'adage *reconvention sur reconvention ne vaut*[3]. De même le Code de procédure civile admet, à côté des nullités textuelles, une catégorie de nullités dites « substantielles », dont l'ampleur est telle, quelle réduit considérablement la portée de l'adage *pas de nullité sans texte*[4]. Les adages constituent ainsi des éléments perturbateurs dans la théorie des principes, car ils donnent à penser que les règles traditionnelles de la procédure constituent des principes, alors que ces règles sont parfois dénuées de toute force juridique, parfois intégrées dans une règle technique du Code de procédure civile[5]. Cette confusion se retrouve s'agissant des principes doctrinaux ou des lignes directrices de la procédure civile.

Les principes doctrinaux décrivent une réalité qui n'est pas énoncée dans une règle de droit positif. Par exemple, devant l'ambiguïté et la complexité des règles relatives à la répartition de la charge de la preuve, on dira que cette charge repose sur la personne qui se prévaut de la situation la plus vraisemblable[6], ou encore qu'elle pèse sur celui

[3] Cass. 2ème civ., 10 janvier 2013, pourvoi 10-28735, FS-P+B.
[4] Art. 114 al. 1 C. pr. civ.
[5] Tel est le cas de l'article 460 C. pr. civ. qui est issu de l'adage *voie de nullité n'ont lieu contre les jugements.*
[6] J. DEVÈZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, thèse, Toulouse, 1980, spec. p. 18 et suiv.

qui dispose de la plus grande aptitude à la preuve[7]. Ce raisonnement décrit, sous la forme d'une règle, un ensemble de règles techniques, qui présente une certaine constance et une certaine cohérence. Dans le même esprit, on décrira les relations entre le juge et les parties, sous le prisme de la coopération. Ce concept ne désigne pas un principe de droit positif, mais il définit tout de même une ligne directrice qui reflète l'esprit des relations entre juge et parties dans la procédure. En effet, le juge et les parties coopèrent dans l'instance civile, pour faire émerger les faits, les preuves et les règles de droit qui permettront de résoudre le litige. Les lignes directrices sont indispensables pour comprendre l'esprit d'un texte ou mettre en œuvre une réforme. Par exemple, l'efficacité procédurale imprègne nombre de réformes récentes de la procédure. L'efficacité traduit bien une ligne de force de la procédure civile, mais elle ne constitue pas un principe juridique, car il ne s'agit pas d'une règle de droit positif. On mesure ici la différence entre le principe juridique et le principe doctrinal ou la ligne directrice.

Puisqu'il décrit de façon subjective une réalité juridique, le principe doctrinal peut donner lieu à une controverse. Ainsi, certains auteurs diront que le procès civil est la chose des parties et que cette réalité est traduite dans le principe dispositif[8]. D'autres auteurs énonceront que le procès est, tout à la fois, la chose du juge et des parties[9], ce qui les conduira à mettre l'accent sur l'idée de coopération.

Les principes doctrinaux - ou les lignes directrices - sont également le lieu des affrontements de politique procédurale. Par exemple, pour prendre le contrepied de la conception de l'appel comme une voie d'achèvement, la conférence des Premiers présidents de juridictions a préconisé *« le retour à la tradition française de l'appel réformation »*[10]. Ce débat autour de la conception de l'appel peut avoir une incidence sur certains principes[11], mais les concepts de « voie de réformation » ou « d'achèvement » relèvent plus de la politique procédurale, que de principes juridiques.

Principes et finalités de la procédure

La frontière est parfois floue entre les principes juridiques et les finalités de la procédure. La confusion conceptuelle provient du fait que ces notions puisent leur fondement dans des sources matérielles communes. Les principes reposent ainsi sur des fondements axiologiques et utilitaristes. Chaque principe est la transposition

[7] V. déjà J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, t. I et II, par Ét. Dumont, Éd. Bossange, 2è éd., 1830, p. 172 : « *L'obligation de preuve doit être, dans chaque cas individuel, imposée à celle des parties qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient* ».

[8] G. BOLARD, « Matière du procès et principe dispositif », *in Droit et pratique de la procédure civile,* Dalloz, 6ème éd. 2011, chap. 221.

[9] *« Le procès civil, chose commune des parties et du juge »* écrivent les professeurs Cadiet et Jeuland, *Droit judiciaire privé, lexisnexis,* 6ème éd. n°518.

[10] Conférence des Premiers présidents, « Délibération sur l'accès au droit, l'office du juge, l'organisation judiciaire et processuelle adoptée le 31 mai 2013 », Séminaire de la Baule.

[11] Ici, le renforcement de l'immutabilité du litige et l'effacement de l'évolution du litige.

juridique d'une ou plusieurs valeurs ou utilités. Ce lien entre la norme juridique et son fondement est particulièrement visible lorsque le principe est l'incarnation directe de la valeur. Ainsi en est-il de l'impartialité du juge, de la loyauté des preuves ou de l'égalité des armes. C'est pour cette raison que de nombreux principes appartiennent également à la catégorie des droits fondamentaux. Ils sont fondamentaux, car ils traduisent des valeurs communes[12]. D'autres principes ne transposent ces valeurs que de façon indirecte. Ainsi, l'autorité de la chose jugée ne contient intrinsèquement aucune valeur morale ou sociale. Toutefois, le principe apporte une sécurité aux décisions de justice. Dans le même esprit, le principe du secret des délibérés contribue à la sérénité des débats au sein de la juridiction. À ce titre, les principes directeurs n'échappent pas aux conflits de valeurs qui animent la procédure. Ainsi, le juge devra-t-il trancher entre le principe du droit à la preuve - fondé sur la recherche de la vérité - et le principe du droit au respect de la vie privée[13] - qui protège la personne dans son intimité.

Les principes de la procédure trouvent également leur fondement dans des utilités. Il s'agit là de fondements plus rationnels que politiques. Par exemple, le principe du contradictoire tire son existence de l'idée de discussion, qui structure tout le processus décisionnel dans le procès démocratique. La discussion ne constitue pas une valeur, mais plutôt une utilité. Elle permet d'atteindre rationnellement le but recherché : trancher un litige à partir de deux positions opposées. Dans le même esprit, le principe de la motivation des décisions de justice repose sur deux utilités : l'explication et le contrôle de la décision.

À l'instar des principes juridiques, les principes doctrinaux, les lignes directrices ou les adages trouvent généralement leur fondement dans une valeur ou une utilité. L'efficacité de la justice, la coopération, le principe dispositif sont autant d'impératifs qui transcrivent des valeurs ou des utilités. En d'autres termes, ces notions partagent avec les principes une dimension politique et rationnelle. Tous entretiennent des rapports avec l'utile et le juste dans la procédure, mais tous n'ont pas la nature de normes de droit positif. Ce critère est essentiel pour distinguer les principes, sur lesquels le juge va fonder sa décision, de ceux dont il pourra simplement s'inspirer. Toutefois, la reconnaissance par le droit positif est insuffisante pour dissocier, au sein des normes juridiques, les principes des règles techniques. Il faut alors rechercher si une identification formelle des principes est possible.

L'identification formelle d'un principe

À première vue, l'identification formelle d'un principe peut constituer une solution rapide et efficace pour savoir si une règle de droit forme un principe de procédure. La technique la plus sure consiste à reconnaître un principe dans un visa, que la doctrine

[12] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, chron, p. 323.
[13] Cass. 1ère civ., 5 avril 2012 n° 11-14.177 (n° 412 F-P+B+I).

qualifie de « ***visa de principe*** »[14]. L'arrêt le plus significatif en procédure civile est celui dans lequel l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé *« vu le principe du respect des droits de la défense »* [15] et a reconnu que la défense constituait un droit fondamental. Cet arrêt est intéressant, car il casse une décision sur le seul fondement d'un principe inscrit au visa[16]. La technique du visa de principe est, à n'en pas douter, une manière pour la Cour de cassation d'identifier une règle fondamentale de la procédure, qui tranche avec une simple règle technique.

Mais le vocable « principe » est susceptible d'entraîner la confusion. Par exemple, la Cour de cassation utilise parfois l'expression « ***principe rappelé*** », pour désigner une règle technique énoncée dans le chapeau intérieur d'un arrêt de rejet[17]. Dans le même esprit, la Haute juridiction peut faire usage du vocable « principe » par facilité de langage. Par exemple, la Cour peut affirmer que *« si, **en principe**, l'interruption de la prescription ne peut s'étendre d'une action à une autre, il en est autrement lorsque les deux actions, bien qu'ayant une cause distincte, tendent à un seul et même but »*[18]. Par cette expression, elle ne décrit pas un principe de procédure, mais plutôt une **règle de principe**, qui constitue une règle technique, applicable à défaut de règle contraire[19].

La confusion doit encore être écartée entre les principes juridiques et les arrêts de principe. L'expression « **arrêt de principe** » désigne une *« décision univoque, tranchant nettement et solennellement, c'est-à-dire durablement, le débat entre deux opinions à valeur générale, soutenue ou soutenable »*[20]. L'arrêt de principe pose une règle nouvelle, qui peut prendre la forme d'un principe ou d'une règle technique. L'arrêt de principe apporte généralement une solution attendue à un problème juridique précis. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle pu juger dans un arrêt d'Assemblée plénière qu'*« une lettre recommandée adressée par le greffe constitue la notification prévue par ce texte, peu important que celle-ci soit entachée d'une irrégularité »*[21]. Cette décision présente les caractères d'un arrêt de principe, mais elle ne consacre aucun principe nouveau de procédure civile. Le principe définit un cadre normatif général. Sa vocation est de fournir une solution à un grand nombre de problèmes juridiques. Il donne au juge une orientation, mais il ne permet pas de trancher une question dont la précision nécessite de recourir à une règle technique.

L'usage du mot « principe » n'est donc pas d'un grand secours pour identifier les principes juridiques. Toutefois, durant une courte période, on a cru voir se dessiner,

---

[14] C'est la technique utilisée par le Pr. Morvan dans sa thèse sur *le principe de droit privé*, précit.
[15] Cass. Ass. plén 30 juin 1995, *D.* 1995, juris, p. 513
[16] L'article C. pr. civ. dispose que *« l'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée »*. En utilisant les visas de principe, la Cour de cassation reconnait aux principes la nature de *« règle de droit »*, bien qu'il ne soient visés par aucun texte.
[17] De façon générale sur l'usage de cette technique par la Cour de cassation, J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », accessible sur http://www.courdecassation.fr/.
[18] Cass 2ème civ., 28 juin 2012, n° 11-20011.
[19] Autrement dit, une règle qui ne possède pas une valeur supérieure et qui est toujours susceptible de dérogation.
[20] C. ATIAS. « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP* 1984, I, 3145.
[21] Ass. plén., 7 octobre 2011, n° 10-30.191, P+B+R+I.

dans la jurisprudence de la Cour de cassation, une catégorie formelle de « ***principes essentiels de la procédure*** ». La Haute juridiction a utilisé cette expression pour ouvrir la voie des recours-nullités, lorsque cette voie était expressément fermée par un texte. Ainsi, dans un arrêt du 30 mars 1993[22], la chambre commerciale a affirmé qu'*« aucune disposition ne peut interdire de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'une décision rendue en violation d'un principe essentiel de procédure ».* En application de cette jurisprudence, les principes du contradictoire, des droits de la défense ou de la motivation des décisions de justice ont servi de justification à l'exercice de recours-nullité *contra legem*. Pourtant, quelques années plus tard, la chambre mixte[23] a exclu l'exercice d'un recours nullité à la seule hypothèse de l'excès de pouvoir[24]. Dans ce sillage, la deuxième chambre civile a pu juger que la violation du principe du contradictoire ne constituait pas un excès de pouvoir rendant recevable l'appel-nullité[25]. La notion jurisprudentielle de *« principe essentiel de la procédure »* a ainsi perdu son utilité. Plus encore, cette catégorie n'a survécu qu'une dizaine d'années et son domaine fut cantonné aux recours-nullité. Ce phénomène illustre bien la difficulté qu'il y a, à rapprocher la catégorie des principes juridiques d'une expression formelle utilisée dans un texte ou en jurisprudence. Par conséquent, l'échec de l'identification formelle conduit à se tourner vers des critères matériels pour définir la notion de principe de procédure.

B. Le contenu de la notion de principe de la procédure

On a vu qu'il n'existait pas de critère formel pour identifier un principe de procédure. On peut ajouter qu'il n'existe aucun critère matériel qui soit, à lui seul, discriminant. En réalité, il est possible de reconnaître un principe en corrélant trois critères matériels : la généralité, la continuité et la flexibilité. Une règle de procédure pourra être qualifiée de principe, si elle cumule ces trois critères. Il s'agit d'une méthode doctrinale d'identification des principes, fondée sur l'observation du droit positif.

La généralité des principes

La généralité d'un principe est un critère communément admis, mais aussi vivement critiqué. Toutes les règles de droit ont vocation à la généralité[26]. Pourtant,

[22] Cass. com 30 mars 1993, *Bull. Civ.,* n°132.
[23] Cass. ch mixte, 28 janv. 2005, *D.* 2005, IR, p. 386 ; *JCP* 2005, I, 125, n°14 ; *Procedures* 2005 com 87.
[24] *« sauf dans les cas spécifiés par la loi, les jugements en dernier ressort qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation indépendamment des jugements sur le fond que s'ils tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal ;*
Attendu qu'il n'est dérogé à cette règle, comme à toute autre règle interdisant ou différant un recours, qu'en cas d'excès de pouvoir ».
[25] Cass. 2ème civ., 8 juillet 2010, n° 09-69967.
[26] D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Odile Jacob, Paris, 1997, p. 20.

certaines règles sont plus générales que d'autres. Certains auteurs expliquent ainsi que généralité n'est pas un critère discriminant, puisque la généralité des normes juridiques est graduelle[27]. Il est ainsi délicat de vouloir tracer une frontière entre principes et règles techniques en se fondant sur le seul critère de la généralité. De surcroît, la généralité d'une règle de droit ne se quantifie pas. Elle est donc impossible à mesurer sur une échelle de valeurs. Pourtant, si l'on classe les principes de procédure parmi les principes généraux du droit, c'est en se fondant sur le critère de la généralité.

Dans ce contexte, la généralité prend une dimension qualitative. Dans un premier sens, les principes de procédure sont généraux lorsqu'ils trouvent à s'appliquer à toutes les étapes de la procédure. Tel est le cas du contradictoire ou de l'impartialité. Cette généralité s'étend aux principes qui régissent plusieurs étapes de la procédure. Il en est ainsi de la publicité, qui gouverne l'audience et le jugement. Il en est encore ainsi de la liberté de la preuve, qui concerne la liberté de produire et celle d'apprécier les preuves. Dans le même esprit, un principe est général, car il s'applique à un grand nombre d'actes de procédure. Ainsi, la motivation s'impose à toutes les décisions juridictionnelles. De même, la loyauté de la preuve concerne toutes les preuves produites dans une instance civile. La généralité est plus grande encore, lorsqu'elle transcende la procédure civile. Par exemple, les principes qui composent le procès équitable[28] trouvent à s'appliquer dans la plupart des procédures nationales.

Dans un autre sens, la généralité s'entend des principes qui s'appliquent, même en l'absence de texte. On en trouve une illustration particulière à propos du principe du double degré de juridiction, lorsque la Cour de cassation affirme que « *l'appel est de droit dans tous les cas qui ne sont pas formellement exceptés par la loi* »[29]. On retrouve ce type de généralité dans l'article 22 C.pr.civ., qui dispose que « *les débats sont publics sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil* ».

Certains sens du concept de généralité sèment le trouble pour la compréhension des principes. Ainsi, la généralité s'entend traditionnellement du rapport des lois générales aux lois spéciales. Selon cette présentation, les principes appartiendraient à la catégorie des lois générales, alors que les règles techniques relèveraient des lois spéciales. Cette *summa divisio* est séduisante, mais elle s'applique mal à la relation entre principes et règles techniques. En effet, la relation entre lois spéciales et lois générales introduit l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*. À l'inverse, les relations entre principes et règles techniques sont des relations hiérarchiques dans lesquelles le principe est dominant. La règle technique constitue ordinairement une application du principe. La règle doit donc se conformer au principe. Si une règle technique déroge à un principe, cette dérogation doit trouver sa justification dans un but légitime. Cette relation hiérarchique ne reproduit donc pas la solution de l'adage

[27] Cf. P. MORVAN, *Le principe de droit privé,* éditions Panthéon-Assas, Paris, 1999, pp. 396 et suiv. L'auteur décrit une généralité « graduelle et continue » des règles de droit.
[28] Indépendance, impartialité, égalité des armes, etc.
[29] Cass. civ. 14 mars 1911, *S.* 1911, 1, p. 185.

specialia generalibus derogant, qui implique que la loi spéciale évince systématiquement l'application de la loi générale.

En définitive, le critère de la généralité n'est pas suffisant. Les règles techniques présentent une certaine généralité et il n'est pas possible de définir un seuil de généralité entre le principe et la règle technique. De plus, certains principes sont plus généraux que d'autres. Il en va ainsi des droits de la défense ou du procès équitable, qui incluent en leur sein d'autres principes moins généraux (contradictoire, droit au recours, etc.). Il faut donc compléter ce critère avec celui de la continuité.

La continuité des principes

La continuité est un concept moins étudié que la généralité. Il décrit une certaine force d'inertie des principes directeurs[30]. À l'inverse des règles techniques - qui peuvent apparaître ou disparaître brutalement - les principes ont vocation à une certaine stabilité. Leur apparition est progressive, de même que leur disparition ou leur transformation. À ce titre, les principes de la procédure assurent la stabilité du système. Par exemple, la réforme de la procédure d'appel en 2009[31] n'a pas modifié le principe du double degré de juridiction. De même, la réforme des procédures sans représentation obligatoire en 2010[32] n'a pas fait disparaître le principe d'oralité de ces procédures. Néanmoins, ces réformes, tout en respectant les principes, en modifient l'application. Par exemple, en introduisant une certaine dose d'écrit dans les procédures sans représentation obligatoire, le pouvoir réglementaire a atténué la portée de l'oralité.

La stabilité des principes dans le temps donne à la procédure sa physionomie, ainsi que sa philosophie. Par exemple, la Révolution française a forgé dans son sillage un certain nombre de principes démocratiques qui dominent encore aujourd'hui la procédure civile. À cette époque, le principe de la motivation des décisions de justice est réapparu pour symboliser la lutte contre l'arbitraire[33]. De façon plus contemporaine, le procès civil moderne est marqué par la montée en puissance des principes qui incarnent des droits fondamentaux. Des principes tels que le droit au respect de la vie privée, le droit au juge ou le droit à la preuve, en sont des illustrations marquantes. Les principes s'inscrivent ainsi dans une continuité. Ils empruntent leur inertie à la tradition juridique et ils incarnent un modèle procédural stable dans le temps. Cela ne signifie pas qu'ils sont immuables, mais plutôt que leur évolution est lente et progressive.

---

[30] « *La force d'inertie d'une norme peut être définie comme la capacité de résistance de cette norme au mouvement réformateur du droit. Plus la norme est stable dans le temps, moins elle subit les conséquences des innovations textuelles et jurisprudentielles ; plus elle détient cette force d'inertie.* », E. VERGÈS, Thèse précit, n°210.

[31] Décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile.

[32] Décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale.

[33] G. GIUDICCELLI-DELAGE, *La motivation des décisions de justice,* thèse, Poitiers, 1979, p. 30.

L'évolution des principes trace ainsi les grandes étapes de l'évolution du procès civil. Le nouveau Code de procédure civile a constitué un tournant dans cette évolution et certains principes en ont subi les répercutions. C'est ainsi que l'immutabilité du litige s'est effacée au profit de l'évolution du litige au cours de l'instance[34]. Le nouveau Code a également été marqué par le renouveau du principe de conciliation[35] qui, au cours de ces dernières années, a connu un certain essor. Sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile, le préalable obligatoire de conciliation avait connu un échec, qui avait conduit à son abandon[36]. Dans le nouveau Code de 1975, le principe de conciliation est apparu timidement sous la forme d'une incitation. Puis il a pris de plus en plus d'ampleur au fil des réformes, avec la création de la profession de conciliateur de justice en 1978[37], puis l'apparition de la médiation civile en 1996[38]. Plus récemment encore, plusieurs textes ont élargi le champ des procédures amiables par la création d'une procédure participative et en ouvrant le livre V du Code de procédure civile à la résolution amiable des différends[39]. Le principe de conciliation a ainsi vécu une progression lente et constante.

La continuité est un critère essentiel d'identification des principes. Lorsqu'une règle de procédure disparaît sous l'effet d'une simple réforme ou d'un revirement de jurisprudence, on trouve là un indice d'identification d'une règle technique. À l'inverse, une norme qui persiste dans le temps, malgré des modifications de sa substance ou de son contenu, aura plus de chance d'être identifiée comme un principe. Encore faudra-t-il lui associer un dernier caractère : celui de la flexibilité.

La flexibilité des principes

Nombreuses, sont les règles de droit qui répondent à la logique du tout ou rien. Par exemple, un délai de procédure est respecté ou il est dépassé. Dans le même esprit, un acte de procédure est nul ou il est valide. Pourtant, comme a pu le souligner un auteur, les principes suivent la *« logique du flou »*[40]. Les principes de procédure, par leur généralité, n'ont pas vocation à régir de façon rigide toutes les situations qui entrent dans leur champ d'application[41]. Ils tolèrent les dérogations et ces dérogations ne remettent pas en cause l'existence de chaque principe. Le rapport entre principe et dérogation est ainsi un rapport complexe. Certains principes offrent toute l'apparence

[34] J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige,* LGDJ, Paris, 1977, p. 13.
[35] Que l'on trouve partiellement transcrit à l'article 21 C. pr. civ.
[36] H. SOLUS, « Les réformes de la procédure civile, étapes franchies et vues d'avenir », *Mélanges Ripert,* LGDJ, Paris, 1950, p. 193.
[37] Décret n° 78-381 du 20 mars 1978.
[38] Décret n°96-652 du 22 juillet 1996.
[39] Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.
[40] M. DELMAS-MARTY, « Rapport introductif du cinquantenaire de la RSC », *RSC* 1987, p. 25.
[41] En ce sens, M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », *Mélanges Foyer,* PUF, Paris, 1997, p. 463. L'auteur affirme, à propos du Code de procédure civile, qu'il *« brise les couples infernaux de la cohérence et du dogmatisme, d'une part, et du pragmatisme et des contradictions d'autre part, car* (il) *est construit sur la mise en cohérence de principes flexibles ».*

de la flexibilité et se présentent comme des standards juridiques. Ainsi, le principe de célérité prend la figure du respect du « délai raisonnable ». Ce délai est apprécié différemment en fonction des circonstances de la cause et de l'attitude des parties. Le délai raisonnable n'est pas un délai de procédure, c'est un standard qui traduit l'esprit du principe de célérité. Une justice qui se doit d'être diligente, mais pas expéditive. Le seuil du délai raisonnable est ainsi un seuil flexible. D'autres principes ne présentent pas cette flexibilité apparente, mais leur application n'est pourtant pas absolue. Ainsi, le principe du double degré de juridiction tolère-t-il des dérogations, qui tiennent par exemple au taux de ressort, ou au mécanisme de l'évocation.

La flexibilité est particulièrement illustrée par les situations de confrontation entre plusieurs principes. Le droit de la preuve est un terrain d'élection de ces confrontations. Celui qui possède une preuve peut la produire en justice, soit en application des droits de la défense[42], soit plus directement en se prévalant de son droit à la preuve[43]. L'adversaire qui réclame que la preuve soit écartée invoquera le respect de sa vie privée ou l'existence d'un secret juridiquement protégé[44]. Pour résoudre un tel conflit, la Cour de cassation impose aujourd'hui avec beaucoup de clarté un examen de proportionnalité aux juridictions du fond. Ces dernières doivent, en fonction des circonstances de l'espèce, privilégier l'application d'un principe au détriment d'un autre[45]. Chacun de ces principes est donc flexible, afin que le juge puisse concilier leur application au regard des circonstances de l'espèce.

Le **seuil de flexibilité** constitue un repère important pour repérer un principe procédural. Si ce seuil est très bas, la règle est inflexible et elle répond à la logique du tout ou rien. On se trouve en présence d'une règle technique, tel qu'un délai pour exercer un recours. Si le seuil est très élevé, la règle manque d'autorité. Elle subit de nombreuses dérogations et n'a plus la puissance juridique d'un principe. On trouve dans cette catégorie les **règles de principe,** qui ont été envisagées plus haut, et qui se caractérisent par leur subsidiarité ou leur application par défaut. Par exemple, la prescription de droit commun de cinq ans[46] s'applique s'il n'existe pas de règle spéciale qui pose un autre délai. Dans le même esprit, la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur[47]. Le seuil de flexibilité permet également d'identifier la différence entre les principes de droit positif et les **principes latents**. Le principe latent est une règle qui présente une certaine généralité et une certaine continuité, mais qui n'existe pas, en tant que principe, dans le droit positif. Il en est ainsi de la collégialité. Cette règle trouve à s'appliquer devant de nombreuses juridictions, mais le principe de collégialité n'a pas

[42] Cass. 1ère civ., 16 octobre 2008, n°07-15.778.
[43] Cass. 1ère civ., 5 avril 2012 n° 11-14.177.
[44] Secret médical, secret des correspondances, secret bancaire, secret des affaires, etc.
[45] *« Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »,* Cass. 1ère civ., 5 avril 2012 n° 11-14.177 précit.
[46] Art. 2224 C. civ.
[47] 42 al. 1 C. pr. civ.

été consacré en droit positif. Non seulement les juges uniques ont été multipliés depuis les années 70, en matière civile comme dans d'autres contentieux, mais encore, le Conseil constitutionnel, dans sa décision *juge unique,* a refusé de reconnaître l'existence d'un principe de collégialité[48]. Lorsque le nombre de dérogations s'accroît et que la jurisprudence refuse de qualifier une norme de « principe », alors le seuil de flexibilité est suffisamment élevé pour que l'on puisse parler de principe à l'état latent. Il inspire les solutions de droit positif, mais ne s'impose pas par principe.

Le seuil de flexibilité est un concept flou et on lui reprochera aisément son imprécision. Trop bas ou trop haut, ce seuil permet d'écarter la qualification de principe. Il devient dès lors difficile de connaître quel est le bon seuil. Pour cela, il est nécessaire de se référer à une méthodologie plus qualitative. Le principe est une norme qui traduit non seulement un impératif juridique, mais plus encore un impératif axiologique ou utilitariste. Il transpose en droit une valeur ou une utilité sociale. Il possède ainsi une dimension essentielle ou fondamentale. Pour cette raison toute dérogation à un principe de procédure doit trouver une justification. Si le double degré de juridiction subit une dérogation à travers le taux de ressort, c'est en raison de la faiblesse de l'enjeu du procès. Lorsque cet enjeu est faible, le rapport entre l'utilité apportée par l'appel et le coût économique et social de cette voie de recours n'est plus favorable. Le double degré de juridiction perd sa raison d'être dans cette circonstance. De même, la publicité des débats cède devant une règle de plus grande valeur, lorsqu'il s'agit de protéger l'intimité de la vie privée ou la sérénité de la justice[49]. Ainsi, on reconnaît un principe, lorsqu'une norme juridique admet exclusivement des dérogations justifiées par d'autres impératifs liés à des valeurs ou à des utilités de la procédure[50].

Conclusion sur la notion de principe

En définitive, le principe de procédure se définit d'abord comme une norme de droit positif consacrée par une source formelle du droit. Il ne peut se réduire à la description doctrinale d'une réalité juridique aussi constante et générale que soit cette réalité[51]. De surcroît, le principe se distingue des règles techniques de la procédure en cumulant trois caractères essentiels : la généralité, la continuité et la flexibilité. Cette définition est doctrinale. On ne la trouve dans aucun texte, ni aucun arrêt. Mais elle ne se place pas uniquement sur un plan théorique, car en se basant sur les critères définis ci-dessus, il est possible de dégager une liste de principes de procédure civile :

- contradictoire
- droits de la défense
- procès équitable

[48] Cons.Const., Décision du 23 juillet 1975 75-56 DC.
[49] Art. 435 C.pr.civ.
[50] Cf. *supra,* les développements consacrés aux « principes et finalités de la procédure ».
[51] Un adage par exemple.

- conciliation
- loyauté
- publicité des débats, du jugement
- secret des délibérés
- droit au juge, au tribunal
- célérité
- égalité devant la justice
- égalité des armes
- liberté de la preuve
- droit à la preuve
- légalité de la preuve
- licéité de la preuve
- motivation des décisions de justice
- indépendance (juge/juridiction)
- impartialité (juge/juridiction)
- autorité de la chose jugée
- concentration des moyens
- hiérarchie des moyens
- double degré de juridiction

L'approche théorique de la notion de principe est opérationnelle, car le juge peut s'approprier cette définition doctrinale pour identifier un nouveau principe, mais aussi pour faire jouer à ce principe un rôle spécifique dans l'ordre normatif procédural. Se pose alors la question de la fonction des principes.

II. LES FONCTIONS DES PRINCIPES

La prédominance des principes

La fonction des principes de la procédure renvoie inévitablement à une conception hiérarchique des normes au sein du système juridique. Boulanger affirmait ainsi, *« les principes règnent sur le droit positif ; ils en dirigent le développement »*[52]. Cette formule illustre bien l'idée selon laquelle il existerait une prééminence des principes sur les règles techniques. Dans un système juridique marqué par la conception kelsenienne de la hiérarchie des normes, cette supériorité est difficile à concevoir. À moins que les principes de la procédure civile ne soient consacrés par la Constitution ou par la Convention européenne des droits de l'homme, leur place dans la hiérarchie des normes n'est pas censée être différente de celle des règles techniques. Plus encore, les

[52] J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *Mélanges Ripert*, t. 1, LGDJ, Paris, 1950, p. 51.

principes qui figurent dans le Code de procédure civile n'ont qu'une valeur réglementaire et, par conséquent, une place assez modeste dans la hiérarchie formelle des normes.

Ce débat n'existe pas seulement en procédure civile. Il a animé la procédure pénale à propos de l'article préliminaire inséré dans le Code de procédure pénale par la loi du 15 juin 2000[53]. Les auteurs se sont interrogés sur la possibilité de contrôler la conformité des règles du Code vis-à-vis des principes de l'article préliminaire. Il a été fait allusion à un contrôle de « *légalité de la loi* », à l'instar du contrôle de constitutionnalité ou de conventionalité[54]. La Cour de cassation a adopté une attitude ambiguë dans un arrêt rendu en 2002, en affirmant que certaines dispositions techniques du Code de procédure pénale **n'étaient pas contraires à l'article préliminaire**[55]. Elle introduisait, *a contrario,* l'idée d'une supériorité de l'article préliminaire sur les autres règles du Code de procédure pénale. Toutefois, à la suite de la controverse doctrinale suscitée par cet arrêt, la Cour de cassation est revenue sur sa position ambiguë et a refusé de contrôler la conformité des articles du Code aux principes de l'article préliminaire[56].

Ce débat n'est pourtant pas achevé, tant il est fréquent que la Cour de cassation utilise les principes procéduraux dans une relation hiérarchique avec d'autres règles de procédure. Ainsi, dans un arrêt récent rendu à propos d'un recours contre une décision de placement d'un mineur en qualité de pupille de la nation, la Cour de cassation a écarté l'application de la règle technique de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles[57], car elle portait atteinte au « *droit à un tribunal, dont le droit d'accès concret et effectif constitue un aspect* »[58]. Dans cet arrêt, la cassation a été prononcée au visa de l'article 6 Conv. EDH. La hiérarchie entre le principe européen du droit à un tribunal et la règle technique du Code de l'action sociale et des familles est ainsi respectée. Ce contrôle est de plus en plus fréquent, à mesure que les principes de la Convention européenne des droits de l'homme se déploient en procédure civile. Mais la relation entre principes et règles techniques est à la fois plus diversifiée et plus complexe.

[53] Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.
[54] D.-N. COMMARET, « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : simple rappel des principes directeurs du procès pénal, disposition créatrice de droit ou moyen de contrôle de la légalité de la loi ? », *Mélanges J. Pradel*, éd. Cujas, 2006, p. 71.
[55] Cass. crim. 27 mars 2002, n° 00-81712 00-88111, *Bull.* crim., n° 70, *RSC* 2003, p. 122, obs. A. GIUDICELLI.
[56] E. VERGÈS, « Principes directeurs du procès pénal. – origine et force normative des principes directeurs », *Jurisclasseur procédure pénale*, article préliminaire, fasc. 20, n°48.
[57] Cette disposition prévoyait que l'arrêté peut faire l'objet d'un recours dans les trente jours à compter de sa date, par les parents de l'enfant, ses alliés et toute personne justifiant d'un lien avec lui.
[58] Cass. 1ère civ., 9 avril 2013, n° 11-27.071, FP-P+B+R+I, *Lexbase hebdo éd. Privée*, n°536 du 18 juillet 2013, obs. E. VERGÈS.

Interpréter les textes procéduraux dans le sens indiqué par les principes

Les principes procéduraux sont des outils essentiels à la disposition du juge, lorsqu'il met en œuvre son pouvoir d'interprétation. Les textes de procédure, même apparemment clairs, nécessitent une part d'interprétation. Si les méthodes traditionnelles d'interprétation sont connues[59], l'usage d'un principe dans l'opération d'interprétation l'est moins. Pourtant, le principe permet d'éclairer la signification d'une règle technique. Il incarne une valeur ou une utilité, qui sert également de fondement à la règle technique. Ainsi, le juge a-t-il recours aux principes pour donner un sens à une règle technique ou en préciser la portée. Par exemple, l'article 132 C. pr. civ. énonce que « *la partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance* » et l'article 15 du même Code ajoute que « *les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile (…) les éléments de preuve qu'elles produisent* ». En revanche, aucun de ces textes ne précise si la pièce produite doit être originale ou s'il peut s'agir d'une copie. Cette question a donné lieu à un arrêt de cassation qui se fonde, d'une part sur les articles 15 et 132 C. pr. civ. et, d'autre part, sur le principe des droits de la défense, pour affirmer que *« la production d'une copie ne saurait suppléer l'original dont la communication peut toujours être exigée pour assurer le respect des droits de la défense »*[60]. L'arrêt est démonstratif, car il montre que la Cour de cassation s'appuie sur un principe pour donner un sens précis aux règles techniques du Code de procédure civile. Cette méthode d'interprétation, en référence à un principe, n'est pas toujours aussi claire, mais on la décèle dans le raisonnement implicite de la Haute juridiction. Ainsi, en matière de communication de pièces, la Cour de cassation a jugé, au visa des articles 16, 132 et 133 C. pr. civ., que la communication de pièces n'était pas régulière, lorsque l'une des parties communiquait uniquement le bordereau et indiquait à son adversaire que les pièces étaient à sa disposition pour être consultées[61]. La solution illustre l'apparition d'un nouvel adage selon lequel *les pièces sont portables et non quérables*. L'arrêt montre surtout que les formalités de communication doivent être interprétées en respectant l'esprit du principe du contradictoire, même si le Code n'oblige pas expressément les parties à délivrer les pièces. Les illustrations du rôle des principes dans l'interprétation des règles techniques de la procédure civile sont courantes. Ainsi, c'est toujours en interprétant le Code de procédure civile à la lumière du principe du contradictoire que la Cour de cassation a pu sanctionner la pratique de certaines juridictions, qui consiste à révoquer l'ordonnance de clôture le jour de l'audience et à clôturer l'instruction aussitôt, avant de statuer au fond. Cette procédure permet d'admettre une pièce nouvelle le jour de l'audience. La Cour de cassation considère qu'elle viole le principe de la contradiction[62]. Selon la Haute juridiction, la révocation de l'ordonnance de clôture doit entraîner systématiquement une réouverture des débats. Cette précision

[59] Littérale, téléologique, etc.
[60] Cass. 1ère civ., 8 mars 2012, n° 11-14.405.
[61] Cass. 1ère civ., 6 mars 2013, n° 12-14.488.
[62] Cass. 2ème civ., 26 mai 2011, n° 10-18.416.

n'est pas indiquée dans le Code. Elle résulte de l'esprit du contradictoire, tel qu'interprété par la Cour de cassation.

Juger en l'absence d'une norme technique adaptée

Les principes reflètent l'esprit de la procédure. Ils permettent au juge de dégager des solutions concrètes et précises, lorsque les textes ne prévoient pas de règles techniques susceptibles de résoudre le cas qui se présente devant lui. Cette hypothèse est souvent décrite en doctrine sous l'expression de lacunes et d'antinomies du droit. Tel est le cas en matière probatoire. Le droit de la preuve est peu fourni en règles écrites et il n'apporte pas toujours les réponses dont les magistrats ont besoin pour trancher un litige sur la recevabilité d'une preuve. En se référant à l'article 9 du Code de procédure civile, qui fonde le principe de licéité de la preuve, la Cour de cassation a ainsi affirmé que *« si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés »*[63]. Par la suite, dans l'arrêt *Nikon,* la chambre sociale s'est fondée à la fois sur le principe du respect de la vie privée et sur celui de la licéité des preuves, pour affirmer que « *l'employeur ne peut dès lors (…) prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail »*[64]. Elle a encore ajouté, sur le fondement des mêmes principes, que *« les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel »*[65]. Ces trois arrêts[66] montrent que la Cour de cassation utilise les principes pour construire un véritable régime juridique des données informatiques reçues ou détenues par le salarié. Là où les textes procéduraux sont silencieux, les principes jouent un rôle fondateur dans la création de *corpus* juridiques complexes. Arrêt après arrêt, la Cour de cassation définit un ensemble de règles techniques qui découlent directement des principes procéduraux. Par le jeu d'une interprétation créatrice des principes, la Haute juridiction construit un droit nouveau[67].

[63] Cass. soc. 4 fév. 1998, *Bull. civ.,* n°64.
[64] Cass. soc. 2 oct. 2001, n°99-42942.
[65] Cass. soc., 19 juin 2013, n°12-12.138.
[66] Parmi tant d'autres rendus sur cette question.
[67] Ripert décrivait déjà ce phénomène à propos des principes juridiques : *« les principes juridiques sont invoqués par les tribunaux lorsque ne découvrant pas de loi applicable ils ont besoin de justifier une solution pour qu'elle ne paraisse pas arbitraire »,* G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., LGDJ, Paris, 1955, p. 326.

Définir une norme commune à toutes les procédures

En procédure civile, la représentation du droit commun peut varier. On peut considérer que le droit commun figure dans le Code de procédure civile, qui se distingue ainsi des règles spéciales de procédure, applicables, par exemple, aux procédures collectives ou aux procédures devant les autorités administratives indépendantes. On peut imaginer, de façon plus stricte, que le droit commun figure dans le premier livre du Code de procédure civile relatif aux « *dispositions communes à toutes les juridictions* ». Enfin, la conception la plus stricte du droit commun revient à définir ce droit en référence aux principes procéduraux dont l'application est commune à toutes les procédures. Cette conception du droit commun est liée à la généralité des principes. L'impartialité de la juridiction, les droits de la défense, le contradictoire, la conciliation, sont des principes qui étendent leur application à toutes les procédures. C'est ainsi que la Cour de cassation a imposé le respect des droits de la défense dans la procédure très spéciale du rabat d'arrêt[68]. C'est en suivant la même démarche que l'Assemblée plénière a imposé la loyauté de la preuve devant l'autorité de la concurrence[69]. Les principes procéduraux constituent le socle commun de toutes les procédures. Leur application n'est pas toujours uniforme, car les principes sont flexibles, mais le juge peut s'y référer, quel que soit le contentieux dont il est saisi.

Neutraliser l'application des textes : une fonction équivoque

Dans les cas les plus rares, le juge a recours aux principes procéduraux pour neutraliser l'application d'une règle technique théoriquement supérieure. Cette action subversive des principes[70] a connu une période très intense en procédure civile avec le développement des recours nullité. Le domaine particulièrement concerné était celui des procédures collectives, dans lesquelles les recours peuvent être exclus pour des raisons d'efficacité procédurale. Les décisions juridictionnelles sont très nombreuses dans les procédures collectives et la multiplication des recours peut avoir pour effet de retarder la procédure et de réduire les chances de redressement ou de cession de l'entreprise. Mais les exclusions ou le report des voies de recours existent également dans le Code de procédure civile. Face à ces exclusions, la jurisprudence a développé des recours spécifiques liés à la nullité de la décision attaquée. Il peut s'agir d'un appel-nullité ou encore d'un pourvoi-nullité. La Cour de cassation a ainsi admis que des recours-nullité soient exercés, malgré l'exclusion textuelle, en raison d'une violation d'un principe essentiel de procédure[71]. La Cour de cassation faisait alors un usage audacieux des principes de procédure. Elle bouleversait la hiérarchie des normes, en

[68] Cass. Ass. plén. 30 juin 1995, n°94-20302, *précit*.
[69] Cass. Ass. plén. 7 janv. 2011, n°09-14.316 et 09-14.667.
[70] Le rôle subversif des principes juridiques a été mis en évidence par P. Morvan dans sa thèse, *Le principe de droit privé,* éd. Panthéon – Assas, Paris, 1999.
[71] Comme il a été vu plus haut, il pouvait s'agir d'une violation du principe du contradictoire, des droits de la défense ou de la motivation des décisions de justice.

autorisant l'ouverture d'un recours là où la loi l'avait expressément exclue et ce, dans le but de réparer la violation d'un principe essentiel de procédure. Cette jurisprudence a connu un revirement brutal, lorsque la chambre mixte en réduisant l'ouverture des recours-nullité aux cas d'excès de pouvoir[72]. À l'heure actuelle, seule la chambre commerciale exerce encore une faible résistance en jugeant que *« constitue un excès de pouvoir le fait pour un juge, de statuer sans que le débiteur ait été entendu ou dûment appelé »*[73].

L'aventure des recours-nullité montre que durant une dizaine d'années, la Cour de cassation n'a pas hésité à faire prédominer les principes procéduraux sur des règles techniques qui leurs étaient formellement supérieures. Particulièrement dans les procédures collectives, l'exclusion des recours trouvait sa source dans la loi, alors que les principes essentiels de la procédure civile étaient issus d'un texte réglementaire. En admettant les recours-nullité, la Cour de cassation ne s'est pas fondée sur le caractère constitutionnel ou conventionnel de certains de ces principes, comme elle peut le faire aujourd'hui lorsqu'elle vise l'article 6 Conv. EDH. Il y avait donc, dans l'esprit des hauts magistrats, une attitude subversive, dont l'explication tient en partie à la prééminence des principes sur les autres règles de la procédure. L'idée que les principes procéduraux incarnent des valeurs essentielles n'est pas inscrite dans la tradition française de la hiérarchie des normes, mais elle est présente dans les décisions rendues par les juges[74]. On peut regretter, à ce titre, que la Cour de cassation n'ait pas laissé perdurer cette jurisprudence, tant il peut paraître discutable qu'une décision de justice - qui viole des principes tels que le contradictoire, les droits de la défense ou l'obligation de motivation - ne puisse être attaquée, en toute circonstance, par une voie de nullité. La fonction subversive des principes procéduraux est en germe dans la jurisprudence de la Cour de cassation, mais ce mouvement est encore trop timide. Pourtant, l'évolution des principes directeurs montre le grand dynamisme de la Cour de cassation dans la création de nouveaux principes.

[72] Cass. ch. mixte, 28 janv. 2005, *Droit et procédure* 2005/4, p. 224, obs. DOUCHY-OUDOT, *D.* 2006, pan 548, obs. JULIEN et FRICERO.
[73] Cass. com., 16 juin 2009, n°08-13565.
[74] Les principes tiennent *« leur autorité et leur rayonnement de la source philosophique et morale à laquelle ils s'alimentent »* affirmait déjà B. JEANNEAU, *in* « La nature des principes généraux du droit en droit français », *Travaux de l'institut de droit comparé de l'université de Paris* 1962, t. 23, p. 203.

III. L'ÉVOLUTION CONTEMPORAINE DES PRINCIPES DE LA PROCÉDURE

Naissance de la catégorie des principes de procédure

La procédure civile moderne - qui débute avec l'adoption des premiers décrets de réforme du Code de procédure civile[75] - est marquée par l'empreinte de Motuslky et des principes directeurs du procès. Les principes étaient connus en doctrine depuis les années 30[76], mais le Code de 1975 a été réellement innovant, car il a identifié les règles essentielles de la procédure dans un chapitre intitulé *« principes directeurs du procès »*. Les principes de la procédure civile prennent ainsi place au sein d'une catégorie identifiée par le droit positif. Toutefois, ils ont une forme atypique. En effet, le premier chapitre du Code, consacré aux principes directeurs, ne contient que des règles techniques. Il y a là une contradiction que l'on ne peut comprendre, qu'à travers l'œuvre de Motulsky[77]. Pour ce dernier, l'identification des principes relève uniquement de l'œuvre doctrinale. Les principes sont des *« constructions intellectuelles »*[78]. C'est pour cette raison que les principes ne sont introduits dans le nouveau Code de procédure civile, qu'au travers de règles techniques. Tel est le cas du contradictoire, qui s'exprime par l'appel des parties, la communication entre elles ou la soumission du juge à la contradiction[79]. Plus encore, de nombreux principes procéduraux, qui s'inscrivent dans la tradition procédurale française, ne figurent pas parmi les principes directeurs. Ainsi en est-il de la motivation des décisions de justice ou de l'autorité de la chose jugée. En définitive, le nouveau Code de procédure civile constitue une étape majeure dans la consécration des principes procéduraux, mais la catégorie des principes demeure floue et disséminée. Une évolution très différente va succéder à la consécration des principes dans le nouveau Code. Elle est due au développement des droits fondamentaux.

Influence des droits fondamentaux sur l'évolution des principes procéduraux

L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la procédure civile va marquer l'évolution des principes durant les années 80, mais surtout au cours de la décennie suivante. On ne parle plus du principe dispositif, mais de l'impartialité,

[75] Le premier étant le Décret n°71-740 du 9 septembre 1971 qui contient les principes directeurs du procès.
[76] R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile,* 1ère éd., Sirey, Paris, 1932, pp. 462 et suiv. L'ouvrage comporte un chapitre évoquant les *« principes directeurs de la procédure française »*.
[77] H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, chron., p. 91.
[78] H. MOTULSKY, « Prolégomènes… », *précit.* L'auteur explique ainsi, *« il est (…) malaisé d'aller, dans un texte législatif ou réglementaire, au-delà de prescriptions que seule la pensée doctrinale peut regrouper en une construction intellectuelle »*.
[79] Art. 14 à 16 C. pr. civ.

de l'indépendance, de l'égalité des armes, de la célérité de la procédure ou encore du droit d'accès au juge. La Cour de cassation s'est progressivement emparée de l'article 6 Conv. EDH et les grandes décisions sont aussi connues qu'exemplaires. Elles ont conduit la Haute juridiction à modifier en substance certaines règles de procédure civile ou d'organisation judiciaire. Par exemple, dans un arrêt du 22 décembre 2000, l'Assemblée plénière a jugé que la composition de la Cour nationale de l'incapacité ne présentait pas les garanties d'impartialité et d'indépendance exigées par l'article 6 §1 Conv. EDH[80]. Dans ce sillage, l'Assemblée plénière a établi les critères d'impartialité exigés lorsque le juge des référés statue à deux reprises dans la même affaire[81].

Progressivement, les principes du procès équitable sont entrés dans le quotidien des juridictions et les arrêts portant sur des questions techniques se sont multipliés. Ainsi, les dispositions du Code de l'expropriation accordant des prérogatives exorbitantes au commissaire du gouvernement ont été jugées contraires au principe de l'égalité des armes par la Cour de cassation[82]. Dans un contexte très différent, la troisième chambre civile a affirmé que le droit d'accéder à un juge chargé de statuer sur ses prétentions interdit à une juridiction du fond de se prononcer sur la validité d'un mandat d'agir en justice donné par des copropriétaires au syndic. En déclarant la nullité de ce mandat, la Cour d'appel a ainsi violé l'article 6§1 de la Conv. EDH.

L'influence sur la procédure civile des principes inhérents au procès équitable est capitale. Les principes de l'article 6 §1 ne définissent pas une théorie du procès civil[83]. Cependant, ils marquent le procès de l'esprit des droits fondamentaux. Ils provoquent de nombreux bouleversements techniques et remettent parfois en cause les traditions profondément ancrées dans la procédure française. Tel a été le cas de la position du ministère public pendant le délibéré ou encore de la communication du rapport du conseiller rapporteur devant la Cour de cassation[84]. Les principes du procès équitable se distinguent nettement des principes directeurs du procès civil, tant dans l'esprit que dans la méthode. La Cour de cassation s'est approprié l'article 6 §1 et elle a appliqué cette stipulation de façon dynamique, mais les droits fondamentaux constituent, avant tout, une création du juge européen. C'est peut-être pour cette raison que la Cour de cassation a ouvert la voie d'une troisième ère des principes directeurs.

[80] Cass. Ass. plén. 22 décembre 2000, n° 99-11303 et 99-11615.4.
[81] Cass. Ass. plén., 6 nov. 1998, *JCP* 1998, II, 10198. Lorsque le juge des référés a pris une simple mesure conservatoire, celui-ci peut ensuite siéger dans la juridiction du fond sans que soit remise en cause son impartialité car sa décision prise en référé n'a pas créé un risque de préjugé. À l'inverse, lorsque le juge statue en référé sur une demande qui tend à l'attribution d'une provision, le juge doit apprécier le caractère non sérieusement contestable de l'obligation. Il se prononce sur le fond du litige et perd son impartialité.
[82] Cass. 3ème civ., 13 sept. 2005, n° 04-70154.
[83] Comme c'est le cas des principes directeurs du Code de procédure civile.
[84] Sur ces deux points, cf. not. S. GUINCHARD et *alii*, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 7ème éd., 2013, n°461 et suiv. ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, Montchrestien, 2ème éd., 2012, n°234.

Le renouveau jurisprudentiel des principes du droit interne

Depuis quelques années seulement, les grands arrêts se multiplient en procédure civile. Nombre d'entre eux sont rendus en Assemblée plénière ou en chambre mixte. Ces décisions donnent l'impression d'assister à la naissance des nouveaux principes directeurs du procès : concentration des moyens, loyauté procédurale, hiérarchie des moyens, droit à la preuve. En réalité, le phénomène est plus complexe qu'il n'y paraît. Certes, la Cour de cassation a rendu plusieurs décisions majeures pour la procédure civile dans une période assez courte. Mais toutes ces décisions n'ont pas débouché sur la création de nouveaux principes. Plusieurs d'entre elles ont marqué une rénovation de principes existants.

La rénovation des principes existants

Au premier plan des principes qui connaissent actuellement une importante mutation, figure l'autorité de la chose jugée. En affirmant qu'*« il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci »,* l'Assemblée plénière a soulevé, dans l'arrêt *Cesareo* du 7 juillet 2006[85], une importante controverse doctrinale et jurisprudentielle. Très rapidement, la concentration des moyens est apparue comme le principe émanant de cette décision[86]. Mais ce principe est consubstantiel à celui de l'autorité de la chose jugée. Il introduit l'idée qu'une modification des moyens entre deux procès ne change pas la cause du litige. L'identité de cause entraîne ainsi l'application de la fin de non-recevoir. Le principe de concentration a progressivement pris de l'ampleur en procédure civile, créant une scission entre les chambres qui ont cantonné son application aux moyens des parties[87] et celles qui ont étendu la concentration à certaines demandes[88]. La jurisprudence *Cesareo* a profondément modifié la physionomie de l'autorité de la chose jugée, en donnant de la cause une conception restrictive. Les prolongements de cet arrêt dans la jurisprudence de la première chambre civile et de la chambre commerciale ont également eu un impact sur l'objet du litige. Ainsi, l'obligation de concentrer les demandes relatives à la même cause remet en cause l'article 4 C. pr. civ., en interdisant aux parties de définir librement l'objet de leurs prétentions.

[85] Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, n°04-10.672, *JCP G* 2006, I, 183, n° 15, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2007, II, 10070, note G. WIEDERKEHR.

[86] Cette formule apparaît dans les conclusions de l'avocat général.

[87] Cass. 2ème civ., 23 sept. 2010, n°09-69730. Cass. 2ème civ., 26 mai 2011, n°10-16.735. Cass. 3ème civ., 11 janv. 2012, n°10-23.141.

[88] Cass. 1ère civ., 28 mai 2008, n°07-13.266, *« il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause »* ; Cass. com., 25 oct. 2011, n°10-21.383, *« il appartenait à la caution, défenderesse à l'action en paiement, de présenter, dès l'instance initiale, l'ensemble des moyens qu'elle estimait de nature à justifier le rejet total ou partiel de la demande ».*

L'autorité de la chose jugée a été touchée par un autre arrêt majeur rendu par l'Assemblée plénière, le 13 mars 2009[89]. En affirmant que « *l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif* », la Cour de cassation a condamné, implicitement mais fermement, la pratique des motifs décisifs et décisoires. La physionomie de l'autorité de la chose jugée a ainsi été précisée, notamment par la remise en cause de traditions procédurales qui avaient été validées en jurisprudence[90].

D'autres principes de la procédure civile ont été rénovés à travers des applications techniques essentielles. Ainsi, dans un arrêt d'Assemblée plénière rendu le 29 mai 2009[91], la Cour de cassation a consacré un principe que l'on pourrait dénommer « principe de hiérarchie des moyens ». Dans une affaire complexe relative à une prescription présomptive de paiement, la Haute juridiction a affirmé que « *ne peuvent constituer un aveu des conclusions par lesquelles, après avoir invoqué la prescription, une partie conteste, à titre subsidiaire, l'existence ou le montant d'une créance* ». Elle a ainsi consacré la formule du Professeur Perrot selon laquelle le « *subsidiaire n'est destiné à prendre le relais de la demande principale que si celle-ci est rejetée* »[92]. Dans cette affaire, le rapport du conseiller rapporteur fait clairement apparaître la volonté de créer un principe de hiérarchie des moyens. Mais la question demeure de savoir si ce principe possède une complète autonomie. On aurait tendance à rapprocher ce principe de l'idée de stratégie de défense des avocats. Ainsi, lorsqu'il concentre l'ensemble des moyens utiles à la défense, l'avocat présente à titre principal les moyens les plus efficaces et à titre subsidiaire, les moyens qu'il juge plus faillibles. Le respect par le juge de cette stratégie de hiérarchisation des moyens peut être rattaché aux droits de la défense.

La consécration de nouveaux principes

Parmi les grands arrêts créateurs de principes procéduraux, celui du 5 avril 2012 tient une place de choix. La Cour de cassation y affirme l'existence d'un droit à la preuve[93]. Mis en valeur dans un article célèbre du Professeur Goubeaux[94], le droit à la preuve est longtemps resté à l'état de principe doctrinal[95]. Il était défini comme le droit de produire une preuve que l'on détient, et son corollaire, le droit d'obtenir une preuve que l'on ne détient pas. Le droit à la preuve n'était pas reconnu en tant que principe

[89] Cass. Ass. Plén., 13 mars 2009, n°08-16.033.
[90] Cf. sur cette évolution, le Rapport du conseiller rapporteur, Mme Gabet, à propose de l'arrêt du 13 mars 2009 *précit*. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/arret_n_12315.html
[91] Cass. Ass. plén., 29 mai 2009, n°07-20.913.
[92] R. PERROT, « La portée d'un subsidiaire », *Procédures* 2007, comm. 57.
[93] Cass. 1ère civ., 5 avril 2012 n°11-14.177.
[94] G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », *in La preuve en droit,* Études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 277.
[95] Cf. la thèse de A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Bordeaux, 2007, publication LGDJ.

dans un texte ou en jurisprudence. Toutefois, l'analyse des règles techniques[96] donnait à penser que le nouveau Code de procédure civile contenait tous les éléments du droit à la preuve. Dans l'arrêt du 5 avril 2012, la première chambre civile a sanctionné une Cour d'appel qui n'avait pas recherché « *si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice* [par une partie] ***de son droit à la preuve****, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence*». L'arrêt reste abstrait sur le contenu du droit à la preuve. Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, un plaideur avait produit en justice une lettre familiale susceptible de porter atteinte à la vie privée et au secret des correspondances. L'arrêt porte donc sur le droit de produire les pièces que l'on détient. Il ne modifie pas en substance les règles relatives à l'obtention des preuves que l'on ne détient pas[97]. Toujours est-il que cet arrêt est essentiel en ce qu'il reconnaît la positivité d'un principe qui, jusque-là, demeurait à l'état latent.

L'autre principe reconnu récemment par la Cour de cassation est celui de la loyauté des débats. À l'instar du principe du droit à la preuve, la loyauté est d'abord apparue en doctrine[98]. Puis, elle a été déclinée par la Cour de cassation sous des formes différentes.

La Cour de cassation a reconnu l'existence de la loyauté de la preuve dans un arrêt rendu par la 2ème chambre civile en 2004[99], à propos de l'enregistrement d'une conversation téléphonique[100]. Cet arrêt fondateur a été rendu au double visa de l'article 9 C. pr. civ. et 6 Conv. EDH. La loyauté se rattache donc à l'exigence de licéité des preuves et au droit au procès équitable. Plus clairement encore, l'Assemblée plénière a visé en 2011 le principe de « *loyauté dans l'administration de la preuve* »[101]. Aujourd'hui, en application de ce principe, la Haute juridiction considère que la recherche d'une preuve à l'insu de son adversaire « *constitue un stratagème rendant illicite le moyen de preuve obtenu* »[102].

Parallèlement, le principe de loyauté s'est déployé en dehors du contentieux probatoire. On en trouve une expression claire dans la jurisprudence de la Cour de cassation à partir de 2003[103]. A ainsi été jugé contraire à la loyauté des débats, le comportement d'une partie qui consistait à tenter délibérément de « *surprendre son adversaire* »[104]. Toutefois, dans de nombreux arrêts, la loyauté des débats se confond avec le principe du contradictoire[105], de sorte que ce nouveau principe n'a pas trouvé

[96] Notamment celles sur les mesures d'instruction et la production forcée des pièces.
[97] La production forcée ou les mesures d'instruction.
[98] P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche de la preuve », *Mélanges Hugueney,* Sirey, Paris, 1964, p. 155 ; M.E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003.
[99] Cass civ. 2, 7 oct. 2004, bull. n°447, *D.* 2005, p. 122, note Ph. BONFILS.
[100] *« L'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue ».*
[101] Cass. Ass. plén., 7 janvier 2011, n°09-14.316 et 09-14.667.
[102] Cass. soc., 4 juill. 2012, n°11-30.266 à propos de l'utilisation de lettres piégées dans le contentieux prud'homal.
[103] Cass. 2ème civ., 23 oct. 2003, n°01-00.242.
[104] Cass. 2ème civ., 2 déc. 2004, n°02-20.194.
[105] La plupart des espèces concernent la communication des pièces (pièce non communiquée ou communiquée tardivement).

immédiatement sa propre identité. Les choses ont évolué avec la réception du mécanisme de l'estoppel en droit français. Il s'agit d'une règle selon laquelle un plaideur ne peut se contredire au détriment de son adversaire. L'estoppel est apparu dans la jurisprudence de la première chambre civile en 2005[106], puis il a été consacré par un arrêt d'Assemblée plénière en 2009[107]. Il permet de déclarer irrecevable une prétention ou un moyen allégué par une partie en rupture avec sa stratégie de défense. L'estoppel manifeste ainsi un changement brutal de cap dans la défense d'une partie[108]. Par exemple, il est caractérisé lorsqu'une partie participe activement à une procédure[109], puis invoque son défaut de personnalité morale afin de se soustraire à la procédure[110]. L'estoppel correspond à un comportement typiquement déloyal. C'est pour cette raison que la première chambre civile l'a rattaché en 2010 au « *principe de loyauté des débats* »[111]. Cette évolution montre que le principe de loyauté possède sa propre identité, indépendamment du principe du contradictoire.

Conclusion

Les principes de la procédure constituent une catégorie de normes, tout à la fois essentielles, tangibles et fuyantes. Les principes sont essentiels, car ils constituent les fondations de la procédure civile. Ils transcrivent, sous une forme normative, l'esprit et la philosophie du procès civil. Ils donnent des lignes directrices qui orientent l'interprétation des règles techniques. Les principes établissent ainsi des liens entre les finalités qui dominent la procédure et leurs applications concrètes. Par conséquent, les principes constituent de précieux outils dans les mains du juge. Celui-ci peut les utiliser pour interpréter les textes de procédure, mais également pour exercer un contrôle de conformité des règles techniques aux normes qui leurs sont supérieures. Les principes sont tangibles, car ils se manifestent sous la forme de normes juridiques, dans les textes de procédure ou dans la jurisprudence. Pris dans leur ensemble, ils constituent une catégorie particulière de normes, qui se distinguent des règles techniques. Toutefois, les principes sont fuyants, car la frontière entre principes et règles techniques est difficile à établir. Aucun critère formel n'est satisfaisant et les principes ne peuvent être identifiés qu'en combinant plusieurs critères matériels (généralité, continuité, flexibilité). De surcroît, ces critères résultent de l'observation scientifique, mais nul texte ne les consacre. Dès lors, la réunion des principes dans une catégorie juridique unitaire résulte d'une analyse doctrinale.

En définitive, la vitalité des principes trouve sa source dans l'évolution jurisprudentielle contemporaine. Sous l'influence du nouveau Code de procédure

[106] Cass. 1ère civ. , 6 juillet 2005, n°01-15912.
[107] Cass. Ass. plén., 27 fév. 2009, n°07-19.841.
[108] La Cour de cassation parle de « *changement de position, en droit, de nature à induire [l'adversaire] en erreur sur ses intentions* », Cass. 1ère civ., 3 févr. 2010, n°08-21288.
[109] Notamment en exerçant des voies de recours.
[110] Cass. com., 20 sept. 2011, n°10-22.888, *D.* 2011, act. p. 2345 ; *JCP G* 2011, note 1250, D. HOUTCIEFF.
[111] Cass. 1ère civ., 8 juill. 2010, n°09-14.280.

civile, puis de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a enrichi substantiellement la catégorie des principes de la procédure civile. Depuis le milieu des années 70, on assiste à leur montée en puissance. Non seulement, la jurisprudence crée ou consacre de nouveaux principes, mais encore, elle fait jouer à ces principes un rôle singulier qui redonne tout son sens à la formule de Boulanger : *« les principes règnent sur le droit positif ; ils en dirigent le développement »*[112].

[112] J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *Mélanges Ripert, précit.*

I. Les principes essentiels du procès à l'épreuve de la réforme de la procédure orale

Raison d'être et réformes de la procédure orale[1]

Yves STRICKLER
Agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis,
Directeur du Centre d'études et de recherches en droit des procédures (E.A. n° 1201)

Les hypothèses dans lesquels la procédure orale s'impose sont nombreuses. Sans en épuiser les cas, on rappellera la procédure devant le tribunal d'instance (art. 846 cpc), le tribunal de commerce (art. 860-1), le conseil de prud'hommes (art. R. 1453-3 C. trav.[2]), le tribunal paritaire des baux ruraux (art. 882), la Cour d'appel (pour la procédure sans représentation obligatoire, art. 946 cpc ou encore le contredit, art. 85[3]), et même, devant le tribunal de grande instance pour divers contentieux (celui relevant du juge de l'exécution par exemple). On signalera aussi, dans le Code de procédure civile, les procédures aux fins de mesures de protection des victimes de violences (art. 1136-6), le JAF (art. 1140), l'appel des décisions du juge des tutelles et des délibérations du conseil de famille (art. 1245), ou le mandat de protection future (art. 1259-3). Et encore, sans qu'aucun texte ne vienne poser la règle, l'application de la procédure orale en matière de référés.

Cette diversité ne peut *a priori* étonner, car, dans le domaine juridique comme dans la vie, l'écrit dessine, ainsi que l'énonce Georges Steiner, « un archipel dans les vastes eaux de l'oralité humaine »[4].

---

[1] En hommage à mon ami le président Marcel Foulon, et en souvenir de nos échanges et réflexions communs au lendemain du décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 *relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale*.

[2] *Adde* art. R. 1451-1 C. trav. : « Sous réserve des dispositions du présent code, la procédure devant les juridictions prud'homales est régie par les dispositions du livre premier du code de procédure civile ».

[3] En ce sens : Cass. 2e civ., 21 mars 2013, n° 12-15.326, *Bull. civ.* à paraître ; *Procédures* 2013. 139, comm. R. PERROT. *Adde* les instances intéressant les biens domaniaux : art. R. 162 C. domaine de l'État ; l'appel devant le premier président des décisions de visites domiciliaires : art. L. 16 B, L. 38 et R. 288-3 LPF ; art. L. 222-6 et L. 552-9 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

[4] G. STEINER, « La haine du livre », *Rev. Esprit*, janvier 2005, p. 6.

À l'oralité est attachée une image forte. Celle d'un juge accessible aisément, selon une procédure simple, qui réalise une économie de moyens pour le justiciable puisque la représentation n'y est habituellement pas obligatoire et que c'est l'appareil public qui procède aux convocations et notifications (ce qui cependant constitue une charge réelle pour les greffes)[5]. Et cette procédure orale se caractérise par le contact direct du juge et des justiciables, donnant ainsi une image d'humanité. On sait, au moins depuis le célèbre *obiter dictum* de Lord Hewart combien les apparences, en matière de justice, peuvent compter…[6]

L'écrit, lui, apparaît :

- plus précis tant au regard de l'apport des faits que des éléments juridiques,
- plus sûr : il évite tout souci de retranscription,
- plus utile dans la préparation de l'audience et la possibilité d'exercice ultérieur d'un contrôle,
- et même… plus confortable : il est loin le temps de la loi des *Ripuaires* qui imposait, pour le transfert de la propriété d'un bien immobilier, la présence d'un grand nombre de témoins et, pour assurer la mémoire de la transaction, non pas un écrit, mais des enfants en bas âge de même nombre que les témoins à qui l'on donnait une gifle ou tirait l'oreille pour que le souvenir du moment se conserve[7]. Ces enfants nous diraient aujourd'hui le progrès que peut représenter l'écrit !

Le droit de la preuve est dans une même direction : à partir d'un certain montant, les paroles ne suffisent plus.

En parallèle, dans les transactions économiques, le fait de ne pas passer par un instrument matérialisant l'expression financière passée est même une infraction pénale : si en principe un paiement en espèces ne peut être refusé, au contraire des autres instruments de paiement, il en va autrement dans des cas limitativement énoncés (art. L. 112-6 et s. Cmf). Dans ces cas, l'opération doit être réalisée par moyen de transcription à un compte (art. 1649 *quater* B Cgi). Cet impératif est renforcé par une amende de 15 000 E, qui « incombe pour moitié au particulier non commerçant qui a effectué le règlement et au vendeur de bien ou au prestataire de services qui l'a accepté, chacun étant solidairement tenu d'en assurer le règlement total » (art. 1749 Cgi).

Présentés ainsi, l'écrit offre plus d'avantages que l'oralité. Mais on sait que plus la procédure est formaliste et moins le justiciable peut exercer son droit d'agir de manière autonome, c'est-à-dire sans recours à un auxiliaire spécialisé. Et cela n'est pas voulu par le législateur, surtout dans les affaires pour lesquelles le rapport direct du juge et

[5] J.-L. GILLET, « Faut-il sauver l'oralité ? », in *Justices et droit du procès, Mélanges S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 709.
[6] Lord Heward : *Justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done* : « la justice ne doit pas seulement être rendue, mais il doit être manifestement et indubitablement visible qu'elle a été rendue (*R. v Sussex Justices Ex p. McCarthy* [1924] 1 K.B. 256).
[7] J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2002, n° 391.

des parties est souhaité (juge aux affaires familiales, juge des enfants, juge des tutelles, notamment). Mais il est une idée à rejeter dès l'entrée, qui est celle selon laquelle l'oralité serait réservée aux « petits litiges »[8] : non seulement il n'existe pas de petit litige pour celui qui le vit, mais les enjeux portés devant certaines juridictions où règne l'oralité, sont particulièrement importants et l'on songe notamment aux litiges du travail ou au droit économique, et ceux en référé.

Le principe de l'oralité tel qu'exprimé désormais par l'article 446-1 du Code de procédure civile montre d'ailleurs que le système mis en place n'est pas un système de « tout ou rien », exclusive oralité ou stricte procédure écrite, mais au contraire une alliance subtile ou qui devrait l'être, des deux : « Les parties présentent oralement à l'audience leurs prétentions et les moyens à leur soutien », mais « elles peuvent également se référer aux prétentions et aux moyens qu'elles auraient formulés par écrit ». Ce texte montre que l'oralité est maintenue dans notre droit à la place qui est la sienne ; ce sont toujours, pour reprendre l'expression de Georges Steiner, de vastes eaux (I). Mais, dans le même temps, l'énoncé même du texte indique que l'écrit n'est jamais très loin. La possibilité de se référer à des écrits existait certes antérieurement au décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 *relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale* issu des travaux de la Commission présidée par le Recteur Serge Guinchard[9], mais d'autres dispositions marquent désormais une restriction de l'oralité et l'archipel que forme l'écrit tend à se muter en un continent (II). Un mouvement ascendant et descendant semble alors s'imprimer dans l'évolution de la juridiction de l'oralité. En réalité et nous tenterons de le montrer tout au long de ce propos introductif, c'est davantage une recherche d'équilibre qui préside ce double mouvement.

I. LES VASTES EAUX DE L'ORALITÉ

Les règles qui régissent l'oralité ont été réunies en une présentation générale, mais n'ont pas été modifiées dans leur essence car, lorsque les mécanismes de la mise en état ou de la dispense de présentation à l'audience (que la pratique tend à nommer « dispense de comparution »), ne sont pas utilisés, ce sont les règles anciennes qui trouvent à s'appliquer. Dans cette perspective, la parole prime l'écrit (A), ce qui dans le fonctionnement des juridictions a pour conséquence la fiction de l'oralité (B).

[8] V. aussi J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5e éd., 2012, n° 626.

[9] Proposition n° 27 : « Sécurisation des procédures orales. Amélioration de la lisibilité de ces procédures, par la création de règles communes à toutes les procédures orales et la clarification de la procédure applicable devant le tribunal d'instance (revalorisation de la conciliation, réorganisation de la procédure aux fins de jugement).
Développement et consolidation des échanges écrits dans ce type de procédure, notamment pour permettre une mise en état sécurisée et une dispense de comparution des parties, spécialement devant le tribunal d'instance ».

A. La parole prime l'écrit

Seule compte la déclaration orale. Cette exigence impose normalement une présence physique de la partie à l'audience, ou sa représentation à celle-ci, car toute pièce ou écriture envoyée par la poste, par fax, ou déposée sans comparaître, est irrecevable (sous réserve de la demande d'aide juridictionnelle). Partant de là, deux hypothèses peuvent se rencontrer.

Dans la première, seule l'une des parties comparaît. Si c'est le demandeur qui, seul, comparaît, l'écrit reprend son rôle et le juge ne peut statuer que sur la demande figurant dans l'assignation. Et il en est de même si seul le défendeur comparaît, sauf à celui-ci à « demander au juge de déclarer la citation caduque » (art. 469, al. 2 Cpc[10]).

Dans la seconde hypothèse, toutes les parties sont présentes. C'est donc le dernier état de la demande qui sera retenu, donc une demande orale[11]. Et si le demandeur a formulé ses prétentions par plusieurs jeux d'écriture, ce sont les pièces et prétentions contenues dans les dernières écritures (même si la Haute juridiction, à la suite des avocats, fait souvent état de « conclusions ») qu'une partie a soutenues oralement à l'audience, et non les premières écritures, qui doivent être prises en compte par le juge. La Cour de cassation a dû –encore- très récemment rappeler cette règle de la procédure orale, le 6 juin 2013[12].

En procédure orale, l'instance est par conséquent liée par les débats et c'est la clôture de ceux-ci qui fige celle-là. Ce qui signifie qu'une demande nouvelle est recevable jusqu'à la clôture des débats. Seule compte, donc, la déclaration orale[13]. Ceci a pu susciter un doute concernant l'ordre de présentation des incidents de procédure. Mais on sait aujourd'hui que l'ordre chronologique de l'article 74 du Code de procédure civile subsiste[14], même si cet ordre ne joue que lorsque la partie concernée a la parole. Aussi, le défendeur qui dépose des écritures au fond avant l'audience peut encore soulever, à l'audience, des exceptions de procédure, à condition toutefois, lorsqu'il aura la parole, de commencer par elles !

---

[10] « Si, après avoir comparu, l'une des parties s'abstient d'accomplir les actes de la procédure dans les délais requis, le juge statue par jugement contradictoire au vu des éléments dont il dispose.
Le défendeur peut cependant demander au juge de déclarer la citation caduque ».

[11] De sorte que les constatations du juge en ce domaine font foi et s'imposent malgré d'éventuelles écritures contraires. Sur cette question, v. aussi *infra*.

[12] Cass. 2e civ., 6 juin 2013, n° 12-21.406, *Bull. civ.* à paraître. - Juridiction de proximité de Montpellier, 23 février 2010, *BICC* du 1er déc. 2013, n° 1413.

[13] Il s'ensuit qu'une déclaration orale peut constituer un aveu (cf. Cass. 1re civ., 3 février 1993, n° 91-12.714, *Bull. civ.* I, n° 57), à condition toutefois que ce soit dans la même instance (Cass. 3e civ., 29 mars 2011, n° 10-11.916, *Procédures* 2011. 194, comm. R. PERROT).

[14] Cass. 2e civ., 16 octobre 2003, n° 01-13.036, *Bull. civ.* II, n° 311. - 1er octobre 2009, n° 08-14.135, *Bull. civ.* II, n° 233 ; *RTD civ.* 2010. 153, obs. R. PERROT. V. aussi J.-D. BRETZNER, « Exception d'incompétence et oralité des débats : le triomphe de la parole sur l'écrit ? », *Gaz. Pal.* 1997. 1. 222. *Adde* CA Paris, Pôle 1, Ch. 2, 2 mars 2001, RG n° 10/24922 (irrecevabilité des exceptions d'incompétence qui n'avaient pas été soulevées simultanément avec celles de nullité).

Les prétentions orales sont cependant consignées dans un procès-verbal ou notées au dossier (art. 727).

Il est toutefois admis la notification d'écritures antérieures par les parties. Du point de vue terminologique, il n'existe pas au sens strict (celui de l'article 815) de « **conclusions** » en procédure orale, mais des « **prétentions écrites** » ou des « **écritures** ». Il s'ensuit que ne s'appliquent pas les articles 455 (selon lequel les conclusions indiquent leur date ; en procédure orale, la date des écrits est celle de l'audience[15], sauf cas de l'article 446-4[16]), 753 (les dernières conclusions et conclusions récapitulatives : la récapitulation ne concerne pas les écritures dans une procédure orale), ou encore 954 (propre aux conclusions d'appel[17]) ; d'ailleurs, si depuis le 1er janvier 2011[18], en appel, les conclusions sont structurées de manière à faire apparaître les prétentions récapitulées en un « dispositif », ceci n'existe pas pour les écritures.

L'écrit qui accompagne l'oralité peut ainsi être notifié avant l'audience, mais cette technique impose, nous aurons l'occasion d'y revenir, une vigilance accrue au regard du « temps utile » de l'article 15 du Code de procédure civile, selon lequel « Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ».

Sans cela, l'oralité n'est qu'un piège pour la contradiction comme pour la loyauté, et le renvoi sera utilisé en lieu et place de la mise en état[19&20].

Il faut aussi se souvenir que l'oralité est portée par une double présomption de vérité et de respect du principe de la contradiction. C'est :

[15] Cf. Cass. 2e civ., 8 juillet 2004, n° 03-17.039, *Bull. civ.* II, n° 381.
[16] « La date des prétentions et des moyens d'une partie régulièrement présentés par écrit est celle de leur communication entre parties ».
[17] Cass. 2e civ., 30 avril 2002, n° 00-15.917, *Bull. civ.* II, n° 82.
[18] Art. 11 du décr. n° 2009-1524 du 9-12-2009 *relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile*, *JO* du 11 déc. 2009, p. 21386 : « la cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif » (art. 954, al. 2 CPC).
[19] J.-L. GILLET, préc., p. 711.
[20] C'est pourquoi il peut être étonnant de relever, dans une espèce, que le dépôt « à la barre [de] quelques **cent quarante pages** de conclusions dactylographiées [a été admis, au motif du] caractère oral de la procédure : Cass. 3e civ., 30 janvier 2002, n° 00-13.486, *Bull. civ.* III, n° 16. V. *contra* : Cass. soc., 2 janv. 2009, n° 07-44.453, n° 07-44.493, n° 07-44.494 & n° 07-44.495. Rappr. Cass. 2e civ., 5 mars 2009, n° 08-13 ;826 : pièces écartées du débats car non communiquées en temps utile au sens des articles 15 et 135 CPC, selon les constatations souveraines des premiers juges.

B. La fiction de l'oralité

L'avantage de l'oralité par rapport à l'écrit se trouve dans ce que l'oral complète ou se substitue aux écritures, ce qui n'est pas possible en procédure écrite ; cet aspect positif de la possibilité d'adaptation à l'audience, permet aussi un rôle du juge plus actif et une procédure interactive (avec aussi, il faut le dire, le travail supplémentaire que cela implique : car il faut pour le juge, bien entrer dans le dossier avant l'audience et pour l'avocat, répondre aux questions que posera le juge ce qui implique une connaissance bien plus approfondie du dossier que lorsqu'on vise la simple perspective du dépôt du dossier de plaidoirie !).

Mais la preuve de la retranscription peut, parfois, poser souci.

Par conséquent, en procédure orale, les moyens *retenus par la décision*, y compris ceux soulevés d'office[21], sont présumés avoir été débattus contradictoirement, et les documents retenus par le juge sont, de même, présumés avoir été lus à l'audience et soumis à la discussion contradictoire[22].

On remarquera néanmoins que, s'agissant de l'application de l'article 76 Cpc en matière d'exception d'incompétence, la Cour de cassation exige qu'il résulte des énonciations du jugement que les parties ont été mises en demeure de fournir des explications sur le fond, quand bien même la procédure est orale[23].

Cette première présomption énoncée se double d'une autre, puisque *les prétentions écrites déposées contradictoirement à l'audience* « sont réputées avoir été lues » à l'audience[24]. Mieux encore : les écritures déposées avant l'audience et pour lesquelles la communication n'a donné lieu à aucune contestation sont réputées avoir été régulièrement produites et soumises à la libre discussion des parties.

Cela n'élimine pourtant pas certaines difficultés pratiques. Un exemple personnel récent : un dossier contre un opérateur de téléphonie mobile ; il envoie ses écritures au tribunal, par fax, et sur ma boîte mail, le jour précédant l'audience ; en procédure orale, des écritures non soutenues à l'audience sont inexistantes ! J'ai, conformément aux textes et à la jurisprudence de la Cour, limpide[25], demandé dès le lendemain à

[21] Cass. 2e civ., 28 novembre 2013, n° 12-22.587. - 15 décembre 2011, n° 10-27.759. - 17 mars 2011, n° 10-17.431.
[22] Par ex. Cass. 2e civ., 16 juin 2011, n° 10-15.479. - 20 mai 2010, n° 09-65.515 & n° 09-65.516.
[23] « Le juge peut, dans un même jugement, mais par des dispositions distinctes, se déclarer compétent et statuer sur le fond du litige, sauf à mettre préalablement les parties en demeure de conclure sur le fond ». Cass. 2e civ., 1er avril 2004, n° 02-14.303, *Bull. civ.* II, n° 148 (TI). - 18 mars 1992, n° 90-19.976, *Bull. civ.* II, n° 88 (TI). - 10 octobre 1990, n° 89-13915, *Bull. civ.* II, n° 189 (TI). - 14 novembre 1979, n° 78-14.468, *Bull. civ.* II, n° 267 (T. com. : l'arrêt d'appel, cassé, avait estimé que « la procédure devant le tribunal de commerce est orale et que les dispositions de l'article 76 (…) ne s'appliquent pas devant cette juridiction).
[24] CA Paris, Pôle 1, Ch. 2, 2 mars 2001, RG n° 10/24922.
[25] Par ex. Cass. 2e civ., 27 septembre 2012, n° 11-18.322, *Bull. civ.* II, n° 155. - 10 mars 2011, n° 10-30.577.

l'audience, que soit prononcée l'irrecevabilité de ces écritures non soutenues oralement par le défendeur (le déplacement était certainement un souci pour lui, mais il n'a pas demandé la dispense de présentation à l'audience) ; le juge de proximité opine du chef et me dit qu'il ne tiendra pas compte des écritures ; la greffière note. Hélas, je n'ai pas demandé à vérifier la retranscription de mes propos sur ce point, ce qui était peut-être un tort ; car dans le jugement, qui certes m'a donné gain de cause, mais là n'est pas la difficulté, il est écrit que le défendeur « non-comparant » a communiqué ses écritures et elles ont été intégrées dans le dossier[26]. Par quel mystère ? J'y vois l'immixtion et la transposition de la procédure écrite dans les habitudes des praticiens sans compter le poids de la contradiction, tout ceci au détriment du respect de la procédure orale. Au regard de la retranscription opérée[27], on perçoit que la présomption posée, bien que simple, est difficile à renverser et que la preuve contraire est en réalité impossible à apporter[28]. Et dans le même temps, il est un principe de réalité lié au fonctionnement normal des juridictions de l'oralité. Alors quelle solution apporter à cette difficulté ?

La solution consiste à atténuer l'oralité, ce qui passe par des écritures communiquées ou déposées à l'audience, ce dont il sera laissé trace au dossier avec la mention de la date pour éviter la prise en compte d'écritures qui n'auraient pas été soutenues à l'audience ; de plus, en cas de dépôt d'écritures, le juge doit demander au plaideur de lui signaler ce qui différencie ses propos de ses écrits puisque seules ces différences seront notées ; en outre, il conviendrait qu'une proposition de vérification des transcriptions opérées sur les points oralement développés devant la juridiction soit formulée par la juridiction.

Pour ce qui est de la mention de la date, l'application d'un timbre-dateur sera à recommander, mais le report sur l'écrit de la date, avec la signature du greffier, sera évidemment suffisant. On ajoutera que, lorsque les greffes apposent le timbre-dateur sur toute lettre ou écritures arrivant au tribunal, il conviendrait de les porter dans une cote à part pour le cas où l'expéditeur ne viendrait pas les soutenir à l'audience et donc, ne pas se contenter de classer ces pièces dans le dossier.

L'appui de l'écrit est désormais tel, qu'il se fait plus présent.

[26] Juge de proximité de Nice, 18 octobre 2013, *Strickler c/ Omea Telecom – Virgin mobile*, inédit, n° 419/13JD.
[27] Sur la question de la prise en compte des écritures par le juge, v. aussi *infra*.
[28] Ce qui explique les critiques de la doctrine, v. Dalloz Action S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 2012-2013, § 321-102, spéc. p. 722, « 2°) ».

II. L'ECRIT, UN « CONTINENT » EN DEVENIR

Si la procédure devant « une juridiction administrative [est] essentiellement écrite »[29], en procédure pénale, en revanche, l'oralité a toujours dominé dans la phase de l'audience de jugement. Atténuation au principe hiérarchique qui caractérise les membres du ministère public, l'adage « la plume est serve mais la parole est libre » illustre la domination de l'oralité en la matière. Mais, même en ce domaine de la procédure pénale, on constate une tendance restrictive de l'audience orale quand, dans une circulaire du Garde des Sceaux du 6 juin 2001[30], est recommandé qu'une audience sur une demi-journée ne puisse excéder une durée de six heures -délibéré compris- et qu'au-delà de la demi-journée, la limite soit de 8 voire, à titre exceptionnel, de 10 heures. Il n'en demeure pas moins que les dispositions pénales montrent que le législateur reste convaincu que l'expression directe de tous les intervenants à la procédure reste le meilleur moyen pour forger l'intime conviction du juge[31].

En procédure civile, la procédure suivie devant les juridictions pour lesquelles la représentation est obligatoire est le plus souvent écrite, bien que cela ne soit pas une règle absolue[32]. Pour les autres juridictions, l'oralité est –comme cela a été observé- la règle. Mais même en ce cas, les plaidoiries peuvent être réduites, voire se limiter à quelques observations quand elles ne sont pas purement et simplement abandonnées avec la pratique du dépôt du dossier de plaidoirie[33] et, (également) désormais, avec l'éventualité de la demande de dispense de présentation à l'audience de l'article 446-1, alinéa 2 du Code de procédure civile. Les avocats, eux-mêmes, véhiculent cette tendance lorsque, souvent, prenant la parole, ils s'excusent du temps qu'ils vont devoir prendre pour étayer, oralement, certains aspects du dossier, comme si l'oralité devenait gênante…

Le rappel des règles actuelles ajoutant à la prise en compte de l'écrit en procédure orale (A) précédera quelques propos sur de possibles simplifications à venir, partant de dispositions spéciales à certaines juridictions et préfigurant, peut-être, des règles plus générales (B).

[29] Cons. d'État, sect., 7 oct. 1991, *Tchouli*, Rec. 323. Rappr., pour le référé administratif, art. L. 522-1 CJA : « Le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire **écrite ou orale** ».
[30] Circ. n° SJ-01-134 ; v. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 9e éd., 2013, n° 2480, p. 1417.
[31] S. GUINCHARD et J. BUISSON, *ibidem*, p. 1418. Sans compter, comme le relèvent ces auteurs, que cela laisse une marge de, par ex. 8h00-14h00 pour une audience.
[32] *Adde* L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF – coll. Thémis, 2e éd., 2010, p. 402.
[33] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8e éd., 2013, n° 627, p. 500.

A. La prise en compte de l'écrit en procédure orale

Il s'agit ici, de parcourir les exceptions apportées à l'oralité : outre les actes introductifs de l'instance, qui sont normalement écrits[34], l'oralité ne permet pas d'échapper aux règles de droit commun de la preuve des articles 1341 et suivants du Code civil. De sorte que, lorsque la preuve littérale est requise, les pièces doivent être communiquées à l'adversaire (art. 15 CPC), même si en procédure orale cette communication peut être réalisée au moment de l'audience –au pire, un renvoi sera opéré si l'adversaire le demande dans le but de contester la preuve écrite[35]-.

Mais quand il ne s'agit pas d'alléguer une prétention, l'oralité ne s'impose plus et il a été admis qu'un écrit peut produire plein effet tant au regard de la prescription[36], que du délai de péremption[37], ou encore pour la prise en compte d'un désistement. En effet, une lettre de désistement qui est adressée au greffe fait immédiatement produire l'effet extinctif de l'instance. Pour cela, il suffit qu'elle soit antérieure au dépôt d'une demande incidente. Car, « lorsque dans une procédure orale une demande incidente a été formulée par un écrit déposé au greffe antérieurement au désistement d'appel, l'égalité des armes et l'exigence d'un procès équitable imposent qu'il soit statué sur la demande incidente soutenue à l'audience »[38]. Cette solution, retenue dans une espèce qui était celle d'une procédure en recouvrement d'honoraires (qui et aussi orale), est générale. Désormais, la date de réception des écritures au greffe est déterminante, étant rappelé qu'en procédure orale, il faudra cependant, pour leur validité, qu'elles aient encore été présentées à l'audience.

En outre, l'oralité n'est pas toujours exempte de charges pour les parties. On songe au principe de l'unité d'instance de l'article R. 1452-6 du Code du travail et donc, au principe de concentration des demandes qui y règne. Ou encore, plus spécifique à l'écrit, qui peut être une diligence, quand le juge a sollicité des parties la délivrance d'observations écrites : leur dépôt peut en effet constituer une diligence, lorsqu'il a été ordonné par la juridiction pour mettre l'affaire en état d'être jugée[39].

---

[34] Si c'est une assignation, l'article 56 impose l'indication des pièces sur bordereau annexé.

[35] Par application de l'article 16, le juge doit respecter et faire respecter le principe de la contradiction ; c'est aussi en raison du principe de contradiction qu'un plaideur ne peut pas, oralement, former une demande nouvelle ou reconventionnelle alors que son adversaire est défaillant : Cass. 1re civ., 15 mai 2007, n° 06-15.904, *Bull. civ.* I, n° 188.

[36] Ainsi, des écritures peuvent interrompre la prescription lorsque l'audience prévue doit se tenir après l'expiration de cette prescription, v. par ex. : Cass. soc., 9 mars 2005, n° 02-46.319, *D.* 2005. Inf. rap. 918 ; *RTD civ.* 2005. 452, obs. R. PERROT).

[37] L'envoi d'écritures à la partie adverse par télécopie présente un « caractère interruptif du délai de péremption » : Cass. com., 27 novembre 2012, n° 11-19.466.

[38] Cass. Ch. mixte, 13 mars 2009, n° 07-17.670, Bull. ch. mixte, n° 1 ; *D.* 2009. AJ. 880 ; *JCP* 2009. act. n° 166 ; *RTD civ.* 2009. 369, obs. R. PERROT.

[39] Cass. soc., 11 juin 2002, n° 00-42.654, *Bull. civ.* V, n° 202 : la cour d'appel a prononcé la radiation de l'affaire, en subordonnant la reprise de l'instance par l'appelante au dépôt de ses conclusions au fond ; par la suite et en l'absence de ce dépôt, l'arrêt constate la péremption de l'instance d'appel.

La réintroduction de l'écrit dans la procédure peut aussi avoir pour visée la sécurité que sa présence apporte. Non seulement comme nous l'avons vu[40], compte tenu de la présomption énoncée l'écrit peut marquer une trace dans le dossier, mais si une partie est présente à une audience et soutient oralement ses prétentions tout en déposant des écritures, « le juge [demeurera] saisi de celles-ci [et sera] tenu de statuer [dans une audience ultérieure] sur leur bien-fondé »[41].

Une solution spécifique concerne le renvoi après cassation (art. 634) puisque, devant la juridiction de renvoi, les parties qui ne comparaissent pas « sont réputées s'en tenir aux moyens et prétentions qu'elles avaient soumis à la juridiction dont la décision a été cassée ». Ce texte est applicable aux procédures orales[42].

Enfin, nouveautés issues du décret de 2010, la mise en état de la procédure orale, inspirée de la mise en état devant le tribunal de grande instance, comme l'introduction d'une procédure écrite par jeu de dispense, sont désormais pratiquées.

S'agissant de la dispense, elle vient, lorsqu'elle est autorisée, aménager l'oralité. Les parties peuvent en effet être autorisées à ne pas se présenter à l'audience, lorsqu'un texte spécial le prévoit. Une première audience doit cependant, normalement, se tenir[43]. À l'issue de cette audience, l'autorisation du juge permet de poursuivre la procédure par voie de lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par notification entre avocats[44].

Plus qu'un aménagement, le juge peut aussi « organiser les échanges entre les parties comparantes » (art. 446-2 CPC). Dans cette perspective et si l'on veut être efficace, il faut prévoir des dernières écritures (ce que permet l'art. 446-2, al. 2[45]), une

[40] *Supra* s'agissant des présomptions posées.

[41] Cass. 2e civ., 17 décembre 2009, n° 08-17.357, *Bull. civ.* II, n° 291. Il résulte de l'article 4 du Code de procédure civile, selon lequel l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties, qu'en matière de procédure orale, les conclusions écrites d'une partie, réitérées verbalement à l'audience, saisissent valablement le juge, et des articles 176 et 177 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 que la procédure de contestation du montant et du recouvrement des honoraires d'avocat est orale, d'où il suit que, dans le cadre de l'instance ouverte sur recours de la décision du bâtonnier, les conclusions écrites déposées avant la date fixée saisissent le premier président dès lors que leur auteur est personnellement présent ou régulièrement représenté à l'audience : Cass. 2e civ., 9 février 2012, n° 10-28.197, *Bull. civ.* II, n° 24 ; *RTD civ.* 2012. 374, obs. R. PERROT. *Adde* art. 469 : si, après comparution, une partie s'abstient, le juge statue par jugement contradictoire au vu des éléments dont il dispose, cf. CA Paris, 2 mars 2011, RG n° 10/24922.

[42] Cass. soc., 10 décembre 1997, n° 94-42.185, *Bull. civ.* V, n° 433.

[43] Cf. art. 847-1 : « La formation de jugement **qui organise les échanges entre les parties comparantes** peut, conformément au second alinéa de l'article 446-1, dispenser une partie qui en fait la demande de se présenter à une audience ultérieure ».

[44] La date à prendre en compte sera celle indiquée par les articles 668 et 669 CPC (et spéc. l'art. 667 : « la date de la notification par voie postale est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition, et, à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de la réception de la lettre »).

[45] « le juge peut, avec leur accord, prévoir qu'elles seront réputées avoir abandonné les prétentions et moyens non repris dans leurs dernières écritures communiquées ».

date butoir pour les écritures (al. 3[46]) et les communications de pièces (al. 4[47]), sans compter que le juge peut, ici aussi, inviter les parties à présenter des explications de fait et de droit (art. 446-3). À défaut, le juge « peut rappeler l'affaire à l'audience, en vue de la juger ou de la radier » (c'est-à-dire renvoyer au fond ou radier, mais puisqu'il doit rappeler l'affaire, il ne peut pas, immédiatement, statuer au fond !). Le juge peut cependant, pour donner pleine efficacité au texte, prévoir, d'une part, une date de communication d'écritures (par ex. le 15 décembre) et, d'autre part, une date de rappel de l'affaire (par ex. le 15 janvier) en précisant que si le dépôt le 15 décembre n'a pas été respecté, l'affaire pourra être plaidée le 15 janvier. Le juge peut enfin écarter des débats les prétentions, moyens et pièces communiquées **sans motif légitime** après la date fixée pour les échanges **et seulement quand** la tardivité a porté atteinte aux droits de la défense. Ces deux conditions de l'article 446-2, cumulatives, sont très restrictives de la sanction.

Peut-on encore simplifier davantage ?

B. Les simplifications à venir : des dispositions spéciales vers des règles générales ?

On a noté que lorsqu'une disposition particulière le prévoit, une demande de dispense peut être présentée au juge par une partie privée. Ainsi, les parties peuvent être autorisées à ne pas se présenter à l'audience et à formuler leurs prétentions et moyens par écrit. Ces dispositions particulières se retrouvent de manière assez répandue dans les procédures orales, sauf pour ce qui concerne les référés (mais il est vrai que l'oralité elle-même n'est pas expressément mentionnée par les textes), ou encore, s'agissant du contredit[48].

Il s'ensuit qu'en l'absence de dispense, les écritures des parties sont irrecevables si elles ne sont pas soutenues à l'audience[49]. Et avec la communication électronique, ce support moderne « ne supprime pas davantage la présence physique à l'audience de la partie ou de son représentant pour y faire référence »[50].

[46] « À défaut pour les parties de respecter les modalités de communication fixées par le juge, celui-ci peut rappeler l'affaire à l'audience, en vue de la juger ou de la radier ».
[47] « Le juge peut écarter des débats les prétentions, moyens et pièces communiqués sans motif légitime après la date fixée pour les échanges et dont la tardiveté porte atteinte aux droits de la défense ».
[48] Les dispositions particulières prévoyant cette faculté sont : TI et juge de proximité (art. 847-1), T. com. (art. 861-1), CA (art. 946), Jex (art. 13-1 du décr. du 31 juillet 1992), T. aff. sécu. soc. (art. R. 142-10 C. sécu. soc.), T. contentieux de l'incapacité (art. R. 143-10-1 C. sécu. soc.), Cour nationale de l'incapacité (art. R. 143-26 C. sécu. soc. ; pour les parties qui adressent un mémoire à la cour, v. art. R. 143-25).
[49] Civ. 2e, 27 septembre 2012, n° 11-18.322, *Bull. civ.* II, n° 155 ; *D.* 2013. 606, n° 7, obs. L. LEROY-GISSINGER et F. RENAULT-MALIGNAC ; *Procédures* 2012, n° 322, obs. R. Perrot.
[50] C. BRENNER et N. FRICERO (dir.), *La nouvelle procédure d'appel*, Lamy – coll. Axe droit, 2e éd., 2011, n° 294, p. 214.

On relève cependant des hypothèses simplifiées concernant notamment la procédure devant le juge de l'exécution, mais avec un doute à lever : dans sa rédaction issue du décret de 1992, l'art. 14 prévoyait que « Toute partie *peut aussi exposer ses moyens par lettre* adressée au juge de l'exécution, à condition de justifier que l'adversaire en a eu connaissance avant l'audience par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

La partie qui use de cette faculté peut ne pas se présenter à l'audience (…) ».

Le **nouveau texte** (art. R. 121-10 CPCE) déclare que c'est : « *En cours d'instance* [que] toute partie peut aussi exposer ses moyens par lettre adressée au juge de l'exécution [et que la] partie qui use de cette faculté peut ne pas se présenter à l'audience, *conformément au second alinéa de l'article 446-1 du code de procédure civile* » (c'est-à-dire sur autorisation du juge). Est-ce à dire qu'il faudra désormais obtenir l'autorisation du juge ? Si on se contente du principe général visé par le texte (possibilité d'une dérogation à l'oralité de la procédure) on pourra procéder comme par le passé, ce qui est conforme à l'objectif de simplicité et de sécurisation de la procédure que le texte entendait poursuivre ; mais si l'on s'en tient à une lecture strictement littérale de l'article 446-1, l'autorisation du juge sera désormais requise ! La simplicité plaide pour la première interprétation ; la possibilité d'un contrôle du juge sur l'organisation de la mise en état plaide pour la seconde analyse[51].

Un même souci de simplification apparaît s'agissant des délais de paiement. En effet l'article 847-2 CPC permet à l'auteur d'une demande de délai de paiement, s'il justifie avant l'audience que son adversaire en a été informé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (ce qui montre qu'il n'y a pas alors eu nécessité d'une première audience), de ne pas se présenter à l'audience. Mais là encore, le renvoi à l'art. 446-1 pourrait conduire à se demander si l'autorisation du juge n'impose pas tout de même une première comparution : la simplification de la procédure est ici aussi notable, mais, même lorsqu'il n'a qu'une demande de délai à formuler, le débiteur n'aurait-il pas intérêt à se présenter pour mieux pouvoir échanger sur les échéances et montants qu'il pourra assumer ?

Faut-il aller plus loin et généraliser la solution ? Je reprends mon litige contre l'opérateur de téléphonie : après deux années et deux semaines après la citation en justice de mon adversaire et un renvoi, pour un contrat d'une durée de deux ans, j'ai

[51] Selon un rédacteur du décret de 2010, le renvoi, dans les textes spéciaux, à l'article 446-1, a uniquement pour finalité de montrer qu'il s'agit bien d'une « disposition spéciale » telle qu'évoquée par l'article 446-1. Cette analyse de la démarche du pouvoir réglementaire est confortée à la lecture de la Circulaire du 24 janvier 2011 relative à la présentation du décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 *relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale* (NOR : JUSC1033666C), qui indique : « dans un souci de lisibilité, lorsqu'une telle disposition est insérée par le décret du 1er octobre 2010 dans une procédure particulière, elle renvoie alors expressément au régime du second alinéa de l'article 446-1 » ; et : « les précisions identiques qui figuraient à l'article 14 du décret du 31 juillet 1992 sont remplacées par un renvoi au second alinéa de l'article 446-1 ».

signalé tout à l'heure avoir obtenu un fax de mon adversaire la veille du jour de l'audience de plaidoirie, qu'il adressait également à la juridiction en signalant qu'il ne pourrait être présent le lendemain mais qu'il entendait que ses écritures soient prises en considération, ceci au nom de la contradiction. En l'état du droit positif, l'irrecevabilité de ces écrits était la seule voie attendue. Mais est-ce bien raisonnable ? Est-il raisonnable d'imposer à un plaideur de parcourir la distance parfois longue qui le sépare de la juridiction saisie alors qu'un rapide calcul économique montre que le coût cumulé des déplacements, séjour et temps représentent davantage que la valeur en litige ?

Il semblerait donc opportun d'aller vers l'admission d'une autorisation délivrée à la suite d'une demande écrite et non lors d'une audience imposant la présence physique de l'auteur de la demande de dispense. **Mais ceci à une condition stricte :** que l'on en profite pas pour jouer de l'effet de surprise et que l'on n'envoie pas les écritures et arguments nouvellement proposé la veille et même l'avant-veille de l'audience ! On ne peut vouloir s'alléger la tâche et continuer à alourdir celle de son adversaire !

Aussi, la **sanction du dépôt tardif des écritures serait-elle à renforcer dans un même mouvement**. *A priori*, l'armature judiciaire actuelle pourrait sembler suffisante à cet égard puisque le juge peut renvoyer l'affaire si des pièces décisives ont été communiquées, sans motif légitime, le jour même de l'audience mettant ainsi l'adversaire dans l'incapacité de répondre. Mais si c'est le défendeur qui tarde, le renvoi est plus problématique. Comment dans ces conditions éviter les renvois dilatoires tout en faisant respecter les droits de la défense ? En cas de dispense de présentation à l'audience, la sanction de l'irrecevabilité devrait pouvoir tomber tel un couperet à un nombre de jours précis, à convenir et fixer avant la date prévue pour l'audience. Le cadre d'organisation de la mise en état serait ainsi plus ferme.

On remarquera, au passage, que devant le tribunal de commerce, le *juge chargé d'instruire l'affaire* n'a pas la possibilité de rendre une ordonnance de clôture, de sorte que la mise en état devant le tribunal de commerce reste moins encadrée que celle prévalant devant le tribunal de grande instance.

Un président de chambre à la Cour de cassation se demandait récemment s'il fallait sauver l'oralité[52] et il a répondu à cette interrogation par l'affirmative, appelant à poursuivre la réflexion sur une conception rénovée de l'oralité. Le décret de 2010, tout en rassemblant en un même paragraphe du Code les principes généraux propres à la matière de l'oralité, a ouvert une porte vers une restriction de celle-ci ; « une restriction », mais non *une suppression*, qui aurait aboutit à une généralisation tous azimuts de l'écrit et à une professionnalisation complète des prétoires. La démarche engagée semble devoir être poursuivie en effet, non en termes d'opposition mais de complémentarité des techniques orales et écrites, car leur alliance est supérieure à leur opposition.

[52] J.-L. GILLET, « Faut-il sauver l'oralité ? », préc., p. 709.

La justice doit, d'abord, être efficace, dans le respect des droits fondamentaux. Et elle doit, aussi, demeurer « symboliquement familière »[53], ce que permet l'« îlot de proximité » que forme la procédure orale dans la montée des flots des écrits. Il faut, enfin, conserver à l'esprit la conception originaire et fondamentale du NCPC car, ainsi que l'indiquait l'un des pères de celui-ci, le professeur Cornu[54] : « Il faut une règle unique mais cette règle a vocation à s'appliquer devant des juridictions différentes non seulement par leur nature mais aussi par leur importance. Les mêmes règles sont destinées à s'appliquer à des affaires très complexes d'autres relativement simples. Il faut donc une règle assez souple, qui ait assez d'élasticité, assez d'étoffe, assez de réserve à donner dans son corps et ses marges pour s'appliquer devant toutes les juridictions, à toutes les affaires ».

Il est désormais temps d'entendre les déclinaisons des règles générales évoquées par leur mise en œuvre devant diverses juridictions spécialisées.

[53] J.-L. GILLET, préc., p. 710. Mais il faut aussi qu'elle soit familière à tous les intervenants à la procédure. Car cette procédure simple en apparence ne pourra survivre que si avocats, juges et greffiers apprennent à la mieux connaître.
[54] G. CORNU, *Les entretiens de Nice*, janvier 1976, *Rev. des huissiers*, 1er février 1977, p. 60.

La mise en œuvre de la réforme devant le tribunal d'instance

Emilie PECQUEUR,
Vice-présidente chargée du service du Tribunal d'instance d'Arras,
présidente de l'Association nationale des juges d'instance (ANJI)

Lieux d'une justice de proximité et du quotidien, les tribunaux d'instance restent très attachés à la procédure orale qui, à travers des règles procédurales simplifiées de saisine et de débats, permet de contribuer à l'apaisement des conflits. Pour autant de nombreuses critiques ont vu le jour concernant cette procédure, notamment en raison de sa rigidité, de l'obligation systématique de comparaître à l'audience pour soutenir ses demandes et conclusions, ce qui la conduisait,, selon certains commentateurs, à se « retourner » contre ceux qu'elle était censée protéger.

Le décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 rénove les règles de la procédure orale et l'audience civile devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité, d'une part en favorisant la conciliation, d'autre part en permettant la prise en compte d'écrits et en permettant la dispense de comparution. Sans entraîner de révolution dans les pratiques procédurales, le décret de 2010 a permis de donner un nouveau souffle à la conciliation, et d'adapter la procédure orale aux nécessités du litige et au besoin du justiciable.

I. UNE REVALORISATION BIENVENUE DE LA CONCILIATION

Sans étudier dans le détail toutes les dispositions relatives à la conciliation, il apparaît important de souligner la systématisation de la pratique de la double convocation permise par le décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010.

À travers la création des articles 129-1 à 129-5 du code de procédure civile pour les dispositions générales sur la conciliation, la modification du décret du 20 mars 1978

relatif aux conciliateurs et le nouvel article 845 du code de procédure civile pour le tribunal d'instance et la juridiction de proximité, le décret a permis de réglementer la délégation de la conciliation, pratique que certains tribunaux d'instance avaient mis en oeuvre par un système de double convocation.

La double convocation consiste pour des demandes formées par déclaration au greffe, à adresser aux parties, par lettre recommandée avec accusé de réception et lettre simple, une double date de convocation, la première, rapprochée - en général à un mois - devant le conciliateur, la seconde, plus éloignée, devant le tribunal ou la juridiction de proximité. Les parties sont donc dès le départ informées de la date à laquelle le litige sera évoqué et de la possibilité, au préalable de rencontrer le conciliateur.

Le fait d'être informé de la date d'audience devant le tribunal ou la juridiction de proximité tend à favoriser les tentatives de conciliation, en incitant les parties, qui ne craignent pas par cette démarche de voir l'examen de leur affaire retardé, à profiter de cette opportunité.

Selon les tribunaux qui l'ont mise en place, cette procédure est utilisée soit de manière systématique, pour toutes les déclarations au greffe, soit de manière ciblée, selon les contentieux définis par les magistrats et les conciliateurs, à charge pour le greffe de procéder à l'orientation à la réception de la déclaration.

Il est important de souligner que les conciliateurs ont de leur côté développé une pratique de la conciliation moderne, n'hésitant pas à utiliser téléphone et courriel pour communiquer avec les parties, et notamment les professionnels qui ainsi n'ont pas besoin de se déplacer. Ils ont également des contacts directs avec les services contentieux des principaux opérateurs internet et de téléphonie, leur permettant de résoudre la plupart des litiges.

Cette pratique donne de bons résultats, puisqu'elle permet de constater, quand les deux parties se présentent, un taux de conciliation proche de 90 %. À titre d'exemple, la juridiction de proximité de Lille n'a quasiment plus à connaître à l'audience de litige en matière de restitution de dépôt de garantie, d'internet et de téléphonie.

II. LA PROCÉDURE ORALE À L'AUDIENCE CIVILE

1. Les principes posés par la réforme

Le décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 rénove profondément les règles de la procédure orale :

- l'article 446-1 du code de procédure civile , après avoir défini le principe de l'oralité, instaure la possibilité d'autoriser les parties à formuler leurs prétentions et leurs moyens par écrit sans se présenter à l'audience.
- l'article 446-2 du dit code prévoit la possibilité pour le juge d'organiser les échanges entre les parties comparantes, en prévoyant les délais d'échange et les conditions de communication de leurs prétentions, moyens et pièces, avec l'accord de celles-ci, et de prévoir des conclusions récapitulatives toujours avec leur accord.

Il instaure ensuite les sanctions du non respect de ce contrat de procédure, à savoir d'une part la possibilité de rappeler l'affaire pour la juger ou la radier, en cas de non respect des délais prévus, et d'autre part d'écarter des débats les prétentions, moyens et pièces communiqués sans motif légitime après la date fixée pour les échanges, et dont la tardiveté porte atteinte aux droits de la défense.

Ces articles sont déclinés pour le tribunal d'instance et la juridiction de proximité dans les articles 847-1 et 2 du code de procédure civile. Le premier de ces articles permet au juge d'organiser les échanges entre les parties comparantes par lettre recommandée avec accusé de réception ou par notification entre avocat et, dans ce cas, de les dispenser de comparaître.

Le second autorise une partie à former une demande incidente de délai de paiement par écrit sans comparaître, cet écrit, accompagné des pièces justificatives, étant alors remis ou adressé au greffe du tribunal, sans qu'aucune forme particulière ne soit prévue. Il appartient alors au juge d'en donner connaissance aux autres parties lors de l'audience, à moins qu'il n'estime nécessaire de la faire notifier par le greffe par lettre recommandée avec accusé de réception, avant l'audience.

À côté de la procédure orale entendue au sens strict, ces textes permettent au juge, au cas par cas, de mettre en place des calendriers de procédure, de dispenser les parties de comparaître et de sécuriser l'écrit. Le principal intérêt du décret est qu'il n'impose pas des règles de procédure systématique, mais autorise le juge à moduler, en fonction du litige et de la situation des parties, l'organisation des débats en fonction des besoins et des nécessités des justiciables ou de leurs représentants.

2. Quelle application concrète dans les tribunaux d'instance ?

a. La mise en place de calendrier de procédure dans les audiences civiles

Il convient de rappeler que la mise en place d'un calendrier de procédure impose aux parties de comparaître au moins une fois à l'audience, les textes ne permettant pas à ce jour de formuler des demandes exclusivement par écrit à l'exception des demandes de délai de paiement.

Il apparaît que l'utilisation des nouvelles dispositions fait l'objet d'une application diversifiée, plus ou moins aboutie, selon la taille des tribunaux, la nature des contentieux et les besoins locaux - nécessité de rationaliser le temps d'audience, étendue plus ou moins grande des ressorts, présence plus ou moins fréquente de parties représentées par un conseil.

Peu de tribunaux ont fait le choix d'une application systématique d'un calendrier de procédure, avec mise en place d'une audience exclusivement dédiée à la mise en état, voire une mise en état hors audience. Cette mise en place nécessite en effet une mobilisation importante des magistrats, pour convaincre les greffes et les barreaux de l'utilité de cette organisation, très dérogatoire de la pratique habituelle au sein des tribunaux d'instance. On en trouve cependant quelques exemples, parfois couplés avec une pratique particulière, consistant à lisser les flux à l'entrée, en imposant aux auxiliaires de justice de prendre contact avec le greffe afin de solliciter une date avant de délivrer l'assignation. Dans ce cas, une véritable audience de mise en état est mise en place, au cours de laquelle sont éventuellement tranchés des incidents ou exceptions, avant un renvoi à une audience de plaidoirie.

Diverses autres pratiques peuvent être constatées dans l'utilisation plus ou moins marquée des possibilités offertes par le décret :

- l'organisation dossier par dossier d'un calendrier de procédure, avec dates prévues pour l'échange des pièces et des conclusions, et un rappel unique à une audience pour plaider ou radier. Le cas échéant, une dispense de comparution est autorisée pour les parties ou les conseils à l'audience de plaidoirie et la procédure sera, dans les faits, paradoxalement totalement écrite.
- la mise en place d'audience dites de « premier appel » au cours desquels sont appelées toutes les nouvelles affaires, et jugées celles qui sont immédiatement en état. Les affaires nécessitant une mise en état sont alors renvoyées à des audiences spécifiques, au cours desquels la mise en état est effectuée au fur et à mesure, et les affaires en état sont jugées. Dans ce cas, les tribunaux mettent souvent en place des « contrats de procédure » cadre avec le barreau, qui définissent un nombre de renvois déterminés, le dernier étant assorti d'un dernier avis avant radiation.

- l'utilisation « au coup par coup » des possibilités offertes par le décret, dans des audiences tout venant. Dans ce cas, le calendrier de procédure sera mis en place soit pour des séries de dossiers, soit au profit de parties présentes en personne, qui résident loin du tribunal , soit à la demande des avocats. L'expérience montre que la mise en place d'un calendrier de procédure avec dispense de comparaître est en général bien respecté par les justiciables en personne, dès lors que la procédure leur a été clairement expliquée lors de la première audience.

- enfin, l'utilisation de la dispense de comparution pour des justiciables en personne, qui viennent à l'audience sans formuler de demandes particulières autre que des délais de paiement, ou pour justifier de la mise en place d'un accord de paiement avec leur créancier ou d'un dossier de surendettement, alors qu'un renvoi sera ordonné, pour permettre aux autres parties soit de se mettre en état, soit de répondre à des moyens relevés d'office par le juge. Le décret permet dans ce cas d'acter les demandes du justiciable en personne, et de le dispenser de comparaître aux audiences suivantes, dès lors qu'il n'aura pas d'autre élément à apporter aux débats.

En tout état de cause, les tribunaux qui utilisent les possibilités offertes par le décret soulignent tous la nécessité de faire usage des sanctions prévues par l'article 446-2 du code de procédure civile, à savoir la radiation du dossier s'il n'est pas en état à l'audience prévue pour la plaidoirie, ou le rejet des pièces et conclusions communiquées tardivement sans motif légitime dès lors que cette tardiveté porte atteinte au droit de la défense, afin d'assurer l'efficience des contrats de procédure mis en place.

Cette possibilité d'écarter les pièces et conclusions tardives dans le cadre d'un contrat de procédure est une entorse importante aux règles classiques de la procédure orale, puisqu'avant l'entrée en vigueur du décret, ces demandes étaient recevables jusqu'au jour de l'audience, sauf la faculté pour le juge à renvoyer l'affaire pour permettre aux autres parties de répondre. Elle est encore mal connue des avocats, et a pu donner lieu à quelques grincements de dents lors de ses premières mises en oeuvre.

Le décret du 1er octobre 2010 introduit donc dans les règles de la procédure orale une souplesse qui a permis de rationaliser et d'améliorer la gestion des audiences civiles, en proposant une palette d'organisation qui va de la procédure quasi intégralement écrite, avec dispense de comparution à l'audience de plaidoirie, à une procédure strictement orale.

Une critique est cependant unanimement formulée par les magistrats concernant l'alinéa 2 de l'article 446-2 du code de procédure civile : celui-ci soumet en effet à l'accord des parties la possibilité d'exiger des conclusions récapitulatives, réintroduisant une insécurité dans la gestion des procédures pour le magistrat, sans apporter de garantie complémentaire au justiciable. Il serait donc opportun de prévoir l'obligation pour les parties de produire des conclusions récapitulatives, comme en matière de procédure écrite depuis le décret n° 98-1251 du 28 décembre 1998.

b. La demande de délai par écrit

L'article 847-2 du code de procédure civile permet aux parties de formuler une demande de délai de paiement sans jamais avoir comparu à l'audience. Le texte précise que dans ce cas, le jugement est rendu contradictoirement, mais que le tribunal ne fait droit à la demande principale que s'il l'estime recevable, régulière, et bien-fondée.

Deux éléments doivent en premier lieu être soulignés :

- seule les demandes de délai sont concernées par cette dérogation à l'obligation de comparaître à l'audience, aucune autre demande qui serait présentée par cette voie ne serait recevable.
- si le jugement rendu est contradictoire, en revanche, le texte prévoit, comme pour les jugements réputés contradictoires ou rendus par défaut, que le juge doit apprécier le caractère recevable, régulier et bien-fondé de la demande. La demande de délai ne vaut donc pas acquiescement à la demande principale, et ne prive pas le tribunal de la possibilité de relever d'office des moyens de droit, notamment en matière de crédit à la consommation.

Cette disposition, qui peut paraître anecdotique, a une importance pratique considérable dans les tribunaux d'instance et les juridictions de proximité. En effet, une part importante des justiciables concernés est en grande difficulté économique et sociale, et n'a pas nécessairement les moyens financiers ou de locomotions pour se rendre à l'audience. La réforme de la carte judiciaire a aggravé la situation, mettant une partie des justiciables à plus d'une heure de route pour se rendre à l'audience alors que l'une des préoccupations des juges d'instance était; déjà avant la réforme, d'inciter les justiciables à venir exposer leur situation.

De plus, le texte prévoit que la demande est présentée au greffe du tribunal, sans forme particulière (par courrier remis ou adressé), et notamment sans exigence d'une lettre recommandée avec accusé de réception, à charge pour le juge de donner connaissance de cette demande et des pièces qui y sont jointes lors de l'audience ou préalablement à celle-ci s'il l'estime nécessaire. Cette grande simplicité de présentation de la demande la rend particulièrement accessible et utile pour les justiciables les plus défavorisés. Elle est à rapprocher de la possibilité pour le juge, en matière de bail, d'accorder d'office des délais de paiement suspendant les effets de la clause résolutoire et de la mise en place de l'enquête de la plate-forme de prévention des expulsions, adressée exclusivement au tribunal qui en donne connaissance lors de l'audience, enquête qui contient souvent des éléments précieux pour apprécier la situation.

Reste que les courriers adressés au tribunal sont parfois sibyllins ou mal formulés : commençant par « cher juge » ou « votre honneur », ils décrivent une situation difficile

sans forcément formuler expressément de demande de délai, se contentant d'en appeler à l'indulgence ou la gentillesse du tribunal. Les tribunaux en font parfois une interprétation extensive, considérant qu'il y a dernière ces termes maladroits une demande implicite de délai de paiement. Mais cette difficulté conduit à s'interroger sur l'opportunité de prévoir que le juge puisse, en toute matière, accorder d'office des délais de paiement dès lors qu'il dispose d'éléments concrets sur la réalité financière du débiteur, délais qui permettent en général un recouvrement de la créance plus efficient qu'une condamnation sèche donnant lieu à de multiples actes d'exécution.

Le décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 ne répond pas à toutes les critiques formulées à l'encontre de la procédure orale. Notamment, il ne résout pas la question de la présomption du respect du principe de la contradiction par le juge, souvent critiquée par la doctrine, et continue d'exiger une comparution, du plaideur ou de son représentant, avant d'autoriser l'usage des écrits. Cependant, en réorganisant la conciliation, en définissant la procédure orale, en offrant au juge et aux parties un éventail de possibilité d'organisation des débats, et en permettant de former une demande de délai à distance, il permet d'assurer une plus grande efficacité dans le règlement de la variété des litiges présentés devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité. Une nouvelle évolution pourrait conduire à permettre de solliciter un contrat de procédure par écrit sans comparution obligatoire, d'imposer les conclusions récapitulatives en cas de contrat de procédure et de permettre au juge quand il dispose des éléments nécessaires d'accorder d'office des délais de paiement, autant d'élément qui permettrait de supprimer la distinction entre procédure écrite et procédure orale, et d'adapter les modes de règlement des litiges aux nécessités de chacun d'entre eux.

Dans la procédure devant les tribunaux des affaires de sécurité sociale et la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT)

Gérard POIROTTE,
Conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation

I. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RÉFORME DEVANT LE TRIBUNAL DES AFFAIRES DE SÉCURITÉ SOCIALE (TASS)

Devant le TASS, la procédure est orale ainsi qu'en dispose désormais expressément l'article R. 142-20-1 du code de la sécurité sociale. Les aménagements apportés à cette oralité par le décret du 1er octobre 2010 sont sensiblement identiques à ceux qui viennent d'être exposés à propos de la procédure applicable devant le tribunal d'instance, étant observé que les pouvoirs du juge d'instance au cours de la phase préalable au jugement de l'affaire sont exercés par le président de la formation de jugement du TASS. Les deux assesseurs, représentant respectivement les travailleurs salariés et les employeurs ou travailleurs indépendants[1], ne prennent pas part à cette phase.

Un point particulier mérite toutefois d'être souligné : outre la dispense de comparution qui, en application de l'article R. 142-20-2, alinéa 1er du code de la sécurité sociale, peut être accordée, par le président de la formation de jugement qui organise les échanges, aux parties qui demandent de ne pas se représenter à une audience ultérieure (dispense judiciaire de comparution), il existe une dispense légale de comparution, prévue par le second alinéa du même texte, dont bénéficie toute partie qui prend l'initiative d'exposer ses moyens par lettre, sous réserve de justifier qu'elle les a communiqués à son adversaire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Dans ce cas, cette partie a, de plein droit, la possibilité de ne pas

[1] Article L. 142-4 du Code de la sécurité sociale.

comparaître à l'audience, sauf si le juge ordonne sa comparution par application de l'article 446-1, alinéa 1 du code de procédure civile.

La même règle est également fixée par l'article R. 331-9-2 du code de la consommation pour les procédures de surendettement[2] ; l'article R. 143-10-1 du code de la sécurité sociale pour la procédure applicable devant le tribunal du contentieux de l'incapacité (TCI) ; l'article 1141 du code de procédure civile pour la procédure applicable en matière familiale ; l'article R. 121-10 du code des procédures civiles d'exécution pour la procédure applicable devant le juge de l'exécution[3].

Il se déduit de l'article R. 142-20-2, alinéa 2 du code de la sécurité sociale, la partie qui prendrait l'initiative de communiquer ses prétentions par écrit ne serait pas, pour autant, dispensée de comparaître à l'audience pour les exposer oralement, une telle dispense n'étant possible que sur autorisation du juge qui organise les échanges (R. 142-20-2, alinéa 1er).

En pratique, qui peut bénéficier de cette dispense légale de comparution ? On pense en premier lieu au défendeur qui n'émettrait aucune prétention. Mais il peut aussi s'agir de toute partie dont les prétentions ont déjà été présentées, dans le respect du principe de la contradiction, au cours d'une précédente audience à l'issue de laquelle les débats ont été renvoyés. Dans un tel cas en effet, la juridiction reste saisie de ces prétentions comme en a décidé la deuxième chambre civile de la Cour de cassation : Cass. civ. 2ème, 17 décembre 2009 n/ 08-17.357, bull. civ. II, 291. Il en va d'ailleurs de même si, à l'issue de cette précédente audience, une décision avant dire droit a été rendue (Cass. civ. 2ème, 9 avril 2009, n/ 07-44.389, bull. civ., II, 97) ou si l'affaire a été radiée (Cass. civ. 2ème, 6 décembre 2012, n/ 10-24.721, bull. civ., II, 201).

La circulaire d'application du décret du 1er octobre 20104[4], relève que la dispense légale de comparution s'applique tout particulièrement aux demandeurs qui ne souhaitent pas se déplacer à l'audience, ceux-ci ayant déjà saisi le TASS de leurs prétentions dans leur acte introductif d'instance. Il est vrai que rien n'interdit au demandeur dont les prétentions sont communiquées à la partie adverse par le greffe au moment de la convocation[5], de préciser ultérieurement ses moyens par lettre, mais est-il pour autant dispensé de comparaître pour exposer ses prétentions et, si oui, sur quel fondement ? Et, s'il s'abstient de le faire, ne faut-il pas, pour que le tribunal puisse statuer, que le défendeur requiert un jugement sur le fond, conformément aux dispositions de l'article 468, alinéa 1er du code de procédure civile ?

[2] Précédemment article 13-1 du décret du 31 juillet 1992 modifié.
[3] En dehors de ces cas, on trouve également une dispense légale de comparution dont peut seul bénéficier l'auteur d'une demande incidente de délai de paiement devant le tribunal d'instance (article 847-2 du code de procédure civile) ou devant le tribunal de commerce (respectivement, articles 847-2 et 861-2 du code de procédure civile).
[4] Circulaire du 24 janvier 2011, paragraphe 3.6.1.2
[5] Article R. 142-19 du code de la sécurité sociale.

Sur cette réquisition de statuer, la Cour de cassation a récemment apporté une pierre supplémentaire à l'édifice jurisprudentiel. On savait, depuis un arrêt de la chambre sociale du 14 mars 2007 (Cass. soc., 14 mars 2007, n/ 05-45.414, bull. civ., V, 50), que «*l'intimé* (mais on peut, en transposant, dire le défendeur) *qui, en l'absence de l'appelante à l'audience où les parties ont été convoquées, soumet oralement ses demandes à la cour d'appel, requiert nécessairement celle-ci de statuer sur le fond*». Dans un arrêt récent, la deuxième chambre civile a jugé que le défendeur, dispensé légalement de comparaître en application de l'article R. 331-9-2 du code de la consommation, dont les conclusions écrites demandaient la confirmation de la décision de la commission de surendettement contestée par le débiteur qui n'avait pas lui-même comparu à l'audience, ne pouvait être considéré comme requérant un jugement sur le fond : Cass. 2ème civ., 21 mars 2013, n/ 11-28.757, non publié[6].

***

Il peut-être intéressant de s'interroger sur l'application concrète de ces dispositions nouvelles par les présidents des formations de jugement des TASS.

Ceux-ci n'avaient pas attendu l'entrée en vigueur du décret du 1er octobre 2010 pour organiser les échanges entre parties afin d'éviter que des renvois inévitables et nombreux ne désorganisent totalement le rôle des audiences. Les nouvelles dispositions donnent un cadre réglementaire à cette pratique et prévoit la possibilité de sanctions en cas de non respect du calendrier qui, par hypothèse, doit avoir reçu l'accord des parties[7]. Certains présidents regrettent d'être obligés de convoquer une première fois les parties à l'audience avant la fixation du calendrier de procédure, sachant qu'il est très rare que l'affaire puisse être utilement débattue au cours de la première audience. Toutefois, sans la présence des parties ou de leur représentant à l'audience, il paraît difficile de recueillir, sur ce calendrier, l'assentiment de chacun, gage de son respect, voire même d'appréhender la réelle difficulté de l'affaire.

Dans la plupart des cas, il semble que les parties, même si elles remplissent les conditions pour le faire, ne demandent pas à être dispensées de se présenter à l'audience ou n'usent pas de leur dispense légale de comparution[8]. Certains présidents

[6] Arrêt rendu au visa, notamment, des articles 468 du code de procédure civile et R. 331-9-2 du code de la consommation : «Attendu que pour confirmer la décision d'irrecevabilité, le jugement constate que, M. et Mme X... ne comparaissant pas et n'ayant pas adressé d'observations écrites, l'affaire doit être retenue, que les créanciers n'ont pas comparu, que deux d'entre eux ont adressé des observations écrites en vue de déclarer leurs créances et qu'un troisième a sollicité par écrit, la confirmation de la décision de la commission ;
Qu'en statuant ainsi, alors qu'il n'était pas requis de statuer sur le fond, le juge de l'exécution a violé les textes susvisés».

[7] Article 446-3 du code de procédure civile.

[8] Ces informations m'ont été communiquées par des présidents de TASS situés dans de grandes agglomérations. Il es possible que la situation ne soit pas la même dans les zones plus rurales.

de TASS font d'ailleurs remarquer qu'une absence de débats est assez peu adaptée à la composition du cette juridiction. Il s'agit en effet, non seulement, d'une juridiction collégiale, mais encore d'une juridiction dont les deux assesseurs ne sont pas des magistrats professionnels et qui, en principe, ne prennent pas connaissance des pièces de procédure. En outre, la décision est arrêtée dès la fin de l'audience.

Il reste, bien évidemment, qu'une dispense de comparution est accordée si elle le souhaite à la partie dont le lieu de résidence est éloigné de la juridiction ou dont l'état de santé rend difficile le déplacement au tribunal.

Une partie dont la demande de dispense de comparution aurait été rejetée ou dont la comparution aurait été ordonnée en cas de dispense légale serait fondée à se présenter à l'audience sans s'expliquer autrement que par la référence à ses écritures. Cette solution résulte des termes même de l'article R. 446-1 du code de procédure civile[9]. D'une manière plus générale, et ainsi qu'en a jugé la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc., 17 juillet 1997, n/ 96-44.672, bull. civ., V, 281 « *le principe de l'oralité est respecté dès lors qu'une partie a comparu à l'audience en se faisant représenter par son avocat lequel n'était pas tenu de développer ses conclusions déposées à la barre*».

Il faut être prudent sur l'application de cette jurisprudence car il reste à déterminer le moment à partir duquel une partie ou son représentant est considéré comme comparant à l'audience : suffit-il qu'il soit présent, à l'ouverture de l'audience, lors de l'appel des causes, où doit-il l'être lorsque l'affaire est appelée, à l'ouverture des débats (le moment où le président présente son rapport ou, en l'absence de rapport donne la parole au demandeur).

Et que se passe-t-il si la partie qui a demandé et obtenu l'autorisation de ne pas se comparaître à l'audience s'y présente malgré tout et tient à former des observations orales ? Il n'existe pas encore de réponse en jurisprudence, mais on peut observer qu'aucun principe ni aucun texte ne paraît l'interdire.

La phase préalable au jugement ne comportant pas d'ordonnance de clôture, aucun texte n'interdit non plus a priori à cette partie de présenter, à cette occasion, des prétentions ou moyens nouveaux ou de produire une pièce nouvelle. Toutefois, le juge a la possibilité, par application de l'article 446-2, alinéa 3 du code de procédure civile, de les écarter a posteriori des débats, sauf s'il est justifié d'un motif légitime. S'il ne le fait pas, il doit renvoyer l'affaire pour permettre le respect du principe de la contradiction.

[9] «Les parties (…) peuvent également se référer aux prétentions et aux moyens qu'elles auraient formulés par écrit (…)».

II. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RÉFORME DEVANT LA COUR NATIONALE DE L'INCAPACITÉ ET DE LA TARIFICATION DE L'ASSURANCE DES ACCIDENTS DU TRAVAIL (CNITAAT)

Parmi les juridictions devant lesquelles la procédure est orale, la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT), juridiction peu connue, occupe une place particulière à plusieurs égards.

La CNITAAT a succédé, en 1994, à la commission nationale technique de la sécurité sociale mais son organisation a été profondément remaniée par la loi n/ 2002-73 du 17 janvier 2002, le législateur ayant tiré la conséquence d'un arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (Cass. ass. plén., 22 décembre 2000, bull. n/ 12), ayant jugé que la composition de cette juridiction, qui comprenait des fonctionnaires en activité ou honoraires du ministère chargé de la sécurité sociale ou du ministère de l'agriculture, ne garantissait pas son indépendance et son impartialité.

Depuis cette dernière réforme, la CNITAAT est une juridiction composée de magistrats du siège de l'ordre judiciaire et de représentants de travailleurs salariés, d'employeurs et de travailleurs indépendants. Chacune de ses quatre sections de jugement comporte trois juges : un magistrat professionnel qui la préside et deux échevins.

Comme son nom l'indique, il s'agit d'une juridiction à compétence nationale, siégeant à Amiens.

Sa compétence matérielle est double :

- elle est la juridiction d'appel des jugements rendus par les tribunaux du contentieux de l'incapacité (TCI) ;
- elle statue, en premier et dernier ressort, sur les contestations élevées[10] contre la fixation, par organismes de sécurité sociale compétents[11], du taux des cotisations d'accident du travail et de maladie professionnelle dont sont redevables les employeurs, *l'octroi de ristournes ou l'imposition de cotisations supplémentaires*. C'est ce qu'on appelle le contentieux de la tarification.

[10] Par les employeurs, le directeur régional du travail (ou, en matière agricole, le chef du service régional de l'inspection du travail ,de l'emploi et de la politique sociale agricoles).

[11] Caisses d'assurance retraite et de la santé au travail (CARSAT) et les caisses de mutualité sociale agricole (MSA).

La CNITAAT, qui compte, outre ses juges, 70 fonctionnaires, a rendu 5673 décisions en 2012, dont 3121 arrêts au fond. La part correspondant à la tarification a représenté 14 % de son activité[12].

La procédure applicable devant la CNITAAT est régie par les dispositions du livre 1er code de procédure civile sous réserve des dispositions des articles R. 143-20-1 et suivants du code de la sécurité sociale[13]13. L'article R. 143-26, alinéa 2, de ce code affirme le caractère oral de la procédure, mais l'écrit y a toujours occupé une place importante que la réforme résultant du décret du 1er octobre 2010 a encore accrue.

Les tempéraments apportés au principe de l'oralité répondent à une véritable nécessité. Comment pourrait-on imposer, sans aménager cette règle, la comparution, au coeur de la Picardie, de justiciables, souvent handicapés physiques ou mentaux, domiciliés sur le territoire métropolitain, outre-mer et à l'étranger (surtout Algérie, Tunisie, Maroc) ?

1. La place de l'écrit

Dès réception de l'acte d'appel, le secrétaire général de la CNITAAT invite les parties ou leur représentant, en commençant par l'appelant, à lui adresser leurs mémoire et pièces dans un délai de 20 jours[14] et l'intimé dispose du même délai pour répondre et communiquer ses pièces, avec possibilité de réplique pour l'appelant.

La procédure est semblable en matière de tarification, étant observé que le recours doit être accompagné d'un mémoire justificatif, ce qui permet au secrétaire général de demander, dès sa réception, le mémoire de la partie défenderesse[15].

À l'issue de cette phase, le président de la section à laquelle a été attribuée l'affaire[16], s'il estime qu'elle n'est pas en état d'être jugée, ouvre une instruction[17]. Dans les faits, le recours à l'instruction est systématique, même si l'appelant n'a pas adressé de mémoire. Dans le cas contraire, il n'est pas rare malgré tout que l'appelant comparaisse à l'audience et y présente des prétentions et moyens ou produise des pièces dont son adversaire n'a pas eu connaissance, ce qui rend nécessaire un renvoi et retarde de 6 mois le jugement de l'affaire.

[12] Rapport d'activité 2012 accessible sur le site internet de la CNITAAT.
[13] Article R. 143-20-1 du code de la sécurité sociale.
[14] Article R. 143-25 du code de la sécurité sociale.
[15] Article R. 143-22 du code de la sécurité sociale.
[16] Chacune des quatre sections est spécialisée : accident du travail et maladie professionnelle ; personnes handicapées : invalidité et inaptitude ; tarification et agricole.
[17] Article R. 143-27 du code de la sécurité sociale.

Au cours de cette instruction, le président dispose des pouvoirs classiques d'un magistrat de la mise en état : il peut inviter les parties, ou l'une d'elles, à fournir, dans tel délai, des explications ou à produire telle pièce ; il peut enjoindre à un tiers de communiquer une pièce, même sous astreinte ; il peut ordonner toute mesure d'instruction, et notamment une consultation ou une expertise confiée à ou plusieurs médecins experts, ce qu'il fait fréquemment compte tenu de la nature du contentieux.

Le président de section peut également constater la conciliation des parties et l'extinction de l'instance, trancher les difficultés relatives à la communication des pièces, joindre ou disjoindre des instances, déclarer l'appel irrecevable en tranchant, à cette occasion, toute question liée à la recevabilité de l'appel. Lorsqu'elles constatent l'extinction de l'instance ou l'irrecevabilité de l'appel, les décisions du président de section peuvent être déférées à la CNITAAT elle-même dans un délai de quinze jours à compter de leur notification[18].

Dans les faits, il est très rare que des moyens d'irrecevabilité d'appel soient soulevés, les parties, qui ne sont pas destinataires de l'acte d'appel, se le font rarement délivrer.

Les rapports de consultation, d'expertise ou les procès-verbaux d'enquête doivent être notifiés par le secrétaire général aux parties (ou au médecin désigné par elles pour les rapports médicaux), cette notification leur ouvrant un délai de 20 jours au cours duquel elles peuvent présenter des observations écrites[19].

Aucun texte n'offre la possibilité, pour le président de section, d'imposer aux parties la production de mémoires récapitulatifs, ce que les magistrats de la CNITAAT jugent regrettable.

À l'issue de l'instruction, une ordonnance de clôture est notifiée aux parties en même temps qu'est portée à leur connaissance la date à laquelle sera appelée l'affaire à l'audience, un délai minimum de prévenance de 15 jours devant être observé. À compter de cette notification, les parties qui ont auparavant adressé un mémoire à la cour ne peuvent, à peine d'irrecevabilité et sauf motif légitime, présenter des prétentions ou moyens nouveaux ou communiquer de nouvelles pièces[20].

L'ordonnance de clôture n'est donc pas opposable aux parties qui n'ont pas adressé d'écrit à la cour. Dans le cas contraire, que resterait-il du caractère oral de la procédure ?

[18] Article R. 143-27 du code de la sécurité sociale.
[19] Article R. 143-28 du code de la sécurité sociale.
[20] Article R. 143-28-1 du code de la sécurité sociale.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a récemment jugé qu'aucun texte n'imposait que les parties soient avisés à l'avance de la date à laquelle la clôture serait prononcée (Cass. 2ème civ., 11 juillet 2013, n/ 12-21.157). Dans les faits, les injonctions de conclure qui leur sont adressées mentionnent qu'à l'issue du délai qui leur est imparti pour produire leurs mémoires ou pièces, la clôture pourra être prononcée.

Notre Cour avait auparavant jugé, sous l'empire des textes applicables avant l'entrée en vigueur du décret du 1er octobre 2010, que la décision de révoquer l'ordonnance de clôture relève de l'appréciation souveraine de la CNITAAT (Cass. 2ème civ., 16 février 2012, n/ 11-12.617, bull. civ., II, 32). Rien, dans les nouveaux textes, ne paraît justifier une modification de cette jurisprudence.

Une particularité notable de la procédure devant la CNITAAT est le rôle qu'y joue son secrétaire général avant l'audience. Il est non seulement chargé de la notification des décisions du président de section, mais il lui incombe aussi un rôle d'intermédiaire entre les parties dans la transmission des mémoires et pièces[21], ce qui garantit un meilleur respect du principe de la contradiction.

2. La comparution des parties

a. Au cours de la phase préalable au jugement

Les parties ne sont en principe pas tenues de se déplacer au cours de la phase préalable au jugement de l'affaire : en matière de tarification, la CNITAAT est saisie par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à son secrétaire général[22] et les déclarations d'appel sont formées par déclaration faite ou adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au secrétariat du TCI qui a rendu le jugement[23].

Lorsqu'une instruction est ouverte, «*les décisions du président de la section en application de l'article R. 143-27 peuvent être prises sans audience préalable, après avoir, dans ce cas, recueilli les observations écrites des parties ou les avoir invitées à présenter leurs observations*», ainsi qu'en dispose l'article R. 143-26, dernier alinéa, du code de la sécurité sociale. Il se déduit de ce texte que le président de section peut décider d'organiser une audience préalable à laquelle sont alors convoquées les parties mais il semble que celles-ci peuvent s'abstenir de comparaître si elles ont présenté des observations écrites, même si le texte manque de précision.

[21] Article R. 143-25 du code de la sécurité sociale.
[22] Article R. 143-22 du code de la sécurité sociale.
[23] Article R. 143-24 du code de la sécurité sociale.

Mais qu'en est-il de l'audience au cours de laquelle la CNITAAT est appelée à statuer sur le déféré d'une ordonnance du président de section ? Les parties sont-elles dispensées de comparaître dans les mêmes conditions - que nous allons maintenant examiner - que pour l'audience du jugement ? Les textes sont muets sur ce point et la question n'a jamais été posée à la Cour de cassation.

b. Au cours de l'audience de jugement

L'article R. 143-26 du code de la sécurité sociale[24] prévoit, en son 3ème alinéa, une dispense légale de comparution au profit des parties qui ont adressé «à la cour un mémoire dans les conditions prévues par l'article R. 143-25» qui est consacré à la procédure d'appel et non à la procédure de tarification. Elles doivent être informées de ces dispositions lors de leur convocation[25]25. Le juge a, toutefois, la possibilité «d'ordonner que les parties se présentent devant lui» ainsi qu'en dispose l'article 446-1 du code de procédure civile auquel renvoie l'article R. 143-26, 3ème alinéa.

Il est permis de se demander, compte tenu de la rédaction de ce texte, si cette dispense légale de comparution s'applique en matière de tarification. Il est cependant possible de tirer argument de l'article R. 143-28-1, alinéa 1, applicable à toutes les procédures devant la CNITAAT, et selon lequel l'ordonnance de clôture doit rappeler les dispositions de l'article R. 143-26, 2ème et 3ème alinéas, pour soutenir la position contraire. La Cour de cassation n'a jamais eu à se prononcer sur ce point. Il apparaît au demeurant que, dans les faits, les parties sont presque toujours représentées à l'audience en matière de tarification.

La dispense légale de comparution constitue une innovation importante du décret du 1er octobre 2010 et met fin à de nombreuses difficultés. En raison de leur éloignement de la CNITAAT, il était fréquent que les justiciables ne fussent pas présents ni représentés lors de l'audience d'appel. Soucieuse de trancher les litiges dont elle était saisie dans des délais raisonnables, la CNITAAT prenait néanmoins en considération les mémoires que les parties lui avaient adressés. Celles-ci étaient d'autant moins enclines à comparaître que leur présence n'était pas particulièrement encouragée comme l'illustrent plusieurs arrêts de la Cour de cassation. Le dernier en date, Cass. 2ème civ., 11 juillet 2013, n/ 12-22.264, révèle que la convocation notifiée à

[24] Ce texte en son 1er alinéa, autorise les parties à se faire représenter par l'une des personnes mentionnées à l'article L. 144-3, c'est à dire par leur conjoint, un ascendant ou descendant en ligne directe, leur concubin ou la personne avec laquelle elles ont conclu un pacte civil de solidarité, un travailleur salarié ou un employeur ou un travailleur indépendant exerçant la même profession ou un représentant qualifié des organisations syndicales de salariés ou d'employeurs, un délégué des associations de mutilés et invalides du travail les plus représentatives ou pour les organismes de sécurité sociale, un administrateur ou un employé dudit organisme partie à l'instance l'employé d'un autre organisme de sécurité sociale.

[25] Article R. 143-28-1 du code de la sécurité sociale.

l'appelant pour une audience antérieure à l'entrée en vigueur du décret du 1er octobre 2010 l'invitait seulement à préciser, par courrier, s'il envisageait d'être présent, sans mentionner que sa comparution était obligatoire, à peine d'irrecevabilité de ses écritures et de ses pièces.

Cette pratique consistant à retenir l'affaire en l'absence de l'appelant, quels que fussent les mobiles qui l'inspiraient, heurtait une jurisprudence constante suivant laquelle, dans les procédures orales, il ne peut être suppléé à la non-comparution des parties par l'envoi de conclusions écrites. La Cour de cassation a dû rappeler, à de nombreuses reprises, que lorsque l'appelant n'était pas présent ni représenté, la juridiction d'appel n'était saisie d'aucun moyen d'appel et qu'elle ne pouvait statuer au fond, qu'il s'agisse de confirmer le jugement ou de l'infirmer en cas d'appel incident, que lorsque l'intimé le requérait conformément aux dispositions de l'article 468, alinéa 1er du code de procédure civile (par ex. Cass. civ. 2ème, 10 novembre 2011, n/ 10-23.275, *Bull. civ*., II, 210).

Cette jurisprudence n'est pas totalement périmée. Elle vaut encore lorsque la partie, qui n'a pas adressé de mémoire à la CNITAAT, n'est pas présente ni représentée à l'audience. Mais au-delà de cette situation, elle semble également conserver sa force lorsqu'aucune partie n'est présente ni représentée mais que seul l'intimé est dispensé de comparaître, à moins qu'il ait indiqué, dans ses observations écrites, qu'il requérait un arrêt sur le fond en l'absence de comparution de l'appelant. Une demande de confirmation du jugement serait insuffisante. C'est, en tout cas le sens de l'arrêt récemment rendu par la deuxième chambre civile en matière de surendettement, cité plus haut (Cass. 2ème civ., 21 mars 2013, n/ 11-28.757).

Le cas où une partie ferait valoir à l'audience des prétentions ou des moyens nouveaux est expressément prévu par l'article R. 143-29-1, alinéas 2 et 3[26], qui n'est qu'une application au cas particulier du principe général de la contradiction. S'il ne peut en être débattu immédiatement (par exemple, parce que l'autre partie, qui avait adressé un mémoire écrit, ne comparaît pas), il est nécessaire d'ordonner le renvoi à une audience ultérieure ou de recourir à la procédure d'instruction préalable avec, le cas échéant, rabat de l'ordonnance de clôture.

Il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante applicable à l'ensemble des procédures orales, les moyens retenus par le juge sont présumés, sauf

[26] Lorsque les parties font valoir à l'audience des prétentions ou des moyens nouveaux, la cour peut, sans préjudice de l'application du deuxième alinéa de l'article R. 143-28-1, retenir l'affaire si les parties sont en état d'en débattre contradictoirement, la renvoyer à une audience ultérieure ou, en cas de nécessité, en confier l'instruction au président de section en révoquant, s'il y a lieu, l'ordonnance de clôture. À moins que la cour ne retienne l'affaire ou ne déclare irrecevables les éléments nouveaux, ceux-ci sont portés à la connaissance des parties n'ayant pas comparu à l'audience à la diligence du secrétaire général de la cour.

preuvecontraire, avoir été débattus contradictoirement à l'audience (Par ex. Cass. soc., 4 avril 1990, n/ 87-60.131, *Bull. civ.* V, 167 ; 25 septembre 2013, n/ 12-20.310, en cours de publication), ce qui suppose évidemment que toutes les parties y soient présentes ou représentées[27].

Mais cette présomption vaut-elle, également, pour les moyens soulevés d'office par le juge (à supposer d'ailleurs que la lecture du jugement ou de l'arrêt permette de savoir que tel moyen a été soulevé par le juge) ?

Plusieurs arrêts répondent par l'affirmative en énonçant qu'en matière de procédure orale, les moyens soulevés d'office par le juge sont présumés, sauf preuve contraire, avoir été débattus contradictoirement à l'audience : par ex. Cass. soc., 29 mai 1985, n/84-60.595, *Bull. civ.*, V, 310 ; Cass. 2ème civ., 6 mars 2003, n/ 02-60.835, *Bull. civ.*, II, 54 ; 10 juillet 2008, n/ 07-13.027, *Bull. civ.*, II, 180 ; Cass. soc. 12 avril 2012, n/ 10-28.636 ; Cass. 2ème civ., 20 juin 2012, n/ 11-19.180 ; Cass. 1ère civ., 26 septembre 2013, n/ 12-23.065.

D'autres décisions assez récentes, dont aucune n'a été publiée, tout en admettant que la présomption joue même pour un moyen relevé d'office, estiment cependant que la preuve contraire est rapportée su les écritures des parties auxquelles renvoie l'arrêt ne comportent pas un tel moyen : Cass. Soc. 26 mai 2010, n° 08-42.742 ; 6 juillet 2011, n° 09-72.912 ; 19 juin 2013, n° 10-25.049, ce qui revient en fait à considérer que la présomption est inapplicable au moyen soulevé d'office.

[27] Étant observé qu'une partie qui était présente ou représentée n'est pas recevable, pour faire échec à la présomption, à se prévaloir de la violation du principe de la contradiction alléguée au préjudice de son adversaire : Cass. 2ème civ., 17 avril 2008, *Bull. civ.*, 99.

Dans la procédure devant les conseils de prud'homme et les chambres sociales des cours d'appel

Alain LACABARATS
Président de la chambre sociale de la Cour de cassation

Accessibilité, simplicité, rapidité : telles sont à la fois les caractéristiques et les buts assignés aux procédures orales applicables notamment devant les tribunaux d'instance (TI) et les juridictions sociales (tribunal des affaires de sécurité sociale – TASS - ; conseil de prud'hommes - CPH - ; chambres sociales des cours d'appel). Attachée notamment à la justice de proximité, à celle de l'urgence et aux litiges de la vie quotidienne, la procédure orale permet aux parties de présenter lors de leur comparution à l'audience, non seulement leurs prétentions et moyens, de droit ou de fait, mais aussi, en principe, de communiquer à cet instant de la procédure leurs éléments de preuve.

C'est alors au juge de veiller au principe de la contradiction :

- si l'affaire est simple et que l'adversaire est en mesure de répliquer à l'argumentation adverse, le juge peut retenir l'affaire (*Soc.*, 19 mars 1987 ; 7 mai 1987).

- dans les autres cas, il doit renvoyer l'affaire à une audience ultérieure (*Soc.*, 17 mars 1998, pourvoi n/ 95-41006).

Dans sa conception traditionnelle, la procédure orale n'était pas exempte de pièges et de dangers :

- pour les parties, astreintes à comparaître, personnellement ou par leurs représentants, pour que leurs prétentions, argumentations et pièces soient prises en considération ;

- pour la juridiction en charge, par le juge et/ou le greffier d'un recensement minutieux des prétentions et moyens invoqués et devant prêter une attention particulière au respect des droits de chaque partie.

Avant même le décret du 1er octobre 2010, la jurisprudence avait étendu aux procédures orales des caractéristiques de la procédure écrite :

- possibilité d'écarter les pièces produites par les parties, soit en cas de non-respect d'un délai de communication fixé par le juge (*Soc.*, 17 avril 1991, 89-41903), soit plus généralement si ces pièces n'ont pas été communiquées « en temps utile » (*Soc.*, 11 juillet 2000, 98-42455) ;

- obligation pour la juridiction de prendre en considération les conclusions présentées et soutenues oralement par une partie lors de sa première présentation à l'audience, même en cas d'absence de cette partie à l'audience à laquelle l'affaire a été renvoyée (Cass. 2e civ., 9 avril 2009, n/ 07-44389) ;

- obligation pour la juridiction de prendre en considération les demandes incidentes d'une partie ayant déposé un écrit avant le désistement du demandeur.

Cet écrit rend l'acceptation du désistement nécessaire (*Soc.*, 14 mars 2007, n/ 05-43351) et oblige la juridiction à statuer sur les demandes incidentes (Cass. ch. mixte, 13 mars 2009, n/ 07-17670), à condition toutefois que l'auteur des demandes incidentes les soutiennent à l'audience.

Le décret du 1er octobre 2010 a voulu remédier aux inconvénients et risques de la procédure orale, par quatre dispositions :

- article 446-1 du code de procédure civile (CPC) :

Le principe demeure de la présentation à l'audience des prétentions et moyens, formulés oralement ou par référence aux écrits contenant ces prétentions et moyens. Mais (second alinéa de ce texte), « lorsqu'une disposition particulière le prévoit », les parties peuvent être autorisées à formuler leurs prétentions et moyens par écrit, « sans se présenter à l'audience ». C'est une nouveauté importante, applicable devant toutes les juridictions spécialisées, à l'exception des CPH. Elle est applicable également devant la cour d'appel, dans les procédures sans représentation obligatoire (article 946 CPC).

- article 446-2 CPC :

Le texte prévoit l'organisation d'un calendrier de procédure, avec une radiation ou un rejet des débats des prétentions, moyens, pièces non communiqués, sans motif légitime, dans les délais fixés par le calendrier. Celui-ci est soumis à deux conditions : il est possible en cas de renvoi de l'affaire (donc après une première audience) ; il faut qu'il y ait un accord des parties. Ces dispositions sont applicables devant toutes les juridictions spécialisées, sauf le CPH. Elles sont aussi applicables devant la cour d'appel, dans les procédures sans représentation obligatoire (article 939 CPC).

- article 446-3 CPC :

Des pouvoirs d'instruction sont conférés au juge (demandes d'explications, en droit et en fait ; production de tous documents utiles, avec la possibilité pour le juge de tirer « toutes conséquences » de l'abstention des parties ou d'un refus).

- article 446-4 CPC :

Ce texte précise la date des prétentions et moyens formulés par écrit.

I. LA MISE EN OEUVRE DE LA RÉFORME DU 1er OCTOBRE 2010

A. Devant le Tribunal d'instance et le Tribunal des affaires de sécurité sociale

Pour le TI, il a été relevé grâce à l'intervention de Mme la présidente Pecqueur que le décret du 1er octobre 2010 avait permis de donner « un nouveau souffle à la conciliation », celle-ci atteignant parfois un taux tout à fait exceptionnel proche de 90%. De même, le décret a permis d'adapter la procédure orale aux nécessités du litige et aux besoins du justiciable, par exemple lorsqu'il permet au défendeur à une action en paiement de solliciter l'octroi d'un délai par simple courrier, sans obligation de comparution.

L'application des dispositions relatives au calendrier de procédure apparaît plus mitigée, dépendant beaucoup de la nature des contentieux et des spécificités locales. C'est un même sentiment mitigé qui apparaît lorsqu'ont été examinées par M. le conseiller Poirotte les dispositions du décret du 1er octobre 2010 devant les TASS, le regret étant parfois exprimé d'avoir à convoquer une première fois les parties à l'audience avant la fixation du calendrier de procédure. Il a aussi été remarqué que la dispense de comparution à l'audience apparaissait peu adaptée à la composition échevinale de la juridiction, même si elle est toutefois opportune, en particulier en cas d'éloignement ou de raisons de santé rendant difficile le déplacement au tribunal.

B. Devant la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT)

Pour la CNITAAT, il a été indiqué que les tempéraments apportés au principe de l'oralité répondaient à une véritable nécessité, en raison du caractère national de cette juridiction implantée à Amiens.

La réforme de 2010 n'a fait qu'accroître la place importante que l'écrit a toujours occupé dans sa procédure, prévue par le code de la sécurité sociale.

II. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RÉFORME DEVANT LES CHAMBRES SOCIALES DES COURS D'APPEL.

Les cours d'appel ont été interrogées par le service de documentation, des études et du rapport (SDER) de la Cour de cassation sur la mise en œuvre de la réforme de la procédure orale devant leurs chambres sociales. À la date du colloque, 25 cours d'appel avaient répondu aux questions posées relatives, d'une part à l'application du décret du 1er octobre 2010, d'autre part à l'existence de contrats de procédure ou autres formes de guides de bonnes pratiques élaborés localement.

L'intérêt de ces réponses est d'émaner d'un échantillon représentatif de ces cours : les plus importantes ont répondu, de même que des cours de taille moyenne ou les plus petites.

D'une manière générale, ces réponses font apparaître la rareté des affaires où les parties se présentent sans l'assistance d'un avocat ou d'un délégué syndical, de sorte que le dépôt de conclusions écrites est quasiment systématique. Une étude récente du ministère de la justice (*L'activité des conseils de prud'hommes de 2004 à 2012 : continuité et changements*, par Maud Guillonneau et Evelyne Serverin), datée du mois de septembre 2013, confirme cette tendance même devant les CPH.

En 2012, la proportion de demandeurs assistés ou représentés a été de 91%. Les demandeurs, qui sont à plus de 95% les salariés, sont assistés de plus en plus fréquemment par un avocat (82% en 2012), alors que la représentation par un délégué syndical tend à diminuer (26% en 2006 ; 16% en 2012).

Les cours d'appel manifestent également, comme le montre un nombre significatif de leurs réponses, le souci d'assurer la régulation des procédures d'appel pour éviter les communications de dernière minute et les renvois ou radiations qui en résultent, certaines réponses faisant état d'« une déperdition » de dossiers enrôlés pouvant parfois atteindre la moitié du rôle de chaque audience !

Parmi les dispositions du décret du 1er octobre 2010 ayant spécialement attiré l'attention des chambres sociales des cours d'appel, ce sont évidemment celles de l'article 446-2 CPC permettant d'organiser les échanges sous peine de sanctions procédurales qui sont apparues les plus pertinentes.

Mais ces dispositions font aussi l'objet de critiques largement partagées :

- la nécessité de convoquer les parties à une première audience au cours de laquelle devrait être discutée l'élaboration d'un calendrier de procédure.
- la nécessité d'obtenir l'accord des parties, rendu parfois illusoire par la trop fréquente absence de l'une d'elles à cette audience de pure procédure.

C'est pourquoi beaucoup de chambres sociales de cours d'appel font état de protocoles d'accord ou contrats de procédure, parfois bien antérieurs au décret du 1er octobre 2010, ayant pour objet, non seulement d'assurer un déroulement régulier et loyal des procédures par des calendriers d'échanges des écritures et pièces, mais aussi, assez fréquemment, de formaliser la présentation des conclusions et dossiers et de fournir aux parties une indication sur les échéances procédurales et la date prévisible de prononcé de l'arrêt.

On relève aussi dans certaines cours d'appel la pratique d'une fixation indicative unilatérale du déroulement de l'affaire, le document envoyé à cette fin aux parties lors de leur convocation précisant les modalités de dépôt et d'échange des écritures et pièces en vue de la date d'audience prévue dont la date est immédiatement indiquée.

Ce calendrier « unilatéral » est parfois proposé à la réception par la cour de la déclaration d'appel, ou après une première convocation des parties ayant pour objet de mesurer le degré de complexité de l'affaire. Certaines réponses précisent que le défaut de contestation du calendrier présenté aux parties est tenu pour un accord de celles-ci, au sens de l'article 446-2 susvisé. C'est en réalité, pour conclure, la spécificité de la procédure orale en appel qui est mise en cause à travers nombre de réponses fournies par les cours d'appel :

Certes, l'importance de l'audience, ouverte désormais fréquemment par un rapport permettant de mieux circonscrire les données du litige et poursuivie par une meilleure interactivité du débat judiciaire, est évoquée par quelques représentants des cours d'appel.

Mais, au regard notamment du nombre considérable d'affaires où les parties sont assistées ou représentées et la formalisation écrite tout aussi fréquente des prétentions et moyens, il est surtout regretté l'absence d'alignement de la procédure en matière sociale sur la procédure civile de droit commun avec mise en état, la souplesse traditionnellement attendue de la procédure actuellement applicable devant les chambres sociales des cours d'appel ne correspondant plus à la complexité croissante des litiges qui leur sont soumis, comme le montre l'étude précitée du ministère de la justice, et n'étant plus un gage de leur efficacité.

Si la procédure orale paraît devoir conserver toute sa valeur devant les juridictions spécialisées de première instance, même si les procédures devant ces juridictions tendent aussi progressivement à mieux assurer le respect de la contradiction par la promotion de l'écrit, il est en revanche certain que la question doit être sérieusement reconsidérée pour la procédure applicable aux chambres sociales des cours d'appel confrontées à un contentieux de masse puisquu'il faut le rappeler, plus de 60% des jugements des CPH font l'objet d'un appel.

II. Les principes essentiels du procès à l'épreuve de la réforme d'appel

Propos introductifs

Emmanuel JEULAND
Agrégé des Facultés de droit,
professeur à l'École de droit de la Sorbonne- Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,
membre du Centre de recherche sur la justice et le procès (IRJS)

On peut également s'interroger sur l'évolution de la forme écrite ou orale de la communication judiciaire. On peut pour cela se référer au débat entre Austin et Derrida sur l'oral et l'écrit dans la performativité du langage. Dans l'ouvrage d'Austin « quand dire c'est faire », tous les exemples sont juridiques et oraux (par exemple, le « Oui » prononcé lors du mariage crée la relation). C'est une théorie du droit qui valorise l'oral et l'intentionnalité. Pour Derrida, il ne faut pas dévaloriser l'écrit où pourtant il n'y a pas d'évènement mais du déjà-là (on a vu que sur les logiciels judiciaires on enregistre des évènements). Il cite Jacques la fataliste de Denis Diderot dans lequel le destin est déjà écrit[1]. Il critique la philosophie de l'être et de la présence et préfère une approche hors contexte des écrits pour permettre une communication. Le rapport de droit est le plus souvent écrit dans un contrat, par exemple). Dans la procédure dite écrite, le rapport de droit est prouvé par la communication de la preuve dite littérale (par exemple, le document contractuel). Dans la procédure orale, le rapport de droit est réactualisé par l'audience même si les documents écrits peuvent être invoqués. Le symbole est également déjà-là dans la mesure où il est inscrit dans nos gènes (il n'est pas besoin d'apprendre le sens du symbole de la mer pour en rêver à tout âge). La coïncidence est un évènement et se rattache dès lors à l'oral et à la simultanéité, elle vient perturber le rapport écrit mais qui est fragile dans sa performativité. Ce qui est écrit n'est pas immédiatement performatif comme une déclaration orale : imagine-t-on dans un mariage où le « Oui » ne soit pas prononcé mais écrit sur une feuille de papier ?

Un auteur italien, Massimo Vogliotti, considère que l'oralité se déplace et mute avec Internet. Ainsi un email, un SMS est proche de la forme orale. Il existe aujourd'hui

[1] V. *supra* chapitre 1.

comme l'affirme Michel Serres une crise de l'écrit en raison d'une oralité diffuse[2]. L'articulation entre écrit et oral se modifie et cela a un impact sur la procédure civile. Pour Michel Serres, ce qui signe la crise de l'écrit est la multiplication des textes de lois et des décrets. Pour lui le code d'Hammourabi a du être une réponse au développement incontrôlable des lois orales. De même, pour lui, aujourd'hui les nouvelles technologies sont une réponse à la multiplication des textes. Il ne s'agit pas de simplifier mais de réduire le complexe, il parle de simplexe.

Pourtant, on peut dire que les technologies de l'information et de la communication constituent encore de l'écrit. Il y aurait simplement eu un changement de support. À vrai dire, nous n'assistons pas seulement à un changement de support des actes processuels mais à un véritable changement de forme. On pourrait dire que l'on va vers une forme d'oral écrit, d'hybridation entre l'oral et l'écrit. À vrai dire on va vers quelque chose qui est davantage qu'une hybridation entre l'oral et l'écrit en ce qu'il comporte des éléments supplémentaires. On passe à la forme numérique en tant que mode de communication judiciaire par une déconstruction en multiples points.

Classiquement on considère qu'un écrit transmet une idée à un destinataire, qu'il est transparent et que le lecteur peut y retrouver l'intention de l'auteur. L'écrit est alors un mode de communication d'une intention consciente. Du coup, l'écrit est second par rapport à l'original qui est oral. Il y a une sorte de hiérarchie. Platon critiquait ainsi fortement l'écrit par rapport à l'oral dans le Phèdre en notant qu'il y a une perte de responsabilité de celui qui écrit et une séparation d'avec les relations sociales initiales, notamment avec le père de la personne qui écrit. De même, John Austin dans « Quand dire c'est faire » considère que les vrais actes performatifs sont oraux. Les écrits n'ont pas d'effet performatif, il ne crée pas un évènement, ils enregistrent un évènement. Par exemple, lors du mariage le oui crée le lien conjugal mais la signature de l'acte d'état civil ne fait qu'enregistrer la création du rapport. Austin prend d'ailleurs de nombreux exemples juridiques qui mettent en évidence la force de l'oral, les *speech acts* tels que parier ou baptiser un bateau avec une bouteille etc. Derrière cette hiérarchie oral/écrit, se cache toute la philosophie occidentale selon Derrida. Elle serait logocentrique, c'est-à-dire centrée sur la parole prononcée.

Cependant, l'articulation entre la procédure orale (qui privilégie l'audience, un écrit n'est pas nécessaire devant le conseil de prud'homme ou le tribunal de commerce) et la procédure écrite (qui privilégie les conclusions écrites, l'audience n'est pas nécessaire) en droit français est plutôt hiérarchique et inversée. La procédure écrite du TGI est le droit commun quand les procédures orales relèvent des tribunaux spécialisés. On croit repérer une progression vers la procédure écrite à travers la réforme de la procédure orale par le décret XXXX 2010 que l'on dit dès lors inaboutie. La procédure d'appel est principalement écrite comme la procédure de la Cour de cassation ce qui révèle à nouveau une hiérarchie favorable à l'écrit. On peut y reconnaitre les origines romaines et administratives de la procédure civile française sous l'ancien régime. L'écrit paraît résister puisque l'audience disparaît

[2] Petite poucette, précit.

progressivement devant le TGI dans une mise en état entièrement informatisée. Le jugement lui-même n'est plus prononcé mais déposé au greffe (de plus en plus sous forme électronique). Il s'opère cependant un changement d'esprit voire un changement de forme. La procédure civile se caractérise depuis l'ancien régime par un délicat équilibre entre procédure orale et procédure écrite et à l'intérieur même de ces procédures entre des phases écrites et des phases orales, d'importance inversée selon le type de procédure. C'est cet équilibre qui me paraît en plein changement sans qu'il soit aisé d'en mesurer la portée. La procédure est le droit de la forme, pour paraphraser Bourdieu : le droit qui permet de mettre les formes pour sortir d'un conflit, or avec les nouvelles technologies la forme change.

Il y a écrit, selon Derrida, quand trois aspects sont présents : 1) quand le moyen de communication continue d'exister malgré la disparition de son auteur, 2) quand sa signification n'est plus contrainte par son contexte, telle que l'intention de l'auteur et 3) curieusement quand les signes sont séparés par des espaces. À l'inverse, il y a oralité quand 1) des consciences présentes constituent le contexte et déterminent l'intention de l'auteur 2) quand les signes ne peuvent pas avoir plusieurs sens et donc qu'il n'y a pas de dissémination du sens possible ; 3) quand l'expression crée un évènement alors que l'échec de la communication est du à un évènement simultané et extérieur. Dans un mariage, par exemple, le « Oui » peut ne pas être prononcée si une personne extérieure fait connaître une cause d'empêchement du mariage. De même, la communication par les nouvelles technologies peut échouer s'il existe une cause étrangère. Il faut aussi une communication simultanée des pièces et des conclusions en matière électronique. Le RPVA (réseau privé virtuel des avocats) et le RPVJ (réseau privé virtuel de la Justice) sont des contextes impliquant le sens des actes processuels. On enregistre les actes de la mise en état sur Winci TGI comme des évènements comme s'ils étaient réellement arrivés en présentiel. Tout se passe comme si l'écrit informatique dans le système judiciaire aujourd'hui avait les caractères de l'oral. On peut ajouter qu'on essaie d'éviter que des arguments aient plusieurs sens possibles par la structuration des écritures et la récapitulation des conclusions.

Une technologie n'est jamais neutre pour la procédure civile qu'elle modifie. On sait, depuis les œuvres de Jacques Ellul que les nouvelles technologies constituent un véritable système dont il importe de prendre conscience pour éviter les pièges et que tout avantage d'une nouvelle technologie implique des défauts équivalents : le traitement de masse, les atteintes à la singularité d'une affaire, l'excessive rapidité mais aussi des magistrats débordés et isolés, l'absence des parties. Certes, dans les TGI, le magistrat a sa porte ouverte un certain jour de la semaine pour discuter du dossier avec les avocats. Pourtant, avec les emails et un certain traitement en temps direct, l'immédiateté, on vit dans une oralité écrite. On fait descendre la procédure écrite en seconde division tout en donnant l'impression de la portée au pinacle. Car ce qui manque est la distanciation, le fameux espacement des lettres de Derrida et aussi la différance avec un a, le fait de différer le traitement d'un écrit, de prendre ses distances. On perd les avantages de l'écrit qui est de permettre de sortir d'un contexte et de se donner du temps et de l'espace. Aujourd'hui on se demande s'il n'y a pas une

esquive généralisée et une trop grande absence de confrontation directe entre les parties et le juge. Il peut ne plus y avoir d'audience, donc on parle d'un principe de présence, comme cela existe en Espagne. Mais y a-t-il encore besoin d'une audience si toute la mise en état qui devrait permettre de prendre ses distances n'est qu'une forme informatisée de l'oralité ? De même la procédure d'appel comprend un calendrier de procédure rigide qui n'est pas sans faire penser à la chronologie des débats au cours d'une audience.

Qu'est-ce qui change exactement du point de vue de la forme ? On voit disparaître complètement l'oralité dans les procédures écrites devant le TGI et devant la Cour d'appel. La conférence initiale de procédure prend maintenant la forme d'une série d'échanges d'emails. Les échanges d'email peuvent être vus comme de nouvelle forme d'oralité. Les audiences peuvent disparaître mais quand elles existent on voudrait (décret 2005 XXX) qu'elles soient interactives (cette possibilité n'est guère pratiquée). Dans les procédures orales, on l'a vu, l'écrit gagne du terrain mais l'oral résiste, l'écrit qui gagne du terrain prend la forme des nouvelles technologies. Assiste-t-on à une hybridation des procédures ? Ce qui caractérise l'oralité, on l'a vu c'est la simultanéité, la spontanéité, l'évènementialité, la présence des participants, la publicité, l'effet performatif aussi du jugement prononcé oralement sur le siège. On a toujours un peu la nostalgie de cette justice de paix que l'on espère retrouver avec la médiation. L'écrit, c'est le décalage dans le temps, des paroles qui restent, une permanence, une désynchronisation et une absence phyique des participants. Quand on dit que l'écrit devient oral avec les nouvelles technologies on veut dire précisément que l'écrit redevient simultané, échangé de manière décalé certes mais rapproché dans le temps comme dans une audience orale, resynchronisé. L'absence des parties peut être compensée par la vidéoconférence. À l'avenir le dossier de l'affaire sera sans doute accessible par tous les participants. Le calendrier de la Cour d'appel, par sa rigidité, se met à ressembler à la chronologie des débats. À l'inverse, l'oral se fait moins simultané dans la procédure orale, se décale, l'audience peut disparaître. Est-ce que les deux procédures se rapprochent pour à terme n'en former qu'une seule qui serait orale/écrite et donc hybride. Il se pourrait aussi que la procédure change de forme et ne soit ni écrite ni orale mais numérique par le biais des nouvelles technologies. Ce qui est nouveau avec le numérique est le fait de de découper en minuscules morceaux des éléments, des images, des sons, des mots et de les traiter et restituer selon des processus d'encodage et recodage. On le voit aujourd'hui à l'œuvre dans la justice avec les bases de données de jurisprudence, la recherche par mots clef, qui induisent un changement de méthode dans la fabrication du droit. À vrai dire, le droit a depuis toujours traduit en code le vivant. Comme le dit Michel Serres, on encode des personnes avec l'ADN, une série de chiffre, on encode de même les relations entre les personnes par des textes juridiques et des décisions juridictionnelles. Le droit est aujourd'hui rattrapé par les technologies qui encodent et mettent en algorithme ainsi que sous forme de processus. Michel Serres écrit à ce propos : « le collectif, le technologique, l'organisationnel … se soumettent plus aujourd'hui à ce cognitif algorithmique ou procédural qu'aux abstractions déclaratives que la philosophie a

consacrées depuis deux millénaires ? ». Il s'agit de l'idéologie de la présence et de l'être que critique Derrida en défendant l'écrit contre John Austin. D'une certaine façon la procédure a été rattrapée.**** Elle souffre aussi d'être dans un monde qui lui ressemble pour résoudre des problèmes ex atterrissage d'un avion, opération chirurgicale, un processus précis et informatisé par codage et encodage, , comment lier le singulier au général avec l'hyperinflation des lois, par un encodage, la nomenclature des affaires en est un, la recherche par mots clefs.

La crise de l'écrit n'est pas la fin de l'écrit. Il faut le penser autrement, pour réduire la complexité dit il on passe au code il dit que le code Hammourabi a été écrit pour régler un problème de connaissance du droit oral, une question de pouvoir et de centralisation aussi. Au cœur de la procédure se situe le justiciables que l'on encode, que l'on met en processus, les nt le transforme en données personnelles. Les banques de données se croisent au plan national et européen. Je crois que ce problème n'est pas encore posé clairement en procédure civile, dans le dossier les pièces sont en format PDF mais des logiciels existent pour les transformer en fichier texte. Définition du sujet à partir de son internet protocole IP, nouvelle interaction collective que les artistes expérimentent (Lambert[3]), une belle image d'un maître de conférence en arts plastiques : « l'artiste n'est plus dans une logique de point de fuite où il se situe comme élément central unique dans la poïese de l'œuvre, mais dans un dispositif où c'est le code, en tant que matrice à la fois technique et symbolique, qui devient cet élément central ». Le code est la partie cachée du dispositif auquel a accès le programmeur. Je ne sais pas si cela a une conséquence sur la procédure judiciaire. Un juge d'instruction se plaint cependant de ce qu'il ne bénéficie plus d'une totale garantie de confidentialité de son instruction car des programmeurs y ont accès. Ceci dit Derrida se méfiait de la notion de code qui n'est peut-être pas si claire que cela aujourd'hui. On voit une évolution très nette de la manière de travailler des juges qui vont de point en point, tout en se référant à des masses beaucoup plus importantes qu'avant de jurisprudence. Il y a une façon nouvelle de raisonner. On n'est plus dans une dialectique judiciaire qui se déroule dans le temps et qui passe d'argument en argument. Une nouvelle rhétorique apparaît avec les nouvelles technologies. Les points importants sont distingués des points secondaires qui sont éliminés. L'on se concentre en fin de compte sur le point important. Il existe d'ailleurs un risque pour le respect du principe du contradictoire si la logique de la dialectique judiciaire n'est plus respectée[4]. On débouche ainsi sur une nouvelle forme procédurale qui emprunte à l'oral et à l'écrit, en se rapprochant d'une oralité mais par la médiation de la technique, tout en ajoutant une méthode qui privilégie non plus l'audience ou les conclusions mais la structuration et la sélection des points à trancher. Pour trancher le litige, les gens de justice font des références par les banques de données à de nombreuses décisions conçues comme autant de point de raisonnement. Il émerge ainsi une procédure qui n'est plus ni orale,

[3] X. LAMBERT, « L'intimité du code », in E. CHIRON et A. LELIÈVRE (dir.), *À propos de l'intime, le privé, le public dans l'art contemporain*, Publications de la Sorbonne, 2012, pp. 81-90.
[4] V DEUMIER, ouvrage ACCC

ni écrite, mais numérique. Elle privilégie comme le découpage en pixels, une approche impressionniste du droit.

Le temps et l'appel

Natalie FRICERO
Professeure à l'Université de Nice (CERDP),
Directrice de l'Institut d'Études Judiciaires

1.-Le temps se décline au pluriel et recouvre de nombreuses acceptions parmi lesquelles on connaît d'abord le temps physique, celui de la ronde des astres dans le ciel et du rythme des saisons, ensuite le temps psychique, à savoir la représentation subjective éminemment variable que les individus se font du temps physique et enfin le temps social, correspondant à la manière dont chaque civilisation mesure, valorise et se représente le temps, en établissant des calendriers par exemple. Il arrive même que certains nient l'existence du temps : c'est le cas des physiciens quantiques, défendant la thèse de l'Univers intemporel (dont Carlo Rovelli[1]) qui estiment que le temps n'existe pas : les aiguilles de la montre qui se meuvent ne sont que la manifestation de mouvements physiques, mais en aucune façon la traduction du temps qui s'écoulerait.

2.-Le temps est l'objet de multiples constructions juridiques parce qu'il a un enjeu politique essentiel : il est aménagé en vue de fournir des repères et du sens aux existences. Comme l'a noté Hanna Arendt, les sociétés ont élaboré des mécanismes destinés à délier le passé (le pardon solde les dettes et permet de se tourner vers le futur) et à lier l'avenir (la promesse permet de compter sur l'engagement d'autrui)[2] : le droit prend une part décisive dans ces mécanismes. Tout commence par un acte de mémoire : les coutumes, usages, précédents judiciaires, s'inscrivent dans ce souci de cohérence narrative et de fidélité aux valeurs constitutives du groupe ; les droits fondamentaux inaliénables entendent lier le passé.

[1] *Qu'est-ce que le temps, qu'est-ce que l'espace*, Ed. Bernard Gilson, coll. Réflexions, 2006.
[2] H. ARENDT, *Condition de l'Homme moderne*, Calman Lévy, 1983.- F. OST et M. VAN HOECKE, *Temps et droit, Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, 1998.- S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Dalloz 2002.

3.-Du point de vue de l'économiste, le temps apparaît comme une ressource rare ; l'entreprise recherche de la rentabilité et de l'efficience en réduisant les temps productifs et improductifs et s'efforce de reporter le coût du temps sur d'autres ; les organisations tiennent de plus en plus compte de ce que toute consommation de temps à un coût d'opportunité correspondant à l'utilité qui aurait pu être obtenue dans les autres emplois de ce temps. En ce sens, le temps concerne l'institution judiciaire à deux égards. D'une part, elle doit en prononçant des jugements, estimer la valeur du temps ou ses autres effets économiques (évaluation des dommages, calcul des intérêts infligés ; validité des clauses relatives au temps dans les contrats). D'autre part, le temps concerne la dimension économique de l'activité judiciaire : les délais de jugement par exemple ont des incidences économiques notables ; le gaspillage peut consister en une dépense excessive de temps judiciaire ; il peut provenir de l'absence de prise en compte des effets de la durée des instances sur le fonctionnement social. Puisque le temps a une valeur, les parties peuvent jouer sur les instances de façon à en tirer avantage : le débiteur a intérêt à retarder les échéances, le créancier à les rapprocher. De nombreux exemples témoignent de l'utilisation stratégique croissante du temps judiciaire par les entreprises et les particuliers lors de conflits ; l'importance du temps judiciaire est encore plus grande si l'on inclut aussi le temps de l'exécution de la décision de justice.

4.-L'appel est une voie de recours dite « ordinaire », permettant à la partie succombante de remettre en cause soit le bien fondé de la solution (appel réformation), soit la procédure d'élaboration du jugement (appel annulation). Il constitue une garantie de bonne justice que l'on rattache traditionnellement au principe du « double degré de juridiction ». Replacé dans le contexte temporel, l'appel fait l'objet de deux approches : l'une vise à une maîtrise du temps judiciaire grâce à un temps imposé ; l'autre tend plutôt à une gestion partagée du temps judiciaire grâce à un temps participatif.

I. LA MAÎTRISE DU TEMPS JUDICIAIRE : UN TEMPS IMPOSÉ

5.-Comme les enjeux sociétaux et économiques liés au temps font l'objet de toutes les attentions des autorités publiques, il était inévitable que les réformes des procédures soient placées à l'aune de l'encadrement juridique de la durée des instances[3]. De plus, les engagements internationaux, notamment les exigences inhérentes au procès équitable prévu à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, reprises par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, imposent aux États des obligations positives de règlementer les

[3] Le code de procédure civile ne se réfère au temps de **manière expresse** que dans de rares hypothèses : le temps utile (articles 15, 135, 331 al. 3, 460, 540, 1425-7) le temps suffisant (articles 486, 792, 923, 948).

procédures de telle sorte que le fameux « délai raisonnable » du prononcé des jugements et même de leur exécution effective soit parfaitement respecté. Le droit à un délai raisonnable est érigé au rang d'une garantie fondamentale et parfois même qualifié de « droit subjectif »[4]. Certes, le droit d'appel n'est pas inclus dans les prescriptions de l'article 6 § 1, mais si l'État met en place des cours d'appel et une voie d'appel, la Cour européenne impose alors le respect du procès équitable.

6.-En outre, plus prosaïquement, les réformes de l'appel doivent être replacées dans le contexte de la « bonne administration de la justice »[5], de la gouvernance des services publics[6] : il s'agit de rationaliser l'organisation et le fonctionnement des tribunaux, de garantir un pilotage actif des affaires à traiter. La logique d'optimisation de l'utilisation de la justice influence durablement les procédures : elle est placée sous l'égide de la MAP, modernisation de l'administration publique, qui fait suite à la RGPP (révision générale des politiques publiques).

Ces considérations conduisent les pouvoirs publics à un encadrement strict du temps de l'instance d'appel, mais également à proposer une nouvelle conception de l'appel…

A. L'encadrement juridique du temps de l'instance

7.-L'organisation de l'instance en différentes phases constitue un instrument de maîtrise de gestion des flux, de diminution des coûts, d'accroissement de la capacité productive des cours d'appel. Il s'agit à l'évidence de maîtriser le temps judiciaire, en imposant des délais et en garantissant leur respect par des sanctions automatiques.

8.-Dans certains cas, le temps est réduit à la « simultanéité », favorisée par la communicaiton par la voie électronique : les articles 906 et 911 du CPC imposent de notifier les conclusions et de communiquer simultanément les pièces invoquées à l'appui des prétentions. L'avis de la Cour de cassation du 25 juin 2012 précise qu'en dépit de l'absence de sanction expresse, la cour d'appel statuant au fond «doit » rejeter les pièces tardivement communiquées des débats. La portée de cette sanction doit être atténuée à deux égards : d'une part, un second avis du 21 janvier 2013 a rappelé que les parties peuvent invoquer de nouveaux moyens jusqu'à la clôture de l'instruction, ce qui permet de communiquer de nouvelles pièces en notifiant de nouvelles conclusions ; d'autre part, certaines cours d'appel refusent de sanctionner une communication tardive qui n'a pas causé de grief à la partie qui l'invoque[7], en rattachant les

[4] M.-A FRISON ROCHE, « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in *Le temps dans la procédure*, p. 18.

[5] La CEDH considère que l'article 6 § 1 prescrit la célérité des procédures judiciaires, mais il consacre aussi le principe plus général d'une bonne administration de la justice, Boddaert c. Belgique, 12 oct. 1992, n° 12919/87.

[6] Le Conseil constitutionnel a précisé qu'il s'agit d'un objectif à valeur constitutionnelle, C. Constit., DC n° 2009-595, loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

[7] CA Versailles 20 nov. 2012, n° 11/07014.- CA Dijon, 30 juill. 2013, n° 12/00234.

dispositions prévues à l'article 906 CPC aux règles générales prévues au titre du contradictoire. L'article 15 du CPC impose en effet aux parties de se communiquer les éléments de preuve « en temps utile ».

9.-Dans la plupart des hypothèses, les délais sont définis en mois, et ils rythment la première phase de l'instance :

- l'appelant dispose de 3 mois à compter de la déclaration d'appel pour conclure c'est-à-dire déterminer l'objet du litige ou soulever un incident mettant fin à l'instance[8], notifier ses conclusions aux avocats des parties adverses et les remettre au greffe de la cour avec justification de la notification, à peine de caducité de la déclaration d'appel (art. 908 et 911 CPC). La jurisprudence considère qu'il n'existe aucune cause de suspension ou d'interruption de ce délai de caducité, et que le juge ne dispose d'aucun pouvoir pour apprécier l'opportunité de la sanction, et aucun motif fut-il légitime, ne permet d'échapper à la sanction relevée d'office[9].

- l'intimé dispose de 2 mois à compter de la notification des conclusions de l'appelant pour conclure et former, le cas échéant, un appel incident à peine d'irrecevabilité relevée d'office (art. 909 et 911 CPC). Cette sanction redoutable a provoqué de très nombreux incidents et soulève des difficultés non entièrement résolues. Quelques exemples peuvent être exposés : l'irrecevabilité vise-t-elle aussi l'appel provoqué non expressément visé à l'article 909 (alors qu'il est visé à l'article 910) ; concerne-t-elle la demande reconventionnelle non visée à l'article 909 CPC ; si l'appel incident est irrecevable car tardif, l'intimé peut-il former un appel principal si le jugement n'a pas été notifié [10] ? si l'intimé est irrecevable mais que l'appelant continue à conclure, doit-on permettre à l'intimé de répondre aux prétentions additionnelles de l'appelant ? en cas de pluralité d'intimés, l'irrecevabilité des conclusions de l'un des intimés s'étend aux autres en cas d'indivisibilité ; s'il n'y a pas d'indivisibilité, l'irrecevabilité peut n'être que partielle…

10.-Le bilan de la réforme, s'agissant des temps imposés, reste mitigé. La jurisprudence révèle que le jugement des incidents de caducité et d'irrecevabilité ralentit considérablement le jugement sur le fond (les ordonnances du conseiller de la mise en état font l'objet de déféré) et multiplie inutilement les stratégies procédurales.

Les sanctions sont-elles conformes au procès équitable ? Aucun moyen n'est prévu pour échapper à l'irrecevabilité des conclusions et le juge n'est doté d'aucun pouvoir d'appréciation. Cela n'a pas empêché certains juges de faire application des normes supralégislatives et, notamment, de l'article 6 § 1 de la CEDH : la CA de Poitiers le 31 juillet 2013[11] juge que la sanction de l'irrecevabilité serait disproportionnée au droit d'accès au juge de l'intimé (les parties avaient continué à conclure après l'expiration des délais). La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire Glykantzi contre

[8] Avis C. Cass. 21 janv. 2013.
[9] Le point de départ du délai est différé en cas d'aide juridictionnelle.
[10] Ce n'est pas l'avis de la CA de Besançon, 7 novembre 2013, n° 13/01769, *JCP G* 2013, p. 2206.
[11] N° 13/01916.

Grèce du 30 octobre 2012 (n° 40150/09) a précisé que le respect des diligences procédurales prévues dans l'instance d'appel est conforme à l'objectif du procès équitable issu de l'article 6 de la Convention européenne, puisqu'il remédie aux problèmes des délais excessifs dans les procédures civiles, particulièrement au stade de l'appel. Au § 30, il est précisé : « D'ailleurs, en France, le juge et le conseiller de la mise en état disposent respectivement d'une compétence exclusive pour prononcer la caducité de l'appel, l'irrecevabilité de l'appel ou déclarer les conclusions des parties irrecevables pour non-respect des délais ». Ce n'est donc pas le principe d'un encadrement temporel qui est non conforme, c'est la manière trop rigoureuse dont il pourrait être mis en œuvre à l'occasion d'une instance déterminée qui serait sanctionnée !

B. Un effet dévolutif limité en vue d'une célérité améliorée

11.-Le Code de procédure civile de 1975 a ouvert avec bienveillance la voie d'appel : non seulement tous les jugements sont susceptibles d'appel en toutes matières, même gracieuses (art. 543 CPC), mais encore, en dépit d'une formulation apparemment restrictive énoncée à l'article 564 CPC, de nombreuses prétentions peuvent être présentées en appel qui n'ont jamais été discutées en première instance. L'appel est conçu comme une « voie d'achèvement du litige ». La prise en compte du temps n'est pas étrangère à cette position : pourquoi obliger les parties à revenir en première instance si la cour d'appel peut épuiser le contentieux ? Mais ce gain de temps n'est peut-être qu'un leurre, parce que le temps de l'instance d'appel est prolongé d'autant, et que la cour d'appel devient le juge du premier degré des prétentions et moyens nouvellement présentés.

12.-Certains projets de réforme optent pour un retour à la conception ancienne d'un appel « voie de réformation » fondée sur l'immutabilité du litige et interdisant toute prétention nouvelle[12]. Un tel effet dévolutif limité au mal jugé permettrait de revaloriser la première instance, que certains justiciables peuvent considérer comme un « galop d'essai » ; il recentrerait la résolution du litige sur la première instance et éviterait les stratégies dilatoires. Cette nouvelle conception de l'appel contraindrait indirectement les parties à « concentrer » dès la première instance la totalité des prétentions fondées sur les mêmes faits : à défaut, ces parties ne pourraient plus les invoquer en appel, elles seraient contraintes de saisir à nouveau le juge du premier degré des prétentions qu'elles auraient omises dans la demande initiale. Le gain de temps en appel entraînera sans doute corrélativement un accroissement des demandes en première instance, avec un morcellement du litige !

[12] Conférence des premiers présidents de cour d'appel, 31 mai 2013.- Rapport IHEJ, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle*, mai 2013 , recommandation n° 44 : limiter l'appel à la question de savoir quelle est la part de l'office qui n'a pas été respectée en 1^re instance.-Rapport Delmas Goyon, *Le juge du XXI^e siècle*, déc. 2013.

13.-En conclusion, on doit observer que l'idéal de célérité n'est pas atteint en pratique : le nombre d'incidents relatifs à la caducité et à l'irrecevabilité est très important, et freine considérablement le déroulement de l'instance, d'autant que les ordonnances du CME sont susceptibles de déféré. En outre, cet encadrement imposé ne concerne pas la totalité de l'instance, mais uniquement sa phase initiale. En effet, à partir de l'examen de l'affaire par le conseiller de la mise en état, prévue à l'article 912 du CPC, des échanges sont encore possibles jusqu'à l'ordonnance de clôture (article 783 CPC), dans le cadre d'un calendrier que fixe le CME après avoir recueilli l'avis des avocats. C'est alors une gestion partagée du temps de l'instance qui s'instaure.

II. LA GESTION PARTAGÉE DU TEMPS JUDICIAIRE : UN TEMPS PARTICIPATIF

14.-Pour permettre un exercice effectif des droits de la défense, et d'éclairer le juge sur tous les moyens de fait et de droit, la mise en état de l'affaire s'ordonne autour d'un calendrier négocié. Parfois, c'est la matière même du litige qui requiert un temps adapté.

A. La définition d'un calendrier

15.-Aux termes de l'article 912 du CPC, si l'affaire nécessite de nouveaux échanges de conclusions, le conseiller de la mise en état fixe le calendrier, après avoir recueilli l'avis des avocats. Le calendrier est une manifestation de cette nouvelle approche « consensuelle », contractualisée », « participative » du temps de l'instance. Le temps est régulé par le juge qui doit l'adapter aux circonstances de l'espèce ; cette régulation est aussi le fruit d'une coopération entre les protagonistes du procès, le juge et les parties comme l'indiquait Jean-Marie Coulon[13] « le temps devient pour le juge la recherche du mariage du quatre logiques estimables et par essence peu compatibles : la logique judiciaire du plaideur, la logique économique de l'auxiliaire de justice, la logique juridique du juge et la logique d'administration judiciaire du gestionnaire ».

16.-Dans les lignes directrices européennes du centre SATURN pour la gestion du temps judiciaire (document CEPEJ (2008)8rev), il est préconisé que les usagers de la justice « soient associés à la gestion du temps judiciaire ». C'est par cet effort de coopération que les juges et les parties ou leurs avocats pourront définir des temps adaptés aux intérêts de chacun, et que le juge pourra exiger qu'ils soient respectés. Une telle coopération se traduit par un dialogue entre juges et avocats, une sorte de contractualisation de l'instance [14]que l'on retrouve dans le calendrier prévu par

[13] *Le temps dans la procédure* (actes du colloque du 5 décembre 1995), Dalloz-Sirey, 1996, p. 59
[14] C'est le terme générique employé par la CEPEJ, Étude 16, Contractualisation et processus judiciaires en Europe

l'article 912 du CPC et 907 CPC renvoyant à 764 CPC et, dans les procédures orales devant la cour d'appel, à l'article 446-2 CPC.

17.-Afin d'inciter les avocats à une gestion partagée du temps judiciaire, des Protocoles ou conventions sont signées entre les Barreaux et les Chefs de cours, dans lesquels sont définies les bonnes pratiques (engagement à respecter les délais, à limiter le nombre des demandes de renvois). Se pose inévitablement la question de la portée juridique de cette *soft law*, ou de ce droit souple comme l'indique le Conseil d'État : le Protocole n'est pas coercitif, aucune sanction procédurale n'est prévue ; le juge peut seulement faire application des sanctions prévues par le CPC pour sanctionner la carence des parties et des avocats (ordonnance de clôture partielle, radiation).

B. L'adaptation des délais au litige

18.-Dans certains cas, le litige nécessite un traitement accéléré et une définition adaptée des délais. L'article 905 du CPC prévoit ainsi que le président peut fixer « à bref délai » l'audience à laquelle l'affaire sera appelée, notamment, lorsqu'elle semble présenter un caractère d'urgence, ou qu'il s'agit de l'appel d'une ordonnance de référé[15]. La Cour de cassation a précisé dans un avis du 3 juin 2013, qu'en cas de circuit 905 CPC, les articles 908 à 911 ne sont pas applicables.

Dans ces situations, les parties échappent donc aux délais imposés, et aux sanctions de caducité et d'irrecevabilité, alors même que l'objectif est d'accélérer les phases de l'instance et de raccourcir le délai d'accomplissement des actes !

19.-On constate que le traitement du temps est d'une grande complexité en procédure, et qu'il est difficile de maîtriser les effets collatéraux d'un encadrement strict !

En conclusion, le justiciable, l'avocat comme le juge peuvent reprendre d'une même voix, en songeant à Alphonse de Lamartine[16]: « Ô temps suspend ton vol, et vous heures propices ! Suspendez votre cours. Laissez nous savourer les rapides délices »… de l'appel. Et l'avocat peut ajouter en sollicitant le conseiller de la mise en état : « Mais je demande en vain quelques moments encore, Le temps m'échappe et fuit »…

[15] C'est le temps du litige c'est-à--dire de la matière du proc**ès** du différend porté devant le tribunal (S.AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, thèse, Dalloz, 2002, p. 299)

[16] Le Lac, poème tiré des Méditations poétiques, 1920

Les modalités de l'appel et la communication électronique

Pascal CHAUVIN
Conseiller à la Cour de cassation,
ancien président de chambre à la Cour d'appel de Paris

Mesdames, Messieurs,

Sur le sujet, austère mais sans doute essentiel, de cette table ronde, « *les modalités de l'appel et la communication électronique* », il m'a été demandé de vous présenter en dix minutes, d'abord, un « état des lieux » de la communication électronique devant la Cour d'appel, ensuite, mon point de vue de magistrat au regard des premiers mois d'application de la dématérialisation des procédures devant la Cour d'appel.

Célérité et qualité étaient les deux pierres angulaires du rapport de la commission Magendie 2 ; à défaut de qualité, je tenterai moi-même de faire preuve de célérité au cours de ce bref exposé.

Nous savons que la notion de « communication électronique » a été introduite en droit français par la loi du 9 juillet 2004 et en procédure civile par le décret du 28 décembre 2005 qui a créé, dans notre code, un titre 21ème comprenant les articles 748-1 à 748-7.

Nous savons également que l'irruption de la communication électronique dans la procédure d'appel s'est conjuguée avec la réforme de cette même procédure et avec la réforme liée à la suppression des avoués ; ceci est presque exact, car nous observerons :

- que le décret du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile est entré en vigueur le 1er janvier 2011 et s'est appliqué aux appels formés à compter de cette date,

- que la mise en application de la fusion des avoués avec les avocats, prévue initialement à cette même date, a été reportée et est devenue effective le 1er janvier 2012,

- et que l'article 5 du décret du 9 décembre 2009, dont est issu l'article 930-1 du code de procédure civile, s'il a prescrit une remise de la déclaration d'appel et de la constitution de l'avoué/avocat sous forme électronique à compter du 1er janvier 2011, a prévu une transmission ou une remise des autres actes de procédure sous cette forme le 1er janvier 2013 au plus tard.

Autrement dit, trois révolutions se sont succédé à raison d'une chaque année.

Pour des raisons à la fois de simplification et de temps, je n'évoquerai pas l'entrée en vigueur progressive de l'article 930-1, telle que mise en oeuvre par différents arrêtés ministériels[1] et je me limiterai par conséquent à examiner la situation existant depuis le 1er janvier 2013.

Il ne sera question ici que de la procédure avec représentation obligatoire, la procédure sans représentation obligatoire étant régie par un arrêté du 5 mai 2010 qui ne traite que de la déclaration d'appel, de la constitution et des pièces qui leur sont associées.

Je distinguerai la communication électronique obligatoire entre les parties et la cour d'appel (I) de la communication électronique facultative entre les parties elles-mêmes (II).

I. LA COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE OBLIGATOIRE ENTRE LES PARTIES ET LA COUR D'APPEL.

L'article 930-1 du code de procédure civile dispose qu'« *à peine d'irrecevabilité relevée d'office, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique* » (alinéa 1er) et que « *les avis, avertissements ou convocations sont remis aux avocats des parties par voie électronique* » (alinéa 3).

Il existe donc une obligation pesant tant sur les parties que sur la juridiction d'appel.

S'agissant du champ d'application de ce texte *quant aux actes concernés*, sont visés d'abord les actes de procédure qui sont destinés à la cour d'appel et qui doivent s'entendre *stricto sensu*, c'est-à-dire comme les actes de nature à faire progresser le

[1] Les arrêtés des 30 mars 2011, 18 avril 2012 et 20 décembre 2012.

litige : il en est ainsi principalement, depuis le 1er janvier 2011, de la déclaration d'appel et de la constitution d'avocat et, depuis le 1er janvier 2013, des conclusions.

Les pièces, qui ne sont pas des « actes » de procédure, n'entrent donc pas dans le champ d'application du texte : elles peuvent toutefois être remises à la cour d'appel sous forme électronique, ainsi que le prévoit l'article 2 d'un arrêté du 30 mars 2011 modifié, étant rappelé que, en application de l'article 912, alinéa 3, du code de procédure civile, les dossiers, comprenant les copies des pièces visées dans les conclusions et numérotées dans l'ordre du bordereau récapitulatif, sont « déposés » à la cour quinze jours avant la date fixée pour l'audience de plaidoiries.

Sont visés ensuite les avis, avertissements ou convocations qui sont destinés aux parties.

S'agissant du champ d'application de ce texte *quant aux acteurs concernés*, sont visés naturellement les avocats des parties, mais également le ministère public.

Sans entrer dans le détail, un décret modifié[2] du 29 avril 2010 prévoit que vaut signature l'identification réalisée, lors de la transmission par voie électronique, selon les modalités prévues par l'arrêté ministériel pris en application de l'article 748-6 du code de procédure civile, en l'occurrence l'arrêté du 30 mars 2011 modifié précité[3], qui prévoit en outre les modalités techniques des échanges sur lesquels le manque de temps ne me permet pas de m'arrêter et auxquelles je vous renvoie.

En langage courant, ceci signifie que le procédé d'authentification des avocats au Rpva est assimilé à une signature électronique ; mais, pour l'heure, en l'absence de plate-forme de type e-Barreau mise à sa disposition, le ministère public ne peut signer électroniquement ses propres actes de procédure.

La remise des actes de procédure par les parties s'opère, pour les avocats, via le Rpva, pour le ministère public, depuis une « *boîte électronique dédiée* » telle que prévue par l'arrêté du 30 mars 2011 modifié précité.

De manière singulière, l'envoi des actes par la cour d'appel n'est pas considéré comme signé électroniquement, le décret du 29 avril 2010 ne concernant que les auxiliaires de justice et le ministère public, alors que l'avis de réception émis par la juridiction d'appel destinataire d'actes tient lieu de signature en vertu, cette fois, de l'article 748-3, alinéa 2, du code de procédure civile.

[2] Décret n° 2010-434 du 29 avril 2010 relatif à la communication par voie électronique en matière de procédure civile modifié par décret n° 2012-1515 du 28 décembre 2012 portant diverses dispositions relatives à la procédure civile et à l'organisation judiciaire.
[3] En l'état, ce décret n'est applicable que jusqu'au 31 décembre 2014…

Si nous examinerons dans un instant la question du consentement exprès de la partie destinataire, nous observerons dès à présent qu'il résulte de l'article 748-2 *in fine* que le consentement exprès de la cour d'appel à l'utilisation de la voie électronique n'est pas requis dès lors qu'il s'agit d'une communication électronique obligatoire, étant relevé qu'il est en pratique impossible de transmettre un acte à un destinataire qui n'est pas « inscrit » à la communication électronique.

S'agissant maintenant de la sanction attachée à l'article 930-1, en ce qu'elle a trait à l'obligation pesant tant sur les avocats que sur le ministère public, je l'ai déjà évoquée, il s'agit d'une irrecevabilité relevée d'office par le juge.

Si l'article 911-1, alinéa 2, du code de procédure civile, dispose que « *la caducité de la déclaration d'appel en application des articles 902 et 908 ou l'irrecevabilité des conclusions en application des articles 909 et 910 sont prononcées par ordonnance du conseiller de la mise en état qui statue après avoir sollicité les observations écrites des parties* », il n'existe pas de semblable disposition en ce qui concerne l'irrecevabilité des actes de procédure qui n'ont pas été remis à la cour d'appel sous forme électronique.

La question se pose donc de savoir qui du conseiller de la mise en état ou de la cour doit relever d'office l'irrecevabilité.

Nous pouvons remarquer que, selon l'article 914 du code de procédure civile, lorsqu'il est désigné et jusqu'à son dessaisissement, le conseiller de la mise en état n'est seul compétent que pour prononcer la caducité de l'appel, pour déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel ou pour déclarer les conclusions irrecevables en application des articles 909 et 910, de sorte que ce texte ne prévoit pas spécifiquement la compétence du conseiller de la mise en état pour déclarer irrecevables des actes de procédure qui n'ont pas été remis à la cour d'appel par voie électronique.

À cet égard, la consultation de la base Jurica révèle qu'il existe une discordance réelle entre les cours d'appel et même au sein de certaines cours d'appel sur cette question de compétence, la plupart des décisions étant des arrêts de la cour ayant statué sur déféré d'une ordonnance d'un conseiller de la mise en état et ayant retenu implicitement la compétence de ce magistrat.

S'agissant maintenant de la sanction attachée à l'article 930-1, en ce qu'elle a trait à l'obligation pesant sur la cour d'appel, force est de constater que celle-ci n'est pas prévue dans l'hypothèse où la cour ne remettrait pas aux avocats et au ministère public les avis, avertissements et convocations par voie électronique.

En ce cas, il paraît raisonnable d'imaginer que la juridiction ordonnerait qu'il soit procédé à la remise qui a été omise, afin d'assurer le respect de la régularité de la procédure et spécialement du principe de la contradiction.

Reste l'hypothèse qui fait frémir bon nombre d'avocats et qui est celle de la cause étrangère.

Elle est expressément prévue, de manière générale, par l'article 748-7 du code de procédure civile : « *Lorsqu'un acte doit être accompli avant l'expiration d'un délai et ne peut être transmis par voie électronique le dernier jour du délai pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant* » et, de manière spéciale en matière de communication électronique obligatoire en appel, par l'article 930-1, alinéas 2 et 3 : « *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* ».

Les textes précités peuvent être appliqués de manière exclusive ou combinée, suivant la nature de l'acte et selon que la voie électronique est obligatoire ou facultative, le temps ne me permettant pas de rentrer dans cette casuistique qui fera les délices des praticiens.

Vous l'avez noté, le texte évoque la cause étrangère à celui qui accomplit l'acte, non la force majeure, de sorte que seule la condition d'extériorité apparaît exigée, à l'exclusion de celles d'imprévisibilité et d'irrésistibilité, ainsi que l'a d'ailleurs estimé la Chancellerie dans une circulaire Dacs du 31 janvier 2011, selon laquelle il s'agit de « *pallier un dysfonctionnement dans le dispositif d'émission, de transmission ou de réception* ».

Il appartient dès lors à l'auteur de l'acte de se prémunir contre des risques normaux susceptibles d'affecter la transmission, sans qu'il soit tenu d'envoyer l'acte par d'autres moyens de nature électronique.

Il faut ajouter qu'à la Cour d'appel de Paris, il est envisagé de mettre en oeuvre un protocole entre la cour et les différents barreaux du ressort, lequel prévoira une procédure de validation à la suite d'incidents techniques de communication électronique, ainsi qu'une diffusion de messages informant les différents intervenants de ces incidents.

Voyons maintenant ce qu'il en est de la communication électronique facultative entre les parties.

II. LA COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE FACULTATIVE ENTRE LES PARTIES.

Désormais, depuis le 1er janvier 2013, devant toutes les cours d'appel, à l'exception de celles de Nouméa et de Papeete, les parties, en ce compris le ministère public, peuvent se transmettre entre elles des actes uniquement par la voie électronique.

Ceci en vertu d'un arrêté du 20 décembre 2012, qui a modifié l'arrêté du 30 mars 2001 précité et qui est venu en complément de l'article 748-1 du code de procédure civile, selon lequel « *Les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles peuvent être effectués par voie électronique dans les conditions et selon les modalités fixées par le présent titre, sans préjudice des dispositions spéciales imposant l'usage de ce mode de communication* ».

Il va de soi que les principaux actes échangés consistent en des conclusions, mais il pourrait en être également des pièces ; toutefois, en termes de dématérialisation et de transmission de données parfois d'un poids conséquent en Mo, ceci n'est pas sans poser souvent des problèmes, de sorte qu'à l'heure actuelle, la plupart du temps, ce sont seulement les conclusions sans les pièces qui sont échangées électroniquement.

En pratique, les échanges ont lieu entre les avocats, mais non entre les avocats et le ministère public, dès lors que, ainsi que je l'ai dit précédemment, le ministère public ne dispose pas encore d'une plate-forme de type e-Barreau.

C'est ici l'occasion de rappeler que l'article 906 du code de procédure civile a prescrit une notification des conclusions et une communication des pièces simultanée et qu'il résulte de deux avis rendus les 25 juin 2012 et 21 janvier 2013 par la Cour de cassation, d'une part, que les pièces, invoquées au soutien des prétentions, qui ne sont pas communiquées simultanément à la notification des conclusions, doivent être écartées des débats, d'autre part, que le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour ordonner une telle mesure.

Mais c'est la question du consentement exprès du destinataire de l'acte qui a le plus donné lieu à débat.

L'article 748-2 du code de procédure civile dispose en effet que « *Le destinataire des envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 doit consentir*

<u>expressément</u> à l'utilisation de la voie électronique, à moins que des dispositions spéciales n'imposent l'usage de ce mode de communication ».

À cet égard, la quasi-totalité des cours d'appel, dont celle de Bordeaux qui avait rendu le 5 mars 2012 un arrêt remarqué, ont considéré qu'en adhérant au Rpva (je rappelle à ce sujet que plus de 70 % des 56 000 avocats exerçant leur profession sur notre territoire sont inscrits au Rpva), l'avocat était présumé avoir accepté de consentir à l'utilisation de la voie électronique pour la notification des conclusions ou encore pour la signification des décisions, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de recueillir son consentement exprès en application de l'article 748-2.

D'autres cours d'appel se sont, quant à elles, fondées sur la convention qui avait pu être conclue localement entre la juridiction et le barreau.

Cela a été également la position, d'une part, du Conseil national des barreaux dont le président a signé le 16 juin dernier avec le représentant du garde des Sceaux une convention qui revêt un caractère réglementaire et suivant laquelle l'adhésion à e-Barreau vaut consentement exprès à recevoir les actes de procédure par voie électronique, d'autre part, de plusieurs ordres d'avocats dont celui de Paris, qui ont inscrit une règle similaire dans leur règlement intérieur.

Seule, semble-t-il, la cour d'appel de Toulouse avait adopté une position inverse.

Et c'est finalement sans surprise que la formation des avis de la Cour de cassation, faisant preuve de réalisme et de pragmatisme en mettant notre code de procédure civile en adéquation avec les nouvelles technologies numériques, a décidé le 9 septembre dernier que l'adhésion d'un avocat au Rpva emporte *nécessairement* consentement de sa part à recevoir la notification d'actes de procédure par voie électronique : j'insiste sur le « *nécessairement* » dont il se déduit que, pour la formation des avis, la solution était si évidente qu'elle n'était pas très loin de « dire n'y avoir lieu à avis », faute de « *difficulté sérieuse* » au sens de l'article L. 441-4 du code de l'organisation judiciaire.

Nous le remarquons, la formulation employée par la Cour de cassation va au-delà même de celle utilisée par les cours d'appel majoritaires qui avait retenu une présomption : le consentement découle directement de l'adhésion au Rpva et vaut par conséquent pour toutes les transmissions à venir.

Là encore, en l'absence de plate-forme de type e-Barreau, le ministère public est contraint, pour l'heure, de refuser de donner son consentement exprès lorsque les avocats lui transmettent leurs conclusions soit sur une simple messagerie, soit sur la « *boîte électronique dédiée* » prévue par l'arrêté du 30 mars 2011 modifié précité.

Une fois transmis à son destinataire, le document va donner lieu à un avis de réception : à cet égard, l'article 748-6 du code de procédure civile énonce que les procédés techniques utilisés, outre qu'ils doivent « *garantir la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité des documents adressés, la sécurité et la confidentialité des échanges, la conservation des transmissions opérées* », doivent « *permettre d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire* ».

En pratique, les systèmes développés tant par la Chancellerie que par le Cnb génèrent un avis de réception automatique.

Ceci impose évidemment une vigilance particulière de la part des avocats car l'avis de réception a pour effet de faire courir le délai imparti par les textes du code de procédure civile pour le premier jeu de conclusions en réponse et éventuellement le délai imparti par le juge pour les jeux de conclusions suivants.

Par ailleurs, aux termes de l'article 748-3 du code de procédure civile, l'avis de réception tient lieu de visa, cachet et signature ou autre mention de réception qui sont apposés sur l'acte ou sa copie lorsque ces formalités sont prévues par le code.

S'agissant d'une faculté, l'absence de transmission des actes par voie électronique n'est bien entendu pas sanctionnée, de sorte que les avocats peuvent continuer à recourir classiquement à la signification de l'article 672 du code de procédure civile ou à la notification directe de l'article 673.

C'est d'ailleurs le procédé encore utilisé par le ministère public, sans doute pour peu de temps encore.

J'ai déjà été trop long et, en guise de conclusion, je voudrais vous livrer, en quelques mots, le sentiment que m'inspire la communication électronique devant la cour d'appel à l'issue de presque une année d'application.

La dématérialisation en appel a d'abord une incidence au niveau de la phase d'instruction des procédures.

À une mise en état unique, sorte de « fourre-tout » procédural, a succédé une mise en état affinée, donc plus opérationnelle et plus efficace, qui s'opère désormais en deux temps, tout du moins dans certaines chambres.

Ainsi, à la Cour d'appel de Paris, en raison même de la dématérialisation des procédures, a-t-il été décidé qu'outre une audience de mise en état « classique » consacrée au prononcé d'ordonnances de clôture, au règlement d'incidents ou encore à l'examen des affaires dans les conditions de l'article 912 du code de procédure civile, le

conseiller de la mise en état tiendrait seul (avec le greffier de chambre), c'est-à-dire sans les avocats et le ministère public, une conférence « dématérialisée » où il examine les dossiers, à partir d'écrans informatiques, afin de vérifier la bonne marche de l'instance et, essentiellement, le respect des délais, la lisibilité des transmissions (par exemple, une pièce par envoi comportant un intitulé pertinent) s'avérant ici indispensable ; et c'est à cette occasion qu'après avoir recueilli préalablement les observations des parties, il prononce le cas échéant la caducité de la déclaration d'appel ou l'irrecevabilité de conclusions.

Une telle division a le mérite de clarifier la phase d'instruction et de permettre au conseiller de la mise en état de travailler en temps réel, elle a l'inconvénient d'obliger le magistrat à agir en deux temps et de lui imposer, outre de nombreuses manipulations informatiques, de vérifier systématiquement et immédiatement avant le prononcé de l'ordonnance de clôture ou avant la tenue de l'audience, si de nouvelles écritures, notamment hors délais, n'ont pas été transmises, elle suppose bien sûr des outils informatiques particulièrement fiables et performants, outre des locaux dédiés à la conférence de mise en état.

La dématérialisation en appel a ensuite une incidence au niveau de la phase de jugement des procédures.

Elle autorise l'intégration des dispositifs des conclusions dans les décisions mais aussi celle d'autres actes comme, par exemple, le jugement de première instance, un acte notarié ou encore une convention, puisque le juge va pouvoir « récupérer » ces documents directement dans le logiciel *WinCiCa* de la cour, sans, comme auparavant, être obligé d'en recopier une partie ou de les scanner, un travail fastidieux et dépourvu de tout intérêt.

Ceci suppose naturellement, là encore, de puissants moyens informatiques, le magistrat ne devant pas passer, comme souvent, trop de temps dans cet exercice ; cela implique évidemment un format de document « récupérable ».

À terme, grâce à la dématérialisation des écritures et pièces, les magistrats civilistes, rejoignant là leurs collègues pénalistes qui ont eux recours depuis déjà plusieurs années aux cd-rom, se verront, pardonnez-moi cette trivialité, délivrer d'un grand poids lors des transports de dossiers, d'autant que les magistrats des cours d'appel ne sont généralement pas aussi jeunes que leurs collègues des juridictions de première instance…

À terme également, quoique beaucoup de mes collègues ne partagent pas forcément ce point de vue ou plutôt ne le partagent pas encore, la dématérialisation permettra de gagner du temps dans la rédaction, dès lors que, par exemple, en bénéficiant de plusieurs écrans, le magistrat a sous les yeux les différents jeux de

conclusions afférents à l'affaire et va ainsi pouvoir passer aisément de l'un à l'autre ou retrouver facilement un passage donné à l'aide mots clefs ou de liens hypertextes, sans devoir compulser fiévreusement et vainement 150 pages de conclusions où il s'égarera ou se perdra définitivement, la disparition de la faculté d'imprimer des documents, objet encore d'une forte résistance à l'heure actuelle (comme le fut, en son temps, la résistance à l'ordinateur…), apparaissant inéluctable.

Ceci passe donc nécessairement par une modification des méthodes de travail, à un moment où la charge de chaque magistrat est plutôt davantage en hausse qu'en baisse.

Il n'est bien évidemment pas question pour moi de faire le procès des décrets relatifs à la nouvelle procédure d'appel, mais de donner mon sentiment sur les dispositions qui m'apparaissent les plus importantes, en dehors bien sûr de celles sur la communication électronique.

Mes observations porteront sur trois points : les délais de procédure, la structuration des écritures et l'audience interactive.

Les délais de procédure, d'abord. Il s'agit là incontestablement de la mesure la plus emblématique des décrets précités et la plus commentée, celle par laquelle le pouvoir réglementaire a entendu mettre en oeuvre la « célérité de la justice » prônée par la commission Magendie II.

À cet égard, après bientôt trois années d'application des décrets, la réforme m'apparaît quelque peu décevante.

D'abord, parce que le pouvoir réglementaire n'est pas allé jusqu'au bout des préconisations de la commission Magendie II, qui avait proposé que, quinze jours après la remise et la signification des conclusions dans les délais impartis, le conseiller de la mise en état fixe la date de l'audience de plaidoirie, sauf conciliation ou médiation.

En effet, dans le système actuel, si l'instruction des affaires est maîtrisée au cours des cinq mois qui suivent la date de la déclaration d'appel, elle ne l'est pas nécessairement par la suite, le temps gagné d'un côté pouvant être rapidement reperdu de l'autre, dès lors que, après l'audience ou la conférence dite 912, c'est-à-dire celle où le conseiller de la mise en état examine l'affaire dans les quinze jours suivant l'expiration des délais pour conclure et communiquer les pièces, la durée de l'instance est largement tributaire, d'une part, de nouveaux délais, plus ou moins nombreux et plus ou moins longs, accordés aux avocats pour conclure, d'autre part et surtout, des délais d'audiencement.

Certes, tant dans le système de la commission Magendie II que dans le système des décrets de 2009 et 2010, les délais d'audiencement demeurent incompressibles ; mais le système de la commission Magendie 2 avait le mérite de fixer d'emblée les limites du litige, ce qui était de nature à générer un effet bénéfique tant pour le juge, qui ne devait gérer, au stade de l'instruction et au stade du jugement, qu'un seul jeu de conclusions par partie, que pour l'avocat, qui n'avait à conclure qu'une seule fois.

Dans le système actuel, il en résulte une certaine incohérence entre une première phase novatrice et une seconde phase traditionnelle, sauf à espérer que la première va produire un effet psychologique sur la seconde…

Mais, j'en conviens, devant la Cour d'appel, il était sans doute nécessaire de passer par une phase intermédiaire ou transitoire avant d'adopter le système de la commission Magendie II calqué sur celui de la Cour de cassation, qui prévoit un unique mémoire ampliatif contenant tous les moyens invoqués et un unique mémoire en réponse.

Ce d'autant qu'il faut compter avec la notion d'évolution du litige en appel, illustrée par l'avis rendu le 21 janvier 2013 par la Cour de cassation, selon lequel les parties peuvent, jusqu'à la clôture de l'instruction, invoquer de nouveaux moyens.

Ensuite, la réforme m'apparaît quelque peu décevante parce que le conseiller de la mise en état, qui est tenu de relever d'office la caducité de la déclaration d'appel ou l'irrecevabilité des conclusions, est désormais transformé en véritable « expert-comptable » des délais, lorsqu'il n'a pas la chance d'être assisté d'un greffier qui assume cette tâche, et est ainsi obligé - bon gré mal gré - de s'intéresser davantage aux questions de forme qu'aux questions de fond, de sorte que, avec les déférés qui accompagnent fréquemment les ordonnances de caducité ou d'irrecevabilité, la réforme apparaît finalement pénalisante pour les chambres qui, jusqu'alors, fonctionnaient dans des conditions satisfaisantes, c'est-à-dire les chambres qui pratiquaient une mise en état rigoureuse en fixant au départ des délais d'une durée assez proche de celle des délais prévus par les décrets et en les assortissant de sanctions.

Ce que je veux dire par là, c'est que, si un déféré formé à l'encontre d'une ordonnance de caducité de la déclaration d'appel n'a pas d'incidence sur le déroulement de l'instance, par définition (provisoirement) éteinte, un déféré formé à l'encontre d'une ordonnance d'irrecevabilité des conclusions emporte nécessairement un allongement de la procédure dès lors que la chambre doit statuer sur le déféré.

La structuration des écritures, ensuite. Il s'agit là d'une mesure qui était ardemment réclamée par les magistrats, sans qu'il me paraisse nécessaire d'en expliquer les raisons…

Le nouvel article 954, alinéa 1er, prévoit, nous le savons, que les conclusions d'appel doivent formuler expressément 1) les prétentions des parties, 2) les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ses prétentions est fondée, 3) l'indication pour chaque prétention des pièces invoquées.

À cet égard, au lendemain de la publication des décrets, certaines cours d'appel, telle la Cour d'appel de Paris le 13 décembre 2011, se sont attachées à conclure avec les barreaux de leur ressort des protocoles portant sur la mise en oeuvre du principe de structuration des écritures et également sur celle du principe de concentration des écritures. Mais je ne n'évoquerai ici que le premier principe.

Pour ma part, j'ai toujours été convaincu de l'intérêt crucial que représentent de tels protocoles, certes pour les magistrats mais aussi pour les avocats.

Nous le savons, le juge est soumis aujourd'hui à un impératif de rendement : sujet à des normes, il doit rendre un nombre déterminé de décisions au cours d'une période donnée et il doit rendre ces décisions dans des délais raisonnables.

C'est là une double contrainte qui a conduit à une évolution du mode de présentation et donc du mode de rédaction des décisions de justice et qui a eu pour conséquence qu'à affaire égale, les décisions de justice sont aujourd'hui plus courtes que par le passé.

Mais je dirais qu'importe, car, en définitive, qu'est-ce que le justiciable et son avocat attendent du juge du fond ? Que celui-ci rende, à la date annoncée, une décision claire, motivée et exécutable.

Or, pour que le juge rende une décision claire, motivée et exécutable, il faut que l'avocat, qui est certes lui aussi soumis à un impératif de rendement, lui en donne les moyens, c'est-à-dire qu'il lui produise des écritures lisibles, concises et cohérentes, en consacrant son temps davantage à synthétiser ses moyens de manière percutante et incisive qu'à les rédiger au fil de l'eau sans mettre en exergue les points importants, de telle sorte que le juge puisse ainsi se consacrer à l'essentiel et traiter les vraies questions, en répondant directement, point par point, aux prétentions structurées, clairement exposées et solidement argumentées qui lui sont présentées.

C'est là, à mon sens, tout le bénéfice que l'avocat peut attendre d'une décision de justice à laquelle il aura ainsi lui-même largement contribué.

Sur ce plan, je dirais que, si le bilan que je fais aujourd'hui n'est pas à la hauteur de mes espérances, j'ai pu observer que des progrès significatifs avaient été réalisés, même si, lorsque j'ai quitté la Cour d'appel de Paris en septembre dernier, la chambre que je présidais n'avait bénéficié en tout et pour tout que d'un seul jeu d'écritures conforme au protocole conclu le 13 décembre 2011…

Nous le savons, toute décision de justice est une oeuvre commune ; au cours de ces dernières années, notre justice civile a fait d'indéniables progrès en termes de quantité : les délais, même s'ils seront toujours trop longs pour les justiciables, peuvent être qualifiés de raisonnables dans la plupart des litiges.

La réforme sur la structuration des écritures tend à accroître la qualité de cette justice civile dans l'intérêt même des justiciables : ne laissons pas passer cette chance qui nous est donnée d'améliorer encore celle qui est souvent citée en exemple au-delà mêmes de nos frontières.

L'audience interactive, enfin, dont certains ici savent combien elle me tient à coeur, même si je n'aurai plus le loisir d'en connaître…

Il est une disposition du décret du 9 décembre 2009 qui est - presque - passée inaperçue et qui présente un intérêt majeur : c'est celle de l'article 912, alinéa 3, du code de procédure civile, directement inspiré des travaux de la commission Magendie II, laquelle prévoit que les dossiers de pièces sont déposés à la cour quinze jours avant la date fixée pour l'audience de plaidoiries.

J'ai pu écrire que cette prescription apparemment anodine masquait en réalité une évolution sensible, pour ne pas dire une révolution, du déroulement du procès civil devant la cour d'appel, tel que le connaissait déjà le tribunal de grande instance.

Mais, alors que, devant le tribunal de grande instance, le dépôt du dossier par les avocats relève d'une simple faculté pour le juge de la mise en état qui en est donc à l'initiative, devant le cour d'appel, c'est une obligation pour les avocats que de déposer leur dossier quinze jours avant la date de l'audience.

Une telle obligation s'est située dans le droit fil de celle faite au juge de présenter un rapport oral à l'audience, ces deux obligations se présentant désormais comme très complémentaires.

Dans son rapport, le juge recense les questions de fait et de droit du litige tout en mettant l'accent sur celles qui font davantage difficulté, de sorte que les avocats, qui ne

plaident plus maintenant devant une formation ignorante du dossier, sont exactement informés des préoccupations des juges.

Mais désormais, grâce ou à cause de l'article 912, alinéa 3, le juge va devoir, en plus de la confection de son rapport, étudier les pièces avant l'audience, de manière à faire de celle-ci un temps utile pour les avocats et pour la formation de jugement.

C'est bien ainsi que l'entendait la commission Magendie II, pour qui « *les dossiers* [...] *devront alors avoir être remis à la cour quinze jours avant la date fixée pour les débats oraux, afin de permettre au magistrat rapporteur de les travailler utilement avant l'audience* ».

Je l'admets sans peine, c'est là pour le rapporteur une charge indéniable qui va remettre en cause l'organisation de son travail, car il va devoir oeuvrer davantage en amont qu'auparavant, l'étude des pièces se faisant, non plus après l'audience, mais avant l'audience, ce qui ne le dispensera évidemment pas de réexaminer les pièces par la suite.

Tout cela n'est pas si simple, car, afin que l'étude préalable des pièces puisse conserver toute son efficacité, il faut que le juge puisse en tirer profit en ayant la possibilité de rédiger sa décision tout de suite après l'audience, ce qui ne va pas de soi lorsqu'il siège dans une chambre où l'afflux des dossiers est très important...

Et nous en arrivons alors à cette fameuse audience interactive, cette audience qui ne se présente plus comme un débat figé mais où, à l'issue du rapport, s'engage une libre discussion sous forme de questions-réponses entre juges et avocats, tout ceci dans un esprit constructif, de manière à ce que soit rendue une décision le plus en phase possible avec les écritures.

Il n'est nul besoin d'insister sur les mérites d'une telle audience :

- bénéficier d'une durée prévisible et donc permettre d'organiser, le cas échéant, un rôle-horaire,
- sérier au plus près les questions qui se posent,
- dissiper les éventuels malentendus,
- éclaircir les zones d'ombre qui pourraient subsister,
- aboutir à une meilleure compréhension mutuelle,
- enfin, enrichir le délibéré entre le rapporteur et les autres membres de la formation de jugement.

Cependant, après bientôt trois années d'application du décret, force est de constater que l'article 912, alinéa 3, condition *sine qua non* de l'audience interactive devant la cour d'appel, est encore loin d'être appliqué, puisqu'à l'heure actuelle, l'obligation de déposer les dossiers quinze jours avant l'audience est respectée dans

moins de 20 % des affaires, étant précisé que le dépôt est profitable à condition évidemment que toutes les parties à l'instance aient honoré cet engagement.

Pas plus que le procès du décret de 2009, je ne ferai ici le procès de quiconque.

Je n'ai qu'un seul souhait : parvenir à faire prendre conscience aux différents acteurs judiciaires de toute l'utilité de cette réforme, qui est en vérité beaucoup plus essentielle que celle des délais.

Les modalités d'appel et la communication électronique : le point du vue du greffe

Josiane FRÉVILLE
Greffière en chef, directrice de greffe de la Cour d'appel de Montpellier

Mesdames et Messieurs,

c'est avec plaisir que je viens vous faire part de ma perception du bilan de trois années de pratique de la communication électronique au sein du greffe d'une cour d'appel.

Monsieur le Conseiller Chauvin vient de rappeler la succession des décrets et arrêtés dont la conjugaison avec la réforme de la procédure civile a fait souffler dans les greffes un vent de panique au cours de l'année 2012 notamment, lorsque la suppression de la profession d'avoués a multiplié de manière importante le nombre des interlocuteurs du greffe (de 20 à plus de 1500 sur notre cour). Je souhaite si vous le voulez bien vous exposer dans un premier temps les difficultés rencontrées pour la mise en place de ce mode de communication, et dans un second temps, les difficultés d'utilisation actuelles et les perspectives.

I. LA MISE EN PLACE DE LA COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE

Le greffe, formé et rôdé depuis mai 2009 en ce qui concerne la Cour d'appel de Montpellier, à la réception des déclarations d'appel électroniques émises par les avoués, maîtrisait déjà cette nouvelle technique de travail lorsque ce mode de transmission est devenu obligatoire le 1er septembre 2011. Il n'y voyait que des avantages, dans la mesure où cela devait le soulager d'une masse importante de déclarations papier, lesquelles doublaient la déclaration électronique pendant la phase

expérimentale, et conduire à un gain de temps dans le traitement de l'enrôlement d'environ 30%.

La nécessaire re-matérialisation de la déclaration d'appel et du jugement de première instance demandée par des magistrats dont l'équipement informatique n'était pas adapté à la lecture de documents dématérialisés, et admise par le comité de pilotage mis en place au printemps 2010, a considérablement réduit les gains attendus, et l'entrée en vigueur du timbre de procédure le 1er octobre 2011 a ajouté une tâche supplémentaire dans de nombreux dossiers, neutralisant ainsi totalement les gains espérés.

Dans le même temps le greffe de la mise en état a vu sa mission évoluer considérablement avec le décret du 9 décembre 2009. La tâche qui se résumait auparavant à la réception des écritures et à la gestion des audiences de mise en état « au fil de l'eau » en fonction de l'avancement des dépôts de conclusions ou demandes d'incident s'est transformée en une véritable gestion de l'agenda de la procédure pour chaque dossier. En premier lieu il doit suivre le délai de l'article 902, programmé par le service de l'enrôlement, parallèlement au délai de conclusions de l'appelant, puis celui de l'intimé. Il doit dans le même temps suivre une éventuelle prorogation de ces délais lorsqu'une demande d'aide juridictionnelle est en cours etc… Cette gestion requiert une compétence et une précision qu'on ne peut exiger que de greffiers expérimentés, ayant une appétence à la fois pour la procédure et pour son traitement informatique. Il s'agit plus d'évolution de métiers que d'une difficulté, cependant cet aspect a dû être pris en compte dans la gestion des ressources humaines au niveau du greffe.

Sur le plan purement technique de la communication électronique, il me semble qu'on peut qualifier son fonctionnement de satisfaisant, et je passerai sur les dysfonctionnements qui interrompent le service, puisqu'ils se comptent sur les doigts d'une main pour les deux dernières années. Ils sont répertoriés et mémorisés, pour permettre la délivrance d'attestations aux avocats qui le souhaiteraient. Je note qu'une seule demande d'attestation m'a été adressée à ce jour.

Les échanges de messages se chiffrent en dizaine de milliers par an pour notre cour et seulement 1.9 % des messages sortants sont des messages de refus de traitement. Cependant, rapportés aux messages entrants, ils viennent « sanctionner » 4.8 % de ceux-ci, ce qui traduit les difficultés d'utilisation par les avocats de la plateforme e-Barreau. Ces difficultés d'utilisation, fort simples à gérer avec 20 avoués dans la phase expérimentale, risquaient de se montrer extrêmement lourdes pour le greffe avec 1500 avocats ; c'est pourquoi le comité de pilotage a mis en place un système de référents : 1 contractuel ancien salarié d'avoué pour le greffe de la cour d'appel, 1 avocat référent pour chaque barreau, tous maîtrisant parfaitement la communication électronique. Ils ont été et demeurent des relais d'information et de formation entre les avocats et le greffe et inversement, et ont permis de progresser

dans l'utilisation de l'outil. Les chiffres que je viens de citer concernent l'année 2013, et sont en nette amélioration par rapport à l'année 2012.

Les interventions de ces référents au cours des séances de travail du comité de pilotage de notre cour, semblent toutefois imputer plus au manque de maîtrise de la procédure d'appel par les avocats qu'à l'utilisation d'e-Barreau les difficultés de ceux-ci, et de même le référent de la cour est plus sollicité sur des questions relevant de la procédure d'appel que sur des questions relevant purement de l'utilisation de l'informatique.

Cependant l'utilisation au quotidien de ce mode de communication a fait apparaître d'autres difficultés déjà en partie évoquées par Monsieur le Conseiller Chauvin, notamment depuis qu'il est devenu obligatoire, le 1er janvier 2013, pour tous les actes de procédures.

II. L'UTILISATION DE LA COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE DEPUIS LE 1er JANVIER 2013

Elle serait plus aisée, notamment pour le greffe, si elle était complète, si la dématérialisation était totale, et si le logiciel WinCiCa, conçu bien avant l'ère de la communication électronique, était susceptible d'être remplacé par un outil adapté aux nouvelles méthodes de travail.

1) <u>Par complète</u>, j'entends que toutes les parties devraient pouvoir l'utiliser ; or Monsieur le Conseiller Chauvin l'indiquait à l'instant : le ministère public est exclu du dispositif, puisqu'il n'a pas à sa disposition de logiciel interfacé avec COMCICA ni e-Barreau, bien que soumis à l'obligation de faire appel et déposer ses conclusions par voie électronique.

Lorsqu'il fait appel d'une décision, le ministère public doit éditer sa déclaration d'appel, l'imprimer et la scanner avec la décision, pour l'adresser en pièce jointe par sa messagerie dédiée à l'adresse du greffe civil de la cour, où le greffier de l'enrôlement créé le dossier informatique en totalité.

Dans toutes les procédures où le ministère public est partie, jointe ou principale, le secrétariat du parquet général doit, selon le degré d'utilisation d'informatique du magistrat concerné, soit re-matérialiser pour les lui communiquer les conclusions adressées par les avocats sur la messagerie électronique dédiée, soit transférer le message à l'adresse électronique du magistrat. Ceci implique disponibilité et vigilance du secrétariat du parquet général, qui doit consulter chaque jour plusieurs messageries fonctionnelles. Vous le voyez, il ne s'agit pas de communication électronique, mais de procédure manuelle, sans aucun automatisme.

Le ministère public peut si les droits d'accès lui sont ouverts, consulter la base de données du logiciel WinCiCa, mais ne peut avoir accès aux pièces jointes (conclusions notamment), car dans l'état actuel de la configuration du logiciel, on ne peut dissocier accès aux pièces jointes et accès en écriture, l'accès en écriture étant évidemment exclu. Il peut donc avoir connaissance de l'avancement de la procédure (événements, historique), mais ne peut consulter son contenu.

Il ne peut de même déposer ses conclusions au greffe que par le biais de la messagerie dédiée, ce qui contraint cette fois le greffe à plusieurs manipulations pour créer l'événement « dépôt conclusions MP », qui intègre dans le dossier informatique les écritures adressées en pièce jointes. Là encore on ne peut parler de communication électronique.

Ces manipulations sont chronophages et peu aisées pour les magistrats comme pour les fonctionnaires, et je constate que dans la pratique, les écritures du ministère public sont généralement déposées au greffe au format papier et notifiées par voie de lettre recommandée aux avocats.

2) <u>Par dématérialisation totale</u>, j'entends l'absence totale et définitive de dossier papier, constitué de pièces éditées par le greffe ou adressé par les avocats 15 jours avant l'audience.

Les pièces n'entrent pas dans le champ d'application de la communication électronique à destination de la cour, puisqu'elles ne constituent pas des actes de procédures, au sens de l'article 3 de l'arrêté du 30 mars 2011 modifié. C'est heureux, car au-delà de la question de la taille maximale de 4 Mo, nous ne disposons pas de serveurs suffisants pour héberger de tels volumes. L'augmentation de la taille maximale des messages ne résoudrait pas cette difficulté, et elle n'est en outre pas à l'ordre du jour puisqu'il s'agit d'une contrainte « fonction publique » et non d'une contrainte propre au ministère de la justice.

Le comité de pilotage de la cour d'appel de Montpellier, conscient dès la fin 2011 du risque de saturation prévisible à court terme du serveur de la cour, avait exclu leur transmission à la cour. La convention signée avec l'ensemble des barreaux du ressort permet la suppression des pièces jointes aux événements messageries de type « dépôt de conclusions », mais cela contraint les avocats à notifier dans un premier envoi à leurs adversaires conclusions, bordereau et pièces, et à déposer ensuite leurs conclusions et bordereau au greffe, avec l'accusé de réception de notification. Si cette méthode a le mérite de suivre à la lettre le code de procédure civile, on peut admettre qu'elle complexifie la tâche des avocats.

On peut espérer que des avancées techniques permettent d'aller vers l'utilisation de plateformes de stockage sur lesquelles chacun, avocat ou magistrat, pourrait se

connecter au moyen d'un identifiant et d'un mot de passe, pour consulter le temps du procès les pièces invoquées à l'appui des prétentions des parties. Ce serait un moyen d'accéder à un partage réel des mêmes informations.

Pour l'heure, les avocats sont donc contraints de numériser leurs pièces pour les communiquer à leurs adversaires, et de les photocopier pour constituer le dossier qu'ils déposent à la cour 15 jours avant l'audience. Au greffe les conclusions adressées en pièces jointes aux événements messageries via e-Barreau, font l'objet d'une re-matérialisation par le greffe à la demande des magistrats, qui n'ont pas franchi le cap de la lecture à l'écran, faute d'équipements suffisants en double écrans… On est loin des objectifs de réduction du volume de papier.

3) <u>WinCiCa est un logiciel dépassé</u> : rappelons qu'il a été déployé dans les cours au tout début les années 2000…. Et l'adjonction du module de communication COMCICA n'en a pas fait un produit à la hauteur de ce qu'on lui demande aujourd'hui.

Il ne s'agit pas bien sûr de critiquer les moyens mis à la disposition du greffe pour remplir sa mission, mais force est de constater que si la saisie des informations via WinCiCa ne présente pas de difficultés, la lecture du dossier informatique est complexe, en particulier dès que le nombre de parties excède 2, ce qui est fréquent dans nombre de contentieux.

Le greffe passe de ce fait beaucoup de temps à ouvrir des événements pour vérifier le déroulement de la procédure, chaque fois qu'il intervient dans le dossier, et lorsqu'il doit, notamment, éditer les dernières conclusions avant clôture.

Enfin le greffe comme le magistrat n'ont pas la possibilité dans WinCiCa de créer directement un message à destination d'un avocat, sans passer par l'étape de création d'un événement auquel est associé un courrier. Cela complexifie l'utilisation, là où plus de fluidité permettrait de faire plus vite et mieux.

En conclusion les difficultés ne sont pas inhérentes à la communication électronique elle-même, mais à la rapidité avec laquelle celle-ci est entrée dans notre quotidien, alors que les moyens techniques à disposition ne sont pas suffisamment performants et aboutis.

Je fais le rêve de voir un jour

- des salles d'audiences équipées de deux écrans pour chaque magistrat du siège et du ministère public et pour le greffier, en réseau sur le serveur de la cour, et

avec accès *via* internet à une plateforme sur laquelle pourraient être consultées les pièces des parties, et pourquoi pas d'un écran public lisible par tous,

- des magistrats dotés dans leur bureau comme à leur domicile des mêmes moyens techniques,
- des greffiers équipés également de deux écrans chacun,
- un logiciel convivial de type application Web, et dont la construction logique inclurait plusieurs lectures possibles du dossier par un système de filtres - chronologie des événements du dossier, ou événements concernant chacune des parties, ministère public compris - une gestion d'agenda performante, et une simplification d'émission des messages à chaque intervention dans le dossier,

cela sous entend bien sûr des moyens techniques et financiers considérables, et j'espère que vous me pardonnerez l'optimisme qui me fait espérer voir ce rêve réalisé.

La communication électronique devant la Cour d'appel : simplification ou contrainte accélérée ?

Emmanuel RASKIN
Avocat au barreau de Paris,
président de la commission procédure de l'Association des avocats conseils d'entreprises (ACE)

Mesdames, Messieurs,

Monsieur le Conseiller Pascal Chauvin vient de nous exposer un rappel synthétique et précis des textes relatifs à la communication électronique dans le cadre de la procédure avec représentation obligatoire devant la Cour d'appel ainsi que des principales obligations qui en découlent.

Après avoir partagé le sentiment qu'inspire cette communication au magistrat et au greffier, je tiens à vous faire part de celui de l'avocat.

La dématérialisation présente des avantages certains pour les praticiens que nous sommes en termes de temps et de coûts pour nos clients.

Nous rencontrons cependant des difficultés essentiellement dues aux contraintes de la procédure d'appel avec représentation obligatoire.

Beaucoup d'avocats décident de continuer de passer par leurs anciens correspondants avoués pour respecter les contraintes techniques et les nouveaux délais de la procédure « MAGENDIE » dont la maîtrise s'annonce trop complexe.

Depuis la suppression de la profession des avoués, il existe un bureau d'aide à la procédure d'appel (BAPA) pour les avocats parisiens.

Les sanctions sont lourdes en cas de non-respect des règles instaurées et les incertitudes juridiques en la matière entament les bienfaits de la communication électronique.

Je vous ferai part des difficultés suivantes :

1. DIFFICULTÉS ORGANISATIONNELLES

Il convient de s'organiser de manière efficiente pour parer aux délais couperets de la procédure d'appel avec représentation obligatoire.

La clé RPVA constitue une première difficulté.

Chaque avocat inscrit a reçu une clé personnelle de connexion au réseau, clé elle-même affectée à des ordinateurs précis pour des raisons évidentes de confidentialité.

Si l'avocat part avec sa clef, les collaborateurs ou salariés n'ont aucun moyen d'accéder à son réseau privé et donc à ses dossiers.

Le vrai problème du RPVA est qu'il prend en compte l'avocat, non le cabinet.

Chacun doit donc activer sa propre clef pour que les informations reçues basculent sur le réseau de la structure.

L'associé doit donc veiller à ce que les salariés disposent d'une clef disponible pour pouvoir travailler sur tel ou tel dossier.

Le barreau réfléchit à un outil de délégation nommé @voclé, qui permettrait aux assistants ou collaborateurs d'avoir accès à certains espaces privés de chaque avocat inscrit.

Le projet est également étudié par le Conseil National des Barreaux et la présidente de sa commission Nouvelles technologies, Clarisse Berrebi.

Le problème est plus accentué dans les cabinets d'anciens avoués qui gèrent uniquement les procédures d'appel.

Si les problèmes rencontrés sont plus facilement gérés dans les structures au sein desquelles les dossiers d'appel ne sont pas le quotidien, les anciennes structures d'avoués sont débordées.

Les déconnections intempestives du réseau lorsqu'on y intervient pas pendant quelques minutes, les messages d'accusés de réception qui arrivent par dizaines sans hiérarchie, laissant leurs destinataires ensevelis (pour un même courrier au greffe, on reçoit trois accusés de réception différents : l'un est envoyé pour dire que le message a été délivré, l'autre informe qu'il a été transmis à la bonne chambre, le troisième qu'il a été ouvert) sont autant de contraintes qui appellent une nette amélioration.

Si un dossier en appel compte dix parties (fréquent dans les dossiers de sinistre industriels ou de construction), il faudra vérifier que l'on a tous les accusés de réception, et pointer tous les délais dont le départ est engagé, en faisant un rapprochement entre les messages et les dossiers concernés, avec une diffusion immédiate et conjointe à tous les intervenants du cabinet dans le dossier.

Un ancien avoué a pu témoigner de la difficulté actuelle *« ici, nous avons des journées à 500 messages pour trois associés, c'est colossal à gérer »*, sans compter les retours aux clients et les lettres de réserves et de demandes de communication à l'avance pour respecter les délais de la procédure.

Une organisation drastique au sein des cabinets s'impose.

Si en 2004 le système choisi pour le démarrage du RPVA était performant, et conforme aux besoins de la profession, force est aujourd'hui de constater qu'il a atteint ses limites.

« *Il convient de le repenser pour le faire évoluer et le pérenniser* » rappelle Clarisse Berrebi.

Mais pensons au greffe. Il a potentiellement 25.000 interlocuteurs à Paris, là où il en avait auparavant 80…

Au-delà de ces difficultés organisationnelles, la célérité induite par la communication électronique souligne les risques inhérents à la procédure d'appel avec représentation obligatoire.

2. L'IRRECEVABILITÉ DES ACTES DE PROCÉDURE NON COMMUNIQUÉS PAR LA VOIE ÉLECTRONIQUE

Le seul échappatoire à l'irrecevabilité couperet est de rapporter la preuve d'une cause étrangère : certes distincte de la force majeure en ce que les conditions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité ne sont pas requises, la condition d'extranéité va notamment se justifier en présence d'un problème inhérent au fonctionnement du RPVA, auquel cas il faudra obtenir une attestation du responsable de l'informatique et des télécommunications au secrétariat général du Ministère de la Justice (si RPVJ) ou du Conseil National des Barreaux.

En revanche, comment parer une panne informatique, comment justifier que cette panne est étrangère au cabinet concerné ?

Un constat d'huissier suffirait-il ?

Assurément non.

Un tel acte ne ferait que constater à telle heure, tel jour l'existence d'une panne, sans pour autant en déterminer l'origine (mauvais entretien, défaut de maintenance, non intervention dans les délais contractuels du technicien de la maintenance, mauvaise manipulation, virus etc.).

La panne viendrait elle d'un autre poste que celui de l'avocat titulaire de la clé, voire du serveur du cabinet, pourrait-on alors considérer, la clé de connexion au RPVA étant en l'état actuel personnelle à l'avocat et affectée à un ordinateur précis, que son origine fût extérieure (la preuve serait rapportée qu'elle ne provient pas dudit ordinateur) ?

Autant dire que les expertises seront à l'ordre du jour et que les débats n'auront pas fini d'encombrer la mise en état et la Cour en cas de déféré, ce qui est manifestement un frein à la célérité attendue.

Viennent à l'esprit les remarques de Monsieur le Professeur Hervé Croze :

« *l'article 930-1 du Code de procédure civile rendra totalement irrecevable tout acte de procédure d'appel qui ne sera pas fait sous la forme électronique, sous la réserve du*

principe ***de la cause étrangère dont la démonstration est plus difficile que de faire passer un chameau par le chas d'une aiguille…*** »[1]**.**

Dès lors que la communication électronique devient obligatoire, il n'est pas certain que les objectifs attendus par les partisans de la nouvelle procédure devant la Cour d'appel soient atteints.

Il serait enfin souhaitable de cesser la prolifération des textes : on en est à six arrêtés pour les procédures d'appel avec représentation obligatoire, ces arrêtés se modifiant souvent les uns les autres, ce qui rend leur compréhension difficile, d'autant que leur application s'est faite progressivement.

Le chemin de la communication électronique n'est donc pas facile à suivre, d'autant que :

- s'ajoutent à cette complexité les protocoles de mise en œuvre de cette communication, signés au niveau local par les chefs des juridictions et les ordres des avocats, dans le cadre de la convention cadre du 16 juin 2010 (portant extension aux cours d'appel de la précédente convention-cadre conclue le 28 septembre 2007 pour les Tribunaux de grande instance), entre le Ministère de la Justice et le CNB ;

- une menace d'irrecevabilité des conclusions pour violation de ces protocoles plane, alors même que cette irrecevabilité ne serait pas prévue par le Code de procédure civile[2].

Certains dénoncent la balkanisation de la justice française[3].

Une harmonisation est effectivement souhaitée sur le plan national, que ce soit en appel mais également en première instance.

3. LA CADUCITÉ DE LA DÉCLARATION D'APPEL : UNE ARME À DOUBLE TRANCHANT

L'article 908 du Code de procédure civile dispose :

« À peine de caducité de la déclaration d'appel, relevée d'office, l'appelant dispose d'un délai de trois mois à compter de la déclaration d'appel pour conclure. »

Contrairement à la nullité, la caducité prive d'effet un acte qui a déjà été régulièrement formé.

L'acte devenant caduc perd ses effets. C'est ainsi que l'assignation jugée caduque a été considérée comme non interruptive du délai de prescription.[4]

L'article 385 du Code de procédure civile dispose par ailleurs :

[1] Hervé CROZE, « Irrecevabilité des conclusions pour violation d'une convention de procédure », *Semaine juridique E.G.*, n°52, 24 déc. 2012, 1394

[2] CA Reims, chambre civile, sect.1 , 27 nov. 2012 , n°12/02121.

[3] Hervé CROZE, « Napoléon reviens, ils sont devenus fous ! », *Procédure* 2012, repère 11.

[4] Cass, ass.plén., 3 avr. 1987 : *D.* 1988.somm.122, obs. JULIEN.

« L'instance s'éteint à titre principal par l'effet de la péremption, du désistement d'instance ou de la caducité de la citation.

Dans ces cas, la constatation de l'extinction de l'instance et du dessaisissement de la juridiction ne met pas obstacle à l'introduction d'une nouvelle instance, si l'action n'est pas éteinte par ailleurs. »

La caducité de la déclaration d'appel parait donc s'inscrire dans l'une des causes de l'extinction de l'instance d'appel.

N'est-ce pas alors laisser la voie ouverte au plaideur qui bénéficie d'un jugement favorable en première instance de priver son adversaire de la faculté de remettre en cause ce même jugement, défavorable à ce dernier, tout simplement en en interjetant appel après l'avoir fait signifier et en ne concluant pas dans le délai de trois mois ?

Si l'intimé ne forme pas un appel autonome dans le délai d'un mois de la signification du jugement ou un appel incident, le défaut de conclusions de l'appelant dans le délai de trois mois va rendre caduque la déclaration d'appel, ce qui aura pour effet d'éteindre l'instance. Le jugement de première instance sera alors définitif si le délai d'appel a expiré, privant ainsi la partie qui avait vocation à en être l'appelant « naturel » de toute voie de recours.

La célérité qu'appelle la communication électronique accentue ces risques d'autant que la sanction ici en vigueur est dangereuse à l'égard de toutes les parties.

Il sera enfin noté une nouvelle problématique liée à cette même sanction tenant à sa place dans l'ordonnancement des phases procédurales.

Deux ordonnances du conseiller de la mise en état de la 4ème chambre de la Cour d'appel de Rennes rendues le 4 septembre 2013 (n°12/06502 et 12/03777) ont estimé que la sanction de caducité que prévoient les articles 902 (défaut de signification de la déclaration d'appel dans le mois de l'avis du greffe) et 908 (défaut de conclusions de l'appelant dans les trois mois à compter de la déclaration d'appel) du Code de procédure civile relève du régime des exceptions de procédure, donc qu'elle doit être soulevée avant toute fin de non-recevoir et tout débat au fond, simultanément aux autres exceptions de procédure.

Ces décisions sont inattendues car la caducité ne fait pas partie des exceptions de procédure visées par le Code de procédure civile. La position de la Cour de cassation est attendue. La prudence commande toutefois que les incidents de caducité, au regard de ces décisions, soient soulevés *in limine litis*.

4. LA SIMULTANÉITÉ DE LA NOTIFICATION DES CONCLUSIONS ET DE LA COMMUNICATION DES PIÈCES

Comme nous venons de le rappeler, le défaut de conclusions dans le délai de trois mois pour l'appelant génère d'office la caducité de sa déclaration d'appel.

L'article 906 dispose que « *les conclusions sont notifiées et les pièces communiquées simultanément par l'avocat de chacune des parties à celui de l'autre partie* ».

Des conclusions irrecevables, parce que les pièces n'auraient pas été communiquées simultanément, auraient pour conséquence le non-respect de le délai prévu à l'article 908 ou celle de ne pas faire courir de délai à l'intimé pour conclure.

L'enjeu était effectivement de taille.

La Cour de cassation a pris position.

Selon avis du 26 juin 2012, elle a indiqué que « *doivent être écartées les pièces invoquées au soutien des prétentions, qui ne sont pas communiquées simultanément à la notification des conclusions* ».

Dans un avis plus récent du 21 janvier 2013, la Cour de cassation a précisé que le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour écarter des débats les pièces invoquées au soutien des prétentions, qui ne sont pas communiquées simultanément à la notification des conclusions.

La sanction ne concerne que les pièces communiquées (en ce sens CA Montpellier, 03 octobre 2012, n°12/03903).

La régularisation semble pouvoir se faire avec les dispositions de l'article 954 (conclusions récapitulatives), puisque les dernières conclusions doivent contenir un bordereau récapitulatif des pièces.

Ainsi, comme la Cour d'appel de Paris a pu l'admettre, l'appelant peut régulariser l'absence de communication de pièces avec les premières conclusions en communiquant ultérieurement les pièces avec les dernières conclusions (CA Paris, 22 nov. 2012, n°11/04473).

Il n'en demeure pas moins que le caractère de simultanéité doit être respecté.

Les pièces, comme l'a précisé Monsieur le Conseiller Pascal Chauvin, ne rentrent pas dans le champ de la communication électronique obligatoire, puisque l'article 930-1 du Code de Procédure Civile impose la remise à la juridiction par voie électronique des seuls actes de procédure.

Les pièces pourront être communiquées à la Cour avec le dossier 15 jours avant la date des plaidoiries (article 912 alinéa 3).

Cependant, si la communication doit être simultanée, l'envoi électronique des conclusions aux avocats des autres parties impose l'envoi électronique des pièces, sauf à ne pas respecter la simultanéité requise par la lettre du texte.

Il convient de rappeler que les envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 font l'objet d'un avis électronique de réception adressé par le destinataire, qui indique, le cas échéant, l'heure de celle-ci.

Copie des conclusions est remise au greffe avec la justification de leur notification.

La notion de simultanéité employée commande donc le mode de notification : électronique ou par support papier.

En termes de dématérialisation et de transmission, il est parfois impossible de transmettre des pièces dont le poids est trop conséquent en Mo.

La taille des pièces autorisées dans les envois via e-Barreau est de 4 Mo, ce qui est vite atteint, notamment dans les dossiers comprenant des photos, des rapports, des marchés, des cahiers des charges et autres documents très volumineux. Le temps d'envoi de tels fichier est par ailleurs considérable, impliquant des envois fractionnés.

La Chancellerie refuse toujours d'augmenter la taille maximale des pièces pour ne pas encombrer encore plus les flux et aggraver les « bouchons ».

Il conviendra donc d'opter en l'état pour un mode précis et commun de notification et de communication des conclusions et pièces selon la possibilité ou non de transmettre les pièces par la voie électronique.

*

De manière générale, la complexité de la procédure de mise en état, tant devant le Tribunal de Grande Instance que devant la Cour d'appel, les problèmes de compétences posés en la matière, le maquis des règles de procédure civile et de leur régime juridique (conditions tenant à l'action, défenses sur le fond, exceptions de procédure, fins de non-recevoir, incidents d'instance, voies de recours etc.) conjugués à la floraison des textes que la même procédure civile a connu depuis cette dernière décennie, et la gravité des conséquences que le mépris de ce droit peut avoir sur le fond, plaident en faveur d'une postulation reconnue comme une nécessité technique fondamentale devant les Tribunaux de Grande Instance et les Cours d'appel dès lors que la procédure est écrite.

L'évolution de l'écriture et de la communication électroniques, ainsi que l'acheminement vers la visioconférence tendent à remettre en cause la postulation territoriale, ce qui peut présenter pour nos clients, notamment en coût, un avantage certain.

Si la communication électronique est effectivement perçue comme une nécessité en harmonie avec l'évolution des technologies et le but affiché d'une célérité de la justice, il n'en demeure pas moins que, dans le respect de la qualité également souhaitée et indispensable au bon fonctionnement de la justice, le contact du praticien avec le juge paraît devoir être maintenu, à tout le moins lors des audiences les plus importantes (première audience de conférence, audiences d'incidents, audience prévue pour la clôture de l'instruction).

Il importe en effet pour le justiciable, et dans le respect des droits de la défense, que trois objectifs soient remplis : la durée du procès ne doit pas être excessive, le procès doit conserver une dimension humaine et doit respecter les règles de procédures applicables, en ce compris les principes fondamentaux qui les gouvernent.

La communication électronique doit donc être poursuivie via une amélioration des technologies afin de la rendre plus sécurisée et efficiente, sans pour autant devenir une contrainte supplémentaire : « ***C'est tout le mal de la communication électronique qui devait être un bienfait. L'erreur est de la rendre obligatoire au lieu de se contenter de l'autoriser***[5] **».**

* *
*

[5] « Irrecevabilité des conclusions pour violation d'une convention de procédure » – Hervé CROZE, *Semaine juridique E.G.*, n°52, 24 déc. 2012, 1394.

Les perspectives de la communication électronique dans les cours d'appel à la lumière de l'expérience de la Cour de cassation

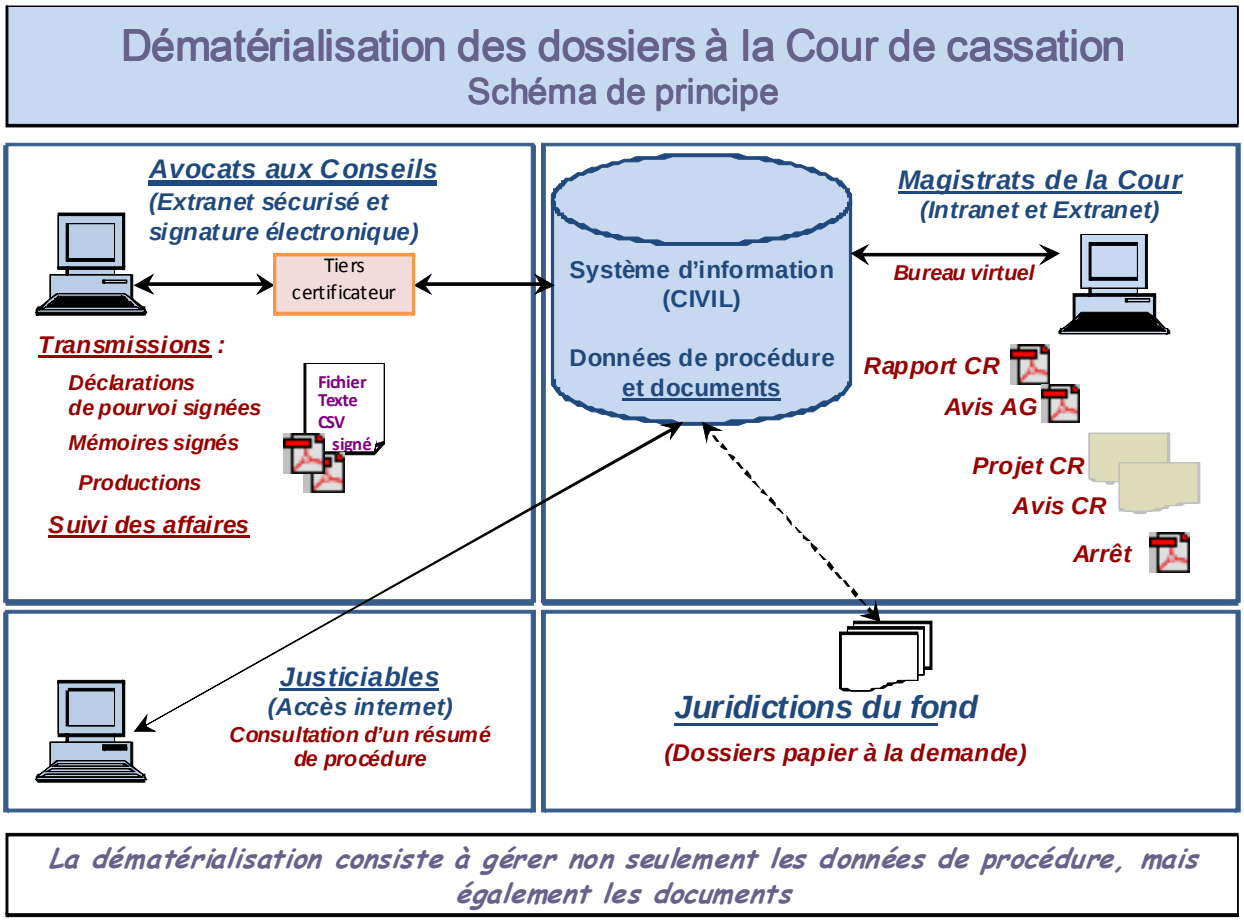
Jean-Michel SOMMER
Conseiller référendaire, chargé de mission auprès du Premier président de la Cour de cassation pour les questions de procédure

I. UNE DÉMATÉRIALISATION DES PROCÉDURES RENDUE POSSIBLE GRÂCE À LA COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE

Jusqu'au début des années 2000, la Cour de cassation avait eu recours à l'informatique essentiellement à des fins d'aide à la gestion des procédures au service des greffes, pour les fonctions de recherche des dossiers, consultation des données, édition des courriers, dactylographie des décisions, statistiques, autant de thèmes traditionnels de l'informatique de gestion. Une première approche documentaire avait néanmoins déjà permis de créer une première base de jurisprudence au service des magistrats.

Au cours des dix dernières années, les méthodes de travail et le traitement des procédures ont été profondément transformés. L'architecture du système d'information et de communication a été complétée pour impliquer l'ensemble des utilisateurs. Si le développement de l'informatique de gestion et l'accès aux bases de données jurisprudentielles s'est poursuivi, la mise en place d'une communication électronique avec les partenaires de la juridiction, la dématérialisation des pièces de procédure et enfin la signature électronique des décisions en a constitué les principaux objectifs. Aujourd'hui, la procédure du pourvoi en cassation est entièrement dématérialisée en matière civile, ce qui permet à la Cour de mieux remplir ses missions de régulation, de contrôle et d'édiction de normes, et d'améliorer la qualité du jugement des affaires.

A. Schéma de la communication électronique



La dématérialisation des dossiers à la Cour de cassation a consisté, comme le montre le schéma présenté, à compléter le système d'information civil de la Cour de cassation avec les documents de la procédure, alors qu'il ne comprenait auparavant que les données de procédure.

La quasi-totalité des affaires civiles relevant de la représentation obligatoire, l'alimentation du système d'information est d'abord assurée par les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Ils transmettent en ligne à partir de leur cabinet, à l'aide d'une liaison internet sécurisée par un tiers certificateur, d'une part, les fichiers de déclaration de pourvoi, au format texte délimité avec signature électronique, destinés à créer le pourvoi dans la base de données de la Cour, et d'autre part, dans les délais requis, les mémoires en demande contenant leurs moyens de cassation et les mémoires en défense, au format PDF signés électroniquement. Ces transmissions sont accompagnées de productions, c'est-à-dire des pièces, en particulier les décisions attaquées ou les actes de signification, dont certaines sont obligatoires, sous forme de documents numérisés au format PDF par le cabinet. En retour, l'avocat peut consulter en temps réel les affaires (procédure et documents) dans lesquelles il est constitué,

consulter les événements de procédure de ces affaires, voire télécharger les données de ces affaires.

La seconde source d'alimentation du système d'information est interne. Outre le contrôle de tout ce qui est transmis et la saisie de certaines informations par le greffe, ce sont principalement les magistrats, désignés pour traiter les dossiers au sein des chambres, qui alimentent ensuite le dossier électronique. Le conseiller rapporteur d'abord, transmet un rapport au format traitement de texte qui est intégré dans le dossier dématérialisé au format PDF ; l'avocat général ensuite rédige et transmet un avis également intégré dans les mêmes formes. L'avis du rapporteur et le ou les projets d'arrêts, qui sont des documents couverts par le secret du délibéré, ne sont pas intégrés dans le dossier électronique, mais consultables en traitement de texte seulement par les conseillers de la chambre. L'arrêt adopté à l'audience, après signature et authentification par le greffier de chambre, est enfin mis en ligne donc à disposition des avocats dans le dossier électronique le jour de son prononcé à 14 heures.

Dans quelques rares cas particuliers, où il est nécessaire de consulter des pièces du dossier de fond, la Cour fait venir ces pièces sous forme papier.

Enfin, les justiciables ont la possibilité, par un accès internet au site de la Cour de cassation, de consulter en ligne un résumé du déroulement de la procédure qui les concerne.

B. Un dossier partagé

L'enregistrement des dossiers de procédure autorise non seulement l'accomplissement par chacun de ses tâches, mais il favorise aussi le partage des données au sein d'un véritable dossier de procédure virtuel dématérialisé pour chaque affaire. Depuis la déclaration du pourvoi jusqu'au jugement de l'affaire, le dossier et les documents qui le composent sont mis à la disposition de celui qui l'instruit ou qui le juge. Le système permet un allègement des temps de saisie, une plus grande transparence de l'information et une meilleure gestion des affaires au service des justiciables.

Le «bureau virtuel» : il s'agit ici d'une réalisation majeure de la Cour. Accessible par un simple navigateur sur le poste des magistrats, ce bureau permet un accès personnalisé et sécurisé aux données dématérialisées d'un dossier. Placé sur l'Intranet de la Cour de cassation, ce bureau renseigne le conseiller sur l'en cours des dossiers qui lui ont été distribués, sur les audiences passées sur une période de quatre mois en arrière et sur les audiences à venir. Le magistrat peut ainsi, en accédant aux données et documents, préparer son audience dans toutes les affaires fixées. Il peut consulter les rapports ainsi que, s'il appartient à la formation de jugement concernée, les avis des

rapporteurs et les projets d'arrêts que ceux-ci ont rédigés, ces deux derniers types de documents étant soumis au secret du délibéré.

Des profils particuliers du bureau virtuel : Des profils ont été développés pour tenir compte des différentes fonctions occupées par les magistrats. Ainsi les auditeurs affectés au service de documentation, des études et du rapport, les avocats généraux et les présidents des chambres disposent de droits d'accès limités ou étendus, en considération de leur rôle dans le déroulement du procès ou à la Cour ou encore de leurs responsabilités administratives.

L'enregistrement du pourvoi : Dans les procédures avec représentation obligatoire, correspondant désormais à la quasi-totalité des pourvois formés en matière civile, commerciale et sociale, la déclaration de pourvoi est transmise au greffe par voie électronique, chaque avocat disposant d'un certificat d'authentification de signature électronique, par le truchement d'une société tiers de confiance certificateur. Les pourvois, les mémoires des avocats et les pièces sont réceptionnés et traités par le greffe des pourvois et, pour quelques procédures particulières, par la première présidence. Ce sont ainsi environ un millier de documents qui sont reçus quotidiennement par le greffe, jusqu'à 1500 le lundi. Un dossier virtuel de la procédure est automatiquement créé par une application baptisée «Nomos». Au stade de la déclaration de pourvoi, plusieurs vérifications sont effectuées, comme l'existence d'une éventuelle demande d'aide juridictionnelle ou le contrôle du paiement du timbre dématérialisé dont l'acquittement est encore aujourd'hui exigé. Une cote papier du dossier est toujours éditée à ce jour par le greffe, qui laisse ainsi une trace matérielle du dossier. Destinée à accueillir une copie du pourvoi, de la décision attaquée et la reproduction des griefs du pourvoi, cette cote devrait être appelée à disparaître progressivement.

L'orientation de l'affaire : Après le dépôt du mémoire en demande, transmis lui aussi par voie dématérialisée par l'avocat constitué, le service de documentation, des études et du rapport, qui est physiquement installé dans d'autres locaux, oriente chaque semaine, toujours par voie électronique, les pourvois vers les chambres compétentes, sans transfert de dossier papier. L'orientation est faite en considération de la nature de l'affaire et des attributions des chambres. Des rapprochements intellectuels peuvent être effectués à cette occasion par le service en consultant l'application «Nomos».

La distribution de l'affaire : Après dépôt du mémoire en défense et réception du dossier par la chambre, l'affaire est distribuée à un conseiller ou à un conseiller référendaire spécialisé chargé du rapport. La distribution est faite par le président de la chambre ou un magistrat qu'il délègue à cet effet, souvent un conseiller référendaire. La distribution des affaires au sein des chambres donne lieu à une «rematérialisation»

très partielle du dossier : sont généralement versés dans la cote papier une copie de la décision attaquée et des moyens de cassation proposés par l'avocat du demandeur.

Les travaux du rapporteur : le rapporteur télécharge les données de la procédure qui lui a été confiée à partir de son bureau virtuel. Il peut aussi accéder à l'historique du dossier, qui retrace tous les événements intervenus, ainsi qu'à l'inventaire numérique de tous les actes de la procédure et des productions des parties, consultables au format PDF. Le rapporteur peut de la sorte reprendre et copier par exemple les moyens du demandeur car ceux-ci ne peuvent, dans la procédure de cassation, être altérés ou résumés. Le rapporteur rédige ses travaux, consistant en un rapport, un avis personnel donné à la chambre et un ou plusieurs projets d'arrêts, qu'il adresse par courriel au greffe des arrêts. Ces travaux sont ainsi conservés sur le serveur de la Cour pour les besoins de la suite de la procédure.

L'intervention de l'avocat général : De son côté, l'avocat général prépare, à l'aide de son propre bureau virtuel, l'avis qu'il donnera à la chambre. Cet avis est mis en ligne et peut-être consulté par les conseillers siégeant dans la chambre et par les avocats avant l'audience.

L'audience et le jugement du pourvoi : Au moment du dépôt du rapport, le pourvoi est orienté par le rapporteur vers une formation restreinte ou solennelle de la chambre, en fonction de la difficulté ou de l'intérêt de l'affaire, cette orientation pouvant être reconsidérée ultérieurement. Le président et le doyen de la chambre, dans les affaires ordinaires, préparent l'audience au cours de ce qu'il est convenu d'appeler la conférence, et adressent aux rapporteurs leurs observations par voie électronique. A l'audience, le rapporteur apporte les modifications au projet pour tenir compte du délibéré puis l'enregistre, avec l'accord du président. Le projet ainsi adopté à l'audience est à la disposition du service du greffe des arrêts qui le met en forme définitive avant signature par le rapporteur, le président et le greffier.

II. LA COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE À LA COUR DE CASSATION SE DISTINGUE DE CELLE EN ŒUVRE DANS LES COURS D'APPEL.

1. Quelques chiffres

Qu'il s'agisse de ses moyens ou de ses procédures, la Cour de cassation présente de nombreuses différences avec les cours d'appel, ce qui explique notamment l'état d'avancement de son projet d'informatisation.

Ainsi, le nombre d'affaires civiles enregistrées chaque année, qui était d'environ 22 000 au début des années 2000, a légèrement diminué au cours des dix dernières années, en raison notamment de la généralisation de la représentation obligatoire, et se situe en 2011 autour de 21000 affaires enregistrées.

Le nombre de magistrats des chambres civiles qui traitent ces dossiers est aujourd'hui de 160 magistrats du siège et 40 magistrats du parquet.

Le stock des affaires civiles, d'environ 35 000 affaires en cours en 2001, a été progressivement réduit pour se stabiliser à un chiffre approximatif de 20 000 affaires en cours par an.

Le greffe comprend pour traiter les affaires civiles, hors les services du bureau d'aide juridictionnelle et de délivrance des certificats de non-pourvoi, environ 60 fonctionnaires.

2. La représentation obligatoire

En matière civile, la représentation des parties est assurée devant la Cour de cassation par les avocats aux Conseils. La constitution d'avocat est désormais obligatoire dans la quasi-totalité des affaires, après l'importante réforme intervenue en matière sociale à compter du 1er janvier 2005.

Cette situation rend évidemment aisée les échanges avec un peu plus de 100 avocats, à ce jour 105, réunis en 60 cabinets.

3. Le procès de cassation

Le procès de cassation n'est bien sûr pas le procès devant les juges du fond : l'instance est principalement dirigée contre un arrêt, les débats de fait sont quasi inexistants devant notre juridiction, et les parties produisent un très faible nombre de pièces. Le dossier se réduit donc, pour l'essentiel, aux décisions rendues dans la procédure et aux mémoires des parties comprenant leurs moyens.

4. La procédure de cassation

Cette procédure est enfin très codifiée, elle comporte des sanctions simples et automatiques, telles la déchéance du pourvoi à défaut de production du mémoire ampliatif ou l'irrecevabilité du mémoire en défense, lorsque celui-ci est déposé tardivement. Ces événements ne donnent en principe pas lieu à un débat contradictoire avec les avocats, qui connaissent parfaitement le déroulement de la procédure.

III. EN DÉPIT DES CES DIFFÉRENCES, L'EXPÉRIENCE ACQUISE PAR LA COUR PEUT FOURNIR AUX COURS D'APPEL D'UTILES ENSEIGNEMENTS

A. Les conditions du succès du projet de dématérialisation

1. Obtenir des équipements suffisants et sécurisés

Rien n'aurait été possible sans une mise à disposition des moyens nécessaires à la dématérialisation. Comme la plupart des administrations, la Cour de cassation s'est bien sûr dotée de matériels informatiques modernes. Les services du greffe, les bureaux, les salles de travail et de lecture des deux bibliothèques ainsi que les salles d'audience bénéficient d'un équipement informatique adapté. Dans chacune des salles d'audience, un poste de travail individuel connecté au réseau de la Cour a été installé à l'emplacement de chaque magistrat. Les magistrats nouvellement affectés à la Cour, au siège comme au parquet général, sont dotés d'un ordinateur portable et/ou d'un poste fixe relié au réseau lorsqu'ils disposent d'un bureau à la Cour. Les connexions sont sécurisées pour l'accès en réseau ou par Internet depuis le domicile des magistrats. À cet effet, des droits d'accès sont concédés en considération des fonctions exercées. La charte des utilisateurs du réseau privé virtuel et de la sécurité informatique à la Cour, élaborée en cohérence avec la charte établie par le secrétariat général du ministère de la Justice, est remise à chacun pour lui permettre de tirer le meilleur parti des matériels et services fournis et de prendre conscience des enjeux de sécurité.

2. Se doter d'une équipe projet et d'un service informatique compétent et disponible

La constitution d'une petite « équipe projet », réduite en nombre, mais motivée, est l'une des explications, la première peut-être, de la réussite de celui-ci : une équipe autonome, reliée cependant à la Chancellerie. Les moyens informatiques humains se composent au total d'une équipe d'étude et développement de 3 personnes, ayant recours à un marché de TMA (*Tierce Maintenance Applicative*) pour la sous-traitance essentiellement de la maintenance corrective et évolutive des applications du greffe (qui représente à peu près une personne temps plein), et une équipe de 7 personnes qui assurent au quotidien la gestion informatique de la Cour (gestion du parc informatique, de l'exploitation des serveurs, de la formation, de l'assistance de premier niveau) pour l'ensemble des équipements et des personnels.

3. Assurer la formation des utilisateurs

Lors de leur prise de fonctions, une formation à l'utilisation des outils informatiques documentaires et de recherche juridique ainsi qu'à l'utilisation des bureaux virtuels et des formulaires est dispensée aux nouveaux arrivants.

4. Associer les utilisateurs

Il importe de faire participer les utilisateurs externes et internes à la réalisation du projet et de leur proposer des améliorations régulières du service qui leur est offert. À cette fin, la Cour a institutionnalisé des relations avec les magistrats et fonctionnaires, d'une part, avec les avocats, d'autre part.

Le dialogue interne : Le projet d'informatisation de la Cour de cassation et de dématérialisation des procédures appelle régulièrement des améliorations ou des modifications. Le premier président a chargé un groupe de travail permanent, qui se réunit au moins chaque trimestre, de suivre les réalisations, les évolutions et de formuler des propositions. Animé par un président de chambre et composé de représentants de chacune des chambres de la Cour, du parquet général et des chefs de service du greffe, ce groupe entretient un dialogue constant avec les maîtres d'œuvre du projet et est à l'origine de nombreuses évolutions, notamment du bureau virtuel. Les comptes-rendus de ces réunions sont mis à la disposition de tous les membres de la Cour sur son site Intranet.

Le dialogue interne s'étend aussi aux juridictions du fond. Les échanges prennent la forme d'une transmission des arrêts des cours d'appel afin d'alimenter la base Jurica. En sens inverse, la Cour met en ligne des outils accessibles via l'Intranet de la Cour, permettant aux juridictions de consulter la base Jurica et d'accéder ainsi à leur propre jurisprudence. En outre, des fiches méthodologiques thématiques sont proposées aux cours et tribunaux, les listes des experts judiciaires figurent sur le site, de même qu'un espace dédié à la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Enfin, les juridictions accèdent par l'Intranet à la base de jurisprudence Jurinet de la Cour à partir de laquelle peuvent désormais être consultés tous les rapports et avis des avocats généraux, dans les affaires ayant donné lieu à des arrêts publiés ou simplement diffusés et, depuis septembre 2013, aux rapports en vue de la non-admission du pourvoi. Ce sont là, pour les juridictions du fond comme pour la Cour elle-même, des outils précieux de compréhension de la jurisprudence et d'aide à la décision.

Le dialogue externe : Des réunions périodiques sont organisées avec l'ordre des avocats et les représentants de la Cour. Ces rencontres donnent lieu à des comptes-rendus diffusés sur le site Intranet de la Cour et sur le portail des avocats aux Conseils. Y sont vérifiés la bonne transmission des actes et le respect des règles mises en place. Sont aussi examinées, par exemple, les questions liées à la sécurité informatique, au

traitement des séries de pourvoi ainsi que les évolutions souhaitables et les réalisations nouvelles. Des réunions de formation et d'information des cabinets et des membres de la Cour ont par ailleurs été institutionnalisées.

Les justiciables eux-mêmes disposent enfin de la possibilité d'être informés de l'état d'avancement de leur dossier par un accès sécurisé sur le site Internet de la Cour de cassation. Une charte du justiciable a d'ailleurs été élaborée et est présentée sur le site.

5. Gérer les situations d'urgence : les interruptions de service

Quel que soit le problème constaté, il convient de définir une procédure de signalement et de suivi des incidents. La Cour a mise en place un dispositif qui prévoit :

- le signalement du constat de l'incident à l'ensemble des destinataires du compte rendu du comité de pilotage,
- en cas de rétablissement avant 16H00, un message concernant la clôture de l'incident est adressé aux mêmes destinataires,
- en cas de non-rétablissement à 16H00, un message rappelant l'existence de l'article 748-1 du code de procédure civile est adressé, s'il y a lieu, à l'ordre des avocats aux Conseils par la première présidence,
- si un incident se produit après 17H30, qu'il soit signalé en soirée ou le lendemain matin, le message rappelant l'existence de l'article 748-1 du code précité est adressé le lendemain, s'il y a lieu, à l'ordre des avocats aux Conseils par la première présidence.
- il est enfin rendu compte aux présidents de chambre de l'incident.

6. Maîtriser les accès à la documentation et à la jurisprudence

La ressource documentaire : De nombreux accès sont disponibles, à partir du bureau virtuel. Ainsi les magistrats peuvent consulter le catalogue de la bibliothèque, accéder aux données de la plupart des éditeurs privés, ainsi qu'à des veilles juridiques et jurisprudentielles réalisées par le service de documentation, des études et du rapport, en droit interne comme en droit européen. Un espace dédié à la question prioritaire de constitutionnalité a aussi été créé. Des liens avec les bases de données du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat, du Tribunal des Conflits ou des juridictions européennes ont été posés pour faciliter le travail de recherche.

Les bases de données produites par la Cour : Le service de documentation, des études et du rapport gère deux bases de données de jurisprudence, les bases Jurinet et Jurica. La première contient l'intégralité des arrêts de la Cour depuis 1990, les arrêts publiés depuis 1960 et une sélection de grands arrêts antérieurs. Cette base, d'utilisation quotidienne à la Cour mais aussi dans les juridictions du fond, est enrichie de liens vers les rapports des rapporteurs et les avis des avocats généraux. Ces rapports

et avis sont depuis peu disponibles dans toutes les affaires jugées. Des liens existent aussi vers les commentaires et notices publiées au bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC) ou au rapport annuel. La seconde base réunit l'ensemble des arrêts des cours d'appel en matière civile, soit environ 200 000 décisions par an. L'exploration de la jurisprudence des cours d'appel tend à se développer au sein des chambres de la Cour de cassation, elle est également le support d'études. La base Jurica rend possible la recherche de divergences de jurisprudence ou de questions de principe nouvelles qui peuvent conduire à la saisine des formations solennelles de la Cour, chambres mixtes ou assemblées plénières.

Le développement de la ressource documentaire, facilité par ces nombreux accès informatiques, implique une évolution des mentalités, des modes de recherche, voire de raisonnement. La richesse des contenus disponibles est de nature à modifier nos méthodes, la teneur de nos travaux et, au-delà, les relations mêmes que la Cour de cassation entretient avec les juridictions du fond. Il importe aussi, quand ces ressources sont mobilisées, de garder toujours à l'esprit les exigences de la contradiction, notamment lorsque les recherches effectuées sont déterminantes dans la pensée du juge. Le rapport du rapporteur, mis à la disposition des parties, est à cet égard le document qui, par priorité, doit accueillir ces données.

B. Les résultats et les objectifs

1. Améliorer les délais de traitement des affaires ainsi que la qualité des décisions et du service rendu

La durée moyenne de traitement d'un pourvoi a été considérablement réduite, puisqu'il fallait en moyenne près de 24 mois pour rendre un arrêt sur un pourvoi civil en 2002, alors qu'il n'en faut plus qu'environ 14 mois. La communication électronique et la dématérialisation de nos procédures a grandement contribué à l'obtention de ces résultats.

2. Réussir la mise en place du processus de signature électronique des décisions

La dématérialisation sera complète lorsque les ordonnances et les arrêts seront signés par l'apposition d'une signature électronique. Cette ultime étape parachèvera la dématérialisation.

On sait que la signature électronique des jugements est rendue possible par les dispositions des articles 1316-4 et 1317 alinéa 2 du code civil.

Le second de ces textes prévoit que l'acte authentique peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

L'article 456 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue d'un décret du 28 décembre 2012, précise que le jugement peut être établi sur support électronique, et que, dans ce cas, il est signé au moyen d'un procédé de signature sécurisé. Le texte renvoie à un arrêté du Garde des Sceaux le soin de définir les modalités d'application de cette disposition.

L'arrêté du 18 octobre 2013, publié le 23 octobre dernier, constitue la dernière pierre de l'édifice juridique permettant la signature électronique des décisions rendues en matière civile à la Cour de cassation.

Il conviendra ensuite de mettre en œuvre la signature électronique des copies exécutoires délivrées par le greffier, puis, mais ceci nous échappe pour partie, réfléchir à la dématérialisation des formalités relatives aux procédures civiles d'exécution.

L'arrêté qui vient d'être pris répond au moins sur trois points à nos demandes :

- il permet d'abord d'embarquer la signature dans le document lui-même et non de la faire figurer dans un fichier distinct

- il rappelle ensuite que les minutes des décisions sont conservées, sous l'autorité du directeur de greffe, dans un minutier électronique

-il autorise enfin la signature de parapheurs de décisions.

Nous allons très prochainement signer, à titre de prototype en quelque sorte, une décision rendue par la formation la plus solennelle de la Cour, un prochain arrêt d'assemblée plénière qui sera rendu le 20 décembre de cette année.

Cette étape marquera celle de la première signature dématérialisée d'un jugement effectuée en France, en matière civile comme en matière pénale.

Certes la signature électronique des arrêts ne générera pas, au moins dans un premier temps, un gain réel de temps. Des difficultés organisationnelles délicates doivent en effet être résolues. Mais la signature électronique est la dernière étape, essentielle s'il en est, du processus de dématérialisation de nos procédures juridictionnelles.

De nombreux défis s'annoncent pourtant encore, on peut penser à la conservation des dossiers et à leur archivage. Puisse cette brève présentation montrer combien un projet d'une telle importance est vivant et évolutif. La confrontation des expériences révèle au surplus les multiples problèmes de procédure et les questions de principe qui surgissent tout au long de sa réalisation.

Novembre 2013.

TABLE DES MATIÈRES

Ouverture 1

Accueil 3

La notion de principes essentiels en droit judiciaire privé 7
I. La notion de principe de la procédure 9
II. Les fonctions des principes 19
III. L'évolution contemporaine des principes de la procédure 25

I. Les principes essentiels du procès à l'épreuve de la réforme de la procédure orale 33

Raison d'être et réformes de la procédure orale 35
I. Les vastes eaux de l'oralité 37
A. La parole prime l'écrit 38
B. La fiction de l'oralité 40
II. L'écrit, un « continent » en devenir 42
A. La prise en compte de l'écrit en procédure orale 43
B. Les simplifications à venir : des dispositions spéciales vers des règles générales ? 45

La mise en œuvre de la réforme devant le tribunal d'instance 49
I. Une revalorisation bienvenue de la conciliation 49
II. La procédure orale à l'audience civile 51

Dans la procédure devant les tribunaux des affaires de sécurité sociale et la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT) 57
I. La mise en œuvre de la réforme devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) 57
II. La mise en œuvre de la réforme devant la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT) 61

Dans la procédure devant les conseils de prud'homme et les chambres sociales des cours d'appel 69
I. La mise en oeuvre de la réforme du 1er octobre 2010 71
A. Devant le Tribunal d'instance et le Tribunal des affaires de sécurité sociale.... 71
B. Devant la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT) 71
II. La mise en œuvre de la réforme devant les chambres sociales des cours d'appel. 72

II. Les principes essentiels du procès à l'épreuve de la réforme d'appel 75

Propos introductifs 77

Le temps et l'appel.....83
I. La maîtrise du temps judiciaire : un temps imposé..... 84
A. L'encadrement juridique du temps de l'instance.....85
B. Un effet dévolutif limité en vue d'une célérité améliorée..... 87
II. La gestion partagée du temps judiciaire : un temps participatif 88
A. La définition d'un calendrier..... 88
B. L'adaptation des délais au litige 89

Les modalités de l'appel et la communication électronique.....91
I. La communication électronique obligatoire entre les parties et la Cour d'appel.. 92
II. La communication électronique facultative entre les parties..... 96

Les modalités d'appel et la communication électronique : le point du vue du greffe..... 107
I. La mise en place de la communication électronique 107
II. L'utilisation de la communication électronique depuis le 1er janvier 2013 109

La communication électronique devant la Cour d'appel : simplification ou contrainte accélérée ?.....113
1. Difficultés organisationnelles 114
2. L'irrecevabilité des actes de procédure non communiqués par la voie électronique 115
3. La caducité de la déclaration d'appel : une arme à double tranchant.....116
4. La simultanéité de la notification des conclusions et de la communication des pièces.....118

Les perspectives de la communication électronique dans les cours d'appel à la lumière de l'expérience de la Cour de cassation 121
I. Une dématérialisation des procédures rendue possible grâce à la communication électronique 121
A. Schéma de la communication électronique 122
B. Un dossier partagé 123
II. La communication électronique à la Cour de cassation se distingue de celle en œuvre dans les cours d'appel.....125
III. En dépit des ces différences, l'expérience acquise par la Cour peut fournir aux cours d'appel d'utiles enseignements 127
A. Les conditions du succès du projet de dématérialisation..... 127
B. Les résultats et les objectifs 130