

# LA SEMAINE JURIDIQUE

ÉDITION GÉNÉRALE

SUPPLÉMENT AU N° 13, 26 MARS 2018 ISSN 0242-5777



## Réformer la justice civile Séminaire de droit processuel

Actes du colloque du 6 février 2018  
Coordination : Cécile Chainais et Xavier Lagarde

# LEXISACTU.FR

## RECEVEZ VOTRE VEILLE JURIDIQUE EN TEMPS RÉEL

**NOUVEAU**



### UNE INFORMATION FIABLE

Une équipe éditoriale dédiée qui scrute l'actualité pour vous



### VOTRE VEILLE EN TEMPS RÉEL

Une couverture complète avec une cinquantaine de sujets traités par jour



### VOTRE FLUX PERSONNALISÉ

Un format éditorial adapté pour concevoir vos veilles par matière et ajuster la fréquence de réception des Newsletters



### ACCÈS INDIVIDUALISÉS

Créez des comptes personnalisés et sécurisés pour chacun de vos collaborateurs



### ACCÈS À TOUT MOMENT

Web / Tablette / Mobile



**LexisNexis®**

PHOTO © GUSTOCSTUDIO - FOTOLIA.COM

17ALLMDOBI-05/2017 552 029 431 RCS PARIS

## LA SEMAINE JURIDIQUE

Juris-Classeur Périodique (JCP)

92<sup>e</sup> année

Président Directeur Général, Directeur de la publication :

PHILIPPE CARILLON

Directrice éditoriale :

CAROLINE SORDET

carolinesordet@lexisnexis.fr

Directeur scientifique : NICOLAS MOLFESSIS

Comité scientifique : D. BUREAU, L. CADIET, C. CARON, J.-F. CESARÒ, M. COLLET, E. DEZEUZE, J. KLEIN, B. MATHIEU, H. MATSPOULOU, F. PICOD, B. PLESSIX, P. SPINOSI, PH. STOFFEL-MUNCK, F. SUDRE, B. TEYSSIÉ, S. TORCK

Comité d'experts : C. CHAMPALAUNE, W. FEUGÈRE, J.-P. JEAN, D. MUSSON, É. NEGRON, B. STIRN, L. VALLÉE, E. VASSEUR

Rédactrice en chef : HÉLÈNE BÉRANGER

Tél. : 01.45.58.93.24 - helene.beranger@lexisnexis.fr

Rédactrice en chef adjointe : ÉLISE FILS

Tél. : 01.45.58.92.86 - elise.fils@lexisnexis.fr

Éditeur : FLORENCE CREUX-THOMAS

Tél. : 01.45.58.92.42 - Florence.creux-thomas@lexisnexis.fr

Avec la collaboration de Lyna Sait Djouhra, stagiaire

Merci à Marianne Vasquez pour la mise en page de ce numéro

Publicité :

Direction marketing opérationnel : CATHERINE THEVIN

Tél. : 01 45 58 93 05

Catherine.thevin@lexisnexis.fr

Correspondance :

M<sup>me</sup> HÉLÈNE BÉRANGER

LA SEMAINE JURIDIQUE (ÉDITION GÉNÉRALE)

141, rue de Javel - 75747 Paris Cedex 15

Relations clients :

Tél. : 0 821 200 700

0,112 euros puis 0,09 euros /min à partir d'un poste fixe

**www.lexisnexis.fr**

Abonnement annuel 2018 :

• France (métropole) : 714,70 euros TTC (700 euros ht)

• DOM-TOM et pays étrangers : 770 euros ht

Prix de vente au numéro :

• France (métropole) : 25,53 euros TTC (25 euros HT)

• DOM-TOM et pays étrangers : 28 euros HT

Offre « spéciale étudiants » :

<http://etudiant.lexisnexis.fr/>

LEXISNEXIS SA

SA au capital de 1.584.800 euros

552 029 431 RCS Paris

Principal associé : REED ELSEVIER FRANCE SA

Siège social : 141, rue de Javel - 75747 Paris Cedex 15

Imprimeur : ÉVOLUPRINT - SGIT SAS

Parc Industriel Euronord, 10, rue du Parc, 31150 Bruguères

N° Imprimeur : 5881

N° Éditeur : 5779

Dépôt légal : à parution

Commission paritaire : n° 1121 T 80376

Photo de couverture : © Olivier Le Moal - GettyImages

Photos intérieur : © Philippe Bachelier et Droits réservés

Supplément gratuit pour les abonnés. Ne peut être vendu.

© LexisNexis SA 2018

Cette œuvre est protégée par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment par celles de ses dispositions relatives à la propriété littéraire et artistique et aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de LexisNexis SA. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit,

non autorisée par LexisNexis SA ou ses ayants droit, est strictement interdite.

LexisNexis SA se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente oeuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute autre utilisation

commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie. Avertissement de l'éditeur : "Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cette revue sont formellement interdits".

# Sommaire

La Semaine Juridique - Édition Générale - Supplément au N° 13, 26 mars 2018

## Réformer la justice civile - Séminaire de droit processuel



## Ouverture du colloque

### 1 Présentation

→ **Cécile Chainais**, professeur à l'université Panthéon-Assas Paris 2, directrice du Centre de recherche sur la Justice et le règlement des conflits (CRJ)

→ et **Xavier Lagarde**, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (université Paris 1 Panthéon Sorbonne) directeur du Département de recherche « Sorbonne - Justice et Procès » (IRJS)

P. 5

### 2 Chantiers de la justice : pour une nouvelle donne procédurale

→ **Thomas Andrieu**, directeur des Affaires civiles et du Sceau

P. 7

## 1<sup>re</sup> table ronde : Observations générales

### 3 L'esprit d'une réforme

→ **Xavier Lagarde**, professeur à l'école de droit de la Sorbonne (université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), directeur du département de recherche « Sorbonne - Justice et procès » (IRJS)

P. 15

### 4 L'esprit des réformes

→ **Emmanuel Jullien**, avocat à la cour d'appel de Paris - JRF avocats, ancien vice-président de la Chambre nationale des avoués à la Cour, ancien président de l'Association Droit et Procédure

P. 20

### 5 Les mythes fondateurs de la réforme de la procédure civile

→ **Louis Boré**, président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

P. 24

### 6 Observations sur les propositions de modifications de la procédure civile

→ **Philippe Théry**, professeur à l'université Panthéon-Assas

P. 26

### 7 Réforme de la justice : pauvre principe de coopération

→ **Emmanuel Jeuland**, professeur à l'École de droit de la Sorbonne

P. 28

## 2<sup>e</sup> table ronde : L'élaboration de la décision - Compétence et instance

8 T'és TGI/TI/TAE ou t'és TPI ? La question du pluralisme juridictionnel pour les contentieux de première instance

→ **Serge Guinchard**, professeur émérite de l'université Paris 2 Panthéon-Assas, recteur honoraire

P. 32

9 Augmenter le taux de ressort ?

→ **Isabelle Després**, directeur du parcours franco-allemand, université de Nantes

P. 39

10 Observations sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile

→ **Nicolas Cayrol**, professeur à l'université de Tours, directeur de l'IEJ François-Grua

P. 41

11 Acte de saisine et principe de concentration

→ **Corinne Bléry**, maître de conférences-HDR, directrice du master 2 Justice, procès et procédures - parcours Contentieux privé, responsable du pôle Contentieux interne et international de l'Institut Demolombe (EA 967) faculté de droit de l'université de Caen Normandie

P. 45

12 La mise en état conventionnelle et la césure du procès

→ **Thomas Clay**, professeur à l'école de droit de la Sorbonne, université Paris 1, doyen honoraire de faculté de droit

P. 49

13 L'harmonisation des décisions de justice : une ambition légitime ?

→ **Bruno Quentin**, avocat associé du Cabinet Gide Loyrette Nouel, avec la participation de → **Nadia El Amrani**, étudiante à l'École de droit de Sciences Po

P. 53

## 3<sup>e</sup> table ronde : L'exécution

14 L'exécution dans le rapport « Amélioration et simplification de la procédure civile »

→ **Claude Brenner**, professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas

P. 55

15 La force exécutoire de l'acte notarié : une évidente exclusivité

→ **Jean-François Sagaut**, notaire à Paris, docteur en droit

P. 60

## 4<sup>e</sup> table ronde : Les modes alternatifs de règlement des litiges (MARL)

16 Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire

→ **Soraya Amrani Mekki**, professeure à l'université Paris Nanterre, membre du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique

P. 63

17 Ce que « mode alternatif » veut dire

→ **Xavier Lagarde**, professeur à l'école de droit de la Sorbonne (université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), directeur du Département de Recherche « Sorbonne - Justice et Procès (IRJS) »

P. 71



Rapport sur l'amélioration  
et la simplification de la procédure civile

# 1 Présentation



## Cécile Chainais,

professeur à l'université Panthéon-Assas Paris 2, directrice du Centre de recherche sur la Justice et le règlement des conflits (CRJ)

## Xavier Lagarde,

professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (université Paris 1 Panthéon Sorbonne) directeur du Département de recherche « Sorbonne - Justice et Procès » (IRJS)

Le présent cahier est une suite logique de la table ronde qui s'est tenue le 6 février 2018, au Centre Panthéon, autour de M. Thomas Andrieu, conseiller d'État, directeur de la Direction des Affaires civiles et du Sceau. Le rapport sur la Simplification et l'amélioration de la procédure civile constituait le principal objet des débats nourris, dont le lecteur trouvera les échos dans les contributions écrites qui suivent.

Cette table ronde était la première séance du Séminaire de droit processuel, fruit d'un partenariat entre le Département de Recherche « Sorbonne - Justice et Procès » (IRJS) de l'université de Paris I Panthéon Sorbonne et le Centre de recherche sur la Justice et le règlement des conflits (CRJ) de l'université Panthéon-Assas Paris II.

**Ce séminaire, qui se réunira de nouveau le 24 mai prochain, a vocation à devenir une structure pérenne.** Son objectif est de réunir la communauté des processualistes aux fins de favoriser les échanges de vue nécessaires aux progrès de la science du procès ou droit processuel, entendu à la fois comme l'étude des différents contentieux techniques mais aussi comme la recherche d'un droit commun du procès nourri de principes directeurs et fondamentaux.

Cette communauté doit fonctionner sur le modèle d'une agora où le contradictoire et la contradiction seront les bienvenus. La pensée unique et l'esprit de chapelle n'auront pas place dans ce rassemblement, lieu d'écoute du pluralisme doctrinal. Le dialogue se développera sans polémique ; les divergences ne don-

neront pas lieu à dissidence. Les questions seront au moins aussi nombreuses que les réponses. Différentes générations seront associées, les doctorants en droit processuel étant les très bienvenus, au même titre que les enseignants-chercheurs confirmés. L'esprit d'ouverture qui préside au fonctionnement du Séminaire de droit processuel se manifestera de deux manières.

Tout d'abord, il n'y aura pas d'entre-soi ; une réflexion d'ampleur sur la procédure doit associer l'École, mais aussi le Palais et l'entreprise. Oui à la théorie, mais une théorie de la pratique, en conséquence une théorie avec les praticiens. Le pluralisme des pensées universitaires ira ainsi de pair avec le pluralisme des professions juridiques représentées : hauts conseillers, juges du fond de 1<sup>er</sup> et de 2<sup>e</sup> degré, juges consulaires, avocats aux conseils, avocats, anciens avoués, notaires, huissiers, greffiers, conseillers juridiques, juristes d'entreprise, prendront part aux échanges.

Ensuite, les rencontres seront conçues dans l'esprit d'un « séminaire » - du latin *semen*, la graine. Elles seront un lieu vivant et fertile où, à la faveur de croisements divers, pourront germer des idées qui essaieront ensuite, à brève ou moyenne échéance. À cet égard, les centres de recherche qui ont pris l'initiative de ce séminaire, auquel ils ont eu à cœur d'associer des universitaires de toute la France, entendent moins faire office de maison-mère que d'incubateur !

La diversité et la vigueur des opinions, souvent très personnelles, exprimées dans le dossier que le lecteur s'apprête à découvrir, en est une première illustration. ■



Cécile Chainais et Xavier Lagarde



# 2 Chantiers de la justice : pour une nouvelle donne procédurale



**Thomas Andrieu,**  
directeur des Affaires civiles et du Sceau

1 - La procédure civile se réforme. Tous les jours et tout le temps. Trop, peut-être. Mais il est des moments où la nécessité de penser de manière globale se fait particulièrement sentir. Après les réflexions de 2008 et les rapports Guinchard<sup>1</sup> et Magendie<sup>2</sup>, ce fut à nouveau le cas en 2013 avec les rapports Marshall<sup>3</sup>, Delmas-Goyon<sup>4</sup> et Garapon<sup>5</sup>. Nous sommes dans un de ces moments. Ne refusons pas cette ambition.

2 - 5 rapports pour 5 chantiers. Le 15 janvier dernier la garde des Sceaux s'est vu remettre un certain nombre de préconisations sur les sujets structurants de la justice : transformation numérique<sup>6</sup>, amélioration et simplification de la procédure pénale<sup>7</sup>, amélioration et simplification de la procédure civile<sup>8</sup>, adaptation du réseau des juridictions<sup>9</sup> et sens et efficacité des peines<sup>10</sup>.

- 1 S. Guinchard, *Rapport au garde des Sceaux, Commission sur la répartition des contentieux. L'ambition raisonnée d'une justice apaisée : La Documentation française*, 20 déc. 2007.
- 2 J.-C. Magendie, *Rapport au garde des Sceaux, Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel* : 24 mai 2008.
- 3 D. Marshall, *Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice. Les juridictions du XXI<sup>e</sup> siècle : une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice : La Documentation française*, déc. 2013.
- 4 P. Delmas-Goyon, *Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice. Le juge du 21<sup>e</sup> siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice : La Documentation française*, déc. 2013.
- 5 A. Garapon, *Rapport de l'IHEJ. La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXI<sup>e</sup> siècle : La Documentation française*, juill. 2013.
- 6 J.-F. Beynel, et D. Casas, *Chantiers de la justice. Transformation numérique : Ministère de la Justice ; JCP G 2018, act. 133, Aperçu rapide B. Defains et J.-B. Thierry.*
- 7 J. Beaume et F. Natali, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure pénale : Ministère de la Justice ; JCP G 2018, act. 200, Aperçu rapide S. Detraz.*
- 8 N. Molféssis, F. Agostini, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile : Ministère de la Justice ; JCP G 2018, act. 237, Aperçu rapide J. Théron.*
- 9 Ph. Houillon, et D. Raimbourg, *Chantiers de la justice. Adaptation du réseau des juridictions : Ministère de la Justice ; JCP G 2018, act. 271, Aperçu rapide B. Beignier et L. Miniato.*
- 10 B. Cotte et J. Minkowski, *Chantiers de la justice. Sens et efficacité des peines : Ministère de la Justice ; JCP G 2018, Aperçu rapide V. Peltier à paraître.*

Portés par des référents travaillant en binômes, sous le signe de la complémentarité, ces rapports servent de base à la consultation des acteurs de justice par la ministre, dans l'objectif de définir le contenu de la future loi de programmation et les perspectives de réforme pour la durée de la législature.

3 - Pourquoi réformer la justice civile de première instance ? Parce qu'en dépit des efforts et de l'engagement de chacun des acteurs, la situation est de plus en plus tendue :

- les indicateurs des juridictions sont préoccupants : ainsi, si la situation des tribunaux d'instance est plutôt stable<sup>11</sup>, la durée des affaires civiles terminées devant les tribunaux de grande instance (y compris les référés) était de 7 mois en 2015 et de 7,4 mois en 2016 ; l'âge moyen du stock y compris les référés est passé de 14,4 mois en 2015 à 15,1 mois en 2016, année à la fin de laquelle il y avait 659 143 affaires en stock contre 640 788 à la fin de l'année 2015<sup>12</sup> ;
- l'efficacité organisationnelle est loin d'être optimale : ainsi, qui peut contester l'inadéquation de la carte judiciaire avec la carte administrative (pour ne parler que d'elle), et la complexité que cela entraîne ? De même, le retard technologique des juridictions du fond est devenu générateur de difficultés procédurales qui génèrent des contentieux jusqu'à la Cour de cassation ;
- cette situation est également à l'origine d'un mal être pour nombre de magistrats et greffiers dont les tâches restent extrêmement diversifiées ;
- enfin, selon le sondage IFOP pour Club d'Iéna réalisé en mars 2017<sup>13</sup>, 45 % des français disent qu'ils n'ont pas confiance en la justice (contre 37 % en 2008), 63 % des sondés pensent que notre système judiciaire fonctionne mal, 71 % ajoutent que les juges n'ont pas les moyens nécessaires pour bien faire leur travail ;

4 - Le président de la République, lors de son discours prononcé à la Cour de cassation le 15 janvier 2018, a rappelé la préoccupation de nos concitoyens pour l'effectivité de la justice, « clé de toute confiance », soulignant qu'« il nous faut une justice qui sache répondre aux défis de son temps »<sup>14</sup>.

- 11 Durée des affaires terminées hors référé : 5,5 mois en 2015 et en 2016 ; durée des référés : 3,8 mois en 2015, 4 mois en 2016.
- 12 Alors pourtant que le nombre d'affaires nouvelles a baissé entre 2015 (880 974 affaires au fond) et 2016 (862 684 affaires au fond).
- 13 *Le regard des Français sur la justice : sondage IFOP n° 114547.*
- 14 E. Macron : *Discours du Président de la République devant la Cour de cassation, 15 janv. 2018, p. 8.*

5 - Une réforme d'ampleur, nécessaire pour restaurer « la confiance publique entre les Français et la justice » a également été appelée de ses vœux par le premier président de la Cour de cassation, M. B. Louvel, dans plusieurs tribunes, dédiées à l'unité de la magistrature, l'unité de juridiction, l'unité de la procédure civile et l'unité de tribunal<sup>15</sup>.

6 - C'est dans ce contexte que le Gouvernement a annoncé sa volonté d'« engager une réforme de la justice pour rendre plus effectives les décisions des magistrats, donner plus de sens à leurs missions et rétablir la confiance de nos concitoyens dans notre justice »<sup>16</sup>.

7 - Sur la base du rapport remis par Nicolas Molfessis et Frédéric Agostini<sup>17</sup> et des consultations qui sont actuellement en cours, la ministre de la Justice arbitra les mesures qui figureront dans les prochains textes législatifs et réglementaires. Si la DACS a apporté son concours aux chefs de file pour la préparation de ce rapport<sup>18</sup>, mon propos inclura des réflexions en lien avec les chantiers « numérique » et « réseau », la procédure ne pouvant être comprise que comme partie d'un « écosystème » plus vaste.

8 - Comment réformer la justice civile ? Deux axes me paraissent pouvoir être mis en avant :

- Il faut transformer la procédure civile pour tenir compte d'un environnement organisationnel et technologique en mutation (1) ;
- il faut recentrer l'activité juridictionnelle sur les tâches nécessitant la prudence et l'autorité du magistrat (2).

## 1. Transformer la procédure civile pour tenir compte d'un environnement organisationnel et technologique en mutation

9 - Adapter la justice civile aux défis du temps présent suppose de repenser l'économie des règles processuelles (A). Celles-ci ont été conçues et écrites pour une organisation et des modes de communication donnés, qui ont connu et vont continuer à connaître de fortes mutations dans les prochaines années (B).

### A. - Repenser la procédure dans une juridiction unifiée

#### 1° Des choix organisationnels nécessaires

10 - La procédure n'est pas hors-sol. Elle doit concorder avec l'organisation judiciaire, d'où découle les règles de compétence matérielle et territoriale. Or, cette organisation traduit des conceptions de l'accès au juge : ainsi, il est important de maintenir (voire de créer) des juridictions dans un territoire donné si

la démographie le justifie, mais il peut aussi être décidé d'opérer des regroupements qui permettent d'assurer la spécialisation des affaires et la cohérence de la jurisprudence. La définition de la « masse critique » des juridictions peut ainsi entrer en considération dans l'implantation des lieux de justice.

11 - Vous trouverez un exemple très concret de simplification procédurale actuellement portée par le ministère de la Justice dans la création de ce qu'on appelle les pôles sociaux des TGI, réforme qui entrera en vigueur le 1er janvier prochain<sup>19</sup>. Il s'agit de remplacer trois juridictions méconnues - le Tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS), le Tribunal du contentieux de l'incapacité (TCI) et la Commission départementale d'aide sociale (CDAS) - par le TGI, statuant en formation échevinée. Ce guichet unique, c'est déjà un plus en soi pour le justiciable qui pouvait être ballotté entre ces différentes juridictions<sup>20</sup>. Ce sera un gain d'efficacité considérable pour l'institution. Cela permet, en outre, une spécialisation des juges sur des contentieux qui ont une forte adhérence.

12 - Vous l'aurez relevé, les rapports sur la simplification de la procédure et sur le réseau ont une approche différente du sujet de l'organisation judiciaire. Alors que le rapport sur le réseau judiciaire préconise d'instaurer un Tribunal judiciaire par département avec un ou plusieurs tribunaux de proximité, le rapport sur la procédure civile préconise la création d'une juridiction unique en première instance. Cette juridiction absorberait dans l'immédiat le tribunal d'instance et à terme, les tribunaux de commerce et les conseils de prud'hommes. Cela correspond à la conception déjà défendue par le rapport Marshall en 2013<sup>21</sup>.

13 - Il ne m'appartient pas, bien évidemment, de formuler une préférence pour l'un ou l'autre des scénarios. Au sein du ministère de la Justice, c'est à la Direction des services judiciaires (DSJ) qu'il revient d'assurer l'expertise sur les questions d'organisation judiciaire. Cependant je veux insister sur le fait que si l'organisation et la procédure sont intimement liées, la réforme de l'organisation n'est pas un pré requis pour la réforme de la procédure civile. La simplification, une meilleure lisibilité du parcours judiciaire, l'efficacité de la décision dès la première instance, sont des objectifs essentiels qui nécessitent une nouvelle procédure contentieuse ordinaire.

#### 2° Pour une nouvelle procédure contentieuse

14 - Cette procédure, pour laquelle le rapport Agostini-Molfessis préconise une représentation par avocat obligatoire<sup>22</sup>, répondrait à une double exigence de simplicité et de souplesse. Simplicité dans la saisine de la juridiction : elle devrait toujours s'effectuer par un écrit dématérialisé et structuré à la réception duquel la juridiction donnerait une première date d'audience pour laquelle le défendeur devrait être assigné par le demandeur. Simplicité aussi dans le déroulement de la procédure : dans le cas d'une procé-

15 V. [www.courdecassation.fr/publications\\_26/prises\\_parole\\_2039/tribunes\\_8215/](http://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/tribunes_8215/)

16 Les cinq chantiers de la justice : [www.Gouvernement.fr](http://www.Gouvernement.fr).

17 V. N. Molfessis, F. Agostini, *préc. note 8*.

18 Association étroite entre la DACS et les chefs de file : organisation et assistance de la DACS aux auditions, fourniture d'éléments d'analyse ; propositions, par la DACS, de pistes de réformes aux chefs de file.

19 L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> s.

20 Par ex. la reconnaissance de la faute inexcusable relève du TASS alors que la fixation du taux d'incapacité du salarié victime d'un accident du travail relève du TCI.

21 *Préc. note 3, spéc. p. 17*.

22 *Préc. note 8, spéc. p. 28 et s.*

de procédure contentieuse ordinaire, les échanges entre les parties et avec le tribunal seraient tous effectués de manière dématérialisée sur la plateforme d'échange de la juridiction ; les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir seraient toutes « purgées » dès la première audience sous peine de ne plus pouvoir être invoquées, ce qui permettrait, passé cette audience, de se concentrer sur le fond du litige et de couper court aux stratégies strictement procédurales qui sont parfois suivies par certains avocats.

Souplesse également : cette procédure unifiée permettrait, après cette première audience, conformément aux propositions conjointes du Conseil national des barreaux (CNB) et de la conférence des présidents de tribunaux de grande instance, une option entre deux types de mise en état : conventionnelle ou judiciaire. De deux choses l'une, soit les avocats des parties s'accordent sur un calendrier de mise en état, dans le cadre d'une procédure participative, et bénéficieront alors d'une date d'audience prioritaire, soit ils n'y parviendraient pas et alors le

juge reprendrait la main et fixerait lui-même un calendrier de procédure et la date de l'audience de clôture.

Souplesse encore : le juge pourrait à tout moment enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur.

Dans tous les cas, la mise en état prendrait fin par une audience de clôture au cours de laquelle les parties listeraient leurs points d'accord et de désaccord et choisiraient de plaider ou de déposer seulement leurs conclusions lors de la dernière audience à l'issue de laquelle la décision serait rendue.

15 - Cette nouvelle procédure modifie radicalement la logique actuelle de strict contrôle des parties par le juge de la mise en état et je ne pense pas qu'il soit souhaitable de l'introduire brutalement sur tout le territoire : je suis convaincu qu'elle doit d'abord être polie par l'usage, faire ses preuves, dans quelques juridictions choisies avant d'être généralisée. Ne serait-ce que pour s'assurer de la parfaite adaptation de l'outil numérique à cette nouvelle procédure.

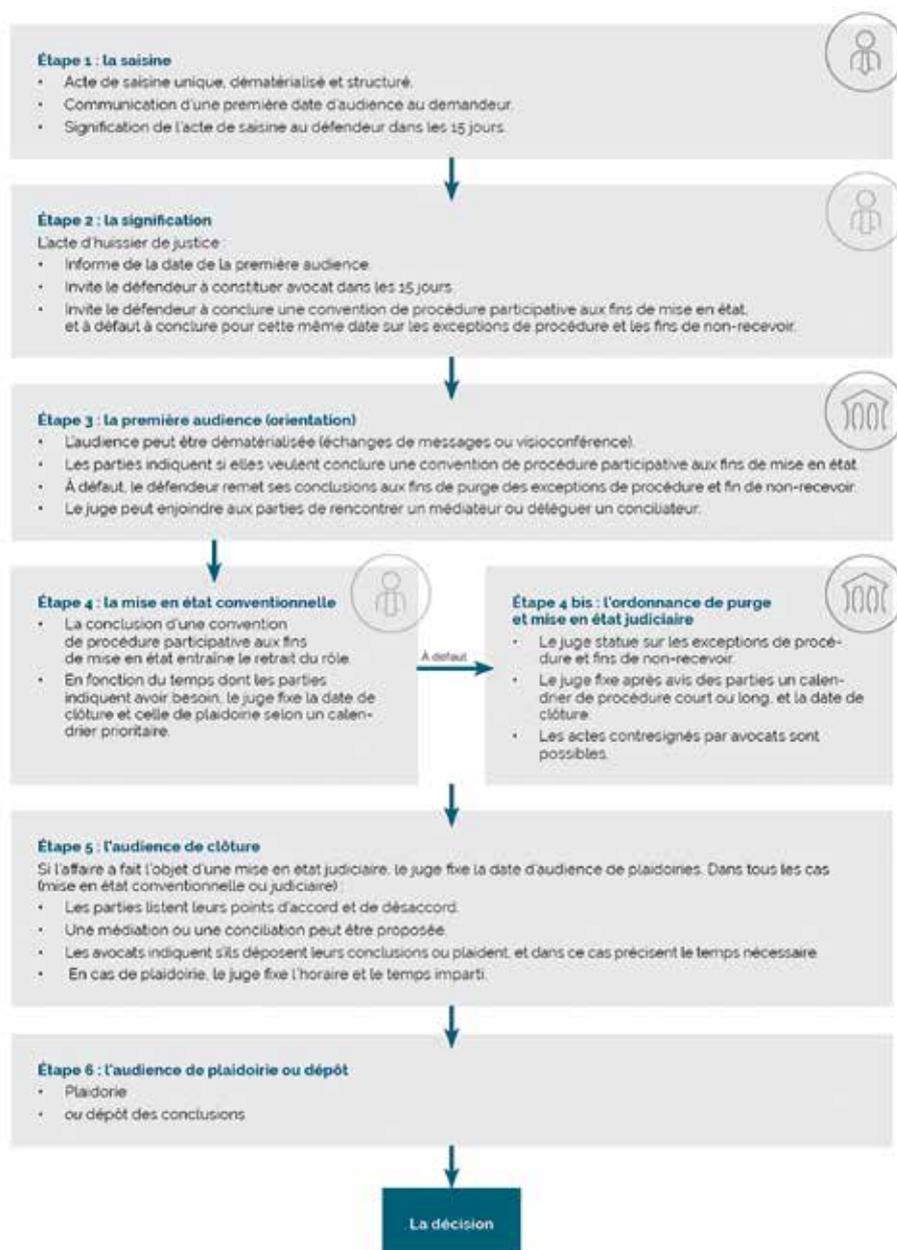


Schéma : procédure avec représentation obligatoire (*Amélioration et simplification de la procédure civile, préc. note 8, spéc. annexe 2, p. 46*)

16 - Cela me conduit à aborder la nécessaire transformation numérique de la justice civile, à l'instar de l'ensemble de l'institution judiciaire. Pour reprendre la formule d'un récent rapport : « Faites entrer le numérique »<sup>23</sup>, oui, mais sans laisser personne au bord de la route.

## B. - Inscrire la justice civile dans le numérique

17 - La France a été précurseuse sur le numérique mais s'est essouffée en chemin. La révolution numérique est à mettre en œuvre pour transformer la justice de première instance. Il ne s'agit plus, désormais, de transposer les règles procédurales conçues pour une procédure écrite au numérique mais d'inventer une procédure numérique native, tenant compte et adaptée aux caractéristiques des échanges dématérialisés. À défaut, comme le soulignait le Président de la République à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, c'est un « monstre numérique » qui verrait le jour, privant de toute efficacité la transformation numérique.

18 - Des efforts sont déjà faits en ce sens : la communication électronique sera la règle devant les tribunaux de grande instance au 1er septembre 2019<sup>24</sup> ; le projet Portalis prévoit à brève échéance le suivi de son dossier par le justiciable (représenté ou non) et la possibilité de saisir en ligne la juridiction lorsque la représentation n'est pas obligatoire. Ces efforts doivent être intensifiés pour permettre à la justice civile de première instance de faire le saut numérique qui s'impose et qui a déjà été accompli avec succès par la Cour de cassation, sous l'impulsion du premier président Canivet.

19 - Ce saut numérique sera d'ailleurs à l'image de ce qui a été mis en place devant les juridictions administratives où Télérecours est obligatoire pour les avocats et les administrations<sup>25</sup> et devrait prochainement être ouvert à titre facultatif et expérimental aux justiciables non représentés. Il permettra de répondre aux actuels besoins de sécurité juridique, de prévisibilité et d'accessibilité de la justice.

### 1° Sécurité juridique

20 - Les rapports sur la transformation numérique et la procédure civile convergent parfaitement sur le fait que la procédure elle-même doit devenir numérique, c'est-à-dire être pensée comme numérique. Il s'agit d'une condition de la sécurité juridique, qui n'est pas encore parfaitement assurée.

21 - Si le Code de procédure civile décrit les façons de procéder, les délais d'accomplissement des actes, les étapes de l'instance, on ne peut ignorer qu'un autre droit s'est développé, par arrêts techniques, qui définit la réalité du process informatique à l'œuvre derrière la communication des actes et pièces. Ces arrêts

techniques, qui se sont multipliés depuis 2009, mais également les multiples conventions, signées localement, sont révélateurs de l'approche empirique, expérimentale et sectorielle qui a présidé à la communication électronique, déployée progressivement par juridiction et par procédure. Ainsi que le préconise la Cour de cassation, ce cadre doit cependant être aujourd'hui renforcé pour privilégier une approche englobant l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire. La jurisprudence de la Cour de cassation, abondante sur la question de la communication électronique, démontre l'impérative nécessité de sécuriser le cadre juridique applicable.

22 - Un cap aura été franchi lorsque la procédure pourra être menée, de son introduction à sa conclusion et à son archivage, de manière numérique. Ce sera plus simple, plus efficace, sécurisé et, que l'on soit avocat ou justiciable, de nature à faciliter l'accès au juge puisque les parties n'auront plus besoin de se déplacer aux heures d'ouverture du greffe.

23 - Quel degré d'incitation à la communication électronique faut-il retenir ? Pour les professionnels du droit, ma conception profonde est que la communication électronique doit être obligatoire, quelle que soit la juridiction et quelle que soit la procédure suivie. Pour le justiciable non représenté, la saisine dématérialisée devrait également être possible, sous réserve, sans doute, d'ajuster le périmètre de la représentation obligatoire.

### 2° Prévisibilité

24 - L'open data va bouleverser le marché du droit et le rapport du citoyen à la justice en permettant à la justice de gagner en prévisibilité.

25 - La loi pour la République numérique prévoit l'ouverture des données de jurisprudence au public<sup>26</sup>. C'est peu de dire que cette ouverture est attendue par les professionnels du droit. Je pense bien sûr aux « gens de justice », avocats, huissiers, notaires, magistrats et fonctionnaires, mais aussi aux différents opérateurs qui se positionnent sur le marché de la connaissance du droit : les éditeurs juridiques historiques, comme les start-upers, dont certains ont déjà pu solliciter massivement les juridictions pour accéder à la donnée brute, en proposant d'en assumer la charge de l'anonymisation...

26 - Le défi est immense : la mise en production de cet open data passe par la création d'un véritable service public de la donnée judiciaire, impliquant de déterminer l'autorité qui en a la charge et les missions qui lui sont assignées. Au premier rang de celle-ci, il y aura à tout le moins celle prévue par la loi de garantir le « respect de la vie privée des personnes concernées » et de prévenir le « risque de réidentification ». Cela rend d'autant plus indispensable la dématérialisation et la standardisation formelle des décisions afin que celles-ci soient facilement et efficacement pseudonymisées. Par ailleurs, l'ouverture de la donnée publique crée de véritables enjeux stratégiques pour le ministère de la Justice : l'État ne doit-il pas veiller, dans l'intérêt du citoyen, à

<sup>23</sup> *Rapp. Institut Montaigne, Justice, Faites entrer le numérique, nov. 2017.*

<sup>24</sup> *D. n° 2017-892, 6 mai 2017 : JO 10 mai 2017, texte n° 114.*

<sup>25</sup> Télérecours est ouvert aux parties représentées par un avocat, aux personnes de droit public autres que les communes de moins de 3 500 habitants, et aux organismes de droit privé chargés de la gestion permanente d'un service public.

<sup>26</sup> *L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 20 et 21.*

conserver une capacité d'analyse des données indépendante de celle des organismes privés ? Doit-il être traité, dans le cadre de l'analyse des données, de la même manière qu'un opérateur privé ?

27 - Les effets de l'open data sur l'activité juridictionnelle peuvent être considérables. L'analyse algorithmique des décisions rendues permettra, en particulier aux juges, d'avoir connaissance des différentes pratiques et d'affiner ainsi leur approche de ces litiges. La convergence des jurisprudences, si elle a lieu, favorisera la prévisibilité du droit<sup>27</sup>. Le métier d'avocat pourrait évoluer vers une activité concentrée essentiellement sur la négociation transactionnelle, le contentieux étant réservé aux cas non-tranchés ou nouveaux. Cet horizon est séduisant. Mais dans l'attente de l'open data et de ses effets, on ne peut fonder une réforme sur sa seule anticipation.

### 3° Accessibilité

28 - Il est évident qu'un certain nombre de justiciables ne peuvent pas saisir seuls les juridictions par la voie numérique, soit parce qu'ils ne sont pas équipés, soit parce qu'ils ne maîtrisent pas son usage. Il n'est pas question de les sacrifier sur l'autel de la modernité.

Leur accompagnement doit être assuré par le service public de la justice lui-même, au moyen des 101 conseils départementaux d'accès au droit (CDAD) existants, des maisons de justice et du droit (MJD) et des services d'accueil uniques du justiciable (SAUJ). Cela a d'ailleurs été relevé par le rapport sur la transformation numérique.

29 - Pour cela, il est indispensable que le déploiement des SAUJ, qui ont été récemment créés<sup>28</sup> s'accélère et que les personnels affectés soient en capacité de donner aux justiciables des informations pertinentes sur les procédures judiciaires en général et sur celles qui les concernent. Ils reçoivent déjà les actes de procédure des justiciables dès lors qu'ils sont destinés à la juridiction où ils se trouvent implantés ou à une autre juridiction située dans le même arrondissement judiciaire. Demain, ils devront recevoir les actes de procédure destinés à toutes les juridictions judiciaires. Cela éviterait ainsi aux parties le tour de France procédural qu'elles subissent lorsque les règles de compétence territoriale leur ont imposé de saisir une juridiction éloignée de leur domicile.

30 - SAUJ, CDAD, MJD seront ainsi des points d'entrée du justiciable dans la procédure judiciaire. Services de proximité, ils assureront l'accessibilité des juridictions intégralement dématérialisées telles que la juridiction nationale de traitement déma-

27 Le manque de prévisibilité des décisions est régulièrement dénoncé, des préjudices identiques étant par exemple indemnisés différemment selon que telle ou telle juridiction statue, ou même tel ou tel juge. Certes, des barèmes se développent, mais ils ne sont pas impératifs et leur diffusion est souvent restreinte.

28 L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016 ; D. n° 2017-897, 9 mai 2017 relatif au service d'accueil unique du justiciable et aux personnes autorisées à accéder au traitement de données à caractère personnel « Cassiopée ».

térialisé des injonctions de payer dont la création est étudiée à la suite de la recommandation du rapport. Ils permettront également la réalisation des actes de procédure dans une procédure de règlement des petits litiges qui pourra être totalement dématérialisée, de la saisine à la décision. Cette procédure prendrait modèle sur la procédure européenne de règlement des petits litiges. Dans une société fortement marquée par l'accroissement de la mobilité géographique, son instauration favoriserait l'accès à la justice des personnes géographiquement éloignées de la juridiction. L'obligation de comparaître dans les procédures orales, souvent à plusieurs audiences successives, peut être en effet actuellement un frein à la saisine des juridictions pour de petits litiges.

## 2. Recentrer l'activité juridictionnelle sur les tâches nécessitant la prudence et l'autorité du juge

31 - La revalorisation de la première instance passe par : la responsabilisation des parties (A) et la revalorisation de l'office du juge (B).

### A. - Responsabiliser les parties

#### « Les effets de l'open data sur l'activité juridictionnelle peuvent être considérables. »

32 - Cette responsabilisation se manifeste dans la conduite du procès. Elle passe par l'extension de la représentation obligatoire par avocat et sans doute par une véritable

évolution dans la façon d'envisager le coût du procès.

### 1° La conduite du procès

#### a) Encourager le recours aux modes alternatifs de résolution des différends (MARD)

33 - Les parties doivent s'impliquer davantage dans l'émergence de la solution à apporter à leur litige. La justice ne peut pas être une « justice presse-bouton » dans laquelle le juge rendrait les décisions au regard des moyens et pièces que les parties auront bien voulu lui soumettre sans que celles-ci tentent, de bonne foi, de participer à l'œuvre de justice. C'est en particulier indispensable dans les litiges à forte dimension humaine tels que les affaires familiales ou encore les litiges de voisinage.

34 - Je suis donc convaincu de la nécessité de continuer à valoriser les MARD. Cette valorisation peut être promue de différentes manières. Le juge doit tout d'abord pouvoir enjoindre à tout moment aux parties de rencontrer un médiateur ; il doit aussi pouvoir déléguer son pouvoir de conciliation à un conciliateur en toutes matières. Le temps du procès est parfois long, la position des parties peut évoluer, et une possibilité de médiation, parfois inenvisageable lors de l'introduction de l'instance tant les parties sont passionnées, peut émerger en cours de pro-

cédure, les tensions s'apaisant et les prétentions et arguments de chacun étant connus.

35 - L'introduction d'une possible césure du procès me paraît également très intéressante : après avoir tranché les questions de principe qui lui sont soumises, le juge pourrait ordonner aux parties de rencontrer un conciliateur ou un médiateur afin de rechercher un accord sur les conséquences de cette décision. C'est déjà ce qui est prévu dans le cas d'une action de groupe. Ce dispositif pourrait être très utile en matière de responsabilité civile où, une fois la question de la responsabilité tranchée, les parties pourraient s'accorder sur le montant de l'indemnisation.

36 - Une autre piste de valorisation de l'implication des parties dans la recherche d'une solution à leur litige consisterait à prévoir une réduction du délai entre la saisine de la juridiction et la date de l'audience si elles concluent une convention de procédure participative.

37 - Le développement de la culture de la médiation chez les avocats est indispensable, et l'impulsion donnée par l'introduction des MARD au programme des épreuves de l'examen du CRFPA doit se poursuivre.

38 - Cette nécessaire valorisation des MARD pourra s'appuyer sur le développement des technologies numériques. Elle s'inscrit dans un contexte de développement de l'offre de justice en ligne, qui a été soulignée par le chantier « Transformation numérique ». Ce secteur en plein bouillonnement révèle certainement aujourd'hui un besoin de régulation, auquel la proposition de loi de M. Ph. Bas<sup>29</sup> avait entendu répondre.

39 - Je ne vous cacherai pas que la piste de la tentative obligatoire de résolution amiable du différend a été explorée dans ce cadre. Il a été fait le choix de ne pas y donner suite (à la différence du chantier sur la transformation numérique) car il nous est apparu que, fondamentalement, on ne peut contraindre les parties à s'accorder. Cette obligation existait d'ailleurs avant 1949 et a échoué pour ce motif.

#### **b) Instaurer un principe de loyauté**

40 - La responsabilisation des parties dans la recherche de la solution de leur litige passe également par la valorisation de leur loyauté procédurale. Il n'est pas acceptable que les parties ne produisent pas l'ensemble de leurs pièces dès la première instance mais qu'elles attendent pour ce faire la procédure d'appel, les assénant alors comme autant d'atouts maîtres dévoilés au dernier tour. Il faut également couper court aux comportements dilatoires des parties, qui ne doivent pas entraver, par leur lenteur, la bonne marche du procès. Il n'est pas non plus souhaitable qu'elles conservent des preuves par devers elles et ne produisent, au soutien de leur demande, que celles qui leur permettent de raconter une histoire pensée à la destination du seul juge.

<sup>29</sup> Prop. de loi Sénat n° 641, 18 juill. 2017, d'orientation et de programmation pour le redressement de la justice.

41 - Ces comportements déloyaux pourraient être sanctionnés par le recours à l'amende civile dont le montant a été porté de 3 000 à 10 000 € par un décret de 2017<sup>30</sup>. Dans une telle hypothèse, on peut se demander si la violation de la loyauté par un avocat ne devrait pas être sanctionnée non seulement disciplinairement mais également sur le terrain de la responsabilité civile.

42 - La meilleure façon dont ce principe doit être introduit dans le Code de procédure civile peut être débattue : le simple énoncé de ce que les parties doivent s'y conformer n'est peut-être pas de nature à en permettre l'effectivité ; à l'inverse, une déclinaison trop tatillonne pourrait être source d'une trop grande rigidité procédurale et laisser hors de son champ des comportements inacceptables.

#### **c) Imposer la concentration des moyens**

42 - Le procès consiste à chercher un remède à un problème dont tous les termes doivent être exposés devant le juge. Il n'est pas question d'instrumentaliser la justice en distillant ses arguments tout au long du procès ; c'est pourquoi la DACS est favorable à l'obligation de concentration des moyens dès la première instance. On peut même s'interroger sur l'opportunité d'imposer la concentration des moyens dès les premières écritures pour celui qui refuserait de s'engager dans la nouvelle procédure participative de mise en état.

43 - Cette réforme, d'ampleur, est un préalable indispensable à la nouvelle architecture des recours qui doit voir le jour pour assurer à chaque juridiction la place qui doit être la sienne. La première instance ne doit pas être un simple « tour de chauffe » avant le procès d'appel mais l'ensemble des arguments - et des preuves - doivent y être discutés afin d'achever la mutation de l'appel en voie de réformation. Alors, et alors seulement, la Cour de cassation pourra tenir son rôle de Cour suprême unificatrice du droit en filtrant les pourvois. Les réflexions qui y sont en cours depuis 2014 et qui devraient prochainement aboutir vont en ce sens.

44 - L'objectif de concentration des moyens dès la première instance rend d'autant plus nécessaire l'extension de la représentation obligatoire. En effet, la technicité des règles procédurales peut être difficilement appréhendable par les justiciables seuls. La proposition de rendre obligatoire le ministère d'avocat dans de nouveaux contentieux peut être compris à cette aune : l'avocat devra avertir son client du risque encouru si tous les éléments de preuve ne sont pas immédiatement produits ; par ailleurs, les avocats - rares - tentés d'utiliser des stratégies procédurales déloyales au profit de leur client en seraient dissuadés.

#### **2° L'extension de la représentation obligatoire par avocat**

45 - La qualité de la décision rendue dépend dans une large mesure de la qualité des éléments soumis au juge. Or, et si c'est

<sup>30</sup> D. n° 2017-892, art. 2, II, 7° ; CPC, art. 348.



Gérard Gardella - Thomas Andrieu

un lieu commun il n'est pas dénué de pertinence, le droit est d'une complexité croissante. Il est dès lors illusoire de croire que les parties peuvent toujours se défendre elles-mêmes ; ce n'est souvent pas dans leur intérêt. Il y a une certaine hypocrisie à faire croire aux parties qu'elles peuvent mener seules leur procès dans des matières techniques<sup>31</sup>.

46 - Il y a d'ailleurs un mouvement allant vers l'extension de la représentation obligatoire : en matière sociale devant les cours d'appel<sup>32</sup>, comme précédemment devant la Cour de cassation<sup>33</sup>.

47 - Il est dès lors nécessaire d'aller plus loin, mais jusqu'où ? Il ne faudrait pas que le coût de l'avocat conduise certains à renoncer à saisir le juge ou à renoncer à se défendre. C'est pourquoi les contentieux dans lesquels la représentation obligatoire devrait être introduite sont actuellement à l'étude. Elle pourrait concerner l'ensemble des instances en appel tout d'abord, mais également en première instance les baux ruraux, les loyers commerciaux et l'expropriation. Devraient à mon sens y échapper les affaires où le droit des personnes et de la famille est directement en jeu (affaires familiales hors divorce, mesures de protection des majeurs, tutelles des mineurs, assistance éducative, élections politiques) et les actions mobilières et personnelles inférieures à un certain montant.

### 3° Le coût du procès

48 - Il faut en finir avec l'idée de la gratuité de la justice. La justice n'est pas gratuite. Elle coûte même cher et nos concitoyens doivent en avoir conscience.

31 Je pense par exemple au tribunal paritaire des baux ruraux ou à la fixation d'un loyer commercial.

32 Avec quelques aménagements destinés à permettre aux défenseurs syndicaux de continuer à assister les parties : D. n° 2016-660, 20 mai 2016, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2016.

33 D. n° 2004-836, 20 août 2004 portant modification de la procédure civile : JO 22 août 2004, texte n° 7.

Les parties doivent avoir conscience du coût du procès et ne pas l'engager à la légère. C'est pourquoi il est désormais nécessaire d'assurer à la partie qui obtient gain de cause le remboursement intégral de ses frais d'avocats par son adversaire, sur présentation de la facture de l'avocat<sup>34</sup>. Cela n'interdit pas que le juge prenne en considération l'équité mais au moins faut-il que les parties et le juge soient en mesure d'apprécier les frais de défense à leur juste valeur.

49 - Il faudrait enfin que tout gain de productivité réalisé par l'institution judiciaire soit réintroduit dans la première instance.

## B. - Revaloriser l'office du juge

50 - Il est urgent de revaloriser l'office du juge pour restaurer la confiance des citoyens dans la justice française. Pour cela, trois réformes doivent être engagées.

### 1° Le relevé d'office des moyens de pur droit

51 - Il est nécessaire de trouver un équilibre entre le renforcement des obligations des parties et de leurs conseils et celui du juge, et, pour cela, de permettre une plus forte implication du juge dans le processus conduisant à la décision.

Le juge est gardien du droit et garant de la bonne implication de la loi. L'article 12 du Code de procédure civile l'énonce avec force. L'interprétation jurisprudentielle de cet article conduit cependant à une implication du juge à géométrie variable : la Cour de cassation juge qu'il n'a pas l'obligation de changer la dénomination ou le fondement juridique de la demande dès lors que les parties ont précisé le fondement juridique de leurs prétentions.

52 - De même, de nombreux articles du Code de procédure civile prévoient que le juge peut relever d'office certaines violations des règles procédurales. Pour ne citer qu'eux, l'article 120, alinéa 2,

34 Modification des articles 699 et 700 CPC.

du Code de procédure civile prévoit qu'il a la possibilité de relever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice ; l'article 125, alinéa 2, l'autorise de même à relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée ; l'article 388, alinéa 2, enfin, lui donne, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, la possibilité de constater d'office la péremption de l'instance.

53 - Il en résulte que des situations semblables sont traitées de manière dissemblable. Cela n'est pas acceptable par les justiciables, qui peuvent avoir - légitimement - l'impression d'être soumis à l'arbitraire du juge et de ne pas faire l'objet d'un égal traitement selon le juge chargé de l'affaire. Cette situation sera encore moins acceptable lorsque l'open data permettra aux justiciables d'avoir connaissance des décisions rendues par les cours d'appel (et les TGI à terme) dans des affaires semblables à la leur.

54 - Pour ajouter à la cacophonie, et pour ne citer que quelques exemples, le juge a l'obligation d'appliquer d'office le droit communautaire. La Cour de cassation en a déduit qu'il avait l'obligation de faire application des règles relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux<sup>35</sup>. Un texte spécial du Code de la consommation<sup>36</sup> prévoit également qu'il a l'obligation d'écarter d'office l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat.

55 - On ne peut que constater que l'office du juge manque actuellement de cohérence. C'est pourquoi il est envisagé de lui faire obligation de relever d'office les moyens de droit, qu'ils soient ou non d'ordre public.

Joint aux évolutions précédemment préconisées pour les parties, cela permettrait d'aller vers une justice coopérative.

56 - Je n'ignore pas que les magistrats de première instance y sont rarement favorables. Ils font valoir le risque d'engagement de la responsabilité de l'État ; il me semble cependant que la chaîne des recours devrait permettre de remédier à un éventuel oubli.

## 2° L'exécution provisoire de droit

57 - Il faut cesser de maltraiter la première instance en estimant qu'elle doit uniquement absorber les flux, sans considération de qualité, celle-ci étant réservée à la cour d'appel et, plus encore, à la Cour de cassation. La première instance a au contraire une importance fondamentale dans l'organisation judiciaire. Une justice de qualité en première instance est le gage d'une justice de qualité en cas de recours.

58 - Certes, cette revalorisation passe par la restauration de la collégialité, la nomination de juges expérimentés en première instance, qui n'est pas possible actuellement, le nombre de postes ouverts en première instance pour des magistrats de grade élevé étant restreint, et la spécialisation des juges<sup>37</sup>.

59 - Mais cette revalorisation passe surtout par le renversement du principe de l'article 515 du Code de procédure civile. L'exécution provisoire doit être, par principe, attachée à toute décision de première instance, sauf décision expresse du juge en sens inverse. Il s'agit là d'une condition de l'autorité du premier juge. Le premier président de la cour d'appel pourra toujours l'arrêter dans les cas actuellement prévus par l'article 524 du Code de procédure civile.

## 3° La déjudiciarisation

60 - Le renforcement de l'office du juge impose enfin une redéfinition de son office. Le juge embrasse très large, mais il devra embrasser moins pour embrasser mieux.

C'est là toute la réflexion sur l'office du juge qui doit se poursuivre. Doit-il seulement trancher les litiges qui lui sont soumis ? Doit-il agir en amont en autorisant certains actes - je pense ici à la protection des majeurs et aux tutelles des mineurs - ou en contrôlant l'action des justiciables ou de tiers au litige hors de tout litige comme c'est par exemple le cas en matière de changement de régime matrimonial ou de vérification des frais d'huissier en saisie des rémunérations ? Quelle peut être la place, le rôle exact de l'équipe qui doit se constituer autour de lui pour l'aider dans l'accomplissement de sa mission de jugement ?

C'est le sens des propositions de déjudiciarisation qui sont présentées en annexe au rapport sur la simplification de la procédure civile<sup>38</sup>. Je ne les reprendrai pas toutes afin de vous éviter un « inventaire à la Prévert ». Il me suffira d'indiquer que le champ principal de déjudiciarisation identifié est la matière familiale au sens large, mais pas seulement.

61 - En matière familiale, sont concernées non seulement les interventions du juge hors de tout litige - tels que le recueil de consentement en matière d'AMP avec tiers donneur -, mais aussi la modification du montant de la pension alimentaire au titre de la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, qui pourraient sortir du champ de l'intervention judiciaire, y compris en cas de désaccord des parents. Le contrôle du juge pourrait de même être allégé en matière de tutelles.

62 - Dans un autre domaine, les ventes immobilières pourraient ne plus être réalisées à la barre du tribunal, dont la plus-value en la matière n'est pas évidente, mais être confiées aux notaires, qui ont déjà le monopole de l'adjudication volontaire d'immeubles, ou encore aux commissaires-priseurs judiciaires, comme proposé par le rapport du groupe de travail sur la simplification de la procédure civile.

63 - En conclusion nous devons être exigeants avec la justice. Mais nous devons assumer que saisir la justice est un acte grave, qui engage. L'échange entre les parties et entre le juge et chaque partie ne peut-être rythmé par le flou ou l'entre-deux. Le temps du procès doit être vif et engagé, que cela soit le fait des parties ou, à défaut du juge. Et c'est le prix de la confiance, c'est cela que nous voulons restaurer en modernisant une institution qui reste plus que jamais au cœur du pacte social et de l'État de droit. ■

35 Cass. ch. mixte, 7 juill. 2017, n° 15-25.651 : *JurisData* n° 2017-014143 ; *JCP G* 2017, 926, note Ch. Quézel-Ambrunaz ; *Bull.* à paraître.

36 C. consom., art. R. 632-1.

37 La création d'un tribunal judiciaire est de nature à aller en ce sens.

38 *Rapp. préc.* note 8, spéc. p. 41 et s.

1<sup>RE</sup> TABLE RONDE - OBSERVATIONS GÉNÉRALES

# 3 L'esprit d'une réforme



**Xavier Lagarde,**  
professeur à l'école de droit de la Sorbonne  
(université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), directeur  
du département de recherche « Sorbonne –  
Justice et procès » (IRJS)

1 - La procédure civile est comme toutes les disciplines nobles, elle a sa théorie générale. Le droit des contrats s'appuie sur l'autonomie de la volonté, que tempère la bonne foi, cependant que la procédure repose de son côté sur une conception de l'office du juge.

Celle qui porte le Code de procédure civile a été systématisée par Motulsky. C'est la fameuse réalisation méthodique du droit dont l'héritage technique se trouve à l'alinéa 1er de l'article 12 : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.* ». Si simple en première lecture, cette proposition est riche d'une rupture doctrinale. Elle a permis la synthèse, voire la solution, de l'accusatoire et de l'inquisitoire, catégories que jusqu'alors on opposait. Les parties font le litige, le juge fait la décision. Les parties s'accusent, mais le juge s'invite dans l'instruction du dossier, en droit comme en fait, afin que la règle se réalise avec exactitude en considération d'allégations vérifiées. D'où son pouvoir d'initiative à l'égard des moyens comme des preuves.

Ce modèle théorique demeure dans le rapport intitulé « *Amélioration et simplification de la procédure civile* ». Il faut permettre au juge « *de se concentrer sur son office* »<sup>1</sup> ce qui suppose, comprend-on, une « (...) *procédure (...) au service du fond du droit, (...) permettant aussi bien la réalisation des droits subjectifs des sujets de droit que la concrétisation du droit objectif que l'État traduit dans ses règles* ». Régler les litiges en permettant la réalisation du droit objectif, telle est donc l'ambition. On ne saurait rendre plus bel hommage à la pensée du Maître. S'il faut réformer, ce n'est donc pas tant que le modèle aurait perdu de sa pertinence. C'est que le contexte a changé à telle enseigne, qu'à défaut de simplification, de modernisation et d'allègement, le modèle tournera à vide. Il s'épuisera et ne résistera pas à la concurrence d'alternatives qui suscite une inquiétude qu'intensifient d'ailleurs les progrès de l'intelligence artificielle. « La justice, nous dit-on, du moins celle que l'on connaît encore aujourd'hui, doit désormais faire face à des évolutions qui pourraient bien, si elle n'y prenait garde, conduire à sa perte »<sup>2</sup>. Quelque part,

le rapport sur la procédure civile ressemble à un rapport sur les retraites. Le sauvetage du modèle et l'évolution du contexte imposent la réforme. Quelle que soit l'efficacité politique du propos, nul n'est cependant dupe du fait qu'en toute matière, la réforme que dicte le contexte emporte toujours altération du modèle. Certes, tout change pour que rien ne change, mais enfin, il est difficile de réformer pour, en même temps, reproduire à l'identique. Entre l'ambition et la réalisation, il y a toujours un écart et c'est celui-ci qu'il y a lieu de mesurer et d'apprécier.

## 1. Que veut-on ?

2 - La cohérence du rapport se laisse deviner à travers sa troisième et dernière partie, intitulée « *Assurer la qualité et l'efficacité de la décision de justice* »<sup>3</sup>. Sauver la réalisation méthodique du droit suppose de garantir la crédibilité du modèle, en qualité et en efficacité. Il faut une instruction et un délibéré de premier rang, à brève échéance et dont l'effectivité soit immédiatement tangible pour les justiciables. C'est ainsi que les justiciables retrouveront confiance dans le modèle d'administration de la justice étatique. Pour réaliser cet objectif, quelle solution le rapport

propose-t-il ? De la même manière qu'à l'école, nous dit-on, tout se joue dans le primaire, il faut qu'en procédure, tout ou presque soit obtenu dès la première instance : la qualité et l'efficacité.

3 - La qualité, d'abord. L'idée est de créer une juridiction unique et centrée en première instance : le

tribunal judiciaire, qui présentera en quelque sorte toutes les garanties qu'offre la procédure devant le tribunal de grande instance. Principalement, il s'agit de généraliser la collégialité et la représentation obligatoire. Ambitieux, le rapport vise plus haut. Soucieux d'améliorer la qualité de la décision de justice, il envisage la possibilité d'une obligation pour le juge de relever d'office les moyens de pur droit. Il promeut également ce qu'on pourrait appeler l'« esprit de jurisprudence » dès la première instance. Il ne faut pas que les tribunaux de province considèrent la Cour de cassation comme une juridiction parisienne. Il est donc nécessaire de resserrer les liens entre ces juridictions, ce qui peut passer par une utilisation accrue de la saisine pour avis, mais aussi de manière moins solennelle, par une interrogation plus fréquente du Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation (SDER), potentiel de ressources qui gagnerait à être exploité dès la première instance.

1 N. Molfessis, F. Agostini, *Amélioration et simplification de la procédure civile*, p. 8. - V. not. JCP G 2018, act. 237, *Aperçu rapide* J. Théron.

2 *Rapp. préc. note 1, spéc. p. 7.*

3 *Rapp. préc. note 1, spéc. p. 34.*

4 - La qualité de la décision de justice ainsi assurée, il est alors permis de lui conférer une plus grande efficacité, spécialement l'exécution provisoire de droit. Le rapport indique prudemment que « *la généralisation de l'exécution provisoire de droit (...) ne fait pas l'unanimité* »<sup>4</sup>. La crainte qu'inspire cette solution se trouve renforcée par l'inquiétude légitime que suscitent les propositions déduites de l'impératif de qualité. Dans leur principe, celles-ci sont à considérer avec bienveillance. Pour autant, leur faisabilité est plus incertaine. La montée en gamme suppose qu'on prenne le temps, celui-là même qui manque si cruellement à nos institutions judiciaires. C'est la raison pour laquelle le rapport ouvre essentiellement deux voies pour donner aux juges de première instance le temps de l'excellence :

- la décharge ; celle des greffes qu'on veut désormais dispenser des tâches de convocation dans les procédures contentieuses, celle des juges, par un développement des modes alternatifs de règlement des différends<sup>5</sup>, par un allègement des contraintes procédurales dans le traitement des exceptions d'incompétence, des nullités de procédure et des fins de non-recevoir, par une externalisation de l'injonction de payer, par une dispense de tenue des audiences, spécialement celles dédiées aux plaidoiries ;

- la discipline ; il est sans doute question de développer une mise en état conventionnelle qui, en l'état de la date possible d'examen au fond de l'affaire, doit permettre au juge de s'entendre avec les conseils des parties sur un calendrier de procédure ; mais on apprend aussi qu'un « *dispositif imposant une longueur maximale (des écritures) pourrait utilement être envisagé devant les juridictions civiles* »<sup>6</sup> ; qu'il est souhaitable d'introduire un principe de loyauté procédurale, fondement d'une mise en cause possible de la responsabilité des avocats développant des stratégies dilatoires ; et l'on découvre encore, au détour d'une section consacrée à la simplification de la saisine de la juridiction, que « *l'efficacité commande d'instaurer dès la première instance un principe de concentration des moyens* », ce qui suppose que « *les parties devront ainsi soumettre au juge un litige clairement circonscrit dès le premier jeu d'écritures* »<sup>7</sup>.

Les avocats se réjouiront probablement de l'extension de la représentation obligatoire. Il n'est pas sûr que cette mise au pas suscite autant d'enthousiasme. Quoi qu'il en soit des intérêts catégoriels, le justiciable trouvera-t-il son compte si ces réformes sont mises en œuvre ?

## 2. Que fait-on ?

5 - Si la réponse est incertaine, sans doute est-ce parce que les moyens trahissent la fin. On veut un modèle efficace, un idéal de justice « et en même temps » du réalisme procédural. Il est à craindre que le second ne grignote le premier.

Après avoir achevé la lecture du rapport, les processualistes éprouvent une gêne. Une réforme globale et volontariste est annoncée, une partie entière du rapport est dédiée aux « *droits et devoirs des acteurs du procès* », tandis qu'un chapitre porte sur le renforcement de l'office du juge. Et pourtant, il n'est aucun

développement spécifique au principe du contradictoire. Dans une étude préconisant une réforme globale de la procédure, la contradiction est aux abonnés absents. La perplexité est de mise, un peu comme si lors d'une instance multipartite, la partie principale faisait défaut. Incidemment, il n'y a pratiquement pas une seule référence au droit au procès équitable et à l'égalité des armes. Les pouvoirs du juge dans l'administration de la preuve sont également ignorés.

6 - Le malaise peut être dissipé par l'observation que le rapport ne préconise aucune réforme ayant pour objet le principe de la contradiction, qu'en conséquence, il n'y a aucune raison de l'évoquer. Mais le malaise persiste car **le silence du rapport à cet égard révèle, fût-ce par préterition, une dégradation du contradictoire**. L'objectif est d'offrir un modèle efficace, on aura peut-être l'efficacité, mais probablement plus le même modèle. **Le contradictoire subit trois attaques**.

La première attaque est frontale. Elle réside dans l'obligation faite aux justiciables de concentrer leurs moyens dès le premier jeu d'écritures. S'il faut avoir tout dit dès l'introduction de l'instance, l'instruction et la mise en état qui donnent corps au contradictoire deviennent des séquences inutiles. Les parties sont condamnées à échanger pour se répéter si bien que la contradiction, simplement itérative, tourne dès lors à vide. Sous l'angle de la paix civile, et donc de l'efficacité de la justice, cette évolution suscite une inquiétude. Comme Portalis le rappelait dans le discours préliminaire, la procédure est faite pour empêcher que les parties en litige n'« en viennent aux mains ». Bien avant les psychanalystes, les juristes ont compris que le verbe est le seul remède au conflit et aux pathologies qu'il trahit. C'est bien pourquoi les processualistes distinguent la contestation du litige, la première étant le désaccord à l'état brut et le second, la mise en forme linguistique de celui-ci, préalable nécessaire à un règlement pacifique. À la violence qui couve, la procédure substitue une joute verbale. Il faut donc laisser le temps à la parole des justiciables. La brider dès l'entame de l'instance revient à offrir un remède déceptif et de ce fait inefficace.

Il en est d'autant plus ainsi que le principe de la contradiction subit indirectement une seconde attaque. Celle-ci vient d'en haut en ce sens que la mise en avant du devoir de loyauté opère de fait un tassement du contradictoire. Le principe de la contradiction est « un corollaire de l'impératif de loyauté » en ce sens qu'en obligeant les parties à se communiquer l'ensemble des éléments qu'elles versent au dossier, il assure au demandeur et au défendeur une égalité des chances d'emporter la conviction du juge et permet ainsi un débat loyal. Le principe de la contradiction est cependant plus que cela. Il est en réalité le seul outil dont dispose le juge pour s'approcher de la solution juste. C'est l'échange et la confrontation qui permettent d'avancer. Même dans les situations conflictuelles, il est vrai que l'intelligence se nourrit du croisement des points de vue. C'est la raison pour laquelle le juge, dont la loyauté n'est pas mise en doute, a cependant l'obligation de soumettre ses initiatives à la discussion préalable des parties. Aussi bien, l'élévation de la loyauté au rang de principe directeur du procès civil est gros d'une subsomption de la contradiction et, de la sorte, d'un affaiblissement de sa signification et de ses exigences. Dit plus simplement, si la loyauté absorbe la contradiction, elle emporte dans le même

<sup>4</sup> *Rapp. préc. note 1, spéc. p. 37.*

<sup>5</sup> Encore que le rapport semble nourrir assez peu d'espoir à cet égard.

<sup>6</sup> *Rapp. préc. note 1, spéc. p. 23.*

<sup>7</sup> *Rapp. préc. note 1, spéc. p. 17.*

temps abandon d'une part de celle-ci. La loyauté n'est pas le meilleur allié de la vérité.

La troisième attaque est plus insidieuse et plus souterraine. À vouloir circonscrire le litige au plus tôt, à perfectionner l'œuvre juridictionnelle de première instance, à établir un lien direct entre les premiers juges et la Cour de cassation, on est en droit de s'interroger sur l'utilité des recours. L'intérêt de l'appel devient moins évident. Motulsky écrivait dès 1953 que « le juge d'appel n'est pas un censeur, il doit juger les affaires et non les jugements »<sup>8</sup>. Il semblerait qu'il faille désormais inverser la formule : le juge d'appel a vocation à devenir un censeur, à juger les jugements plutôt que les affaires. La refondation de la première instance vaut consécration implicite de l'appel réformation.

Or, une conception exigeante de l'appel réformation conduit inévitablement à transformer ce recours en voie de cassation. S'il s'agit de juger le jugement, on ne voit en effet pas bien pourquoi les seconds juges reviendraient sur ce qui relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Le censeur du travail d'autrui est en mesure d'en contrôler les éléments objectifs. Sa tâche est plus ingrate s'il lui revient de scruter les consciences et spécialement celles des premiers juges. Le juge d'appel peut sans aucun doute considérer que les juges de première instance se sont mépris sur le sens des règles applicables au litige. Mais ont-ils titre ou qualité pour revenir sur les appréciations qui relèvent de l'intime conviction des premiers juges ? Sur les questions de fait, souverainement appréciées, l'examen du jugement s'apparente à un contrôle de la conscience du juge. Ce n'est probablement pas ce qui est souhaité.

On voit ainsi se profiler un modèle dans lequel les premiers juges sont finalement les seuls juges du fond, les juges d'appel des juges de cassation et la Cour de cassation, une cour suprême prenant parti sur les seules questions de principe. Ce modèle a sans doute sa cohérence, mais la contradiction, comprise de manière extensive, en sort amoindrie. En France, le dialogue entre le juge et les parties est peu développé de sorte qu'en réalité, appliquée au juge, la contradiction demeure peu effective. Le seul vecteur de cette contradiction, c'est en pratique le recours qui, par un second jugement de l'affaire, permet en quelque sorte de soumettre à un débat devant les seconds juges l'initiative prise par les premiers. Pour les juges d'appel, le jugement attaqué est un premier apport à la résolution du litige qu'il y a lieu de considérer sous l'angle du dialogue bien plus que de la censure ; en quelque sorte, la prise en considération de l'analyse des premiers juges permet d'établir une contradiction à distance. Le jugement est un révélateur : il projette sur le litige une analyse extérieure dont la discussion permettra d'améliorer l'instruction et la solution. Se priver de cela, c'est en pratique réduire à peu de choses la mise au débat des initiatives du juge.

7 - Le réalisme procédural que met en avant le rapport conduit ainsi à une méconnaissance de la réalité des procédures. Cette observation, sans doute sévère, peut-être dupliquée pour rendre

8 H. Motulsky, *Études et notes de procédure civile* : Dalloz, 1973, spéc.-p. 13 et n° 8, p. 20.

compte du sentiment qu'inspirent les passages sur la preuve. Il est uniquement question de loyauté et cette nouvelle référence justifie que les parties soient contraintes à produire dès l'expression de leurs prétentions, l'ensemble des preuves dont elles disposent, en ce compris celles qui sont « *contraires à leurs allégations* ». Il semblerait donc que s'esquisse une forme de *discovery* à la française, sur le détail de laquelle, le rapport demeure cependant évasif. Ce qui trouble un peu plus, **c'est l'absence de propos sur le rôle du juge dans l'administration de la preuve**<sup>9</sup>. Il est certes exact que le Code de procédure civile donne de larges pouvoirs au juge dans l'administration de la preuve, qu'il s'agisse des pièces ou des mesures d'instruction. De la sorte, il paraît difficile d'en faire plus. Pour autant, la pratique se révèle assez décevante. Les deux mesures d'instructions les plus usuelles sont en effet les déclarations des tiers et l'expertise conduite par un technicien.

Or, le témoignage prend généralement la forme d'un écrit, encore appelé attestation. Celle-ci est établie à la demande des parties de telle sorte que le témoignage, habituellement présenté comme une mesure d'instruction que diligente le juge, est en réalité un élément de preuve constitué à la demande des parties. Ce n'est pas le juge qui fait témoigner le tiers, ce sont les parties qui apportent des attestations. D'où il suit que le recours aux témoignages ne modifie pas le fait que l'administration de la preuve est en réalité l'œuvre des parties. Quant à l'expertise, il

faut bien admettre que le juge procède en réalité à une délégation qui s'apparente assez largement à un transfert de son office. Merlin faisait déjà observer en 1830 que, dans les procès en matière de construction, « les experts sont les juges de la question de fait ». Dans son rapport annuel pour l'année 2012, la

Cour de cassation relève d'ailleurs le danger de l'évolution du « couple juge - expert ». Ainsi la Cour de cassation redoute-t-elle officiellement « que le premier (le juge) abdique son office pour le partager avec le second au point d'entériner purement et simplement ses conclusions »<sup>10</sup>. Et il faut bien admettre qu'en pratique, le juge qui commet un expert, faute de disposer des compétences techniques suffisantes pour apprécier les faits du litige, n'a pas plus les moyens d'apprécier les conclusions de l'expert et donc de s'en détacher. Le juge qui nomme un expert est un juge qui délègue, à défaut d'instruire.

On sait par ailleurs que, selon la Cour de cassation, « les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise, lesquelles sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du Code de procédure civile qui renvoient aux règles régissant les nullités des actes de procédure »<sup>11</sup>, ce dont elle déduit que le défaut de transmission aux parties des conclusions d'un sapiteur ne constitue qu'un vice de

9 V. spécialement, C. Chainais, A. Saletti, B. Hess, J.-F. Van Droogenbroeck, (coord.), *L'office du juge, Études de droit comparé* : Bruylant, coll. *Droit international*, 2018, spéc. p. 247 et s.

10 *Rapp. C. Cass., La preuve : La Documentation française*, 2012, p. 286.

11 *Cass. ch. mixte*, 28 sept. 2012, n° 11-11.381 : *JurisData* n° 2012-022399.

forme<sup>12</sup>. Ainsi, lorsque le juge prend des mesures d'instruction, il se contente de recueillir les éléments de preuve que les parties lui apportent, ou encore de déléguer son office à expert, à l'égard duquel, même sous un angle strictement processuel, il fait preuve de mansuétude. Il était dès lors permis d'attendre d'une réforme placée sous le signe de l'amélioration de la procédure civile qu'elle s'interroge sur le faible investissement du juge civil dans l'administration de la preuve. D'autant que l'attrait des justiciables, au moins dans la sphère des entreprises, pour l'arbitrage et les juridictions de *Common law*, s'explique en grande partie par le fait que l'oralité qui y a cours, souvent sur plusieurs jours ou plusieurs semaines, permet précisément au juge de prendre la mesure de l'importance des questions de fait et de les trancher avec un discernement accru.

### 3. Qu'espère-t-on ?

8 - La doctrine ne remplit pas son rôle à se complaire dans une posture critique. Essayons dès lors de retenir du rapport ce qui suscite le plus d'espoir. D'un mot, le rapport hésite entre deux sources d'inspiration. La première est en quelque sorte jacobine. Elle voit dans la Justice, un service public que les citoyens ne peuvent solliciter qu'avec mesure et modération, d'où cette discipline qui leur est imposée, à leurs conseils d'ailleurs plutôt qu'à eux-mêmes. On retrouve ici l'esprit des décrets Magendie imprégnés de la crainte du dilatoire, considéré comme la principale cause de l'encombrement des rôles<sup>13</sup>. Il est permis d'espérer qu'au moment de prendre la plume, les pouvoirs publics sauront prendre leur distance avec cette perception du procès qui repose sur une erreur de diagnostic et n'a conduit qu'à de mauvaises réformes. Heureusement, le rapport est porté par un second souffle, révélateur d'une inspiration plus libérale. Si la Justice est un service public, c'est aussi qu'elle répond à une attente légitime des individus. Il leur est interdit de se faire justice à eux-mêmes, en contrepartie de quoi, ils sont titulaires d'un droit fondamental qui n'est autre que le droit d'agir en justice, quelque dénomination qu'on lui donne. **La réponse judiciaire est un dû, elle ne se mérite pas.** Au juge d'inspirer confiance au justiciable et d'établir une relation sereine avec les avocats, qui, faut-il le rappeler, sont le plus souvent les seuls à être au contact des parties. Cette sérénité se construit dans le dialogue et non par la crainte. Il faut « persuader sans convaincre » et **plutôt que de doter le juge d'une armada de sanctions procédurales, perçues comme autant de menaces, mieux vaut compter sur la tranquille assurance que lui donne naturellement son office.** Le juge n'a rien à redouter, sur le fond, il a le dernier mot.

9 - De cet état d'esprit, on trouve trace dans les propositions qui sont faites sur la mise en état conventionnelle et l'instauration d'un calendrier à rebours. Tous les avocats font l'expérience absurde des délais d'appel dont l'application les conduit à constater qu'après avoir scrupuleusement respecté le délai de 3 mois, prévu par les articles 908 et 909 du Code de procédure civile, ils seront audiencés à plus d'un an. Il est temps, en appel comme en première instance, de dérouler le calendrier en concertation

avec les conseils et en considération des possibilités d'audience de la chambre. De ce point de vue, le pragmatisme du rapport rompt avec le dogmatisme des réformes passées.

Mais il faut aller plus loin, beaucoup plus loin. Le rapport entend revaloriser la première instance. Cette perspective n'est sérieuse qu'à la condition de densifier nos standards processuels. À cet égard, le Rapport du Haut Comité juridique de la place financière de Paris sur la mise en place de chambres spécialisées pour le traitement du contentieux international des affaires<sup>14</sup> pointe l'insuffisance de ces standards en comparaison de ce qu'offrent les procédures de *common law*. Il est vrai que la qualité de ces dernières séduit eu égard au temps consacré à l'administration de la preuve, à son analyse contradictoire et sans concession que permet la *cross-examination*. Et ce n'est pas céder à l'illusion d'une herbe toujours plus verte ailleurs que de l'admettre. À preuve, dans les procédures les plus lourdes de conséquences, les assises et les procès correctionnels les plus médiatisés, le droit français adopte un dispositif proche de ce modèle. C'est donc qu'une administration de la preuve soumise au feu d'une oralité contradictoire est le meilleur moyen d'approcher la vérité.

En même temps, nul n'ignore que le juge civil français n'a ni le temps requis, ni la culture judiciaire de son collègue d'outre-Manche, pour conduire une procédure comme le fait un juge anglais qui entend témoins, parties et experts durant des semaines d'audience. Au reste, il ne faut pas surestimer la portée de ce modèle. La *Commercial court* de Londres traite mille affaires par an et il se dit qu'en réalité, rares sont celles qui viennent en audience. Les statistiques sont rares, mais il semble qu'à peine 2 ou 3 % des affaires donnent lieu à jugement<sup>15</sup>. Quantitativement, le rendement est faible. Qualitativement, il ne faut pas non plus trop prêter aux standards de *common law*. Ceux-ci sont adaptés à la matière pénale dès lors que, le plus souvent, la preuve porte sur des faits bruts. La spontanéité à laquelle contraint l'oralité et la solennité de l'audience font que les témoins tiennent rarement une position qu'ils savent fautive. Au civil et spécialement au commerce, les débats portent bien plus sur le droit et sur des questions techniques. Ce sont des professionnels que l'on interroge et qui sont généralement rompus à l'exercice. Là où le témoin flanche, l'expert tient bon. Lors du dépôt à l'occasion d'une *legal opinion*, la crédibilité de l'expert de droit est souvent à la mesure de son éloquence et de sa vivacité d'esprit. L'oralité améliore l'appréciation de la preuve, mais il est possible qu'il y ait une disproportion entre les moyens mis en œuvre et les résultats obtenus.

Il serait donc probablement contreproductif d'importer un modèle que le juge civil maîtrise mal et dont les bénéfices sont probablement surestimés. Il est cependant une réforme, simple à expérimenter et dont le coût serait probablement nul, qui permettrait d'améliorer, à la fois la qualité du délibéré et la confiance entre le juge et les conseils des parties. En pratique, il a été dit que l'application du contradictoire au juge est finalement assez rare et peu effective. Un moyen de l'améliorer substantiellement est de faire en sorte qu'avant l'audience collégiale, **le juge**

12 V. par ex. *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 21 mars 2013, n° 12-16.995, inédit.

13 V. G. Couchez et X. Lagarde, *Procédure civile* : Sirey, coll. Sirey université, 2014, 17<sup>e</sup> éd.

14 Préconisations sur la mise en place à Paris de chambres spécialisées pour le traitement du contentieux international des affaires, 3 mai 2017 : disponible sur [www.hcjp.fr](http://www.hcjp.fr) et <http://www.justice.gouv.fr/>.

15 V. M. Haravon, *Quel procès civil en 2010 ? Regard comparé sur l'accès à la justice civile en Angleterre, aux États-Unis et en France* : RID comp. 2010, p. 895-929.

**de la mise en état livre son rapport aux parties.** Elle évitera aux avocats les surprises de l'audience, elle permettra surtout un débat utile et une collégialité effective. Cette proposition est faite au point 4-2.1 du Rapport sur la Transformation numérique<sup>16</sup> et elle est bienvenue. Mais elle demeure trop timide. Il est préconisé un rapport neutre, ce qui n'est guère utile car celui-ci ne fait que répercuter les moyens des parties et peser le pour et le contre. Par définition, ces éléments résultent le plus souvent des écritures des parties et le débat s'enrichit peu de ce qui résonne comme un simple rappel. **Un débat utile suppose un rapport engagé.** On peut même imaginer qu'avant l'audience, et préférentiellement sous l'autorité de son président, la chambre ne réunisse les conseils des parties en leur livrant sa compréhension du dossier, ce qu'elle appréhende clairement et les incertitudes qui persistent. D'expérience, cette voie du dialogue<sup>17</sup> est propre à favoriser une issue amiable du dossier. L'article 21 du Code de procédure civile nous le rappelle implicitement, **l'autorité du juge en fait un excellent conciliateur.** Ces propositions ne sont pas neuves et elles suscitent toujours la même objection : l'impartialité du juge lui interdit de faire état de ses convictions avant l'issue du délibéré. Cette conception de l'impartialité est

excessive. Celle-ci commande une neutralité du juge au moment de sa saisine. Elle ne lui interdit aucunement d'avoir un point de vue et de l'exprimer après une instruction approfondie du dossier. En réalité, le silence du juge, tel qu'il se pratique le plus souvent lors des audiences, n'est jamais qu'une extension du secret du délibéré. Le secret préserve le juge des pressions de toutes sortes et il importe de le préserver lors de la décision finale. Mais les temps ne sont pas agités au point de craindre qu'une audience civile au cours de laquelle le juge se dévoile puisse créer un trouble tel qu'il affecterait la sérénité de la justice. Au reste, aucun avocat ne se risquera à une charge sans mesure à l'encontre d'un rapport établi par l'un des magistrats ayant vocation à le juger. Son intérêt sera d'exposer posément les raisons de son désaccord. La solution consistant, principalement dans les procédures écrites, à soumettre avant l'audience la solution que projette le juge rapporteur aurait donc un triple mérite, en ce qu'elle permettrait

- une audience utile ;
- une application effective du contradictoire au juge ;
- **un dialogue apaisé entre les juges et les avocats, condition première du rétablissement d'un lien de confiance.** ■

<sup>16</sup> J.-F. Beynel, et D. Casas, *Chantiers de la justice. Transformation numérique : Ministère de la Justice, 2018.* - V. not. JCP G 2018, act. 133, *Aperçu rapide* B. Deffains et J.-B. Thierry.

<sup>17</sup> Sur le principe de dialogue, V. S. Guinchard, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès* : Dalloz, coll. *Précis*, 2017, 9<sup>ème</sup> éd.



1<sup>re</sup> table ronde - Une partie de l'assistance

1<sup>RE</sup> TABLE RONDE - OBSERVATIONS GÉNÉRALES

# 4 L'esprit des réformes



**Emmanuel Jullien,**

avocat à la cour d'appel de Paris - JRF avocats, ancien vice-président de la Chambre nationale des avoués à la Cour, ancien président de l'Association Droit et Procédure

1 - Améliorer et simplifier les règles de la procédure civile en première instance est une nécessité et la trentaine de propositions faites en ce sens, dans le cadre des chantiers de la justice, va alimenter la réflexion dans les semaines à venir<sup>1</sup>. Beaucoup de ces propositions satisferont les avocats qui se réjouiront bien sûr de l'extension progressive du champ de la procédure écrite<sup>2</sup> et de la représentation obligatoire<sup>3</sup> et apprécieront la reprise de leur argumentaire concernant la mise en état conventionnelle<sup>4</sup> ainsi que la prise en charge des frais du procès par la partie perdante<sup>5</sup>. Ils critiqueront, en revanche, l'obligation de concentrer ses moyens dès la première instance<sup>6</sup> et la suppression de l'effet suspensif<sup>7</sup>, qui réduisent l'appel à une simple voie de réformation et posent clairement la question de l'accès au deuxième degré de juridiction. De la même façon, les juges et les greffiers trouveront dans ces rapports des motifs de satisfaction et d'inquiétude.

2 - La question principale consiste donc à rechercher, au-delà des points de vue corporatistes, des critères objectifs d'une bonne réforme. Chaque proposition doit, bien sûr, passer avec succès le tamis des règles d'un procès équitable que constituent notamment le respect du contradictoire, la célérité et l'égalité des armes, mais il est souhaitable d'assigner à la réforme dans son ensemble, des principes directeurs dont le respect permettra d'éviter certaines dérives et garantira une amélioration qualitative. Si l'adéquation des règles de la procédure civile aux moyens de la justice reste une nécessité, elle doit cesser de devenir une finalité. La future réforme pourrait, dans ces conditions, tendre à remettre le justiciable au cœur de la justice civile et à réconcilier les partenaires de justice pour faire du procès un temps utile à l'élaboration de la décision. Cet **esprit de la réforme** devien-

drait alors un guide objectif et ambitieux des modifications à mettre en œuvre.

## 1. Garantir au justiciable une place d'acteur dans son procès

3 - **La dématérialisation des procédures.** - L'accès des parties à un portail leur permettant de suivre l'avancement de leur procédure, le service d'accueil unique du justiciable et d'une façon générale la dématérialisation des procédures sont des mesures qui vont précisément dans le sens souhaité et doivent être approuvées<sup>8</sup>. Il en est de même de la simplification du parcours d'indemnisation des victimes<sup>9</sup> et de la création de l'acte unique de saisine judiciaire<sup>10</sup>. En revanche, les propositions concernant l'extension de la procédure écrite et la représentation obligatoire ou celle consistant à permettre au juge de statuer sans audience dès lors que les parties en seront d'accord<sup>11</sup> méritent un examen particulier au regard de cet objectif ambitieux.

4 - **L'extension de la procédure écrite.** - La procédure écrite est une absolue nécessité au regard du respect des règles d'un procès équitable, mais elle n'est pas pour autant un obstacle à l'accès au juge, en sorte que la proposition la prévoyant doit être approuvée. Les arguments les plus couramment avancés en faveur du maintien de la procédure orale sont la simplicité du contentieux auquel elle s'applique, l'accès au juge, la comparution utile ou obligatoire des parties, et un coût moins élevé, mais aucun de ces arguments ne résiste à un examen sérieux. Si la procédure orale s'est tout d'abord appliquée aux procédures simples, ce n'est à l'évidence plus le cas aujourd'hui et le critère entre la procédure écrite et la procédure orale est devenu illisible. Il n'est pas besoin de longs développements pour établir que les attributions du tribunal d'instance excèdent largement les petits litiges et que le contentieux qu'il traite est devenu très technique. Il est inutile également de souligner la complexité et l'importance de certains contentieux traités par les tribunaux de commerce. Le critère de la simplicité, utilisé pour distinguer les procédures orales et écrites, est dans ces conditions parfaitement obsolète. Celui de l'accès au juge n'est pas davantage pertinent, parce que même dans les procédures orales, les parties, précisément en raison de la technicité du contentieux, sont le plus fréquemment représentées par un avocat, que le critère de l'illettrisme a fait long feu et qu'enfin la procédure écrite doit se conjuguer avec le renforcement de l'oralité à l'audience.

1 N. Molfessis, F. Agostini, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile* : Ministère de la Justice ; JCP G 2018, act. 237, *Aperçu rapide* J. Théron.  
 2 *Rapp. préc. note 1, prop. n° 15, Maintenir la procédure orale en dessous de 5 000 euros.*  
 3 *Rapp. préc. note 1, prop. n° 22, Étendre progressivement la représentation obligatoire par avocat.*  
 4 *Rapp. préc. note 1, prop. n° 19, Favoriser la mise en état conventionnelle et repenser la mise en état.*  
 5 *Rapp. préc. note 1, prop. n° 25, Instaurer un financement de la justice civile par les parties.*  
 6 *Rapp. préc. note 1, prop. n° 13, Instaurer dès la première instance un principe de concentration des moyens.*  
 7 *Rapp. préc. note 1, prop. n° 30, Généraliser l'exécution provisoire de droit de la décision.*

8 *Rapp. préc. note 1, prop. 1 à 7.*  
 9 *Rapp. préc. note 1, prop. n° 10, Simplifier le parcours d'indemnisation des victimes grâce à la procédure civile.*  
 10 *Rapp. préc. note 1, prop. n°12, Créer l'acte unique de saisine judiciaire.*  
 11 *Rapp. préc. note 1, prop. n° 17, Permettre au juge de statuer sans audience, dès lors que les parties en seront d'accord.*

5 - Cependant si les arguments en faveur de la procédure orale sont caducs, ceux qui la condamnent semblent imparables dans la mesure où la procédure orale ne permet pas de satisfaire les règles d'un procès équitable : qu'il s'agisse du principe du contradictoire, car toute personne, dans un procès, a le droit de savoir à l'avance ce que l'autre partie va exposer, soutenir, et communiquer ; qu'il s'agisse de l'exercice normal des voies de recours, car la procédure orale ne permet pas de vérifier a posteriori si les moyens invoqués et les pièces produites au cours des débats ont été discutées contradictoirement ; qu'il s'agisse enfin de l'égalité des armes car tous les justiciables ne s'expriment pas avec facilité dans la même langue.

Dans ces conditions, l'écrit s'impose comme une nécessité, pour répondre aux exigences d'un procès équitable et satisfaire les objectifs d'une justice du 21<sup>e</sup> siècle, et la proposition d'une évolution progressive en conservant une procédure orale pour les litiges inférieurs à 5000 € paraît raisonnable et peut être approuvée<sup>12</sup>.

6 - **L'extension de la représentation obligatoire.** - Cette extension dans les textes constitue une réforme en réalité limitée dans les faits puisque les avocats interviennent dans la plupart des procédures même dans les cas où leur ministère n'est pas obligatoire. Elle permet une plus grande lisibilité pour le justiciable, une réponse adaptée au procès équitable et à l'égalité des armes et elle favorise le développement des procédures participatives, la modélisation professionnelle des écritures comme aide à la décision, la communication électronique sécurisée et l'uniformisation des règles de procédure et de l'office du juge.

Le premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, rappelait récemment qu'il ne fallait pas « (...) induire en erreur le citoyen : dans la plupart des cas, pas plus qu'il ne peut se soigner tout seul sérieusement sans consulter un médecin, pas plus il ne peut agir ou se défendre utilement en justice sans le concours d'un avocat. Et ceci, quelle que soit l'importance matérielle de l'enjeu : les difficultés du droit se nichent dans les plus infimes détails du procès apparemment le plus anodin. Une justice de qualité, rapide, efficace, simple et lisible, n'implique-t-elle pas, en réalité, un mode procédural unique confié à des professionnels aux responsabilités clairement établies et assumées à chaque étape du procès ? »<sup>13</sup>. La procédure écrite et la représentation obligatoire ne doivent pas pour autant supprimer le lien nécessaire entre les parties et le juge qui doit trouver sa place à l'audience.

7 - **Permettre au juge de statuer sans audience dès lors que les parties en seront d'accord.** - La proposition est réaliste mais ne doit pas méconnaître l'importance de l'audience qui est « le cœur de la justice »<sup>14</sup>. L'audience, c'est le domaine de l'oralité

et chacun s'accorde pour lui donner une place importante dans le procès civil. Le lien entre la justice et la parole serait même, pour certains, consubstantiel et cette exigence d'oralité se retrouve d'ailleurs dans les règles générales du procès civil qui, sans distinguer selon que la procédure est avec ou sans représentation obligatoire, permettent au juge d'entendre les parties elles-mêmes, de les inviter à fournir les explications de droit ou de fait et d'en tirer toutes les conséquences de droit, et interdisent qu'une partie puisse « être jugée sans avoir été entendue ou appelée ». L'audience est un moment privilégié de rencontre entre le juge et le justiciable qui doit pouvoir, même en cas de représentation obligatoire, se réaliser concrètement parce que « la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel (dont) l'exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun avec l'assistance d'un défenseur au juge chargé de statuer sur sa prétention »<sup>15</sup> et ce besoin d'expression orale est souvent indispensable pour que les parties ne se sentent pas expropriées de leur conflit et privées de leur identité narrative en raison de la technicité du droit. L'accès au juge étant souvent nécessaire à l'apaisement des conflits et au dénouement des litiges, il convient, par conséquent, de faciliter la parole du justiciable sous toutes ses formes et de toutes les manières ; cela permet au droit d'accès à un juge de s'épanouir dans le respect

**« Le droit absolu d'une partie à être entendue par le juge, même en cas de représentation obligatoire, devrait être réaffirmé dans les textes et favorisé en pratique. »**

du droit à un procès équitable, ce qui explique sans doute les progrès récents de l'oralité dans le procès administratif. Certains considèrent même qu'un jugement ne devrait jamais pouvoir être rendu sans que le juge ait été mis en présence du justiciable et certains droits étrangers en font une condition de validité de la procédure. La plupart des droits réservent une large place à

l'oralité en général et à la parole du justiciable en particulier.

8 - L'efficacité, nécessaire à la gestion des flux et à la gestion du temps, passe certainement par le développement en amont des voies de résolution des conflits et par une procédure écrite beaucoup moins chronophage et plus respectueuse des règles d'un procès équitable, et l'audience ne doit pas être sacrifiée, sinon c'est la justice et sa fonction sociale que l'on immole. Permettre au juge de statuer sans audience alors même que les parties en seraient d'accord consacre le principe d'une suppression de l'audience qui pourrait, dans un contexte contraint de gestion des flux, donner lieu à des excès et priver à terme le procès civil de sa signification pour le justiciable. Dans ces conditions, même s'il va à contresens des évolutions récentes, le droit absolu d'une partie à être entendue par le juge, même en cas de représentation obligatoire, devrait être réaffirmé dans les textes et favorisé en pratique ; c'est à ce prix que la justice civile retrouvera la faveur du public et le juge son plein office. La proposition qui, reprenant une piste de réflexion du rapport Delmas-Goyon<sup>16</sup>,

12 *Rapp., prop. n° 15, préc. note 2.*

13 *B. Louvel, Pour l'unité de la procédure civile : C. cass., Tribune, 27 sept. 2017.*

14 *A. Garapon, S. Perdriolle, B. Bernabé, C. Kadri, Rapport de l'IHEJ. La*

*prudence et l'autorité : l'office du juge au XXI<sup>e</sup> siècle : La Documentation française, juill. 2013, spéc. p. 73.*

15 *Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 2012, n° 11-18.181 : JurisData n° 2012-010047.*

16 *P. Delmas-Goyon, Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice. Le juge du 21<sup>ème</sup> siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice : La Documentation française, déc. 2013.*

envisage une procédure unifiée dans laquelle coexisterait une phase écrite et une phase orale répond également à cette exigence d'oralité et doit par conséquent être approuvée<sup>17</sup>.

## 2. La réduction de la fracture judiciaire

9 - Le second objectif d'une réforme ambitieuse pourrait être la réduction de la fracture judiciaire qui se creuse entre les acteurs du procès civil. Les réformes successives, poursuivant des objectifs de gestion des flux à moyens constants, ont conduit à opposer les acteurs du procès civil au lieu de les inciter à allier leurs forces dans la poursuite d'un objectif commun d'amélioration qualitative de la justice. L'avocat est ainsi, le plus souvent, considéré comme le responsable du travail excessif du juge et de l'encombrement des rôles et le juge comme un bourreau chargé de sanctionner des obligations souvent disproportionnées aux objectifs poursuivis. En procédure civile l'office **processuel** du juge change peu à peu de nature pour se rapprocher d'un office **sanctionnateur**. Le temps du procès, par ailleurs souvent excessif, reste un temps inutile où le partage entre le juge et l'avocat est devenu inexistant. L'objectif d'une bonne réforme consisterait dans ces conditions à faire en sorte que l'activité de l'avocat et du juge se complètent pour favoriser la qualité du procès et des décisions de justice. L'exemple de la réforme de la procédure d'appel, qui a conduit à mettre à la charge des avocats des obligations excessives et à transformer l'office du juge sans résultat notable sur l'accélération des procédures, constitue un exemple à ne pas reproduire. Au contraire, toutes les propositions qui vont dans le sens d'une meilleure collaboration entre les acteurs du procès doivent être approuvées.

10 - **Circonscrire l'office du juge**<sup>18</sup>. - Il est normal de s'interroger sur l'office du juge, spécialement dans le domaine des contentieux de masse. Dans le contentieux de l'évaluation, les exemples de déjudiciarisation du contentieux du surendettement ou de l'évaluation du préjudice corporel ouvrent des pistes de réflexion pour d'autres domaines et spécialement celui des pensions alimentaires. Une réflexion commune concernant les limites de l'office du juge est donc souhaitable.

11 - **Médiation**<sup>19</sup>. - Si **un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès**, il ne faudrait pas en déduire que la médiation serait la panacée de tous les maux de la justice civile. L'engouement soudain pour les modes alternatifs de règlement du litige et spécialement pour la médiation fait un peu penser *mutatis mutandis* à celui d'un autre temps pour la réduction du temps de travail qui était censée résoudre tous les problèmes du chômage. Il est certain que si l'on transfère une part importante du contentieux vers la médiation, on aura résolu la question de l'encombrement des rôles mais encore conviendrait-il que ce transfert soit possible, souhaitable et efficace. La plupart des contentieux qui se trouvent devant les tribunaux ne se prêtent pas à la médiation. Il s'agit de contentieux où, par définition, les parties et leurs conseils ne sont pas parvenus à trouver un

accord, soit que le contentieux ne s'y prête pas, soit que l'une ou l'ensemble des parties souhaitent voir trancher le différend par un juge, et il est peu probable dans ces conditions qu'une solution générale de recours à une médiation obligatoire obtienne le succès escompté. Mais surtout, cette solution dénie le rôle du juge. C'est bien entendu le juge, avec son autorité et sa compétence, qui est le mieux à même de concilier les parties et d'imposer un accord. Le recours à la médiation ne s'analyse pas, dans ces conditions, comme une amélioration de la qualité de la justice, mais comme un constat des insuffisances matérielles dont dispose cette justice pour remplir son office. Il est alors paradoxal de favoriser un transfert vers une justice privée et payante alors qu'il suffirait d'admettre que la justice a un coût qui doit être supporté non seulement par le contribuable, mais également par les justiciables qui perdent leur procès, pour permettre précisément aux juges, en nombre suffisant, de remplir leur office sans qu'il soit besoin de recourir à ces substituts que sont les médiateurs. Le propos n'est pas de nier l'importance de la médiation, très utile dans certains cas et dans certains domaines, mais de contester le postulat qui voudrait faire de la médiation un remède universel. Surtout, la déjudiciarisation passe avant tout par une évolution des mentalités et spécialement celle des avocats qui resteront les principaux acteurs dans le règlement des conflits. Et il existe, à côté de la médiation, bien d'autres modes de règlement des litiges sans juge qui doivent être favorisés. Le rapport sur la simplification et l'amélioration de la procédure civile doit par conséquent être approuvé lorsqu'il refuse de faire de la médiation un préalable obligatoire.

12 - **Faire du temps de procès un temps utile**. - L'objectif poursuivi de faire du temps du procès un temps utile, favorisant le dialogue entre l'avocat et le juge, pour réduire la fracture entre les deux professions permet de mesurer l'importance de deux propositions essentielles.

13 - **La procédure conventionnelle de mise en état**. - Cette procédure<sup>20</sup>, présentée comme une simple faculté, gagnerait à être rendue obligatoire lorsque la représentation est obligatoire. Cela permettrait de restituer aux parties la maîtrise de la procédure et par conséquent de les responsabiliser sur le respect des obligations qu'ils ont librement souscrites, mais également de mettre au cœur de la procédure les actes extrajudiciaires que sont l'acte de procédure d'avocat et l'acte d'avocat ; cela pour faire entrer dans les pratiques le procès sans juge et familiariser tous les avocats aux accords de procédure et faire ainsi progressivement évoluer leurs logiciels dans le sens voulu. Le président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel l'a parfaitement exprimé : « Peu à peu, (...) un nouveau métier d'avocat, destiné à éviter le juge, remplace l'ancien, centré sur le recours au juge, remède à tous les différends »<sup>21</sup>, mais un changement de métier et de logiciel demande du temps et des mesures incitatives. La formation et le discours sont bien entendu indispensables pour inciter les **avocats judiciaires** qui ont le réflexe du procès, à emprunter d'autres voies amiables et spécialement la transaction. Mais des mécanismes qui obligent les avocats à dialoguer entre eux pour s'accorder sur des délais et la communication des pièces sont

<sup>17</sup> Rapp. préc. note 1, prop. n° 16, *Envisager une procédure unifiée dans laquelle coexisterait une phase écrite et une phase orale.*

<sup>18</sup> Rapp. préc. note 1, prop. n° 21, *Développer le recours aux MARD par de nouvelles mesures incitatives et envisager la césure du procès.*

<sup>19</sup> Rapp., prop. n° 21, préc. note 17.

<sup>20</sup> Rapp., prop. n° 19, préc. note 4.

<sup>21</sup> B. Louvel, préc. note 13.

certainement plus efficaces pour faire évoluer les mentalités vers un univers de résolution des litiges sans juge. C'est dans cet esprit que la phase de mise en état conventionnelle devrait être la règle et non simplement facultative dans les procédures avec représentation obligatoire et ce d'autant plus que l'alternative risque d'être une mise en état coercitive à l'image de celle en vigueur désormais devant la cour d'appel.

14 - **L'implication du juge dans le déroulement du procès.** - L'implication du juge dans le déroulement du procès est un sujet de débat chez les avocats, qui restent très attachés au principe dispositif et à la neutralité du juge dans la qualification des demandes. Pour beaucoup encore, l'intervention du juge fausse les termes du débat judiciaire, et les parties assistées de leurs avocats doivent conserver le monopole de la qualification des faits. Les avocats doivent s'interroger sur la pertinence d'une telle conception, qui se heurte non seulement à la nouvelle approche qui leur est demandée d'une résolution des conflits sans juge, mais également à la faculté qu'a d'ores et déjà le juge de soulever d'office un moyen de droit, sans pour autant y être contraint. Le rapport va à l'encontre de cette conception en évoquant de nouvelles obligations pour le juge dans l'énoncé de la règle de droit, obligations qui s'analysent comme une contrepartie à celles qui seraient imposées aux parties de concentrer leurs moyens dès leurs premières conclusions de première instance, une sorte de rééquilibrage des obligations réciproques de chacun. Le rapport préconise de « clarifier l'office du juge quant à la détermination de la règle de droit applicable »<sup>22</sup> et donne une orientation sans formaliser de véritables propositions de sorte que le débat est très ouvert.

15 - Une première piste pourrait consister en une nouvelle lecture de l'article 12 CPC, obligeant le juge, non seulement à restituer aux faits leur exacte qualification, mais aussi à dire le droit, revenant ainsi à l'adage *da mihi factu, dabo tibi jus*. Cette obligation qui serait faite au juge de requalifier en droit les demandes qui lui sont soumises par les parties n'est pas une idée nouvelle mais il paraît assez irréaliste qu'un texte vienne aller à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a tranché la question en libérant le juge d'une telle obligation, au demeurant difficilement sanctionnable<sup>23</sup>. En revanche, une plus grande implication du juge dans l'instruction du litige pour clarifier la règle de droit applicable paraît plus réaliste et serait très utile.

16 - Le juge doit d'abord prendre conscience qu'il a sa part de responsabilité dans l'accroissement du contentieux, en ne sanctionnant pas comme il convient les procédures abusives, en favorisant les recours dilatoires par l'abandon du traitement différencié des affaires, ou en refusant de façon presque systématique de mettre les frais du procès à la charge de la partie qui succombe, et sur ce dernier point, la proposition<sup>24</sup> qui milite en ce sens doit bien entendu être approuvée. Surtout, il faut

22 Prop. n° 24, Clarifier l'office du juge quant à la détermination de la règle de droit applicable.

23 Cass. ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343 : JurisData n° 2007-042069.

24 Prop. n° 25, préc. note 5.

redonner plus de sens à l'office processuel du juge, ce qui passe par la restauration du dialogue avec les avocats. Il ne faut plus attendre la fin du procès pour dire que ce dernier apparaît sans fondement, susciter les explications, et tirer toutes les conséquences de l'attitude des parties et des réponses apportées, en matière de dommages et intérêts, article 700 CPC, de dépens voire d'amendes civiles. Il faut profiter du temps du procès pour communiquer la jurisprudence de la juridiction, les barèmes normalement appliqués et susciter les observations, et il faut cesser de réserver le même sort en termes de délais à toutes les procédures. Il convient de restaurer et d'accroître la dialectique judiciaire au stade de l'instruction du procès.

17 - Et il faut aller encore plus loin. La concentration des moyens dans un délai très contraint conduit nécessairement les avocats à balayer tous les champs possibles pour être bien certains de ne pas omettre un moyen qu'ils seraient ensuite forclos à invoquer, ce qui explique largement l'explosion volumétrique des écritures et des dispositifs dont se plaignent les juges. Le juge ne peut faire grief à l'avocat d'un tel comportement, qui répond à des objectifs de sécurité et de responsabilité, sans accepter de participer lui-même à la délimitation, en droit, du champ du litige permettant de circonscrire ainsi les explications des parties. Une bonne réforme consisterait alors dans le rétablissement d'une audience d'orientation où le juge devrait non seulement se prononcer sur la procédure qui serait suivie, mais également livrer **une première analyse** et faire des recommandations sans pour autant que son

impartialité à trancher ultérieurement le litige puisse être remise en cause<sup>25</sup>. De la même façon, le juge devrait, au terme de la procédure, établir et communiquer un rapport posant clairement les questions de fait et de droit pour permettre un

débat oral et une plaidoirie interactive et utile.

18 - Une réflexion sur la qualité de la justice ne peut se conclure sans évoquer les moyens dont elle dispose. Ce sont deux paramètres d'une même équation et à moyens constants, la qualité de la justice sert le plus souvent de variable d'ajustement pour faire face à des besoins toujours plus importants. La gratuité de la justice, qui signifie simplement que les juges ne sont pas payés par les parties, ne doit pas devenir un dogme interdisant de faire contribuer le justiciable à son financement. Il est temps désormais de restituer son sens au mot « dépens » qui continue de faire l'objet d'une motivation inversement proportionnelle à son objet, puisque depuis la suppression des tarifs de postulation, ils ne recouvrent plus que les frais d'huissier et, en appel, le droit de timbre provisoire. La justice n'est pas gratuite, en ce sens qu'elle a le plus souvent un coût pour le justiciable qu'il triomphe ou succombe dans ses prétentions ; dès lors qu'il est vain d'espérer un accroissement suffisant du budget alloué à la justice, il est raisonnable d'admettre que le juge puisse condamner la partie qui succombe à des dépens d'un montant raisonnable permettant à la fois de financer l'aide juridictionnelle et de doter les juridictions civiles des moyens humains et matériels qui leur font défaut. ■

25 F. Teytaud, *L'opinion à première analyse du juge de la mise en état* : Gaz. Pal. 8 nov. 2016, n° 39, p. 12.

1<sup>RE</sup> TABLE RONDE - OBSERVATIONS GÉNÉRALES

# 5 Les mythes fondateurs de la réforme de la procédure civile



**Louis Boré,**  
président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État  
et à la Cour de cassation

1 - La réflexion contemporaine sur la réforme de la procédure civile me semble reposer sur trois mythes qui méritent d'être dissipés. Cela ne signifie pas que les propositions de réforme qui figurent dans le rapport des chantiers de la justice sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile<sup>1</sup> soient mauvaises. Beaucoup d'entre elles sont excellentes et méritent d'être approuvées, mais il importe de veiller à ce qu'elles reposent sur des bases solides en écartant certaines idées fausses.

## 1. Le mythe du justiciable qui ne s'intéresse pas à la première instance

2 - On dit parfois que si les appels sont aussi nombreux, c'est parce que beaucoup de justiciables se désintéressaient de la première instance. Cette idée est doublement fautive.

En premier lieu, le taux d'appel varie énormément entre les juridictions. S'il est de 68 % contre les jugements prud'homaux, ce qui est considérable, et de 20 % contre les jugements de TGI, il n'est que de 14 % pour les jugements commerciaux et de 5 % pour les jugements de TI.

En second lieu, ce que veulent tous les justiciables, sans exception, c'est gagner tout de suite leur affaire, dès la première instance, et non en appel. Aucun d'entre eux ne se désintéresse de la première instance, et s'ils font appel, c'est justement parce qu'ils sont déçus d'avoir perdu.

En réalité, s'il est parfaitement légitime de vouloir améliorer la qualité des décisions rendues en première instance, c'est parce que leur taux d'infirmité, qui approche les 50 %, montre que celle-ci est insuffisante.

3 - Et à cet égard, plusieurs propositions du rapport méritent une entière approbation. Ainsi, le développement des procé-

dures dématérialisées, l'unification du régime des exceptions de procédure et des fins de non-recevoir et l'organisation d'une audience destinée à juger ces moyens préalables, l'extension de la représentation obligatoire à tous les litiges portant sur plus de 5 000 euros, l'obligation pour le juge de soulever d'office les moyens de pur droit, l'instauration d'un financement de la justice civile par les parties (à la condition que le produit de ce financement soit effectivement affecté à la justice) et l'organisation d'une procédure spécifique pour le traitement des litiges en série devraient contribuer, de façon significative, à l'amélioration de la qualité de la justice de première instance.

4 - Tel n'est pas le cas, en revanche, des principes de loyauté et de concentration des moyens dont on envisage la consécration.

## 2. Le mythe du justiciable qui attend le dernier moment pour produire une pièce décisive

5 - Il est tout à fait illusoire de croire qu'un justiciable qui détient une pièce décisive de nature à lui faire gagner son procès va attendre le dernier moment pour la produire. Tous les justiciables, encore une fois, veulent gagner et gagner le plus vite possible. Les avocats ont donc plutôt le problème inverse : celui de les freiner lorsqu'ils veulent inonder la juridiction de productions destinées à démontrer le bien-fondé de leur demande.

Aussi, si l'argumentation d'une partie, et les pièces produites, évoluent au cours de procès, ce n'est pas par déloyauté ; c'est simplement la conséquence du débat contradictoire. Un avocat, aussi doué soit-il, ne peut jamais tout prévoir. D'ailleurs, s'il cherchait à le faire, ses écritures seraient interminables et illisibles.

Il est, dès lors, parfaitement légitime qu'il limite ses premières écritures à ce qui lui paraît essentiel, quitte à les faire évoluer ensuite, pour répondre aux conclusions et pièces de son adversaire. Cette évolution des écritures n'est que le fruit naturel et souhaitable du débat contradictoire qui n'est pas une juxtaposition de monologues pour des parties immobiles, mais une construction progressive et un chemin vers la vérité judiciaire.

6 - Reste la question de l'évolution des moyens et de la production de nouvelles pièces en appel. Encore une fois, ces évolutions et productions ne sont nullement dues à une déloyauté ou un désintérêt à l'égard de la première instance.

<sup>1</sup> N. Molfessis, F. Agostini, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile : Ministère de la Justice ; JCP G 2018, act. 237, Aperçu rapide J. Théron.*



Xavier Lagarde et Louis Boré

Elles sont dues au fait que le premier juge est généralement demeuré taisant pendant toute l'instance et qu'il ne s'est exprimé, pour la première fois, sur le fond du litige que dans son jugement. Celui-ci peut être fondé sur l'insuffisance de telle ou telle preuve alors même que le défendeur ne les a pas spécialement contestées. Le juge, en effet, apprécie librement la valeur des pièces qui lui sont fournies, sans être lié par les écritures des parties.

En quoi est-il, dès lors, illégitime, pour l'appelant, de tirer les conséquences de la motivation du jugement pour veiller à ce que ses conclusions d'appel ne soient pas la simple reproduction de ses conclusions de première instance mais, au contraire, faire évoluer celles-ci pour répondre aux motifs à l'origine du rejet ? Et si ces motifs sont tirés de l'insuffisance d'une preuve, d'étayer ses demandes avec des éléments nouveaux ? Parce qu'il aurait dû le faire plus tôt ? Mais pourquoi l'aurait-il fait si son adversaire n'avait pas formulé de critique particulière sur ce point ?

Comme l'a dit très justement Xavier Lagarde<sup>2</sup>, le recours est un contradictoire différé entre la partie perdante et le juge. Elle ne pouvait pas lui répondre en première instance puisqu'il ne s'était pas encore exprimé : elle ne peut donc le faire que dans ses écritures d'appel.

<sup>2</sup> V. dans ce numéro X. Lagarde, *L'esprit d'une réforme*, p. 15.

### 3. Le mythe de la popularité de la justice

7 - Le rapport évoque, comme la plupart des rapports sur la justice, l'impopularité de celle-ci. Et pour améliorer sa qualité et la rendre plus populaire, il propose de réaliser des enquêtes de satisfaction.

Il est tout à fait légitime que la justice cherche à se réformer et à s'améliorer pour mieux répondre aux attentes des justiciables. Mais la qualité ne se proclame pas, elle se mesure, et le principal indicateur de qualité, outre le délai de jugement, est le taux d'infirmité et de cassation.

8 - La justice, en effet, est un pouvoir régalienn dont le rôle consiste à trancher les litiges conformément aux règles de droit qui leur sont applicables. Comme il y aura nécessairement des parties perdantes, cela signifie qu'au moins 50 % de ses usagers seront mécontents. Et si le juge donne raison, pour partie, à chaque justiciable, il n'est pas rare que les deux parties soient mécontentes, chacune considérant qu'elle n'a pas suffisamment gagné.

Il ne me semble, dès lors, pas utile de transposer à la justice des outils utilisés dans le monde marchand ou même dans d'autres services publics car c'est méconnaître sa spécificité régalienn. Le service public hospitalier sera toujours plus populaire que le service public de la justice car il guérit la plupart de ses usagers. La justice, elle, ne peut pas donner raison à chacun. ■

1<sup>RE</sup> TABLE RONDE - OBSERVATIONS GÉNÉRALES

# 6 Observations sur les propositions de modifications de la procédure civile



**Philippe Théry,**  
professeur à l'université Panthéon-Assas

1 - La lecture du rapport<sup>1</sup> laisse une impression mitigée, beaucoup de suggestions n'apparaissant que comme des rustines dont la mise en œuvre risque de brouiller les grandes lignes procédurales pour ne rien dire des relations entre les professions judiciaires. Aussi me limiterai-je à quelques points qui me paraissent les plus importants.

## 1. À propos de la collégialité

2 - Lors de divers colloques auxquels j'avais assisté, j'avais entendu avec beaucoup d'intérêt Mme Lottin, alors premier président de la Cour d'appel de Versailles. Elle proposait de remettre à l'honneur la collégialité en première instance pour redonner du lustre aux décisions du premier degré. C'est une question dont on peut discuter. Roger Perrot faisait valoir que les parties étaient sans doute satisfaites de la situation actuelle puisque le taux d'appel - hors conseil de prud'hommes - était modéré (plus ou moins 25 %). Mais, il y a peut-être un aspect psychologique non négligeable.

Un retour à la collégialité en première instance pourrait se justifier parce que la collégialité en appel, si elle ne peut être éliminée, ne paraît pas aussi nécessaire qu'en première instance. Il faut évidemment conserver la collégialité quelque part mais elle trouve mieux sa place en première instance. Nous expliquons depuis des décennies aux étudiants que le procès en appel peut se concentrer sur l'essentiel, les questions litigieuses ayant été décantées en première instance. Sans en faire une règle générale, il serait alors concevable que l'appel soit porté devant un conseiller unique, parce qu'un conseiller à la cour a une expérience qui doit lui permettre de reprendre utilement une décision de première instance. La chose est évidemment facilitée si l'appel n'est qu'une voie de réformation et non plus une voie d'achèvement.

Une réforme de ce type serait plus complexe à préparer et à mettre en œuvre que les diverses propositions contenues dans le rapport qui nous est soumis. Mais, il faudra bien, à un moment ou à un autre, réfléchir aux problèmes de la justice non plus dans les détails mais de manière globale.

## 2. À propos des modes alternatifs de règlement des litiges

3 - La question est difficile à régler. On ne peut pas interdire aux parties de recourir au juge pour trancher leurs litiges. Par ailleurs, les personnes disposées à régler leur litige en discutant n'ont nul besoin d'une législation détaillée. En revanche, elles doivent être certaines que l'accord conclu pourra être exécuté. Pour cela, il me paraît nécessaire de rétablir la solution qui était celle de l'ancien article 1441-4 CPC qui permettait à l'une des parties de demander au juge de revêtir l'accord de la formule exécutoire. A l'heure actuelle, il faut que toutes les parties soient d'accord<sup>2</sup> ou qu'aucune ne s'y oppose dans la convention<sup>3</sup>. Ces dispositions sont très malencontreuses. Si la partie créancière a besoin que l'accord soit revêtu de la formule exécutoire, c'est que l'autre partie ne l'a pas exécuté. Ce n'est donc pas vraiment le moment de lui demander son accord pour faire homologuer la décision. Que penser aussi de la partie qui accepte de conclure un accord mais qui en refuse l'homologation au moment où elle le signe ? Il me semble essentiel que, quelle que soit la forme de l'accord, pour autant qu'il existe de véritables différences, qu'il intervienne au cours d'une procédure ou en dehors d'elle, l'obtention de la formule exécutoire obéisse toujours aux mêmes règles, les plus simples possibles. On rappellera à ce propos que, dans la procédure d'injonction de payer, le débat sur le fond a lieu après l'octroi de l'ordonnance notamment parce que le créancier se prévaut d'une créance contractuelle. La solution d'une discussion a posteriori ne pourrait-elle être transposée aux modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) qui, en de surcroît, mettent fin au litige ?

Un accord devrait donc pouvoir être revêtu de la formule exécutoire par une simple demande **de l'une des parties**. Le juge ne devrait exercer qu'un contrôle léger et quelque parti qu'il retienne, sa décision devrait être sans recours. S'il refuse d'apposer la formule exécutoire, le créancier utilisera les voies pro-

1 N. Molfessis, F. Agostini, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile : Ministère de la Justice, 2018.* - V. not. JCP G 2018, act. 237, Aperçu rapide J. Théron.

2 CPC, art. 1534, médiation.

3 CPC, art. 1541, conciliation.

cédurales ordinaires, qui peuvent être rapides<sup>4</sup> ; si le juge rend l'acte exécutoire, l'accord demeure un contrat susceptible d'être contesté par la suite, notamment devant le juge de l'exécution. Ce qui est vrai en cas d'homologation<sup>5</sup> doit l'être aussi lorsque l'intervention du juge ne relève pas de la matière gracieuse.

Ensuite, imposer une tentative de conciliation préalable lors de la saisine du juge me paraît contestable. Le moment est mal choisi parce que chacune des parties se crispe sur l'argumentation qu'elle a construite ou que son avocat lui a offerte. Seul un minimum d'échange contradictoire permet de voir la faiblesse de sa position. C'est la raison pour laquelle le préliminaire de conciliation obligatoire a été supprimé - conseil de prud'hommes excepté - alors qu'il existait dans le Code de procédure civile de 1806. C'est aussi la raison pour laquelle le Code de 1975 permettait au juge de proposer aux parties une conciliation à tout moment.

Enfin, la jurisprudence de la Cour de cassation sur les clauses de conciliation préalable me semble discutable lorsqu'elle permet d'invoquer pour la première fois en appel la fin de non-recevoir qui sanctionne le non-respect de la clause. Cela offre au défendeur - qui se gardera, s'il est malin, d'invoquer l'irrecevabilité de la demande en première instance - un moyen d'anéantir sans coup férir un jugement qui lui serait défavorable. Il suffit d'interjeter appel et, sans même avoir à argumenter au fond, de soulever l'irrecevabilité de la demande. Il y a de meilleurs moyens de désengorger les juridictions...

### 3. À propos des incidents de compétence

4 - S'ils sont très irritants, ils ne sont que le reflet des choix d'organisation judiciaire. Ou l'existence de juridictions différentes est justifiée et il faut alors s'assurer que l'affaire est portée devant le juge apte à les traiter, ou cette pluralité de juridictions n'est qu'une façade.

Le seul moyen de faire disparaître les incidents de compétence est d'avoir une juridiction unique<sup>6</sup>. Dans ce cas, la notion de

4 Ex. référé-provision ou injonction de payer.

5 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 sept. 2017, n° 16-19.184 : *JurisData* n° 2017-018677.

6 Il restera quand même la répartition de litiges entre juridictions admi-

compétence disparaît pour laisser place à une répartition entre les diverses chambres de la juridiction. Cette répartition purement interne incombe au président de la juridiction et n'ouvre pas de recours<sup>7</sup>.

A défaut, les questions de compétence ne peuvent pas être traitées de manière administrative. La chose avait été tentée en 1958 avec l'instauration du contredit, et l'expérience a très vite montré que les incidents de compétence étaient beaucoup plus complexes que l'orientation vers un guichet parce que la détermination de la compétence passe parfois par un débat de fond (contrat de travail ou contrat d'entreprise ?) et que la solution donnée peut, à elle seule, mettre fin à la contestation.

### 4. À propos des actes d'avocat « exécutoires »

5 - Permettre aux avocats de revêtir de la formule exécutoire les actes sous seing privé qu'ils rédigent ne présente que des inconvénients.

Cette « promotion » de l'acte d'avocat devrait s'accompagner d'un contrôle renforcé du ministère de la Justice sur la profession d'avocat puisque l'octroi de la formule exécutoire est une prérogative de puissance publique. Les avocats y sont-ils favorables ? Comment justifier

cette exception à la situation actuelle dans laquelle les titres exécutoires sont des actes authentiques ? L'acte d'avocat exécutoire ne risque-t-il de n'être qu'un titre exécutoire « faible » ?

Il est très douteux qu'il faille mettre les professions judiciaires à feu et à sang pour un avantage conjectural. Le rôle des avocats dans la négociation ou la conclusion d'accord entre leurs clients est plus important et l'octroi de la force exécutoire à ces accords peut être assuré plus simplement<sup>8</sup>. ■

nistratives et judiciaires qui ne trouve parfois de solution que des années après - V. l'affaire de la rénovation des lycées d'Ile-de-France, *T. confl.*, 16 nov. 2015, n° C4035, *Région Ile-de-France : JurisData* n°2015-027028 - à moins d'unifier les juridictions en y intégrant une formation spécialement dévolue au contrôle de légalité.

7 V. par ex *CPC*, art. 107 ou *CPC exéc.*, art. R. 213-11.

8 V. *ci-dessus* 2.

1<sup>RE</sup> TABLE RONDE - OBSERVATIONS GÉNÉRALES

# 7 Réforme de la justice : pauvre principe de coopération



**Emmanuel Jeuland,**  
professeur à l'École de droit de la Sorbonne

1 - **Principe de coopération.** - L'analyse des rapports sur la réforme de la justice<sup>1</sup> conduit à conclure qu'il s'agit globalement d'un projet plutôt autoritaire. Le terme « autoritaire » n'est pas entendu ici dans un sens politique mais dans le sens d'une certaine conception de la justice et de la procédure civile reposant sur le juge saisi et le président de juridiction. Elle peut avoir ses avantages et être soutenue en tout ou partie par des arguments convaincants. Nous la critiquerons cependant selon une autre approche du droit, de la justice et de la procédure que nous avons proposée d'appeler relationniste et que nous avons développée à partir d'auteurs étrangers<sup>2</sup>. Cette approche appliquée à la procédure - depuis J. Kolher à la fin du XIXe siècle - implique un principe de coopération dans la procédure<sup>3</sup>. Ce principe auquel il est pourtant fait référence dans le rapport y est absorbé par le principe de loyauté.

2 - **Approche relationniste.** - L'approche relationniste du procès part du principe que la procédure comprend principalement quatre types de rapports de droit : rapport de fond problématique, lien d'instance et de protection, lien statutaire entre juge et parties et lien judiciaire entre juge et ses assistants, greffiers ou experts. La notion de rapport de droit peut être considérée comme une distance entre des parties autonomes sous l'égide

d'un tiers de référence (souvent le juge) ayant un objet particulier ainsi que des droits et des obligations. Le procès constitue ainsi une opération juridique à, au moins, quatre personnes (avec les assistants du juge), dominée par deux principes : le contradictoire et la coopération forcée qui est le partage des droits et des obligations entre les participants au procès.

D'autres commentaires de ce numéro spécial, ayant étudié les rapports sous l'angle du principe du contradictoire<sup>4</sup>, nous nous pencherons davantage sur le principe de coopération. Selon ce principe, les participants au procès se partagent les droits et les obligations pour établir les faits et le droit. Cela suppose une certaine progressivité et un certain affinement dans le temps. Ce principe est nécessaire pour ne pas tomber dans une version autoritaire où le juge fait tout à la place des parties qui perdent ainsi leur autonomie procédurale. Il est aussi nécessaire, pour éviter à l'inverse dans une version accusatoire que le juge laisse trop les parties à elle-même. Dans le projet, actuellement en cours, de principes de procédure civile européenne réalisé sous l'égide d'ELI-Unidroit, ce principe est particulièrement à l'honneur. Nous distinguerons les atteintes internes au principe de coopération, c'est-à-dire les atteintes causées à l'intérieur de la procédure, des atteintes externes au principe, causées par des évolutions en terme d'administration judiciaire.

## 1. Les atteintes internes au principe de coopération

3 - **La concentration des moyens et le principe de loyauté.** - Les rapports comprennent des atteintes diverses au principe de coopération. C'est le cas, lorsqu'il est demandé aux parties de concentrer leur moyen en début de procédure alors que les débats peuvent faire évoluer les moyens. Il faut espérer, contrairement à ce qu'indique le rapport, que de nouveaux moyens pourront être soulevés en appel car il y aurait alors une atteinte à la possibilité pour les parties de soulever tous les moyens de fait et de droit adéquats. Conditionner ce type d'obligation de concentration au respect du principe de loyauté alourdit également le fardeau pesant sur les parties et leurs avocats alors que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a toujours pris soin de ne pas généraliser ce principe. Fonder le principe de loyauté sur le développement du principe de l'interdiction de

1 Cinq rapports des chantiers de la justice remis le 15 janvier 2018 à N. Bellobet, ministre de la justice, garde des Sceaux. - N. Molfessis, F. Agostini, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile.* - F. Beynel, et D. Casas, *Chantiers de la justice. Transformation numérique.* - J. Beaume et F. Natali, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure pénale.* - Ph. Houillon, et D. Raimbourg, *Chantiers de la justice. Adaptation du réseau des juridictions.* - B. Cotte et J. Minkowski, *Chantiers de la justice. Sens et efficacité des peines.*

2 not. J. Nedelsky, *Law's Relations - A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law* : Oxford University Press, 2011. - A. Somek, *Legal Relations*, Cambridge University Press, 2017.

3 Introduit en France par H. Motulsky puis repris par plusieurs auteurs dont L. Cadet dès la première édition de son manuel de droit judiciaire privé (*LexisNexis*, 1992). - V. aussi R. van Rhee in *Recherche lexicographique en procédure civile, Lexicographical Research in Civil Procedure*, dir. E. Jeuland et S. Lalani : IRJS 2017, V<sup>o</sup> Principe de coopération.

4 V. dans ce numéro X. Lagarde, *L'esprit d'une réforme*, p. 15.- L. Boré, *Les mythes fondateurs de la réforme de la procédure civile*, p. 24.

se contredire au détriment d'autrui est peu convaincant car ce dernier principe est de plus en plus cantonné.

Dans une optique relationniste, un rapport de droit n'est pas étranger aux principes moraux mais tend à confronter de manière neutre des positions qui peuvent être assez différentes d'un point de vue moral<sup>5</sup>. Le principe de loyauté, compris de manière large à l'égard des parties et des avocats dans le rapport et pas seulement dans la recherche des preuves, tend à limiter la conception morale du comportement procédural des parties à celle du juge. C'est un peu comme si l'arbitre d'un sport collectif devait sanctionner le *fair play* et pas seulement les fautes.

**4 - L'office du juge en matière de droit.** - Le passage sur l'office du juge en matière de droit est assez peu clair et fait référence au droit comparé de manière unilatérale et tout à fait partielle<sup>6</sup> pour démontrer que le juge devrait soulever d'office le droit. Nulle doute qu'une forte pression européenne se fait jour actuellement sur ce point pour passer d'une simple faculté faite au juge à une obligation. Le caractère autoritaire du projet concerne ici le juge lui-même qui est mis sur le même pied que le juge luxembourgeois ou allemand. Or, il ne faut pas oublier que le nombre de règles de droit augmente sans cesse et qu'il y a deux fois plus de juges allemands par habitant qu'en France. Imposer une tâche de sécurisation du droit applicable au juge sans lui donner les moyens pour le faire en terme d'assistants de justice et de temps, pourrait conduire à plus d'inconvénients que d'avantages. Si la concentration des moyens de droit en première instance empêchait de soulever de nouveaux moyens de droit en appel (comme paraît le prévoir l'un des rapports)<sup>7</sup>, il resterait à critiquer le juge de première instance pour ne pas avoir appliqué une règle de droit. Le second degré de juridiction s'apparenterait de ce point de vue à une cassation. Le même argument pourrait être utilisé au stade de la cassation et le nombre de pourvois pourrait augmenter. L'arrêt Dauvin de 2007<sup>8</sup> qui n'oblige pas le juge à soulever un moyen de droit que les parties n'ont pas invoqué n'a pas donné lieu depuis 10 ans à un nouveau contentieux<sup>9</sup>. Si l'on juge une jurisprudence à ses effets, il faut reconnaître qu'elle n'a pas posé de difficulté.

Il se peut cependant que les nouvelles technologies et les éditeurs soient un jour en mesure de fournir des informations sur le droit applicable de manière complète. Il serait préférable d'attendre le développement de l'encodage du droit - qui n'en est encore qu'à la numérisation du droit écrit - pour se lancer dans une telle réforme un peu hasardeuse. Elle pose aussi une question plus profonde concernant la séparation des pouvoirs et la distance entre le juge, le législateur et l'exécutif. La tradition française qui a été synthétisée dans l'arrêt Dauvin en 2007<sup>10</sup> donne une certaine latitude au juge dans le choix des règles de

droit que n'ont pas soulevé les parties, notamment lorsqu'en soulevant une nouvelle règle, le juge devait rechercher de nouveaux faits alors qu'il n'en a pas l'obligation<sup>11</sup>. Se rapprocher de la tradition allemande influente auprès de la Cour de justice de l'Union européenne sur ce point est peut-être une bonne chose à terme, à condition de donner les moyens au juge de travailler.

**5 - L'exécution provisoire.** - L'exécution provisoire de droit conduisant à une disparition de l'effet suspensif de l'appel peut se concevoir si une procédure de suspension efficace est mise en place. Les critères étant les mêmes, quoique plus alternatifs que ceux qui existent actuellement<sup>12</sup>, sans permettre fréquemment de suspension, on peut s'attendre à ce que l'on parvienne à une situation d'inversion du contentieux en appel, où l'on paie d'abord et discute seulement ensuite. Là encore, on ne permet pas aux parties de défendre leur position dans de bonnes conditions, surtout si, par ailleurs, elles ne peuvent pas soulever de nouveaux moyens.

**6 - La mise en état.** - Il existe cependant des idées intéressantes dans le projet, notamment le fait de régler la question de la compétence et des fins de non-recevoir le plus tôt possible dans la procédure<sup>13</sup>. On peut douter cependant que la procédure participative qui ne marche pas actuellement puisse améliorer la mise en état si elle devient obligatoire. Cette solution opère un retour au XIX<sup>e</sup> siècle avant la réforme autrichienne de F. Klein, quand la préparation de l'affaire était aux mains des avocats. Puisqu'un des avocats a en général intérêt à ralentir la procédure, il est probable que cette réforme en redonnant du pouvoir aux parties ralentira la procédure malgré la référence au principe de célérité. Le projet crée de nouveau un déséquilibre. À côté de ces atteintes internes à la procédure du principe de coopération, il existe des atteintes causées par des évolutions en termes d'administration judiciaire en lien notamment avec la numérisation de la justice.

## 2. Les atteintes externes au principe de coopération

**7 - L'impensé du numérique.** - Nous regrettons que le numérique ne soit pas suffisamment pensé et articulé avec la procédure en recherchant l'équilibre qu'impose le principe de coopération. La saisine par un menu électronique est sans doute la bienvenue à la condition d'être maîtrisée. Il faudra ainsi se demander si l'instance commence avec cette saisine ou avec la signification de l'acte qui serait postérieure. Selon le rapport, c'est la signification qui ferait démarrer l'instance alors que l'acte de saisine suspendrait la prescription. Une question sur le point de départ de l'instance qui semblait régler pourrait renaître de ses cendres. On peut regretter d'ailleurs que l'on ne soit pas inspiré d'une réforme hollandaise qui prévoit la notification de l'acte introductif d'instance par voie électronique et le recours à la signification par voie d'huissier en cas d'échec de

5 V. A. Somek, *préc. note 2*.

6 Quatre pays seulement sont cités, tous dans la même direction, sans les nuances qui s'imposeraient notamment pour l'Angleterre.

7 N. Molfessis, F. Agostini, *rapport préc. note 1, prop. 13 : Instaurer dès la première instance un principe de concentration des moyens.* - V. JCP G 2018, act. 237, *Aperçu rapide J. Théron*.

8 *Cass. ass. plén. 21 déc. 2007, n° 06-11.343, Dauvin c/ Sté Carteret Automobiles : JurisData n° 2007-042069*.

9 On ne comprend pas pourquoi le rapport pose comme solution possible l'application de cet arrêt qui est déjà applicable. V. N. Molfessis, F. Agostini, *rapport préc. note 1, p. 32*.

10 Qui reprend la jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle.

11 *CPC, art. 7*.

12 Conséquences manifestement excessive ou atteinte au contradictoire et à l'article 12 CPC.

13 Comme l'a proposé not. Liza Veyre dans sa thèse sur la notion de partie en procédure civile, 2016, *ss dir. E. Jeuland*.

la première dans une logique proche de ce qui existe devant le conseil de prud'hommes. Ce qui est lourd pour les juridictions aujourd'hui est la gestion du courrier postal. Une convocation par courrier électronique ne soulèverait pas de telles difficultés. Il est beaucoup demandé au demandeur dans la rédaction de l'acte de saisine (moyens de fait et de droit, etc.). Le tribunal pourrait ensuite s'occuper de la convocation.

En dehors de la saisine électronique de l'instance, le dossier de l'affaire devrait être accessible en ligne comme c'est le cas depuis longtemps en matière administrative. Cependant, le rapport sur la justice numérique compte sur un système centralisé et fort lourd - Portalis - pour parvenir à cette fin en écartant toute initiative locale des juges. L'application Portalis que l'on nous annonce depuis longtemps risque d'arriver tard<sup>14</sup> et de ne pas répondre aux besoins de souplesse et de rapidité d'une justice de qualité. Le numérique a pour effet d'accélérer et de fragmenter<sup>15</sup>. Il peut porter atteinte, si l'on y prend garde, à l'autonomie des participants au procès et donc au principe de coopération. Il ne suffit pas de prendre quelques précautions de langage en début de rapport pour dire que le numérique n'est pas la panacée.

**8 - Le principe de présence.** - Il faut prendre la mesure du numérique et introduire pour cela un principe de présence<sup>16</sup> comme faisant partie d'un principe large de coopération. Toute partie devrait avoir le droit d'avoir au moins une audience en présentiel<sup>17</sup>. Cependant, les rapports en prônant la vidéoconférence et la fin de l'audience, porte atteinte à ce droit à être présent lors de son procès qui est susceptible de contribuer à l'autonomie procédurale des parties. Il a déjà fallu revenir sur l'usage de la vidéoconférence en matière d'hospitalisation sous contrainte. Il est à craindre qu'il en sera de même avec la justice civile notamment pour les personnes vulnérables. Si l'audience continue de disparaître, les beaux passages d'un des rapports sur l'audience interactive qui existe déjà sur le papier, mais guère dans la réalité, risquent d'être des paroles en l'air. Les parties risqueront de subir leur procès et de perdre ainsi en autonomie alors que le but du procès n'est pas la paix ou la régulation sociale contrairement à ce qu'indique l'un des rapports mais la solution la plus juste et la plus proche de la vérité pour parvenir à des rapports de droit viables. Hébraud avait noté dans son cours de droit processuel que la justice étatique était sans doute préférable à la justice privée mais qu'elle comportait un autre risque, celui de vouloir à tout prix garantir la paix sociale sans s'occuper de la vérité. Or, le premier but de la justice est de permettre de recomposer des rapports de droit viables. Cela suppose de rendre les parties à leur autonomie et indépendance ce qu'une approche trop autoritaire de la justice ne peut guère faire. Indiquer qu'il y a encore des justiciables et des juges sensibles au caractère symbolique de la justice<sup>18</sup>, c'est ne pas comprendre que le procès

présentiel ou numérique est un agencement symbolique au sens d'une construction permettant de mettre à juste distance les parties en répartissant leur droit et obligations. Il faut pouvoir réfléchir à nouveau frais à la ritualité de la justice numérique. S'attaquer à la distinction entre procédure orale et procédure écrite en générant une confusion entre les deux ne paraît pas non plus de nature à générer de la clarté et de la lisibilité.

**9 - La césure par une médiation.** - On peut aussi trouver intéressante la césure de l'instance permettant de passer à une médiation judiciaire. On sait en effet que ce qui compte pour régler un litige à l'amiable est de trouver le bon moment. Cela peut dépendre des affaires et suppose souvent d'être assez avancé dans l'échange des pièces et des arguments. Il ne faut cependant pas que cela devienne un instrument aux mains du juge pour se débarrasser d'une affaire devenue trop complexe. Là encore, il y a un risque d'autoritarisme de la part du juge. Il semble que le projet renonce à imposer le recours à la médiation avant le procès, on peut se demander cependant s'il n'est pas mis en place une concurrence des modes de résolution des litiges puisque le rapport sur la transformation numérique indique « De la concurrence et de l'imagination créative naîtront les outils les plus efficaces »<sup>19</sup>. En même temps, le rapport indique que le numérique ne peut être que centralisé et qu'il ne faut pas laisser d'initiative aux juridictions mais seulement aux jeunes *Legal-techs*. Le numérique peut en effet être un outil de management autoritaire mais peut aussi servir à accroître les coordinations.

**10 - Le jugement pilote.** - Le recours à un jugement pilote en cas de litiges sériels peut également être une bonne idée à condition d'être encadré, ce qu'il n'est pas du tout. La procédure de jugement pilote existe en matière administrative et pourrait rendre des services en matière judiciaire. Lors du colloque à la Cour de cassation du 1er décembre 2017, la première présidente de la cour d'appel de la Réunion, Mme Gracieuse Lacoste-Etcheverry a réclamé cet outil qui lui permettrait de traiter une quarantaine de dossiers similaires dans un contentieux particulier. C'est un outil d'administration judiciaire qui pourrait être utile mais qui implique que les autres cas de la série soient étudiés rapidement et par ordonnance<sup>20</sup>. Il faut donc de solides garanties procédurales pour être bien certain que ces autres cas seront étudiés dans leurs particularités. Il faudrait aussi opérer des distinctions qui ne sont pas proposées par le rapport. Il faut distinguer le litige de masse du litige sériel. De ce point de vue, il serait bienvenu qu'une disposition générale sur l'action de groupe apparaisse dans le Code de procédure civile et renvoie aux lois qui ont créé ces mécanismes. Or, les actions de groupe ont plutôt vocation à traiter des litiges de masse que des litiges sériels. Dans le premier cas, un ensemble large de victimes a subi un dommage similaire qui peut être peu important individuellement. Cette procédure est plutôt faite pour les situations où les victimes ne sont pas en mesure d'agir personnellement. Les litiges sériels impliquent des victimes qui agissent devant le tribunal<sup>21</sup> mais pour un fait similaire. Il ne s'agit donc pas de créer un groupe mais d'orga-

14 V. A. Caron-Déglièse, *L'attente des partenaires institutionnels de la justice in Colloque : Les enjeux d'une réforme territoriale de la Justice*, 11 déc. 2017 : ENM, p. 41 s.

15 Le temps par délais couperets, les conclusions écrites avec la structuration des écritures, les plaidoiries de plus en plus absentes ou limiter dans le temps à des points précis, les jugements par des trames.

16 Principe existant dans diverses procédures sous différents noms notamment en Autriche et en Espagne.

17 V. une thèse récente, A. Danet, *La présence en droit processuel : Thèse, Bordeaux, 2016, ss dir. d'A. Bergeaud*.

18 N. Molfessis, F. Agostini, *rapport préc. note 1, p. 14*.

19 J.-F. Beynel, et D. Casas, *rapport préc. note 1, spéc. p. 11*. - V. aussi JCP G 2018, act. 133, *Aperçu rapide* B. Deffains et J.-B. Thierry.

20 Plus que par médiation comme l'indique le rapport.

21 Le projet prévoit de repérer des litiges sériels dans toute la France.

niser au mieux le travail des tribunaux pour avoir un procès de qualité et cette fois vraiment collégial. Il faudrait aussi distinguer les litiges de masse pouvant donner lieu à une action de groupe, les litiges sériels propres au jugement pilote et ce que l'on appelle aussi le contentieux de masse au sens d'un contentieux spécifique donnant lieu à de nombreux procès<sup>22</sup>. Dans ce dernier cas - par exemple en matière de construction -, on pourrait imaginer un système de médiation collective comme elle existe en matière d'accident de la circulation.

11 - **Déjuridictionnalisation.** - Le projet continue après le divorce par consentement mutuel de rogner sur les compétences en déjuridictionnalisant certaines niches au nom du recentrage du juge. Mais il est tout à fait imprudent d'avoir une vision moniste du juge et de ne pas davantage reconnaître la procédure gracieuse et en particulier la procédure des tutelles qui concerne actuellement 800 000 personnes. Même si elle n'est pas directement visée par cette réforme, elle n'est pas non plus prise en compte. Or, les personnes incapables ne sont pas toujours traitées comme de véritables sujets de droit bénéficiant du droit d'être entendus et un praticien a indiqué pendant le colloque sur ces rapports au Panthéon que cette procédure est largement aux mains des greffiers. On veut certes renforcer l'image de la première instance mais l'on vise essentiellement le contentieux civil actuellement pendant devant le TGI. Or, le gracieux fait partie du cœur de métier du magistrat. Il s'agit de protéger des parties pour empêcher ou contrôler la conclusion de certains actes. L'administration ne pourrait pas faire ce travail qui implique de mettre en œuvre les principes fondamentaux de la procédure et notamment une forme particulière de coopération. Il n'est guère question non plus du tribunal de commerce, dans cette réforme, qui pourtant a vocation à appliquer les mêmes réformes de procédure civile.

12 - **Une réforme managériale ?** - Les magistrats critiquent la méthode Belloubet et le caractère managérial de la réforme<sup>23</sup>. On comprend ce que les syndicats de magistrats veulent dire mais, en tant qu'universitaire, il nous faut faire une rectification. Il y a nécessairement à administrer la justice et il y a donc un mode de management à déployer. Ce qui est critiqué n'est pas le fait qu'il y ait du management de la justice, ce serait absurde, mais le fait que la perspective du Gouvernement est en partie fondée sur la recherche d'économies. Plus profondément sans doute, la critique renvoie à la conception de la justice comme une entreprise dont il faudrait recentrer le cœur de métier sur la résolution des litiges. Nous préférons ici éviter le terme « managérial » qui porte à confusion et simplement dire que la réforme est autoritaire en ce sens que le type de management retenu est plus autoritaire que coordonné. Le président du nouveau tribunal judiciaire se voit confier tous les pouvoirs sans qu'il y ait de véritable contre-pouvoir au sein de la juridiction et que le principe du juge naturel soit pris en compte. Il aurait notamment fallu prévoir que l'ordonnance de roulement soit préparée par une équipe de présidents de chambres et du chef de juridiction. On serait ainsi parvenu à une attribution des affaires

plus objectives tout en réservant éventuellement des positions de juges spécialisés.

13 - **Collégialité.** - On peut être satisfait de voir que la collégialité redeviendra la règle en première instance sauf tout de même de nombreuses exceptions, selon le rapport. Mais l'atmosphère générale de chasse aux coûts qui règne dans ce projet jette le doute sur les moyens qui seront accordés pour y parvenir. La création d'un tribunal unique ne libérera sans doute pas tant de juges que cela. Il faudrait aussi que ce soit une vraie collégialité et non un président assisté de deux assesseurs qui ne connaissent guère le dossier et qui délibèrent par email.

Le paragraphe concernant la qualité de la justice est bien pauvre et ne prend pas en considération certaines recommandations que nous avons faites en remettant notre rapport sur la qualité dans la mesure de la performance judiciaire<sup>24</sup>. Nous proposons que l'arrêt d'appel soit systématiquement transmis aux juges de première instance qui avait rendu le jugement. Avec la mobilité et la disparition de l'historique électronique d'un juge à chaque changement de poste, un arrêt est souvent rendu alors que les juges de première instance ne sont plus à leur poste initial. Il nous semble que nous aurions là, en organisant une sorte de coopération entre juges, un outil très simple pour améliorer la qualité des jugements de première instance.

14 - **Le tribunal de proximité.** - Les réformes envisagées sont trop graves et profondes pour être menées rapidement. Remplacer le tribunal d'instance par un tribunal de proximité tout en procédant à la création d'un tribunal unique par département<sup>25</sup>, fait courir en réalité un risque sur les litiges de proximité. Le précédent juge de proximité a fini par disparaître, on peut se demander si ce ne sera pas le sort du nouveau juge de proximité.

15 - **Conclusion : reconnaître un véritable principe de coopération.** - Dans le paragraphe sur les principes de loyauté et de coopération, la coopération est noyée par la loyauté pour mieux l'ignorer. La justice a déjà récemment intégré plusieurs réformes. Il conviendrait de continuer la réflexion et de se donner une année supplémentaire pour parvenir à une réforme cohérente d'ensemble respectant le principe de coopération entre les participants au procès. De ce point de vue, les rapports tiennent un double langage. Ils disent en substance : on a déjà beaucoup réformé la justice mais il faut encore réformer pour parvenir enfin à une vraie simplification et à une vraie rationalisation. Or, on peut craindre que la vitesse de réalisation de ces réformes conduise à mettre en place un système déséquilibré et autoritaire. Le principe de coopération comporte une grande exigence en ce qu'il tend à trouver un équilibre entre les droits et les devoirs des parties, du juge et des gens de justice afin que chacun soit actif et autonome. Or, structurant les différents rapports de droits procéduraux, le principe de coopération permet seul de s'approcher de la vérité dans chaque affaire conduisant à rendre viable les rapports de fond problématiques. ■

22 Autrefois les accidents de la circulation.

23 J.-B. Jacquïn, *Réforme de la justice : des magistrats critiquent la méthode Belloubet* : Le Monde 14 févr. 2018.

24 E Jeuland et C. Boillot (dir.), *Rapport sur la qualité dans la mesure de la performance judiciaire* : IRJS Éditions, 2016.

25 Le rapport sur l'Amélioration et simplification de la procédure civile et celui sur l'Adaptation du réseau des juridictions ne sont pas cohérents sur ce point.

2<sup>E</sup> TABLE RONDE : L'ÉLABORATION DE LA DÉCISION - COMPÉTENCE ET INSTANCE

# 8 T'es TGI/TI/TAE<sup>1</sup> ou t'es TPI<sup>2</sup> ?

## La question du pluralisme juridictionnel pour les contentieux de première instance



**Serge Guinchard,**  
professeur émérite de l'université Paris 2  
Panthéon-Assas, recteur honoraire

1 - Il n'est pas incongru d'aborder la question de la répartition des contentieux de première instance entre deux ou plusieurs juridictions ou de la création d'une juridiction unique, dans ce dossier consacré au chantier d'une réforme de la procédure civile. En effet, statuant au-delà de l'objet de sa mission, le groupe de travail en charge de cette réforme a proposé de créer une juridiction unique de première instance, fusionnant TGI et TI, sous l'appellation de « tribunal judiciaire »<sup>3</sup>, reprenant ainsi, tout à la fois, la préconisation du candidat *Macron* à l'élection présidentielle de mai 2017 qui évoquait un tribunal unique de première instance (TPI)<sup>4</sup> et la proposition de la Conférence nationale des présidents de TGI, en 2017, de création d'un « tribunal judiciaire ».

2 - Tout au contraire, le groupe de travail « Raimbourg/Houillon », chargé de réfléchir à « L'adaptation du réseau des juridictions »<sup>5</sup>, propose certes de créer un « tribunal judiciaire » par département (sous la réserve d'exceptions locales justifiant de dépasser ce nombre), mais prévoit aussi, à ses côtés, l'implantation de « tribunaux de proximité » et accompagne ce dualisme organisationnel d'un dualisme juridictionnel avec la répartition des contentieux selon un schéma identique au schéma

actuel, les deux nouvelles juridictions se partageant la masse des contentieux selon une clef de répartition, on le précisera, qui consiste à confier à l'un (le bloc A) ce que l'autre n'a pas (le bloc B) et non pas aux TI un détachement juridictionnel de certaines compétences du TGI, lequel conserverait l'ensemble.

### 1. Une question récurrente, mais souvent mal envisagée

3 - Depuis que le rapport dit Casorla<sup>6</sup> a préconisé, avec prudence, la création d'un tribunal unique de première instance (TPI), cette idée a été reprise quasiment par tous les groupes de travail qui, depuis 20 ans, se sont penchés sur cette question, à l'exception notable de la commission Guinchard<sup>7</sup> et de la commission Raimbourg/Houillon<sup>8</sup>.

4 - Ainsi, en juillet 2012, un rapport sénatorial<sup>9</sup> considère, un peu rapidement, sans véritable réflexion de fond sur les questions que nous venons de poser<sup>10</sup>, que la réforme de la carte judiciaire a été l'occasion manquée de mettre en place le TPI. Quand on pense aux réactions très vives des avocats et de certains syndicats de magistrats à cette refonte, sans TPI, on peut légitimement se poser la question de la sérénité de ceux qui ont rédigé ce rapport car leur regret, s'il avait été pris en compte en février 2008, aurait mis le feu à la Maison Justice ! Il est tout de même assez ahurissant de regretter la violence de la refonte de la carte judiciaire en 2008 quant à la méthode suivie et quant à son contenu, et, dans le même temps, reprocher au Gouvernement de l'époque de pas être allé plus loin. On a connu des sénateurs moins révolutionnaires et plus responsables que ceux-là. En outre et surtout, la commission ne s'interroge pas sur les

1 TAE désigne un futur tribunal des affaires économiques.  
2 Tribunal de première instance, sous-entendu unique par département, sauf exceptions locales.  
3 N. Molfessis, F. Agostini, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile* : Ministère de la Justice, 2018 ; JCP G 2018, act. 237, *Aperçu rapide* J. Théron.  
4 E. Macron, *Une justice pour notre temps* : Gaz. Pal. 14 mars 2017, n° 11, p. 16, spéc. p. 18-19 : « Je mettrai en place un TPI qui regroupera tous les contentieux de proximité ou complexes et spécialisés. Ce tribunal départemental n'éloignera pas les justiciables du service public puisque les sites judiciaires des anciennes juridictions spécialisées et imparses et à l'implantation parfois irrationnelles, seront maintenus comme point d'accès polyvalents à l'ensemble des procédures et comme lieu de justice ».  
5 Ph. Houillon, et D. Raimbourg, *Chantiers de la justice. Adaptation du réseau des juridictions* : Ministère de la Justice ; JCP G 2018, act. 270, *Aperçu rapide* B. Beignier et L. Miniato

6 De 1997, non édité, pas même à la Documentation française, si bien que beaucoup en parle sans l'avoir vraiment jamais lu.  
7 S. Guinchard, *Rapport au garde des Sceaux, Commission sur la répartition des contentieux. L'ambition raisonnée d'une justice apaisée* : La Documentation française, 2008.  
8 Commenté par G. Deharo : D. actualité 25 janv. 2018. L'auteur a l'intelligence de remettre le rapport en perspective et de le situer dans le cadre de l'aménagement du territoire. Elle analyse aussi la question des cours d'appel, non envisagée dans le cadre de cette contribution.  
9 N. Borvo Cohen-Seat et Y. Détraigne : Sénat, Rapp. n° 662, 11 juill. 2012.  
10 Il n'est même pas fait allusion aux arguments développés par le rapport de la commission Guinchard... ne serait-ce que pour les réfuter et ouvrir un débat argumenté.

moyens de concrétiser cette idée et sur les obstacles relevés par la commission Guinchard<sup>11</sup>. Est-ce la bonne approche ?

5 - Une nouvelle mission d'information de la commission des lois du Sénat sur l'organisation de la justice en première instance préconisa à nouveau le TPI en octobre 2013<sup>12</sup>, mais avec tant de précautions et de différé dans le temps (« perspective séduisante »), qu'on peut se demander si les auteurs du rapport y ont vraiment cru : les tribunaux d'instance absorbés par les TGI devenant tous des chambres détachées ; on pense au *Guépard* du marquis de Lampedusa, « tout change pour que rien ne change ».

6 - Dans le cadre du grand chantier sur la Justice du XXI<sup>e</sup> siècle qui fut lancé par la garde des Sceaux en 2012, un groupe de travail sur les juridictions, présidé par M. Didier Marshall a déposé son rapport le 16 décembre 2013, lequel rapport reprend l'idée du TPI, mais, là encore, avec des chambres détachées partout où il y avait des TI (ce qui constitue une véritable dénaturation du concept de TPI et pose la question : pourquoi changer ?) et une telle complexité de poupées russes s'emboîtant les unes dans les autres, qu'on peut se demander quel esprit lucide a pu bâtir une telle architecture qui suppose des magistrats coordonnateurs à tous les étages de la pyramide ! Après la grande messe réunissant 4 000 personnes en janvier 2014 à l'UNESCO, pour débattre et tirer une synthèse des propositions des trois groupes de travail<sup>13</sup>, après la « consultation » des juridictions dans une fausse démocratie participative au printemps 2014, digne des assemblées générales dans les universités en mai 1968, la garde des Sceaux annonça en septembre 2014 que ... pas grand-chose serait fait, en tout cas pas le TPI. Beaucoup de bruit pour rien.

7 - En 2017, la Conférence nationale des présidents de TGI a indiqué qu'elle ne souhaite pas que l'on modifie les lieux de justice, mais plutôt que l'on mette en place un « tribunal judiciaire »<sup>14</sup>.

8 - Un rapport de la commission des lois du Sénat sur la Justice d'avril 2017<sup>15</sup> préconise, dans un souci « d'améliorer la proximité » entre les justiciables et leurs juges, d'instaurer un tribunal unique par département<sup>16</sup>. On sent la gêne du Sénat : le TPI ne serait mis en place que progressivement, ne fusionneraient que les TGI et TI, les tribunaux de commerce et les conseils de prud'hommes gardant leur spécificité, rien n'étant dit des tribunaux paritaires de baux ruraux ; aucune implantation de juridictions autres que les actuels TGI ne devrait disparaître, mais elles

deviendraient des chambres détachées<sup>17</sup> et seraient affectées aux services d'accueil des justiciables ; présentée comme un rapprochement du justiciable de son juge, la réforme pêche essentiellement par un effet inverse, l'éloignement de ce justiciable des lieux de justice et la sous-estimation des forces politiques locales pour s'opposer aux transferts de contentieux. Néanmoins, ce rapport a l'immense mérite de globaliser et de conceptualiser la volonté du Sénat de « redresser » la Justice. Sur la question du TPI, le Sénat vient d'adopter le tribunal départemental unique de première instance [appellation retenue dans l'intitulé de la section qui lui est réservée] ou tribunal de première instance tel qu'il apparaît dans les articles qui l'instituent<sup>18</sup>, assorti d'un « tribunal des affaires économiques » regroupant, bien au-delà de la compétence traditionnelle du tribunal de commerce<sup>19</sup> : « les agriculteurs inscrits au registre des actifs agricoles situés dans ce ressort ; les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, inscrites à un ordre professionnel ou déclarés auprès de l'URSSAF, situées dans ce ressort ; ainsi que les conjoints des personnes [ainsi] énumérées qui collaborent à l'activité de leur époux sans autre activité professionnelle ; en conséquence, ce TAE comprendrait six catégories professionnelles correspondant, respectivement, aux activités commerciales, artisanales, agricoles, libérales, industrielles ou de services ».

9 - Le Premier Président de la Cour de cassation lui-même s'est lancé dans la controverse des trois, voire des quatre unités : celle de la magistrature (parquet et juges du siège dans un même corps), celle des juridictions administratives et judiciaires, celle des juridictions civiles de première instance et celle des procédures civiles, écrites et orales<sup>20</sup>.

## 2. Une approche à reprendre, sous l'angle de la balance des intérêts entre un TPI ou deux juridictions de première instance « de droit commun » (TGI et TI)

10 - Citer le rapport Casorla de 1997 sans se poser la question de sa faisabilité relève plus de l'incantation en faveur du TPI qu'une connaissance véritable des intérêts en jeu, des résistances politiques locales et de l'intérêt des justiciables. À force de préconiser le TPI dans tous les rapports officiels depuis vingt ans, sans jamais le mettre en œuvre - dès le lendemain du dépôt du rapport, le rapport et l'idée étaient enterrés - la première question à se poser est celle de sa faisabilité - c'est pourquoi nous le qualifions de mythe -, les rapports étant curieusement silencieux sur les difficultés de mise en œuvre et n'apportant aucune réponse aux questions soulevées par la création d'un TPI. Le débat mérite donc d'être éclairé par quelques considérations

11 *Préc. note 7.*

12 V. V. Klès et Y. Détraigne, *Sénat Rapp. n° 54 (2013-2014)*, 9 oct. 2013.

13 Ceux de D. Marshall, P. Delmas-Goyon sur les juges et la procédure civile déposés en décembre 2013 et d'A. Garapon (IHEJ) sur l'office du juge remis en juillet 2013.

14 Sans doute par antinomie avec le « tribunal administratif », qui regrouperait au sein d'une même structure fonctionnelle toutes les juridictions de première instance y compris des tribunaux de commerce et des conseils de prud'hommes.

15 *Sénat, Rapp. no 495 (2016-2017)*, 4 avr. 2017 : <http://www.senat.fr/rap/r16-495/r16-495.html>. -V. *Aperçu rapide N. Fricero, Les chiffres clés pour sauver la justice : 5 ans, 4 objectifs, 127 propositions !* : JCP G 2017, act. 519.

16 L'ambition affichée laisse rêver au vu de la concentration des lieux de justice préconisée.

17 Sans que soit précisée l'autorité chargée de déterminer la nature des contentieux transférés, point crucial et vital de ce type de réformes.

18 *Séance 24 oct. 2017, art. 10* de la proposition de loi issue de ce rapport.

19 *Séance 24 oct. 2017, art. 14* de la proposition de loi issue de ce rapport.

20 Sur le site de la Cour de cassation. *Contra P.-L. Boyer* : *Gaz. Pal.* 7 nov. 2017, n° 38, p. 10 (contre l'unité des procédures) ; *Gaz. Pal.* 21 nov. 2017, n° 40, p. 12 (contre l'unité des juridictions).

de politique judiciaire prenant en compte, on l'oublie souvent, l'intérêt des justiciables et non pas la seule logique d'une rationalisation budgétaire des implantations des juridictions et des moyens qu'on leur affecte, le TPI étant présenté comme le moyen de réaliser des économies de gestion, tout en évitant aux justiciables des erreurs dans le choix d'une juridiction.

### 3. Les avantages supposés du TPI et les réponses déjà apportées ou à venir, mais sans TPI

11 - Le principal argument avancé en faveur du TPI et des justiciables est celui de la simplification de l'organisation judiciaire et, notamment, la suppression des risques d'erreurs dans le choix d'une juridiction de première instance ; il serait « la » solution aux conflits de compétence. Il ne faut pas exagérer l'importance de ces conflits. Le rapport Guinchard de 2008 avait fait remarquer d'emblée que « pour l'essentiel des affaires, la détermination de la compétence, territoriale comme matérielle, ne soulève aucune difficulté, même pour un particulier, le cas échéant, après information délivrée par un greffe. C'est ainsi que les erreurs de saisine ne concernent que 1 % des affaires civiles, y compris les décisions d'incompétence au profit des juridictions administratives, répressives et étrangères »<sup>21</sup>. Cette situation statistique relativise l'argument du changement fondé sur cette raison, surtout si on le met en contemplation des bouleversements en termes de proximité que la création d'un TPI apporterait. On peut ajouter que les risques d'erreurs cantonnés aux juridictions TGI/TI ne représentent qu'une faible partie de ces 1 %, que le critère de la valeur du litige (4 000 euros par exemple) est clair et lisible pour le justiciable et que la suppression de la juridiction de proximité a supprimé une source de conflits. En outre, la généralisation envisagée de la représentation obligatoire par avocats<sup>22</sup> supprimera, à terme, une autre partie de ces conflits.

12 - L'autre argument avancé, cette fois en faveur d'un meilleur fonctionnement du service public de la Justice, serait que la création d'une « masse critique » de moyens induite par le regroupement des juridictions de première instance, serait indispensable à la Justice du XXI<sup>e</sup> siècle, à son adaptation aux rigueurs budgétaires que nous subissons depuis au moins 2008, en partie dues à la crise mondiale du système financier. On peut en douter car, au-delà de cette nouvelle affirmation de principe, aucune étude d'impact ne vient la confirmer ni même lui donner un début d'assises comptables. En outre, les exemples d'autres administrations qui se sont regroupées augurent mal, d'une part, des gains attendus et, d'autre part, de la qualité du service rendu aux usagers par cette réforme. Deux exemples dans des domaines très différents : le regroupement à marche

forcée en 1969-1970 des anciennes Facultés<sup>23</sup> en universités pluridisciplinaires a peut-être favorisé l'interdisciplinarité - cela reste à prouver dans de nombreux cas -, mais a surtout éloigné l'étudiant et le personnel des « services centraux », à tel point que, retenir une salle pour un colloque, engager une procédure d'un déplacement en France<sup>24</sup>, obtenir un remboursement de frais justifiés par une facture, monter un nouveau programme pédagogique, une nouvelle filière etc., est un véritable parcours du combattant qui, au bout du bout, décourage les meilleurs<sup>25</sup> qui préfèrent souvent se replier sur leurs recherches et ne plus rien demander à leur institution. Second exemple : la fusion des régions administratives en vastes ensembles en regroupant plusieurs devait, aux dires du Secrétaire d'État en charge de cette opération, rapporter des milliards d'euros ; au final, il est patent qu'elle a plus coûté qu'elle n'a rapporté. Et pour quel bénéfice au profit des usagers de ces collectivités territoriales ? Bref, les mégastuctures ont leurs mérites, à évaluer avant de fusionner, mais elles ont aussi un coût financier et humain. Il serait bon de savoir avant de décider.

### 4. Les obstacles d'ordre culturel : la traçabilité historique de deux juridictions de première instance en France

**« La Justice c'est aussi une question de culture et d'histoire ; même si les choses doivent bouger, il y a des constantes qui s'imposent. »**

13 - C'est méconnaître la France, ses blocages et ses corporatismes, mais aussi sa culture judiciaire et sociale, que de croire qu'on peut aisément faire table rase d'au moins deux siècles d'histoire de la Justice ; en dehors des grandes périodes révolutionnaires (1789, 1848) ou des grands bouleversements et soubresauts qui agitent parfois notre pays<sup>26</sup>, il faut viser modeste et être pragmatique ; à l'inverse, les événements de mai 1968 n'ont eu aucune incidence sur l'organisation judiciaire. Mais ils ont éloigné les universités nouvellement créées de l'excellence, classement de Shanghai à l'appui.

14 - Depuis des lustres, la France connaît deux juridictions de première instance : l'une de spécialisation, pour des contentieux complexes, avec représentation obligatoire par avocat<sup>27</sup>, l'autre de proximité sans représentation obligatoire et pour des contentieux à faible enjeu financier ou à forte implication sociale<sup>28</sup> ; la Justice c'est aussi une question de culture et d'histoire ; même si les choses doivent bouger, il y a des constantes qui s'imposent : le monde judiciaire est enraciné dans notre histoire.

15 - Sous ce regard, le tribunal d'instance s'inscrit dans la mémoire immatérielle de la France, de la même façon - mais cette

15 - Sous ce regard, le tribunal d'instance s'inscrit dans la mémoire immatérielle de la France, de la même façon - mais cette

21 Rapp. préc. note 7, spéc. p. 255.

22 Sauf en-deçà de 5 000 euros selon le chantier sur la procédure civile, Rapp. préc. note 3.

23 Si l'on n'ose encore ce mot du passé.

24 Je ne parle même pas d'une mission à l'étranger.

25 Je parle des enseignants-chercheurs.

26 La Libération en 1944-45 et l'arrivée au pouvoir du général de Gaulle en 1958.

27 C'est le TGI.

28 L'ancienne justice de paix, aujourd'hui le tribunal d'instance.

fois de manière matérielle - que les voies romaines se retrouvent bien souvent sous le tracé de nos routes et voies ferrées, ou encore, pour revenir à l'immatériel, que l'UNESCO a créé une catégorie de biens immatériels pour les protéger comme patrimoine mondial de l'humanité.

16 - Pour illustrer ces blocages, nous livrerons aux lecteurs une anecdote : à la fin des travaux de la commission Guinchard et alors que l'ambiance était sereine, voire amicale entre tous les membres de la commission, le président proposa d'appeler « tribunal des instances de proximité » la juridiction née de la fusion des TI et des juridictions de proximité, que la commission venait d'agréer,  **dans l'idée d'en faire un réceptacle d'accueil d'autres juridictions**, au fur et à mesure de l'évolution des esprits. Même cette suggestion de simple appellation ne fut pas retenue par la commission ; le symbole de la disparition de l'expression « tribunal d'instance » l'emporta sur la logique du président.

## 5. Les difficultés politiques de mise en place d'un TPI

17 - Un TPI suppose, par hypothèse, un siège central et, si l'on ne veut pas désertifier le territoire, un détachement juridictionnel dans des antennes autour de ce siège. Trois questions :

- **quelle est l'autorité qui décidera des lieux d'implantation de ces chambres ou annexes ?** Le pouvoir central ? Il semble plus à même de respecter l'égalité entre les citoyens dans leur accès (de proximité) à la justice, mais sa compétence entraînera inéluctablement d'incessantes négociations avec les potentats locaux. Le pouvoir local ? Mais lequel ? Le président du TPI ? Mais ce serait donner à un magistrat isolé un pouvoir considérable qui serait exercé différemment à Bordeaux, à Lille et à Lyon, etc. Où serait l'égalité entre les citoyens ? De plus, il faudrait lui confier ce pouvoir avant même la création des TPI pour que tout fonctionne au jour J ! Aux pouvoirs politiques locaux ? On imagine aisément les tiraillements, voire la démagogie pour refaire, au final, une carte judiciaire de grande dispersion, pour revenir sur les principaux acquis de la réforme du 15 février 2008<sup>29</sup>. La proposition de loi adoptée le 24 octobre dernier par le Sénat<sup>30</sup> prévoit dans un article 10<sup>31</sup> que « *le TPI peut comprendre des chambres détachées...* » et comme le même texte ajoute que leurs compétences minimales sont fixées par décret en Conseil d'État, on doit en déduire que c'est ce décret qui les crée.

- **Même question pour le contenu des contentieux confiés aux chambres détachées :** d'abord qui en décidera ? Mêmes questions et mêmes réponses que pour le cas précédent. Ensuite selon quel critère ? On n'imagine pas revenir au critère actuel de répartition des contentieux, dont on rappelle que le TGI a la part « A » et le TI la part « B », sinon à quoi bon réformer. Sachant que le détachement juridictionnel dans une antenne suppose, pour que le TPI reste, constitutionnellement parlant, une seule et unique juridiction<sup>32</sup>, que l'antenne connaisse de

tout ou partie du contentieux attribué au siège central<sup>(33)</sup>, quel intérêt y a-t-il à ventiler les contentieux selon le schéma « tout ou partie »<sup>34</sup> ? Si l'on applique cette règle, les futures chambres détachées risquent de retrouver, au nom de la proximité, les contentieux confiés actuellement aux TI, dont connaîtrait aussi le siège central. Quel bénéfice pour le justiciable par rapport à une simple réorganisation des compétences entre TGI et TI comme l'a fait la commission Guinchard ? Mieux vaut partir des flux à répartir que de vouloir d'abord bouleverser les structures. Et, bien évidemment, les pouvoirs politiques locaux auront tôt fait de demander la transformation des chambres détachées en juridictions de plein exercice, à l'image de la cour d'appel de la Guyane - ce qui, vu son éloignement de la Martinique et de sa cour d'appel, historiquement première dans cette région, peut se comprendre - et des centres universitaires devenus universités ! Pour avoir dirigé pendant plus de six ans, en tant que doyen de la faculté de droit de Lyon, le Centre universitaire de Bourg-en-Bresse qui lui est rattaché, je sais combien la pression des pouvoirs politiques locaux est forte pour obtenir la transformation de tels centres en universités de plein exercice. La proposition sénatoriale déjà évoquée et en cours de discussion au Parlement<sup>35</sup>, prévoit dans son article 10 un système à deux étages : les compétences matérielles minimales des chambres détachées sont fixées par décret en Conseil d'État et des compétences supplémentaires peuvent être attribuées à une chambre détachée, sur décision conjointe du premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve le siège du tribunal et du procureur général près cette cour, prise sur proposition du président du tribunal et du procureur de la République près ce tribunal.

- **Le statut des personnels :** les juges d'abord. Qui les affectera dans les chambres détachées et selon quelles garanties, alors qu'aujourd'hui les juges sont affectés à l'instance à partir d'une nomination dans un TGI, mais avec la garantie d'une affectation statutaire dans leur décret de nomination<sup>36</sup>. Sachant que l'affectation actuelle des juges « au service de l'instance » n'interdit pas l'exercice de fonctions juridictionnelles au TGI auquel ils sont rattachés<sup>37</sup>, qu'apporte alors le TPI en termes de plus-value de souplesse de gestion par rapport à l'existant ? Les greffiers ensuite : on irait vers la fusion des corps, ce qui est en soi une bonne chose, mais la négociation sera rude... ; premier pas avec le service d'accueil unique du justiciable dont la compétence s'étend au-delà du ressort de la juridiction dans laquelle il est implanté et qu'on ne peut qu'approuver.

29 V. D. n° 2008-145, 15 févr. 2008. - D. n° 2008-146, 15 févr. 2008.

30 Sénat, prop. de loi n° 338, 25 oct. 2017.

31 COJ, art. L. 212-7, créé par Sénat, prop. de loi TA n° 7, 25 oct. 2017, art. 10.

32 Tout autre critère de répartition reviendrait à créer un ordre de juridiction

à chaque fois qu'une « chambre détachée » se verrait attribuer un contentieux propre ; la juridiction n'est unique que si l'antenne a tout ou partie du contentieux du siège : règle respectée lors de l'institution du TPI de Nouméa en Nouvelle-Calédonie, suite à un avis du Conseil d'État non rendu public.

33 Ce qui est un tout autre schéma que celui connu aujourd'hui où TGI et TI ont chacun des contentieux que l'autre n'a pas. - V. l'argumentaire complet in *Rapp. préc. note 7*.

34 Sur tous ces aspects, N. Fricero, *La fusion des juridictions civiles du premier degré en question, colloque Toulouse, 22-23 nov. 2010, La spécialisation des juges : PU Toulouse 1/LGDJ éd., 2012, coll. IFR*.

35 Votée en 1<sup>ère</sup> lecture par le Sénat le 24 octobre 2017.

36 V. *Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958, art. 28*, non modifié sur ce point par L. org. n° 2016-1090, 8 août 2016.

37 V. COJ, art. R. 212-6, al. 4.

18 - Tout réunir dans un seul TPI suppose au préalable, non seulement d'apporter des réponses satisfaisantes aux questions « politiques » soulevées, mais aussi d'évaluer les coûts de ces mégasstructures par rapport aux gains espérés, la comparaison qui vient d'être évoquée avec le passage des anciennes facultés d'avant 1969 aux universités nées de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur de décembre 1968 pourrait servir de (contre)-référence.

## 6. Les propositions alternatives au TPI de la commission Guinchard

19 - Cette commission travailla dans la durée (six mois), dans la sérénité de ses réunions (les opinions dissidentes furent actées dans le rapport) et le silence des médias (à l'exception - et encore - de la question de la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel) et sut rendre un rapport dont, à ce jour, 80 % des propositions ont reçu une consécration législative ou réglementaire en matière civile, y compris par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, puisque nombre des propositions des commissions Marshall et Delmas-Guyon ont été reprises des travaux de la commission Guinchard<sup>38</sup> ; tout était dans les deux qualificatifs : l'ambition était « *raisonnée* » (= *raisonnable*) pour une justice « *apaisée* » (= pour qu'elle se retrouve dans la plupart des 65 propositions et leurs lignes de force, alors que le corps des magistrats avait été meurtri par la violence de la réforme de la carte judiciaire et par certains propos tenus par le gardien républicain de l'autorité qu'il était censé protéger<sup>39</sup>).

20 - Ladite commission n'a jamais été frontalement opposée à la création d'un TPI, d'autant plus (on l'oublie souvent) que la lettre de mission de la Ministre ne lui demandait ni de réformer la procédure civile, ni de revenir sur l'organisation judiciaire de première instance<sup>40</sup>, mais, plus modestement, de réfléchir à une amélioration et à la simplification de la répartition des contentieux entre TGI et TI. D'où la démarche pragmatique de la commission qui fixait la création du TPI comme un objectif à long terme, qui ne pourrait être envisagé et validé qu'après que d'autres mesures aient été mises en place.

21 - Pour l'essentiel, ces mesures étaient les suivantes :

- Revenir<sup>41</sup> à deux juridictions de première instance de « droit commun » au lieu de trois (hors juridictions spécialisées, même si l'expression peut paraître incongrue) en supprimant la juridiction de proximité - tout en maintenant les juges du même nom -, ce qui fut acquis dans son principe par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 et mis en œuvre au 1er juillet 2017 par celle précitée du 18 novembre 2016, après plusieurs reports<sup>42</sup> ;

38 Apaiser une justice troublée par une réforme « à la hache » de la carte judiciaire et des propos souvent déplacés tenus sur les juges par le gardien républicain de l'autorité judiciaire ; ne proposer que les réformes dont il était raisonnable de penser que le législateur les reprendrait rapidement à son compte.

39 La fameuse comparaison avec des « petits pois » se ressemblant tous a, pour le moins, été... mal digérée.

40 Sans doute pour ne pas rouvrir la boîte de Pandore de la réforme de la carte judiciaire actée en février 2008.

41 *Rapp. préc. note 7, prop. n° 1.*

42 Signe des résistances parlementaires et politiques à la suppression de ces

- renforcer les pouvoirs des présidents de TGI, par le jeu de diverses mesures ciblées, notamment au niveau de la répartition des tâches entre tous les juges de cette juridiction et développer une équipe autour des juges et des procureurs, idée reprise par les commissions de 2013 et qui trouve son prolongement dans le nouveau statut des magistrats à titre temporaire<sup>43</sup> et la création de postes de « juristes assistants » par la loi précitée du 18 novembre 2016<sup>44</sup> ;

- fédérer les moyens de gestion en procédant, progressivement, à des greffes communs à plusieurs juridictions, ce qui commence à se concrétiser avec le service d'accueil unique du justiciable créé par la loi précitée du 18 novembre 2016 et qui préfigure, dans son ambition, la création de guichets universels de greffe préconisée par la commission Guinchard<sup>45</sup>, puisque sa compétence s'étend au-delà de celle de la juridiction où il est implanté<sup>46</sup>. Ce sera l'occasion d'intégrer le développement considérable des moyens modernes de transmission et de communication numériques, que la même loi entend favoriser dans les relations des professions juridiques et judiciaires avec leur clientèle<sup>47</sup> et pour lesquels le chantier sur le numérique<sup>48</sup> lancé en octobre 2017 apporte des propositions nouvelles ;

- favoriser la concertation entre magistrats du même ressort, quelle que soit leur juridiction de rattachement. Sur ce point, le décret no 2010-1395 du 12 novembre 2010 a ouvert la voie avec l'instauration de magistrats coordonnateurs de l'activité en droit de la famille et des personnes au sein des TGI et des cours d'appel<sup>49</sup> ; le décret n° 2016-514 du 26 avril 2016 a suivi en instaurant des magistrats coordonnateurs des tribunaux d'instance d'un même ressort et des activités juridictionnelles dans le ressort d'une même cour d'appel ;

- fixer un critère clair de compétences respectives des TGI et des TI. Sous ce regard, la répartition des contentieux entre TGI et TI reposait sur la logique des blocs de compétence et l'idée qu'aux TGI revenait tous les contentieux complexes et/ou à forte incidence financière et aux TI, tous les contentieux à forte implication sociale et/ou à faible implication financière. On verra dans un instant que l'intégration des juridictions « sociales » dans les TGI au 1er janvier 2019, ne contredit pas ce schéma de répartition ; tout au contraire, il le conforte ;

- fusionner les tribunaux de police et des tribunaux correctionnels, les premiers devenant des chambres des seconds, ce que la loi précitée du 18 novembre a finalement réalisé, alors que le Gouvernement et le Parlement de 2011 avaient refusé de reprendre cette proposition dans la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011<sup>50</sup>. La commission avait estimé qu'en matière pénale, on était au cœur du régalié et donc que les scrupules à éloigner le justiciable de sa juridiction naturelle de proximité

juridictions et de leurs juges.

43 *L. org. n° 2016-1088, 8 août 2016 in Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958, art. 41-10 à 41-16.*

44 *in COJ, art. L. 123-4.*

45 *Rapp. préc. note 7, prop. no 24.*

46 *V. COJ, art. L. 123-3.*

47 *L. n° 2016-1547, art. 3-1.*

48 *J.-F. Beynel, et D. Casas, Chantiers de la justice. Transformation numérique : Ministère de la Justice, 2018 ; V. not. JCP G 2018, act. 133, Aperçu rapide B. Deffains et J.-B. Thierry.*

49 *Rapp. préc. note 7, prop. no 49, 50 et 52.*

50 Lors d'une rencontre du bureau de la commission avec le Président de la Commission des lois, ce dernier nous avait dit y être hostile. Il fut entendu et suivi.

ne valaient pas au même degré pour la procédure pénale et les contentieux civils.

## 7. « Agir vite et bien »

22 - « Agir vite et bien », selon un calendrier d'amélioration rapide du service public de la Justice, mais respectueux des attentes et des besoins des usagers, pourrait conduire à adopter le schéma de deux grandes juridictions de droit commun en première instance et d'un tribunal des affaires économiques.

### A. - Agir vite

23 - La question du calendrier législatif n'est pas anodine. Le 27 janvier dernier Mme la garde des Sceaux a indiqué, devant la Conférence des bâtonniers, que ce calendrier serait serré et qu'elle ne disposerait d'un créneau parlementaire qu'à la fin du printemps<sup>51</sup>. Ce qui suppose que ses projets de lois - et la création d'un TPI relève du champ législatif - soient présentés en avril au Conseil des ministres, donc une saisine du Conseil d'État le 15 mars !

24 - Pour sortir de ce carcan législatif, une autre voie est possible, celle d'agir par décret, ce que la proposition des commissions Guinchard et Raimbourg/Houillon permet de faire, puisque la fusion TGI/TI serait pour le moins différée, sans empêcher des améliorations immédiates, ni s'opposer, à moyen terme au mûrissement des esprits et à la pesée des obstacles politiques à la fusion des TGI/TI et à leur levée.

### B. - Agir bien

25 - Pour bien situer la proposition Raimbourg/Houillon dans le contexte politique actuel, il faut rappeler que la Ministre a toujours dit qu'il n'y aurait pas de suppressions de sites, notamment en octobre 2017 lors du lancement des chantiers de la Justice. Certes, dans une interprétation littérale, site ne signifie pas juridiction ; mais ce serait faire un procès d'intention à une Ministre qui vient de confirmer cette intention devant la Conférence des bâtonniers, en réaffirmant « pas de fermeture, mais de la proximité, de la spécialisation, un renforcement de la collégialité »<sup>52</sup>.

26 - La mise en œuvre de la proposition Raimbourg/Houillon, sans suppression de sites donnerait donc à la Chancellerie les moyens d'agir « vite et bien » en ce domaine.

27 - **Côté législatif.**- Il suffirait de respecter le calendrier d'intégration dans les TGI en tant que chambres sociales spécialisées, au 1er janvier 2019, des tribunaux des affaires sociales, des tribunaux de l'incapacité et des commissions départementales d'aide sociale (tout en conservant l'échevinage et le caractère

oral de la procédure dans les TGI) ; cette intégration, soulignons-le, ne contredit pas notre option pour le maintien de deux juridictions de « droit commun » en première instance, car elle correspond parfaitement à la clef de répartition des contentieux que nous avons présentée entre le TGI et le TI : le contentieux « social » (au sens large) est un contentieux à la fois hyperspécialisé et pour partie de technique non juridique quand il s'agit de connaître de l'incapacité ; il a donc une place naturelle au sein des TGI ;

- de respecter la date du 1er janvier 2022 « au plus tard » pour transférer aux tribunaux de commerce le contentieux relatif aux artisans, tel que cela a été prévu par la loi précitée du 18 novembre 2016<sup>53</sup>. Un décret suffit pour fixer cette date et en déterminer les modalités pratiques ;
- à moyen terme, il sera toujours possible d'aller plus loin sur le plan législatif et de transformer le tribunal de commerce<sup>54</sup> en tribunal des affaires économiques ;
- et de supprimer les tribunaux paritaires des baux ruraux pour les intégrer aux TI ou aux TGI, selon le degré de proximité que l'on souhaite.

En agissant ainsi, plutôt qu'en se lançant dans une fusion rapide et rude des TGI et des TI, le législateur ferait œuvre utile.

28 - **Côté réglementaire.** - Le TI aurait ainsi vocation à demeurer l'autre tribunal de première instance de « droit commun », à égalité avec le TGI. La clef de répartition de leurs blocs respectifs de compétence pourrait être basée sur le schéma, déjà indiqué, des blocs de compétence (A pour le TGI et B pour le TI), sans démembrement juridictionnel. On vient de préciser que l'intégration des contentieux dits « sociaux » au sein des TGI s'insère naturellement dans ce schéma.

29 - C'est la clef retenue en 2008 - que nous venons de rappeler -, actée par la loi précitée du 13 décembre 2011 et actualisée en janvier 2018 par le chantier sur l'adaptation du réseau des juridictions. S'inspirant des préconisations du rapport de la commission Guinchard, jusqu'à en reprendre l'expression-phare de son intitulé (« l'ambition raisonnée »)<sup>55</sup>, on lit, pour l'essentiel<sup>56</sup> :

- « qu'aucune juridiction ne sera fermée, ce qui permettra le maintien d'une justice de proximité » ; cela confirme les propos de la Ministre tenus le 27 janvier 2018 ;
- « instauration, aux lieu et place des TI et TGI, de tribunaux de proximité et de tribunaux judiciaires en fonction des caractéristiques des territoires et des volumes et types de contentieux » ; il s'agit donc bien de maintenir le dualisme des juridictions de 1ère instance, avec, en principe, un seul tribunal

53 L. n° 2016-1547, art. 95-I, 1° et 114-VIII.

54 Dans son organisation institutionnelle actuelle, c'est-à-dire dans sa composition et son fonctionnement autonome de toute autre juridiction.

55 Néanmoins sans le citer.

56 Dans le rapport rendu le 15 janvier 2018, sur le site du ministère.

51 O. Dufour : *Gaz. Pal.* 30 janv. 2018, n° 4, p. 5, V° Actualité.

52 *Idem*.

judiciaire par département, mais entouré d'un ou plusieurs tribunaux de proximité ;  
- la mesure est confirmée par une « nouvelle répartition des contentieux, civils et pénaux, entre les tribunaux de proximité et les tribunaux judiciaires », les premiers traitant « des contentieux du quotidien, selon une procédure simple et, en matière civile, sans représentation obligatoire par avocat »,

les seconds connaissant « des contentieux spécialisés, complexes et, en matière civile, avec représentation obligatoire par avocat ». C'est exactement le clivage de la commission Guinchard : aux TI, les contentieux à forte implication sociale ou à faible incidence financière ; aux TGI, les contentieux à forte complexité de spécialisation ou à fort enjeu financier. ■



2<sup>e</sup> Table ronde, de G à D : Thomas Clay, Muriel Cadiou, Cécile Chainais, Xavier Lagarde, Corinne Bléry, Nicolas Cayrol

2<sup>E</sup> TABLE RONDE : L'ÉLABORATION DE LA DÉCISION - COMPÉTENCE ET INSTANCE

# 9 Augmenter le taux de ressort ?



**Isabelle Després,**

directeur du parcours franco-allemand, université de Nantes

1 - La proposition 9 du rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile<sup>1</sup> consiste à « porter à 5 000 euros le taux de ressort ». À ce sujet, le rapport explique que « la question du taux de dernier ressort et notamment de son augmentation à 10 000 euros à l'instar du taux en vigueur devant la juridiction administrative, doit être examinée dans un cadre plus global de sorte que la fermeture de l'accès au juge d'appel n'aboutisse pas à encombrer le rôle de la Cour de cassation de dossiers dont un nouvel examen ne relèverait pas de l'office d'une cour suprême », d'où la suggestion, « dans un premier temps », de porter le taux de ressort « à 5 000 euros, niveau conforme aux exigences du droit européen, permettant de disposer d'un même critère pour le dernier ressort, la procédure des petits litiges et l'obligation d'être assisté par un avocat »<sup>2</sup>. Ainsi, il apparaît que la modification d'un point plutôt anecdotique dans le contexte de la réforme peut susciter des réflexions plus amples. La proposition 9 donne donc l'occasion de se pencher sur la notion même de taux de ressort et de s'intéresser de plus près aux buts poursuivis lors de la fixation ou du rehaussement d'un tel taux, ainsi qu'aux conséquences prévisibles d'éventuelles évolutions.

2 - Comme sur d'autres sujets<sup>3</sup>, il nous semble que le droit allemand peut constituer une source d'inspiration pour guider les choix à effectuer dans le cadre du chantier en cours. Certes, les micro-comparaisons sont délicates à opérer car les solutions ponctuelles s'insèrent dans des systèmes qui ont une logique d'ensemble qu'on ne saurait négliger. Il n'en demeure pas moins qu'à nos yeux, la perception *a priori* du justiciable n'est pas que « le droit allemand [soit] plus restrictif que le droit français en matière d'ouverture des voies de recours », parce qu'il n'existe

« pas de droit général à une instance d'appel en matière civile »<sup>4</sup>, mais plutôt que ce droit apparaît plus accueillant quant à cette voie de recours ordinaire, en particulier sur la question du taux de ressort. En effet, le § 511 du Code de procédure civile allemand (*Zivilprozessordnung*, ZPO) - relatif à l'admissibilité de l'appel (contre les jugements de première instance rendus sur le fond) - prévoit que l'appel est recevable soit lorsque la différence entre la somme allouée en première instance et l'objet de la demande en appel excède 600 euros, soit lorsque la juridiction de première instance a autorisé l'appel dans son jugement. **Plusieurs remarques viennent à l'esprit en procédant à la confrontation des solutions qui s'appliquent de part et d'autre du Rhin.** Elles sont articulées autour des quatre points.

3 - **En premier lieu, la valeur brute qui sert de référence en Allemagne<sup>5</sup> reste faible.** En termes d'image<sup>6</sup>, ce n'est pas anodin. Sans doute la barre psychologique des 10 000 euros a-t-elle déjà été atteinte, en France, dans le contentieux administratif<sup>7</sup> mais l'extension de ce seuil conséquent à la matière civile laisse sceptique.

4 - **En deuxième lieu, en Allemagne, l'assiette de calcul du taux de ressort est conçue en adéquation étroite avec la situation concrète de l'appelant.** Par exemple<sup>8</sup>, si la somme réclamée par le demandeur s'élève à 2 000 euros et que la juridiction de première instance condamne l'adversaire à hauteur de 500 euros, le critère des 600 euros est satisfait du moment que le demandeur maintient en appel une prétention minimale de 601 euros. En revanche, si la condamnation se monte à 1500 euros, le grief causé au plaideur qui n'a pas obtenu le plein de sa demande ini-

1 F. Agostini et N. Molfessis, *Chantiers de justice, Amélioration et simplification de la procédure civile : Ministère de la Justice*, p. 10. - V. aussi JCP G 2018, act. 237, *Aperçu rapide J. Théron*.

2 *Rapp. préc. note 1*, p. 16. *Addé*, p. 29. En outre, il est indiqué (p. 26) que, « dans la perspective de la simplification par l'harmonisation des seuils, [il convient de] porter à 5 000 euros le seuil en deçà duquel la tentative de conciliation préalable est obligatoire, à peine d'irrecevabilité de toute saisine d'une juridiction. À cet effet, l'article 4 de la loi du 16 [18] novembre 2016 [relative à la modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle] doit être modifié ». Enfin, la proposition 15 (p. 11) a pour objet de « maintenir la procédure orale en dessous de 5 000 euros ».

3 *Rapp. préc. note 1*, p. 33.

4 F. Ferrand, in *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès : Dalloz, coll. Précis*, 9<sup>e</sup> éd. 2017, n° 324, p. 798.

5 Quand bien même il serait question de la porter à 1 000 euros. - V. F. Ferrand, *préc. note 3*.

6 Et alors qu'il s'agit de renforcer « la confiance du citoyen dans la justice civile ». - V. *Rapp. préc. note 1*, p. 8.

7 Le décret - n° 2003-543 du 24 juin 2003 relatif aux cours administratives d'appel et modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative - ayant posé des limites au principe (« Toute partie présente dans une instance devant le tribunal administratif ou qui y a été régulièrement appelée, alors même qu'elle n'aurait produit aucune défense, peut interjeter appel contre toute décision juridictionnelle rendue dans cette instance ») de l'article R. 811-1 en introduisant la possibilité pour le tribunal administratif de statuer en premier et dernier ressort, entre autres dans les litiges énumérés au 8°, c'est-à-dire « Sauf en matière de contrat de la commande publique sur toute action indemnitaire ne relevant pas des dispositions précédentes, lorsque le montant des indemnités demandées est inférieur au montant déterminé par les articles R. 222-14 [fixation du seuil à 10 000 euros] et R. 222-15 [paramètres à prendre en considération pour savoir si le seuil est atteint] »).

8 V. H.-J. Musielak et W. Voit, *Grundkurs ZPO : C. H. Beck, Munich*, 2016, 13<sup>e</sup> éd., n° 922, p. 330.

tiale est inférieur à 600 euros - en l'espèce, il est de 500 euros - et ne justifie pas pour lui l'exercice d'une voie de recours. Le déplacement du critère d'appréciation du taux de ressort de la valeur en litige au préjudice subi paraît pertinent car il fait ressortir qu'en appel, l'intérêt est à la mesure de la succombance et qu'un intérêt qualifié économiquement peut s'imposer pour accéder à une juridiction hiérarchiquement supérieure, sans oublier que cette approche légèrement différente permet au requérant de mettre clairement en balance le coût prévisible de la procédure avec le gain escompté de la contestation. La référence au contenu de la décision - à la place du montant de la demande en première instance - présente aussi l'avantage d'être en accord avec la conception actuelle, qui voit dans l'appel un contrôle du jugement plus qu'un réexamen de l'affaire, comme en atteste la réécriture de l'article 542 du Code de procédure civile par le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017<sup>9</sup>.

**5 - En troisième lieu, dans l'hypothèse où le seuil des 600 euros n'est pas atteint, la juridiction de première instance autorise pourtant l'appel dans les cas énumérés par le §511 ZPO,** à savoir : s'il s'agit d'une affaire qui revêt une importance de principe ou bien si, pour l'évolution du droit ou la préservation de l'unité de la jurisprudence, l'intervention de la juridiction d'appel s'impose. Il existe donc une soupape de sécurité<sup>10</sup> dont le maniement est encadré<sup>11</sup>. Comme les cas prévus pour accéder à la cour d'appel sont identiques à ceux énoncés par le § 543 ZPO pour accéder à la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*), les interprétations retenues par les magistrats sont transposables *mutatis mutandis* d'un recours à l'autre. La question de la gestion des vases communicants<sup>12</sup> ne se pose toutefois pas en Allemagne car la prohibition de l'appel - lorsqu'elle se réalise - sonne le glas du pourvoi en révision. Dans le système français cependant, la crainte exprimée dans le rapport de provoquer un afflux vers la Cour de cassation en cas de relèvement du taux de ressort ne paraît pas infondée. Une connaissance statistique précise du pourcentage d'affaires dont la valeur en litige est comprise respectivement entre 4 000, 5000 et 10 000 euros et portées devant les cours d'appel permettrait de mieux évaluer la situation avant de choisir ou non de déplacer le curseur, en fonction de l'utilité et des risques de la manœuvre.

**6 - En quatrième lieu, il convient d'apprécier l'argument tiré de la recherche d'une harmonie entre critères.** En ce qui concerne les petits litiges, le rapport observe<sup>13</sup> que le règlement *small claims* révisé<sup>14</sup> a porté de 2 000 à 5 000 euros le montant maxi-

mal des demandes pour lesquelles il peut trouver à s'appliquer. D'après la Commission<sup>15</sup>, cette élévation du plafond initial est liée à la volonté de permettre que « le potentiel de la procédure [...] soit pleinement exploité au profit des consommateurs et des entreprises, notamment des petites et moyennes entreprises (PME) ». Mais il ne faut pas perdre de vue que le domaine d'application du règlement européen se limite aux litiges transfrontaliers<sup>16</sup>. Or, il est parfaitement compréhensible de fixer, dans ce domaine, un plafond supérieur à celui applicable dans les litiges purement internes. En Allemagne, la notion de *Bagatellverfahren* recouvre une valeur en litige jusqu'à 600 euros<sup>17</sup>. La possibilité offerte par le § 495 a ZPO de suivre pour ces menues affaires une procédure équitable à la discrétion du juge est utilisée dans 7,6 % des cas<sup>18</sup>. Quant au seuil retenu par le législateur fédéral pour la mise en place optionnelle<sup>19</sup> - depuis le 1er janvier 2000 - par les États fédérés de la conciliation préalable obligatoire, il est de 750 euros<sup>20</sup>. S'agissant de l'obligation prévue par le § 78 ZPO d'être assisté par un avocat (*Anwaltszwang*), elle ne s'applique pas - hors affaires de couple et de famille - devant le *Amtsgericht* qui connaît des litiges en matière patrimoniale jusqu'à la valeur de 5 000 euros<sup>21</sup>. On peut donc se demander, en France, à quel prix on veut acquérir la cohérence qui fait défaut en Allemagne.

**7 - En conclusion.** - Étant donné qu'une augmentation du taux de ressort traduit au niveau de la cour d'appel un renforcement de l'adage *De minimis non curat praetor*, il est bon de se remémorer que « L'adage traditionnel n'était pas seul. Il avait un pendant, maintenant rongé par l'oubli [...] : *De minimis curare debemus* » et que « Ce qui était mis en balance avec l'élément de rationalité que le *non curat praetor* avait cherché à introduire dans l'organisation judiciaire, c'était une sensibilité, une attention portée aux petites choses, et par-delà une tendresse pour les petites gens »<sup>22</sup>. Pour finir, Carbonnier observait que « Si l'actualité laissait aux juges le loisir d'une réflexion archéologique sur leur état, ils prendraient conscience de la tension qui secrètement les habite entre deux archétypes, les deux archétypes *de minimis*, n'avoir cure et avoir cure »<sup>23</sup>. Le droit est toujours question de mesure. ■

16 décembre 2015 a modifié le règlement (CE) du Parlement européen et du Conseil n° 861/2007 du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges. Il est entré en application le 14 juillet 2017.

15 V. PE et Cons UE, règl. n° 2015/2421 préc. note 14, cons. 2.

16 Règl., art. 3 : « [...] un litige transfrontalier est un litige dans lequel au moins une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de la juridiction saisie [...] ».

17 Ce qui représente environ le tiers des affaires (chiffre cité par D. Eckardt, *Zur Sachabweisung a limine litis im amtsgerichtlichen Bagatellverfahren*, in *Trierer Festschrift für Walter F. Lindacher zum 80. Geburtstag*, W. Hau et H. Schmidt (dir.) : C. H. Beck, Munich, 2017, p. 75) qui relèvent de la compétence des *Amtsgerichte*, équivalents des tribunaux d'instance français.

18 84 731 procédures de ce type sur 1 107 215 selon les statistiques fédérales du 16 novembre 2015 concernant l'activité en 2014 (cité par D. Eckardt, préc. note 17, spéc. la note 3).

19 Tous les *Länder* n'ont pas fait usage de l'habilitation fédérale (environ la moitié).

20 § 15 a EGZPO - *Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung*, Loi d'application du Code de procédure civile allemand.

21 § 23 GVG - *Gerichtsverfassungsgesetz*, Code de l'organisation judiciaire allemand.

22 J. Carbonnier, *Flexible droit* : LGDJ, 2001, 10<sup>e</sup> éd., p. 80.

23 J. Carbonnier, préc. note 22, p. 82.

9 « L'appel tend, par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel ».

10 En outre, à la suite d'une décision de la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*) ayant exigé qu'en l'absence de recours ordinaire, la partie victime d'une violation de son droit d'être entendue (art. 103 GG - *Grundgesetz*, Loi fondamentale / Constitution allemande) puisse former un recours spécifique avant, le cas échéant, de déposer une requête constitutionnelle (*Verfassungsbeschwerde*), le législateur a inséré un tel recours spécifique (*Anhörungsritze*), porté devant le juge *a quo*, dans le § 321 a ZPO. - V. F. Ferrand, préc. note 4, n° 324, p. 799.

11 La juridiction d'appel est tenue par l'appréciation portée par la juridiction de première instance qui elle-même est tenue d'autoriser l'appel lorsqu'elle se trouve dans une des hypothèses prévues par la loi.

12 Sauf avec la Cour constitutionnelle fédérale (V. note 10).

13 *Rapp. préc. note 1*, p. 16, note 32.

14 Le règlement (UE) n° 2015/2421 du Parlement européen et du Conseil du

2<sup>E</sup> TABLE RONDE : L'ÉLABORATION DE LA DÉCISION - COMPÉTENCE ET INSTANCE

# 10 Observations sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile



**Nicolas Cayrol,**

professeur à l'université de Tours, directeur de l'IEJ François-Grua

## 1. Généraliser l'obligation préalable de recourir à un mode amiable de règlement des différends ?

1 - **Séduction des préalables de conciliation.** - Le rapport « Amélioration et simplification de la procédure civile » estime « séduisante l'instauration de l'obligation préalable de recourir à un mode amiable de règlement des litiges avant toute saisine du juge civil »<sup>1</sup>. La séduction qu'exerce cette proposition procède de l'idée que le recours au juge ne devrait être qu'un *dernier* recours, lorsqu'un règlement volontaire est impossible.

Cette idée, qui n'est pas nouvelle<sup>2</sup>, apparaît dans différents textes de droit positif. Par exemple, en matière de baux d'habitation, la loi du 6 juillet 1989 impose que les contestations relatives à la révision du montant du loyer soient soumises à une commission départementale de conciliation avant toute saisine du juge. La loi précise même que « *la fin de non-recevoir tirée de l'absence de saisine préalable de la commission départementale de conciliation peut être soulevée d'office par le juge* »<sup>3</sup>.

2 - **Réserves et ambiguïtés.** - Pourtant, en dépit de la séduction qu'elle exerce, en dépit de son honorable ancienneté et de son actualité, la généralisation du préalable obligatoire de conciliation suscite des réserves, réserves dont le rapport fait état et qu'il adopte : « la généralisation d'une obligation préalable de recou-

rir à un mode amiable à peine d'irrecevabilité de la demande est prématurée »<sup>4</sup>.

Ces réserves étaient déjà perceptibles dans l'ambiguïté des réformes récentes de la procédure civile. En 2015, le législateur a prescrit de mentionner dans l'assignation les démarches entreprises en vue d'un règlement volontaire, mais il l'a fait sans prévoir de sanction<sup>5</sup>. En 2016, il a posé en règle que la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe devait, à peine d'irrecevabilité, être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice. Mais il a laissé ouverte la saisine directe du tribunal d'instance par voie d'assignation<sup>6</sup>.

3 - **Contradiction indépassable.** - Pourquoi ces demi-mesures ? Qu'est-ce qui retient le législateur de franchir le pas ? Le rapport laisse entendre que la société n'est pas encore prête, que le problème est d'ordre culturel. C'est possible, au moins dans une certaine mesure.

Mais le problème n'est pas seulement culturel. Il est aussi et surtout intellectuel. Les demi-mesures sont la conséquence nécessaire de ce que, fondamentalement, un règlement amiable ne se commande pas. On peut le dire comme on veut, parler de la carpe et du lapin, de l'huile et du vinaigre, il y a quelque chose de monstrueux à vouloir unir l'amiable et l'obligatoire. Cette contradiction entre l'amiable et l'obligatoire est indépassable. C'est cette contradiction indépassable qui entache les préalables obligatoires de conciliation d'un vice originel.

Pour autant, faut-il désespérer des préalables de conciliation ? Pas nécessairement. Mais il faut alors renoncer à raisonner en termes d'obligation.

4 - **La charge de la tentative de conciliation préalable.** - En droit, il n'y a pas que les obligations pour conduire les gens. À côté des obligations, il existe une autre technique, que d'ailleurs les processualistes connaissent bien : il s'agit de la *charge*<sup>7</sup>. Selon le « Vocabulaire » Cornu, une charge est une « nécessité » imposée par la loi ou par le contrat au plaideur dans la mise en œuvre de ses prétentions ; la charge « se distingue de l'obligation en ce que son non-accomplissement constitue, non un fait illicite, mais un fait dommageable que sa propre carence inflige, comme une sorte d'auto sanction, à celui qui ne l'assume pas ». L'usage est

1 N. Molfessis, F. Agostini, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile* : Ministère de la Justice, 2018, p. 25. - V. not. JCP G 2018, act. 237, *Aperçu rapide* J. Théron.

2 Voici, par exemple, ce que l'on peut lire dans la loi des 16 et 24 août 1790 : « *Aucune action principale ne sera reçue au civil devant les juges de district, entre parties qui seront toutes domiciliées dans le ressort du même juge de paix, soit à la ville, soit à la campagne, si le demandeur n'a pas donné en tête de son exploit copie du certificat du bureau de paix, constatant que sa partie a été inutilement appelée à ce bureau, ou qu'il a employé sans fruit sa médiation* » (L. 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, Titre X, art. 2).

3 L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 17.

4 *Rapp. préc. note 1*, p. 25.

5 D. n° 2015-282, 11 mars 2015, art. 18 réformant CPC, art. 56.

6 L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, art. 4.

7 En Suisse, on parle plus volontiers d'*incombance*. Il ne semble pas y avoir de différence entre les deux notions.

de parler à cet égard de déchéance. Qui néglige une charge qui lui incombe, parce qu'il ne peut se prévaloir d'aucune dispense, s'expose à une déchéance.

Instituer des préalables de conciliation implique de les repenser, non plus en termes d'obligation (dont le manquement serait constitutif d'une faute), mais en termes de charge.

Jeu de mots ? Non, car raisonner en termes de charge implique de préciser les corollaires de cette qualification et donc de définir les « dispenses » de préalable de conciliation et les « déchéances » qu'implique une négligence.

**5 - Les dispenses de conciliation préalable.** - De manière peut-être un peu paradoxale, le succès des préalables de conciliation implique d'abord, à notre avis, une compréhension beaucoup plus claire et précise des situations où une conciliation préalable ne mérite pas d'être tentée. C'est la question des dispenses législatives de conciliation préalable.

Car il y a de très légitimes raisons de ne pas procéder à une tentative de conciliation préalable. Le texte de 2016 évoqué précédemment, celui qui impose le préalable de conciliation devant le tribunal d'instance, y fait d'ailleurs expressément référence, et c'est certainement la partie la plus intéressante de cet article. Selon ce texte, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, « sauf

1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ;

2° Si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ;

3° Si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime »<sup>8</sup>.

Ce texte ouvre une intéressante voie de réflexion, même si l'on ne peut trouver décevante la liste des dispenses qu'il dresse. Le premier *item* enfonce une porte ouverte ; le deuxième appelle des précisions ; quant au troisième, il est franchement vague et fait figure de clause générale.

Il faudrait approfondir les bonnes raisons de ne pas y procéder à une tentative de conciliation préalable, afin d'éviter les complications, les frustrations et les retards inutiles, et afin de justifier le risque d'une telle tentative<sup>9</sup>.

Il faudrait pour cela s'appuyer sur la (beaucoup trop) riche expérience du contentieux des clauses de conciliation préalable (contentieux paradoxal si on y pense, car contentieux de la concorde imposée, et dont l'ampleur déraisonnable devrait faire réfléchir). À coup sûr, on trouvera plus d'un motif de dispense en analysant la jurisprudence relative aux clauses de conciliation préalable. Il est probable qu'une telle recherche révélera, à côté de quelques motifs généraux de dispenses, des motifs spécifiques à certains types de contentieux, ou à certaines catégories de plaideurs.

**6 - Les déchéances encourues en cas de négligence.** - En admettant qu'un plaideur avait bien la charge de procéder à une tentative de conciliation préalable et qu'il a négligé de le faire, quelle déchéance encourent-ils ?

<sup>8</sup> L. n° 2016-1547, préc. note 6.

<sup>9</sup> V. déjà S. Guinard, A. Varinard, T. Debard, *Institutions juridictionnelles* : Dalloz, coll. Précis, 14<sup>e</sup> éd. 2017, n° 47.

Dira-t-on que la déchéance doit nécessairement être l'irrecevabilité de ses prétentions, alors que celles-ci auraient autrement été recevables ? C'est l'opinion dominante, mais cette opinion se heurte depuis longtemps à des objections<sup>10</sup>. L'irrecevabilité peut en effet apparaître inutilement brutale, surtout si cette irrecevabilité peut être opposée en tout état de cause, alors que la négligence ne peut pas être couverte.

La difficulté à identifier le contenu de la déchéance encourue vient certainement encore d'un défaut d'approfondissement du problème. En réalité, si l'on peine à répondre, c'est probablement que la déchéance encourue ne doit pas être toujours la même. Le contentieux de la révision des loyers n'est pas celui des litiges du travail, qui n'est pas celui des litiges de la consommation ou de la construction... d'un contentieux à l'autre, la charge de la conciliation préalable n'aura pas nécessairement le même sens, et n'appellera pas nécessairement la même sanction<sup>11</sup>.

Le Rapport note que le problème du recours aux modes alternatifs de règlement des différends revêt « une dimension culturelle »<sup>12</sup>. On partage cette observation. Le rapport en tire comme conséquence qu'il faut faire évoluer les mentalités en favorisant une culture générale de la conciliation<sup>13</sup>. Mais selon nous, la première conséquence concrète à en tirer consisterait plutôt à adapter les déchéances encourues à la diversité sociologique des litiges, laquelle correspond à diverses cultures de traitement des différends, ainsi qu'à l'existence d'institutions particulières susceptibles de favoriser ici ou là un règlement amiable.

En définitive, qu'il s'agisse des dispenses ou des déchéances, les préalables de conciliation paraissent relever de droits spéciaux.

## 2. Simplifier la gestion des fins de non-recevoir et des exceptions de nullité ?

7 - Le rapport « Amélioration et simplification de la procédure civile » propose, afin d'en faciliter la gestion, d'unifier les fins de non-recevoir à l'action et les exceptions de nullité pour vice de fond affectant la représentation des parties *ad litem* ou *ad agendum*<sup>14</sup>. « En effet, est-il écrit, si en théorie les concepts sont clairement différenciés - la nullité de fond affectant la représentation des parties *ad litem* ou *ad agendum* quand la fin de non-recevoir atteint leur droit d'action en justice -, leur application

<sup>10</sup> V. X. Lagarde : RDC 2003, n° 1, p. 189. - P. Théry : RTD civ. 2015, p. 187.

<sup>11</sup> Supposition que conforte la comparaison avec les déchéances encourues en cas de manquement à la charge d'une mise en demeure préalable. Selon les cas, la négligence de la charge de la mise en demeure préalable n'emporte pas les mêmes conséquences. V. N. Cayrol, *Charge de la mise en demeure* : JCl. Voies d'exécution, fasc. 224, 2016.

<sup>12</sup> Rapp. préc. note 1, p. 25.

<sup>13</sup> Vient alors une série de propositions « d'incitations et mesures procédurales » de nature à favoriser cette évolution souhaitée des mentalités. Le demandeur pourrait se voir contraint de rencontrer un médiateur ou un conciliateur, à peine de caducité de la demande ou à peine de déchéance d'une partie des dépens auxquels il aurait pu prétendre dans l'hypothèse où ses prétentions triompheraient. Autre proposition : le demandeur, au lieu d'obtenir un jugement sur le fond de ses prétentions, pourrait n'obtenir qu'un demi-jugement : un jugement de principe, mais à charge pour lui de négocier les conséquences à en tirer. On voit bien les frustrations et les incompréhensions que cela peut provoquer ; on voit mal le progrès des mentalités. On note surtout que, dans le but incertain de faire évoluer des mentalités, des mécanismes procéduraux sont détournés de leur fonction. Cela s'appelle du bricolage.

<sup>14</sup> Rapp. préc. note 1, p. 22.

en pratique révèle que la distinction entre les deux reste parfois trouble ».

L'argument ne convainc pas. Simplifier ne consiste pas à nier la distinction des problèmes. C'est le contraire qui est vrai. En droit, un problème bien posé est un problème à moitié résolu. Simplifier la résolution des problèmes, c'est d'abord bien les poser, et on ne peut les poser convenablement qu'en distinguant les concepts. Ce n'est certes pas toujours évident, mais la réalité est comme ça : pagailleuse et rebelle aux qualifications.

Qui ne distingue pas confond. Ce n'est pas en confondant les problèmes de représentation des parties et les problèmes de recevabilité des prétentions qu'ils seront plus simples à résoudre. Une rapide consultation des anciens grimoires de procédure - au temps où représentation, capacité et qualité à agir étaient confondus -, suffit pour s'en convaincre.

En matière de moyens de défense, simplifier la tâche des plaideurs et de leurs conseils consisterait plutôt à lever certaines confusions trop fréquentes en posant ici et là quelques distinctions claires. Si le système des moyens de défense du Code de procédure civile paraît quelquefois trouble, ce n'est pas qu'il est trop complexe, c'est qu'il est trop simple à certains égards<sup>15</sup>.

### 3. Généraliser à toutes les procédures « la possibilité pour le juge de rendre une ordonnance de clôture » ?

8 - Dans le rapport « Amélioration et simplification de la procédure civile », on lit que « la rationalisation de la procédure orale pourrait également être poursuivie en généralisant la possibilité pour le juge de rendre une ordonnance de clôture. Cela est désormais possible en matière prud'homale »<sup>16</sup>.

On ne comprend pas cette proposition. Il est vrai que l'on n'a pas compris non plus l'introduction d'une ordonnance de clôture en matière prud'homale.

9 - **La mise en état à l'audience.** - L'incompréhension vient de ce que, en procédure orale, l'affaire est mise en état d'être jugée à l'audience ; c'est à l'audience que les parties instruisent oralement le juge de l'objet du litige, des moyens de fait et de droit sur lesquels elles fondent leurs prétentions et des éléments de preuve qu'elles produisent.

À l'audience, les parties plaident leur cause en instruisant le juge. Lorsque les parties ont fini d'instruire le juge, l'affaire a donc été plaidée et elle est en état d'être jugée. Dans ces conditions, la clôture de la mise en état correspond également à la clôture des débats. Dans les procédures orales, la clôture de la mise en état, c'est donc la mise en délibéré. Dans ce système, donner au juge la possibilité de rendre une ordonnance de clôture n'a pas de sens.

10 - **La mise en état avant l'audience.** - Le système des procédures écrites est différent. Dans une procédure écrite, le juge est

instruit de l'objet et de la cause du litige *avant l'audience*. Dans ce type d'instance, l'audience est uniquement dédiée aux seules plaidoiries, à l'occasion desquelles le juge n'entend parler, en principe, que de ce dont il a déjà été préalablement instruit par écrit. Voilà pourquoi l'ordonnance de clôture est une décision spécifique aux procédures écrites : l'ordonnance de clôture est l'acte par lequel le juge constate que les parties ont fixé l'objet du litige par leurs prétentions respectives, qu'elles se sont échangées leurs moyens de fait et de droit et qu'elles ont produit leurs éléments de preuve. Fort de ce constat, le juge renvoie l'affaire à l'audience afin qu'elle y soit plaidée, puisqu'il n'y a plus que cela à faire<sup>17</sup>.

Précisons que, dans les procédures devant le TGI et devant la cour d'appel, l'ordonnance de clôture n'est pas seulement le constat que les parties ont fini de s'échanger leurs écritures et que l'instruction de la juridiction est achevée. Comme l'écrivent Cornu et Foyer, « l'ordonnance ne signifie pas seulement « il n'y a plus à instruire », mais « il est interdit d'instruire » »<sup>18</sup>. D'un point de vue technique, cela signifie que « après l'ordonnance de clôture, aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite aux débats, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office »<sup>19</sup>. L'ordonnance de clôture apparaît donc comme une mesure de police des débats lors de l'audience des plaidoiries.

Cela confère à l'instance dans les procédures écrites une structure originale. Alors que l'instance, dans les procédures orales, est parfaitement unitaire, en ce sens qu'elle est totalement dédiée du début à la fin à l'instruction, l'instance devant le TGI ou la cour d'appel se décompose en deux phases nettement distinctes : une phase préparatoire d'instruction, écrite, devant le juge ou le conseiller de la mise en état, et une phase décisive, orale, devant le tribunal. Ce système n'a pas toujours existé. Dans notre droit, il n'a été introduit qu'en 1965, initialement d'ailleurs à titre expérimental, devant seulement la moitié des TGI<sup>20</sup>.

11 - **Éviter les renvois d'audience.** - D'où vient alors l'idée de greffer une ordonnance de clôture dans les procédures orales, alors que cette technique est étrangère à la logique d'une mise en état à l'audience ?

Il semble que le but de cette proposition du rapport soit d'éviter les renvois à une audience ultérieure qu'implique le respect du principe de la contradiction dans les cas où un plaideur présente à l'audience une demande ou une défense nouvelle. Généraliser l'ordonnance de clôture aux procédures orales, c'est éviter les renvois en donnant au juge le moyen d'interdire aux parties de modifier à l'audience la matière du litige. C'était du reste déjà la justification de l'instauration de l'ordonnance de clôture dans la

15 V. N. Cayrol, *Les moyens de défense. Le titre V du livre I du Code de procédure civile* in I. Pétel-Teyssié et C. Puigelier (dir.), *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile : Panthéon-Assas Paris II, Hors coll.*, 1975-2015, p. 255.

16 *Rapp. préc. note 1*, p. 20.

17 L'usage est de parler de « renvoi » parce que l'affaire est en principe déjà venue une fois à l'audience : l'audience d'orientation au cours de laquelle le président du tribunal a estimé que l'affaire n'était pas en état d'être jugée, et qu'il convenait par conséquent de la confier à un juge de la mise en état pour une instruction écrite (le circuit long). La pratique est un peu différente, puisque les affaires sont fréquemment confiées d'emblée à un juge de la mise en état sans que cette décision ait été formellement précédée d'une audience.

18 G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile* : PUF, coll. *Thémis*, 1996, 3<sup>e</sup> éd., p. 690.

19 *CPC*, art. 783.

20 *V. Rép. pr. civ. Dalloz*, *V° Procédure devant le tribunal de grande instance*, 2017, n° 18 s, N. Cayrol.

procédure devant le TGI : il s'agissait d'éviter ce que l'on appelait à l'époque les « audiences blanches »<sup>21</sup>.

**12 - Atteinte au principe de la contradiction.** - Mais la greffe de l'ordonnance de clôture dans les procédures orales suscite le rejet. Il faut avoir bien conscience qu'ordonner la clôture de mise en état avant la fin de l'audience, c'est interdire aux parties ou à l'une d'elles de soumettre ses prétentions et ses moyens, ou c'est lui interdire de porter la contradiction aux prétentions et aux moyens de son adversaire. Greffer l'ordonnance de clôture dans les procédures orales, alors que la mise en état a lieu à l'audience, c'est nécessairement porter atteinte au principe de la contradiction.

Dans les procédures écrites, la situation est différente parce que le respect de la contradiction y a été organisée de manière spécifique : l'échange des conclusions et la communication des pièces fait l'objet d'un formalisme sophistiqué et se déroule sous la responsabilité du juge qui veille à ce que tous les éléments aient été produits en temps utile (ce qui du reste ne va pas sans poser parfois des problèmes).

Au regard du respect du principe de la contradiction, il est impossible de confondre le système d'une instance avec mise en état à l'audience, et celui d'une instance avec mise en état préalable.

Certes, le rapport insiste beaucoup sur le fait qu'aujourd'hui, l'opposition entre mise en état écrite et mise en état orale n'est plus aussi tranchée qu'autrefois parce que les écrits sont désormais plus largement admis dans le cadre des procédures orales. L'observation est exacte. Depuis le décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 en particulier, le statut de l'écrit dans les procédures orales a été sensiblement renouvelé. Depuis cette réforme, les plaideurs peuvent désormais comparaître soit en personne, soit (à certaines conditions) par écrit. Mais que le statut de l'écrit ait été renouvelé et que les plaideurs puissent parfois comparaître par écrit, n'a pas changé l'essentiel : l'essentiel est que l'affaire demeure mise en état d'être jugée à l'audience. C'est donc à l'audience que le juge doit faire observer le principe de la contradiction. Et cela implique nécessairement quelquefois un renvoi à une audience ultérieure, afin que chaque partie soit à même de préparer sa défense. Une mise en état de qualité, respectueuse des droits de chacun et condition d'un bon jugement, est à ce prix.

**13 - Procédure prud'homale.** - Il convient pourtant de relever, comme le fait le rapport, que l'ordonnance de clôture dans les procédures orales existe déjà puisqu'elle a été introduite par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 dite « Travail » dans la procédure devant le conseil de prud'hommes. Aux termes de l'alinéa 4 de l'article L. 1454-1-2 du Code du travail, issu de cette loi, « le bureau de conciliation et d'orientation, les conseillers rapporteurs désignés par le bureau de conciliation et d'orientation ou le bureau de jugement peuvent fixer la clôture de l'instruction par ordonnance, dont copie est remise aux parties ou à leur conseil. Cette ordonnance constitue une mesure d'administration judi-

ciaire »<sup>22</sup>. Le décret n° 2017-1008 du 10 mai 2017 en a précisé les modalités<sup>23</sup>.

Mais ce n'est pas parce qu'elle existe déjà qu'elle n'existe pas contradictoirement. Les commentateurs de cette disposition n'ont pas manqué de le souligner, dénonçant « un outil non seulement contradictoire avec le principe de l'oralité de la procédure, mais également très dangereux »<sup>24</sup>. « En mettant irrémédiablement fin, sauf circonstances exceptionnelles, aux échanges de conclusions et de pièces [l'ordonnance de clôture] apparaît radicalement antinomique de la liberté, consubstantielle à la procédure orale, de différer l'énoncé de nouvelles prétentions ou de nouveaux moyens jusqu'à l'audience de plaidoiries »<sup>25</sup>.

L'expérience contredit-elle ces analyses ? Il est trop tôt pour répondre. À notre connaissance, il n'existe à ce jour qu'un seul arrêt relatif à l'ordonnance de clôture dans la procédure prud'homale : un arrêt de la cour d'appel de Chambéry du 21 décembre 2017<sup>26</sup>.

Dans cette affaire, une ordonnance de clôture avait été rendue et l'affaire renvoyée à une audience ultérieure pour y être plaidée, sous la condition que de nouveaux moyens ne soient pas présentés. À l'audience de plaidoiries, « le bureau de jugement a refusé à l'audience de prononcer le rabat de l'ordonnance de clôture afin d'autoriser l'employeur à communiquer ses pièces et conclusions, mais a accepté à l'issue des plaidoiries, et avec l'accord de la partie adverse, de déposer ses notes de plaidoirie manuscrites ». Comme on pouvait s'y attendre, en appel, le salarié conteste le dépôt des notes de plaidoirie, dont le contenu, semble-t-il, dépassait les limites qu'imposait l'ordonnance de clôture.

Que retenir de cette affaire ? À l'arbitraire du juge qui décide ou non de rendre une ordonnance de clôture, s'ajoute - du point de vue de l'employeur - le scandale d'une mise en état tronquée. La contradiction éclate. Et qu'a décidé la cour d'appel de Chambéry ? Elle a décidé de nier la contradiction en considérant que déposer des notes de plaidoirie, ce n'était pas déposer de nouvelles conclusions interdites par l'ordonnance de clôture.

Arbitraire, contradiction et négation de la contradiction... cela ne peut faire qu'un mauvais procès. ■

22 On notera que l'ordonnance de clôture est ici un procédé facultatif dont l'opportunité est laissée à l'appréciation du juge, alors qu'il est un acte nécessaire de la procédure devant le TGI ou devant la cour d'appel.

23 V. C. trav., art. R. 1454-19-3 : « Après l'ordonnance de clôture, aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite aux débats, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office.

Sont cependant recevables les demandes en intervention volontaire, les conclusions relatives aux rémunérations échues postérieurement à l'ordonnance de clôture, si leur décompte ne peut faire l'objet d'aucune contestation sérieuse, ainsi que les demandes de révocation de l'ordonnance de clôture.

Sont également recevables les conclusions qui tendent à la reprise de l'instance en l'état où celle-ci se trouvait au moment de son interruption ».

C. trav., art. R. 1454-19-4 : « L'ordonnance de clôture ne peut être révoquée par le bureau de jugement, d'office ou à la demande des parties et après l'ouverture des débats, que s'il se révèle une cause grave depuis qu'elle a été rendue ; le choix par la partie d'une personne pour l'assister ou la représenter postérieurement à la clôture ne constitue pas, en soi, une cause de révocation. Si une demande en intervention volontaire est formée après la clôture de l'instruction, l'ordonnance de clôture n'est révoquée que si le bureau de jugement ne peut immédiatement statuer sur le tout ».

24 M. Beckers, *La réforme de la procédure prud'homale : l'illusion de l'efficacité* : RDT 2017, p. 279.

25 P. Henriot, *Ne rien changer (ou presque) pour que tout change* : RDT 2017, p. 214.

26 CA Chambéry, ch. soc., 21 déc. 2017, n° 17/01096.

21 V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, *Procédure de première instance* : Sirey, 1991, n° 367.

2<sup>E</sup> TABLE RONDE : L'ÉLABORATION DE LA DÉCISION - COMPÉTENCE ET INSTANCE

# 11 Acte de saisine et principe de concentration



**Corinne Bléry,**

maître de conférences-HDR, directrice du master 2 Justice, procès et procédures - parcours Contentieux privé, responsable du pôle Contentieux interne et international de l'Institut Demolombe (EA 967) faculté de droit de l'université de Caen Normandie<sup>1</sup>

1 - Parmi les « 30 propositions pour une justice civile de première instance modernisée »<sup>2</sup>, classées en huit thèmes, figurent celles tendant à « créer l'acte unique de saisine judiciaire »<sup>3</sup> et à « instaurer dès la première instance un principe de concentration des moyens »<sup>4</sup>. Elles sont issues de la section 3 de la première partie du rapport Molfessis et Agostini, intitulée « Simplifier la saisine de la juridiction : pour un acte de saisine unifié ». Ces deux propositions sont complétées par la proposition 14, à savoir « décharger le greffe des tâches de convocation dans les procédures contentieuses. Celle-ci est développée dans le § 1 de la section 4 (« Unifier les circuits procéduraux »), qui a pour objectif d'« établir avec certitude le lien d'instance ».

## 1. Créer l'acte unique de saisine judiciaire

2 - Le rapport constate que « la majorité des réponses aux consultations est favorable à la réduction des cinq modes de saisine des juridictions civiles et propose de ne conserver que l'assignation et la requête » et ajoute que « Le groupe de travail considère que la transformation numérique impose de sortir des schémas actuels du Code de procédure civile. Proposant de distinguer la saisine de la juridiction et l'établissement du lien d'instance lorsqu'il est nécessaire - qui sera examiné ci-après - [V. section 4], il considère que **l'instauration d'un acte unifié de saisine judiciaire par la voie électronique, unilatéral ou conjoint, est possible, tant en matière contentieuse qu'en matière gracieuse** »<sup>5</sup>. Il

**« On ne peut que se réjouir de cette simplicité et du recours au portail Justice qui ne laisse pas de place aux braconniers du droit. »**

est précisé en note que la terminologie est empruntée à Mme le professeur Natalie Fricero. Celle-ci a l'avantage d'être descriptive de la fonction de l'acte ; elle rompt cependant totalement avec les habitudes et il nous semble que le traditionnel terme de requête - qui « colle » en outre au langage informatique - pourrait être préféré. Si cet « acte de saisine » est unifié, il est en revanche décliné, selon que la procédure est gracieuse ou contentieuse, la saisine pouvant être conjointe ou unilatérale - contradictoire ou non (pour les injonctions de payer, les procédures qui sont actuellement sur requête, les jours fixes, etc.).

3 - Le rapport s'attache à son vecteur, son contenu, son effet et à la sanction du non-respect des prescriptions qui devraient le régir. Si l'envoi de l'acte est grandement simplifié grâce au numérique, les exigences relatives au contenu sont telles qu'on se demande comment des personnes non représentées ou au moins assistées par avocat ou un juriste chevronné feront pour respecter ces prescriptions. Ce ne sera pas le travail ni la responsabilité des personnels des services d'accueil unique du justiciable (SAUJ) de conseiller les justiciables à cet égard. Le but est affiché : les données à fournir « seront exploitées par le greffe de la juridiction sans nouvelle saisie informatique »<sup>6</sup>. On peut comprendre cette volonté de décharger utilement le greffe, le souci est que les exigences ont aussi tendance à limiter l'accès au juge de manière bien trop drastique.

4 - **Vecteur.** - L'acte de saisine judiciaire devrait être « établi par formulaire structuré, au moyen d'une application dédiée accessible via le portail Justice »<sup>7</sup>. On ne peut que se réjouir de cette simplicité et du recours au portail Justice qui ne laisse pas de place aux braconniers du droit.

5 - **Contenu.** - Le rapport propose une longue liste de données que l'acte de saisine judiciaire numérique devrait comprendre, nombreuses étant celles qui ne sont pas exigées aujourd'hui dans l'acte introductif d'instance :

- « le consentement à procéder aux échanges par la voie électronique » : cette disposition, qui semble mettre en œuvre l'article 748-2, alinéa 1er du Code de procédure civile, est curieuse, puisque le « consentement » est en réalité imposé du fait de

1 Le support de la présentation orale de cette question a été publié sur le site Dalloz actualité, 7 févr. 2018, au sein d'une étude complète du rapport (<https://www.dalloz-actualite.fr/dossier/amelioration-et-simplification-de-procedure-civile-du-bon-et-du-moins-bon#.WovqEIPowUk>) : cet extrait est, en substance, repris ici.

2 N. Molfessis, F. Agostini, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile : Ministère de la Justice, 2018.* - V. not. JCP G 2018, act. 237, *Aperçu rapide* J. Théron.

3 *Rapp. préc. note 1, prop. 12.*

4 *Rapp. préc. note 1, prop. 13.*

5 *Rapp. préc. note 1, p. 16.*

6 *Rapp. préc. note 1, p. 17.*

7 *Rapp. préc. note 1, p. 16.*



2<sup>e</sup> Table ronde - Une partie de l'assistance

l'utilisation de l'acte de saisine électronique ; c'est donc plutôt une application de l'article 748-2, alinéa 2, de sorte que le consentement n'a pas à être exprès : le focus sur la saisine numérique de la juridiction<sup>8</sup> confirme cette vision des choses puisqu'il est précisé que la « saisine dématérialisée par un acte judiciaire accessible via le portail justice.fr [...] vaut consentement à la communication électronique [sic] (l'attention du justiciable non représenté est attirée sur ce point) ». Si l'identité judiciaire est généralisée<sup>9</sup>, cette mention aura encore moins d'intérêt ;

<sup>8</sup> *Rapp. préc. note 1, p. 19, pt 1.*

<sup>9</sup> L'arrêté du 9 février 2016, portant application des dispositions du titre XXI du livre Ier du code de procédure civile aux greffiers des tribunaux de commerce dit « SECURIGREFFE » (V. C. Bléry et J.-P. Teboul, *Une nouvelle ère pour la communication par voie électronique, in 40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile ?* : Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2016, p. 31 s., n° 25. - C. Bléry, *SECURIGREFFE : l'identité numérique judiciaire opposable est née* : JCP G 2016, act. 256) permet déjà d'avoir une identité numérique. Il met en œuvre un système de communication par voie électronique entre les greffes des tribunaux de commerce et l'ensemble de leurs partenaires procéduraux... à l'exclusion des avocats (qui ont le RPVA) : ce sont des professionnels (huissiers de justice, administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, ministère public, commissaires-priseurs judiciaires, administration fiscale, URSAFF,...) ou des justiciables, qu'ils soient non représentés ou représentés par un mandataire autre qu'un avocat. Or l'article 8 de l'arrêté précise que « la première identification au système "SECURIGREFFE" par les parties à la communication électronique emporte consentement de leur part à l'utilisation de la voie électronique » : c'est donc la naissance d'une personnalité juridique numérique spéciale, celle de « justiciable du tribunal de commerce », dont la présence en ligne devient opposable. Pour l'instant cette identité numérique n'est accordée qu'aux professionnels, mais elle le sera bientôt aux autres partenaires procéduraux. Il s'agira de généraliser l'architecture juridique qui existe d'ores et déjà devant le tribunal de commerce.

- « les informations relatives à l'identité des parties et de leurs mandataires ;
- « la désignation de la juridiction saisie, si besoin » [pourquoi cette dernière précision ?] ;
- « les informations relatives au litige, le cas échéant spécifiques eu égard à la matière traitée : les champs de l'acte doivent autoriser, au-delà de ce qu'exigent actuellement les dispositions relatives aux actes de saisine » [sic], dont on suppose qu'il s'agit des mentions énumérées ensuite, à savoir
- « l'exposé des faits objets du litige » ;
- l'indication des demandes formulées ;
- l'ensemble des moyens de fait et de droit de nature à les fonder<sup>10</sup> ;
- l'indication des mesures d'instruction qui pourraient être nécessaires ;
- l'indication des conditions dans lesquelles les pièces visées dans les écritures seront rendues disponibles au défendeur ».

6 - Ces deux dernières indications s'inspirent tant de la convention de procédure participative aux fins de mise en état que des « protocoles » québécois<sup>11</sup>, si ce n'est qu'elles sont ici imposées au demandeur (sauf si l'acte de saisine est conjoint) : le protocole au contraire doit avoir été accepté par les parties et suppose une discussion. La mention relative aux pièces est en outre

<sup>10</sup> V. *NCPC Québec, art. 148 s* : <http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/C-25.01>. - Adde C. Bléry, *Droit et pratique de la procédure civile, Droits interne et européen*, S. Guinchard (dir.) : Dalloz, *Dalloz Action*, 2016/2017, 9<sup>e</sup> éd., n° 300.35.

<sup>11</sup> V. *ci-dessous 2.*

curieuse, les rédacteurs prévoyant ensuite<sup>12</sup> la délivrance concomitante au défendeur de l'acte de saisine et des pièces par le moyen d'une assignation... Par ailleurs, la logique du tribunal plateforme veut que les pièces soient versées au dossier électronique que ce tribunal appelle<sup>13</sup>.

7 - **Effet.** - « L'acte de saisine judiciaire est un acte interruptif de prescription, sous réserve, lorsque le contradictoire est assuré par citation de l'adversaire (V. ci-après), que celle-ci ait été délivrée dans un délai compatible avec la nature de la procédure » - citation dont il devrait être justifié, sous peine de caducité<sup>14</sup>. Il s'agit de solutions classiques adaptées à l'évolution préconisée de la naissance du lien d'instance<sup>15</sup>.

Un autre effet est plus novateur et permis par le numérique : « l'acte de saisine judiciaire numérique doit générer pour le demandeur l'obtention d'une date qui sera adaptée à la nature de la procédure qu'il engage. La date de ce "rendez-vous" d'orientation judiciaire sera fixée selon un calendrier mis à disposition par la juridiction ». Nous ne pouvons que souscrire à l'affirmation selon laquelle « l'obtention de cette date, tout comme la possibilité pour le justiciable d'avoir accès à tout moment par voie dématérialisée à l'avancée de sa procédure constituent des réponses aux attentes essentielles et légitimes du justiciable quant à la prévisibilité de la durée de son procès ». En revanche, celle selon laquelle il « n'y aura [du fait de l'obtention d'une date] plus lieu à conserver la distinction entre assignation en référé et assignation en la forme des référés, ce qui conduira à ouvrir le chantier de clarification du dispositif, appelé de ses vœux par le professeur Y. Strickler » nous laisse perplexes : quel est le lien ?

8 - **Sanction.** - Elle serait rude ! La nullité pour vice de forme serait remplacée par une fin de non-recevoir, « la seule qui serait ici efficace, la nullité impliquant la démonstration d'un grief ». Pour autant, n'est-ce pas déraisonnable d'imposer tant d'informations à fournir qui auraient pour effet de fixer le litige quasi-définitivement à peine d'irrecevabilité (relevée d'office ?). Rappelons en outre que la Cour de cassation a jugé que la fin de non-recevoir n'est pas un « vice de procédure » - de l'article 2241 du Code civil - et que l'acte déclaré irrecevable n'a pas interrompu les délais.

## 2. Instaurer dès la première instance un principe de concentration des moyens

9 - Ce qui est nous apparaît comme particulièrement inquiétant, c'est ce qui suit : « **L'efficacité commande d'instaurer dès la première instance un principe de concentration des moyens.** Les parties devront ainsi soumettre au juge un litige clairement circonscrit dès le premier jeu d'écritures. Cette exigence cependant n'impose pas, dès ce stade de la procédure, une concentration des demandes sur laquelle le groupe demeure réservé, pour ne pas interdire par exemple des demandes additionnelles qui s'avèreraient nécessaires en cours d'instance. **L'avantage d'une telle réforme serait de garantir une fixité du litige : le juge du premier ressort aurait ainsi une vision exhaustive du litige, et les parties n'auraient plus de possibilité d'avancer des moyens nouveaux en appel.** ».

10 - Cette fixité est excessivement rigoureuse<sup>16</sup>. Le travail du juge s'en trouverait sans doute facilité, mais un litige est évolutif et ne peut être artificiellement figé pour le confort du juge : concentration des moyens en première instance plus suppression de l'appel, voie d'achèvement, surtout si le juge ne devrait pas être obligé de relever d'office les moyens de droit, comme il s'y est autorisé depuis l'arrêt Dauvin<sup>17</sup> « accablait évidemment les avocats, mais donnerait surtout une image accablante

de la justice »<sup>18</sup>. Il est vrai que les rédacteurs précisent que « la concentration des moyens en première instance permettra de consacrer le pouvoir du juge de relever d'office le moyen de droit applicable au litige, par une transcription de la jurisprudence. Le juge ne doit plus être "étranger au droit". Au demeurant, les hypothèses devraient rester rares dans les contentieux où les parties sont représentées par avocat puisque l'ensemble des moyens auront normalement été soulevés »<sup>19</sup>. Il semble en réalité que les rédacteurs soient favorables à une obligation de relever d'office la règle de droit applicable<sup>20</sup>, mais ils présentent la consécration de la jurisprudence Dauvin comme une solution envisageable<sup>21</sup>. Par ailleurs, le lien entre la concentration des moyens et le pouvoir du juge est difficile à comprendre :

**« N'est-ce pas déraisonnable d'imposer tant d'informations à fournir qui auraient pour effet de fixer le litige quasi-définitivement à peine d'irrecevabilité (relevée d'office ?). »**

12 *Rapp., préc. note 1, p. 18.*

13 C. Bléry et J.-P. Teboul, *De la communication par voie électronique au Code de cyber procédure civile* : JCP G 2017, act. 665.

14 V. *Rapp., préc. note 1, p. 19, pt 4.*

15 V. l'article 2241 du Code civil pour l'effet interruptif de la demande en justice ; de manière similaire l'article 2243 du Code civil prévoit déjà des cas où l'interruption est non avenue.

16 Elle n'est d'ailleurs pas tenable, ainsi qu'en attestent des propositions faites (*Rapp., p. 12 et 17-18*), permettant un développement des moyens, bien après l'acte introductif d'instance.

17 *Cass. ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343* : *JurisData n° 2007-042069.*

18 S. Amrani-Mekki, *Principe de concentration et voie de réformation font-ils bon ménage ?* : *Gaz. Pal. 10 déc. 2013, n° 344, p. 3.* - Adde M. Bencimon, *Toiletter le Code de procédure civile sans remettre en cause les principes : c'est possible, et même nécessaire* : *Gaz. Pal. 8-10 déc. 2013, p. 11, p. 1.* - T. Le Bars, *Les métamorphoses de l'appel* : *Gaz. Pal. 30 juill. 2014, n° 212, p. 41.* - E. Jullien et M. Bencimon, *Concentration c/ appel : achevons le procès et non l'appel* : *Gaz. Pal. 24 mai 2016, n° 19, p. 16.* - E. Jullien, *Mode d'hiver : la tendance est à la concentration* : *Gaz. Pal. 7 févr. 2017, n° 6, p. 14.*

19 *Rapp., préc. note 1, p. 18.*

20 V. *Rapp., préc. note 1, p. 32.*

21 V. *Rapp., préc. note 1, p. 32.*

avant les arrêts *Cesareo*<sup>22</sup> et *Dauvin*, il n'y avait pas d'obligation de concentration des moyens et, si un moyen était de pur droit, le juge avait l'obligation de le soulever d'office (de requalifier) - tous les faits ayant été spécialement invoqués<sup>23</sup>. Quant à espérer que les moyens auront été normalement soulevés, c'est sans doute optimiste ; la sanction envisagée devrait permettre de combattre les actes de saisine non qualitatifs<sup>24</sup>, mais il arrivera nécessairement que des fondements potentiels soient oubliés.

### 3. Établir avec certitude le lien d'instance

11 - Une autre innovation tiendrait dans une nouvelle fonction de l'assignation. Alors qu'elle disparaîtrait en tant qu'acte introductif d'instance, elle ressurgirait en tant qu'acte de convocation du défendeur, **en matière contentieuse**. Le groupe de travail trouve plusieurs justifications à cette proposition : « ce mode garantit le respect du contradictoire par la délivrance concomitante de l'acte de saisine et des pièces qui viennent à l'appui des demandes, assurant ainsi l'efficacité des échanges en vue de la première audience » : d'où l'interrogation relative à la mention des conditions de communication des pièces par le demandeur<sup>25</sup>. « Le recours à l'acte d'huissier permet en outre au greffier, déchargé des tâches de convocations et de classement des avis de réception, de réinvestir le rôle statutaire qui est le sien d'assistant du magistrat et de garant de la procédure. Enfin, le développement des outils numériques partagés ou interconnectés entre les juridictions et les huissiers de justice devrait permettre dès qu'il a été délivré, d'intégrer dans le système d'information de la juridiction, la preuve de la délivrance de l'acte sans saisie de données complémentaires ». Cette proposition ménagerait les huissiers de justice qui se trouveraient privés de la signification des assignations introductives d'instance (argument bien peu juridique). Cependant, elle n'est guère avant-gardiste et pas dans la logique du tribunal plateforme : avec l'identité numérique et la présence en ligne opposable, la tâche de convocation du greffier serait pourtant bien facilitée ; c'est aussi à lui qu'incomberait naturellement la constitution du dossier numérique pour chaque affaire<sup>26</sup>.

12 - Il est précisé que « la notification des actes de procédure par tout moyen entre les parties, et notamment par SMS, courrier ou courriel, doit être réservée à leurs échanges pendant la phase de l'instruction de l'affaire ». Or, là encore, la logique du tribunal plateforme veut que les actes de procédure soient versés au dossier électronique que ce tribunal appelle : des notifications

entre parties n'ont plus de raison d'être ; estimer que ce sont aux parties à s'avertir mutuellement des versements effectués et non au greffier ou encore, que le défendeur n'a pas accepté la communication par voie électronique<sup>27</sup>, ne tire pas les conséquences de l'identité numérique.

13 - Le rapport suggère des « mesures favorisant la remise à personne » : à savoir mettre en œuvre la proposition n° 35 formulée par le groupe de travail de M. Delmas-Goyon<sup>28</sup> afin de permettre à l'huissier de justice d'accéder aux parties communes d'un immeuble et revoir les restrictions de temps et de lieu qui encadrent la signification par voie électronique » - qui ne peut être effectuée qu'aux heures ou la signification traditionnelle peut elle-même l'être : l'huissier de justice insomniaque ne peut donc signifier la nuit par voie électronique ! L'identité numérique judiciaire supprimera la nécessité de la notification à personne, comme elle évitera les LRAR qui reviennent : le justiciable aura un espace virtuel où il sera joignable, les notifications faites en ce lieu, quelle que soit l'heure, lui seront opposables.

14 - En revanche, **en matière gracieuse** et notamment en matière d'assistance éducative et de tutelles, le groupe de travail estime que « la charge de la convocation des parties à une audience doit continuer à reposer sur le greffe » ; ce qui s'explique par l'absence de contradicteur. « Il en est de même devant le juge des libertés et de la détention dans le domaine de l'entrée et du séjour des étrangers comme dans celui des hospitalisations sans consentement ». Le rapport ajoute que « la convocation par le greffe doit être rendue possible par tout moyen permettant au juge de s'assurer de la remise de la convocation. À cet effet, la mise en œuvre des nombreux protocoles qui se développent localement entre les juridictions et leurs partenaires dans le cadre des dispositions des articles 692-1, 748-8, 748-9 du code de procédure civile, pour faciliter une gestion réactive des audiences dans le respect des délais, doit être poursuivie en privilégiant une approche nationale unifiant les dispositifs et sécurisant les échanges ». Alors que la Cour de cassation vient de juger que les protocoles n'ont pas de valeur<sup>29</sup>, on ne comprend guère cette préconisation ; le Code de procédure civile devrait lui-même régler cette question de la communication par voie électronique ou de la LRAR.

15 - Espérons que la réforme ira plus loin dans la logique du tribunal plateforme, mais qu'elle ira beaucoup moins loin relativement au principe de concentration des moyens... ■

22 *Cass. ass. plén.*, 7 juill. 2006, n° 04-10.672 : *JurisData* n° 2006-034519.

23 A l'inverse, si le moyen était mélangé de fait et de droit, il n'avait seulement qu'une faculté à son égard, une recherche de fait s'imposant au juge parmi tous les faits dans le débat. - *V. Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 14 févr. 1985, n° 83-12.062 : *JurisData* n° 1985-702542 ; *JCP G* 1988, II, 21030, note J. Héron.

24 Alors qu'aujourd'hui, la Cour de cassation oblige le juge à « faire le tour de la question » quand aucune règle de droit n'a été invoquée - ce n'est donc pas une hypothèse d'école.

25 *V. ci-dessus* n° 6.

26 *V. les art. 5 et 6 de l'annexe au Code de cyberprocédure civile.* - C. Bléry et J.-P. Teboul, *préc. note* 12.

27 *V. Rapp., préc. note* 1, p. 19, pt 5.

28 P. Delmas-Goyon, *Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice. Le juge du 21<sup>ème</sup> siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice : La Documentation française, déc. 2013, p. 20.*

29 *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 19 oct. 2017, n° 16-24.234 : *D.* 2017, p. 2353, note C. Bléry.

2<sup>E</sup> TABLE RONDE : L'ÉLABORATION DE LA DÉCISION - COMPÉTENCE ET INSTANCE

# 12 La mise en état conventionnelle et la césure du procès



## Thomas Clay,

professeur à l'école de droit de la Sorbonne, université Paris 1, doyen honoraire de faculté de droit

1 - Le développement considérable des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) en marge des palais de justice a pour conséquence qu'on veut désormais les y importer. Les MARC semblent comme appelés au secours pour résoudre les problèmes de la justice, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes. Ils sont en effet désormais envisagés comme une solution pour éviter l'asphyxie de l'institution judiciaire. Ils sont une part de la solution au mal qui ronge la justice et ils représentent un espoir. La condescendance avec laquelle on les a parfois regardés a manifestement aujourd'hui cédé à une forme de concupiscence.

2 - C'est aussi à cette aune qu'on doit lire le rapport ici présenté<sup>1</sup>. La faveur pour les MARC confirmerait même, selon un premier commentateur, « le changement de paradigme et l'idée que le recours au juge doit devenir subsidiaire »<sup>2</sup>. Mais, en réalité, ce mouvement tient moins à la qualité intrinsèque des MARC ou à cette autre manière de résoudre les litiges, qu'à ce qu'ils sont, comme l'écrit le professeur Loïc Cadiet, « un élément du nouveau *management* de la justice »<sup>3</sup>. L'intérêt qui leur est porté

tient principalement à des considérations comptables, comme le rappelait encore récemment un article de la grande presse<sup>4</sup> ; ils apparaissent comme de vulgaires *costs killers* permettant de réduire les coûts. Les risques d'une telle approche ont été d'ailleurs soulignés par le recteur Serge Guinchard, qui craint une « dérive à l'italienne »<sup>5</sup>. Comment juguler les flux ? Comment décharger le juge submergé ? Ou, mieux encore : comment se passer du juge ? Comment, dans une situation budgétaire contrainte, alléger, sinon contourner le juge ? Telles semblent être les questions à l'origine de la promotion des MARC. Et la solution n'a pas consisté à avoir davantage de juges, ou davantage de moyens pour chaque juge, mais à réduire l'activité juridictionnelle de chacun. Les MARC participent désormais pleinement de ce que le professeur Loïc Cadiet qualifie d'« offre plurielle de justice »<sup>6</sup> et que le rapport commenté reprend sous l'appellation « offre cohérente de justice »<sup>7</sup>.

3 - En d'autres termes, on n'en plus à se demander s'il faut encourager les MARC, mais plutôt de mesurer jusqu'où va leur influence. Le développement des MARC extra-judiciaires, y compris l'arbitrage, semble désormais acquis, même s'ils n'ont pas tous encore donné toute leur pleine mesure<sup>8</sup>.

Mais qu'en est-il des MARC judiciaires ? Il est piquant de constater que, alors qu'on débattait sans fin de l'utilité et du succès des MARC, on ne s'est pas rendu compte que ceux-ci progressivement contaminaient le procès civil. En effet, tout comme les Romains ont triomphé militairement des Grecs, alors que c'est la pensée de ceux-ci qui a gagné ceux-là, la justice conciliationnelle, *a priori* soumise, a désormais gagné son duel avec le procès civil car elle siège désormais en son cœur.

4 - Pourtant le rapport commenté oscille manifestement entre une faveur évidente pour les MARC, s'inscrivant dans le mou-

1 N. Molféssis, F. Agostini, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile : Ministère de la Justice, 2018, spéc. p. 25 à 28* qui préconise de « favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des différends à tous les stades de la procédure ».

2 S. Amrani-Mekki, *Les chantiers de la justice Numérique, Procédure civile et Réseau des juridictions : le rationnel est-il toujours raisonnable ? : Gaz. Pal. 6 févr. 2018, n° 5, p. 67, spéc. n° 15.*

3 L. Cadiet, *L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice : D. 2017, p. 522, spéc. n° 1.* - E. Jeuland, *Aux frontières du management et de la justice, objectifs et résultats in États généraux de la recherche sur le droit et la justice*, Th. Clay, B. Fauvarque-Cosson, Fl. Renucci et S. Zientara-Logeay (dir.) : LexisNexis, mars 2018, p. 507. - Adde L. Cadiet et Th. Clay, *Économie des modes alternatifs de règlement des conflits in Les modes alternatifs de règlement des conflits : Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2017, 2<sup>e</sup> éd., spéc. p. 111 et s.* - L. Cadiet, J.-P. Jean et H. Pauliat (dir.), *Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur l'essor et les enjeux contemporains de l'administration de la justice : IRJS Éditions, coll. Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, 2014.* - V. E. Jeuland qui y voit lui aussi « un volet de la managérialisation de la justice dans la mesure où il s'agit plutôt de réguler une situation que de trancher une prétention » in *Droit processuel général : LGDJ, coll. Domat droit privé, 2014, 3<sup>e</sup> éd., spéc. n° 321, et, plus largement n° 320-341.*

4 J.-B. Jacquin, *La conciliation pour éviter d'engorger les tribunaux : Le Monde 8 nov. 2017.*

5 S. Guinchard, *Prolégomènes pour réformer la procédure civile : D. 2017, p. 2488, spéc. p. 2492.*

6 L. Cadiet, *Les tendances contemporaines de la procédure civile in Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr : Dalloz, 2009, p. 65.* - L. Cadiet, *L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice in États généraux de la recherche sur le droit et la justice, préc. note 3, spéc. p. 741 et s.*

7 *Rapp. préc. note 1, spéc. p. 28.*

8 Th. Clay, *Médiation et conciliation : un espoir de régulation des flux ? in Les instruments procéduraux de régulation des flux*, E. Jeuland et L. Flise (dir.) : IRJS Éditions, 2018, à paraître.



Thomas Clay

vement actuel - spectaculairement marqué par la loi Justice du 21<sup>e</sup> siècle - et une réserve palpable.

Ainsi, dans un premier mouvement, le rapport propose de supprimer l'audience de conciliation dans la procédure de divorce<sup>9</sup>, ce qui, du reste, a déjà été approuvé par l'Institut de droit de la famille et du Patrimoine<sup>10</sup>. À ce sujet, on aurait d'ailleurs pu espérer que la proposition aille jusqu'aux prud'hommes devant lesquels, incontestablement, la phase de conciliation peut être brandie comme le parfait contre-modèle de ce que doit être la conciliation judiciaire. Mais on sait qu'un autre rapport rendu à la même date prévoit que le futur « tribunal judiciaire » absorbera dans un second temps le conseil des prud'hommes<sup>11</sup>, ce qui laisse tous les espoirs en matière de refonte de la conciliation devant la juridiction prud'homale.

5 - De même, le rapport était attendu sur la question de la généralisation de la conciliation préalable obligatoire à toute la première instance. Cette solution, on le sait peut sembler brutale et

n'a pas les faveurs de la doctrine majoritaire<sup>12</sup>. Le rapport ne la préconise donc pas, préférant, « inciter plutôt qu'imposer »<sup>13</sup>.

On peut toutefois noter que le rapport ne rejette pas par principe cette solution. Au contraire, il estime qu'elle est simplement « prématurée »<sup>14</sup> et qu'il faudrait préalablement s'assurer de « la capacité des médiateurs, conciliateurs et avocats à prendre en charge un volume considérable d'affaires »<sup>15</sup>. Et il ajoute aussitôt que les greffiers pourraient remplir quelques missions nouvelles et que, en tout état de cause, le juge doit conserver un « rôle actif »<sup>16</sup>. Le rapport prend acte à ce stade, en quelque sorte, de ce qu'il qualifie lui-même de « facteurs culturels » de résistance à la généralisation de la conciliation obligatoire<sup>17</sup>.

6 - Mais, dans un second mouvement, presque contradictoire, le rapport est favorable aux MARC. Et cela se voit, y compris pour la conciliation préalable obligatoire, qui aurait vocation à s'appliquer davantage, ce que le rapport préconise de deux manières. D'une part, en proposant d'élever le taux de compétence du tribunal d'instance de 4 000 € à 5 000 €, ce qui méca-

<sup>9</sup> *Rapp. préc. note 1, spéc. prop. n° 20, p. 24.*

<sup>10</sup> *Institut du droit de la famille et du patrimoine, Les chantiers de la justice Procédure civile : réaction de l'Institut du droit de la famille et du patrimoine : Gaz. Pal. 6 févr. 2018, n° 5, spéc. p. 88.*

<sup>11</sup> *Ph. Houillon, et D. Raimbourg, Chantiers de la justice. Adaptation du réseau des juridictions : Ministère de la Justice, 2018. - V. not. JCP G 2018, act. 270, Aperçu rapide B. Beignier et L. Miniato.*

<sup>12</sup> *S. Amrani-Mekki, préc. note 2, spéc. n° 15.*

<sup>13</sup> *Rapp. préc. note 1, spéc. p. 25.*

<sup>14</sup> *Rapp. préc. note 1, spéc. p. 25.*

<sup>15</sup> *Rapp. préc. note 1, spéc. p. 25.*

<sup>16</sup> *Rapp. préc. note 1, spéc. p. 25.*

<sup>17</sup> *Rapp. préc. note 1, spéc. p. 8.*

niquement augmente le nombre de cas où la conciliation préalable est obligatoire puisqu'on sait que, depuis la loi « Justice du 21e siècle », elle l'est dans toutes les procédures devant le tribunal d'instance quand celui-ci est saisi par déclaration au greffe. D'autre part, la faveur pour les MARC se manifeste en prévoyant aussi que le juge puisse suspendre une instance pour qu'une conciliation ou une médiation soit organisée, comme on le verra ci-dessous.

7 - Ce n'est d'ailleurs pas la première fois qu'on relève cette ambivalence à l'égard des MARC, et on se souvient à cet égard du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 qui imposait la conciliation préalable en première instance, mais sans fixer de sanction.

8 - Mais au-delà des MARC eux-mêmes, le rapport est intéressant en ce qu'il marque l'influence de ceux-ci sur la justice judiciaire. Les MARC sont en quelque sorte promus en tant que tels, avec la conciliation et la médiation, judiciaires ou extrajudiciaires, mais aussi en tant que méthode propulsée au cœur du procès judiciaire qu'ils ont désormais irrigué. L'esprit des MARC a gagné les prétoires, et le rapport en prend acte.

9 - Il ne s'agit plus seulement de s'entendre sur un résultat, mais sur une procédure qui devient elle-même amiable. Au fond, après le développement du traitement amiable du litige, voici le temps du traitement amiable de la procédure. Cela se mesure particulièrement à travers deux propositions phares du rapport : la mise en état conventionnelle (1) et la césure dans le procès pour mettre en place une médiation, une conciliation ou une procédure participative (2).

**« Avec la mise en état conventionnelle, il s'agit de déléguer aux parties, c'est-à-dire aux avocats, la mise en état du dossier. »**

**1. La mise en état conventionnelle**

10 - Avec la mise en état conventionnelle, il s'agit de rien de moins que de déléguer aux parties, c'est-à-dire aux avocats, la mise en état du dossier. Cette délégation se fait de deux manières, selon que l'on se situe **avant** ou **pendant** le procès.

11 - **Avant le procès**, la procédure participative peut faire office de mise en état si elle n'aboutit pas à un accord. En cas d'échec, total ou partiel de la négociation, une passerelle accélérée et simplifiée est mise en place vers la juridiction.

En réalité, cette idée ne vient pas du rapport commenté, mais d'un autre, qui a déjà dix ans, le rapport Guinchard, dont la proposition n° 47 était précisément déjà celle-là<sup>18</sup>. Cette « mise en état externalisée » comme la qualifie certains auteurs particulièrement avertis<sup>19</sup>, est une forme de passerelle idéale entre les MARC et la justice judiciaire. On confie la procédure aux avocats et, en cas d'échec, on la reprend jusqu'au stade où ils l'ont menée.

18 S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée. Rapport au Gardé des Sceaux : La documentation française, coll. Rapports officiels, 2008, spéc. p. 23 et 169 et s.*

19 S. Guinchard, A. Varinard et Th. Debard, *Institutions juridictionnelles : Dalloz, coll. Précis droit privé, 2017, 14<sup>e</sup> éd., spéc. n° 57.*

12 - Le point d'accord des parties sur la procédure constitue une forme de « mise en état de fait », qu'il est efficient de transporter devant le juge. D'une certaine manière, après avoir délégué aux notaires certains divorces, on délègue maintenant aux avocats la mise en état. Voilà qui achève - s'il en était besoin - d'en faire des auxiliaires de justice et qui devrait contribuer à alléger les flux<sup>20</sup>.

13 - Mais, à dire le vrai, cette idée n'est pas entièrement nouvelle. D'une certaine manière, on renoue là avec ce qui existait jadis lorsque les avoués devaient procéder ensemble à une forme de mise en état du dossier. Ce n'est que le décret-loi du 30 octobre 1935<sup>21</sup> qui, à son article 1er, a ajouté un article 58 bis au Code de procédure civile instituant le « *juge chargé de suivre la procédure* ». On a pu justement dire à ce sujet que cela marquait « l'entrée de la conciliation dans l'instance judiciaire »<sup>22</sup>. Cependant le juge n'avait encore qu'un rôle passif, se contentant de surveiller et de réguler la procédure ; les parties restaient maîtresses de leur affaire. C'est encore plus tard, par un décret du 13 octobre 1965<sup>23</sup>, que fut mis en place un « *juge des mises en état* », dont la mission était en réalité de s'assurer d'une bonne régulation des affaires en veillant à ce que le flux des dossiers instruits, prêts à être jugés, soient réguliers, pour éviter les afflux. Le juge de la mise en état, tel qu'on le connaît aujourd'hui,

n'est en définitive qu'assez récent puisqu'il ne date que du décret du 9 septembre 1971 instituant le Nouveau Code de procédure civile<sup>24</sup>.

14 - **Pendant le procès**, c'est la même logique, mais l'imbrication est plus forte encore car le juge interrompt sa mission pour laisser la place à la procédure participative. C'est ce qu'a permis la loi « Justice du 21e siècle » du 18 novembre 2016<sup>25</sup> et le décret no 2017-892 du 6 mai 2017<sup>26</sup> qui a inséré deux articles, 1546-1 et 1546-2, au Code de procédure civile, pour prolonger le dispositif et permettre un retrait de rôle dès lors que le juge est informé de la conclusion d'une convention de procédure participative.

Cette idée est précisément reprise dans le rapport commenté<sup>27</sup>, qui veut la généraliser et mieux l'encadrer, notamment en fixant une date de clôture et un calendrier précis<sup>28</sup>. En attendant, l'affaire est retirée du rôle pour laisser le temps aux parties de faire advenir leur accord.

Une ambiguïté persiste cependant dans le rapport commenté sur la portée exacte de ce que peut exiger le juge. À la page 26

20 Th. Clay, *préc. note 8.*

21 D.-L. 30 oct. 1935, relatif à la procédure civile : D. 1935, *législ.* 421.

22 J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires, préf. S. Guinchard : PUAM, coll. Droit privé, 2003, spéc. n° 256.*

23 D. n° 65-872, 13 oct. 1965, *modifiant certaines dispositions du Code de procédure civile et relatif à la mise en état des causes* : JO 14 oct. 1965, p. 9076.

24 D. n° 71-740, 9 sept. 1971, *instituant de nouvelles règles de procédures destinées à constituer partie d'un Nouveau Code de procédure civile* : JO 11 sept. 1971, p. 9072.

25 L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, art. 9.

26 D. n° 2017-892, 6 mai 2017, *portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile, art. 26 et 27* : JO 10 mai 2017, n° 114.

27 *Rapp., préc. note 1, spéc. p. 23.*

28 *Rapp., préc. note 1, spéc. p. 25.*

du rapport il est ainsi indiqué : « Dès lors que les parties sont assistées par un avocat, [le juge peut] imposer le recours à la procédure participative pour la mise en état des affaires comme proposé ci-après », mais, à notre connaissance, il n'y a justement rien de proposé ensuite, ce qui laisse le lecteur sur sa faim.

15 - Il n'en demeure pas moins qu'on ne peut qu'approuver cette coordination idéale entre les MARC et la justice étatique, et il n'est pas interdit d'y déceler une transposition de ce qui existe en matière d'arbitrage avec le calendrier de procédure qui est négocié par les parties avant d'être entériné par le juge, c'est-à-dire l'arbitre.

La mise en état conventionnelle aurait aussi pour effet, comme l'a dit un auteur « de redonner sens au principe dispositif et de permettre (...) de gérer le cours de la procédure sans encombrer le rôle des juridictions »<sup>29</sup>. Car c'est bien un « changement de perspective inversant le rapport des parties au temps judiciaire » qui est en jeu, ainsi que l'énonce le rapport lui-même<sup>30</sup>. Et il est vrai que c'est une meilleure gestion du temps judiciaire qui est ici recherchée et trouvée. C'est encore celle-ci qui motive la possibilité d'interrompre le procès pour laisser aux parties la possibilité de s'entendre.

## 2. La césure du procès civil pour une conciliation ou une médiation

16 - L'une des propositions les plus originales du rapport consiste à permettre au juge qu'il suspende l'instance, soit parce qu'une partie du litige peut être tranchée à part, soit parce que le litige peut être résolu par une autre voie. Dans le premier cas, il peut s'agir, par exemple de questions relatives au principe de la responsabilité, qui sont indépendantes du quantum sur lequel il sera statué plus tard si nécessaire. Dans le second cas, c'est pour permettre la mise en place d'une conciliation, d'une médiation ou d'une procédure participative. L'idée est qu'une partie du litige peut être tranchée soit séparément, soit autrement et que l'entier litige ne mérite pas, en quelque sorte, le *full service* judiciaire.

17 - Même s'il n'est pas très clair sur ce point, le rapport a l'air de considérer que le juge pourrait imposer - et non pas seulement proposer - aux parties d'engager une procédure de conciliation ou de médiation. C'est en tous les cas ce que l'on peut déduire de la présentation qui en a été faite par le directeur des affaires civiles et du Sceaux, M. Thomas Andrieu, lors du séminaire duquel est tiré la présente contribution, selon lequel le juge peut « enjoindre » aux parties une conciliation ou une médiation<sup>31</sup>. Qu'est-ce qui peut ainsi justifier que cette mesure puisse être imposée par le juge, alors que, dans le reste du rapport, l'approche à l'égard des MARC est, comme on l'a déjà relevé, plutôt « incitative qu'impérative »<sup>32</sup> ? En réalité, c'est assez logique car la conciliation ou la médiation ordonnée interviendrait à un moment où le juge est déjà saisi du litige, ce qui lui en donne

une perception qui lui laisse penser qu'un accord est possible, sinon souhaitable. Il peut donc exiger que celui-ci soit tenté, à défaut d'être trouvé, ce que le juge ne peut bien sûr jamais imposer.

Toujours est-il qu'un tel pouvoir du juge de forcer à une mesure de conciliation ou de médiation n'est pas inconnue en droit positif puisque c'est déjà le cas devant le tribunal d'instance pour la conciliation ou devant le tribunal de grande instance pour la médiation familiale.

18 - On relèvera enfin que, là encore, l'inspiration de cette réforme semble venir de l'arbitrage, et de deux manières. **Premièrement**, parce qu'il est fréquent qu'un tribunal arbitral se prononce en plusieurs étapes, par exemple sur sa compétence avant de trancher le fond. Et il n'est pas rare que, même sur le fond, il statue dans un premier temps sur le principe de la responsabilité, puis, s'il l'a retenue, sur le montant de l'indemnisation. On retrouve d'ailleurs cette pratique en matière d'action de groupe. Cela procède d'une approche rationnelle de la procédure, notamment en ce qu'elle permet de limiter les frais. Ainsi est-il inutile de produire une expertise financière, souvent coûteuse, si le tribunal n'a pas retenu la responsabilité.

**Deuxièmement**, on sait que, avec l'arbitrage, se sont multipliées des formules hybrides de MARC qui le mêlent par exemple à la médiation, soit de manière *simultanée* (médiation et arbitrage sont engagés en parallèle et le premier qui aboutit rend l'autre caduc), soit de manière *successive* avec le *med-arb* (une médiation suivie, en cas d'échec, d'un arbitrage) ou encore avec l'*arb-med* (l'arbitrage s'interrompt pour laisser le temps à une médiation d'être tentée). Cette figure de l'*arb-med* correspond exactement à ce qui est proposé ici pour le juge judiciaire.

19 - Cela rejoint d'ailleurs une des missions fondamentales du juge, énoncée à l'article 21 du Code de procédure civile, à savoir qu'« *il entre dans sa mission de concilier les parties* », et il bénéficie d'une grande liberté pour cela. Le juge doit préférer la solution transigée à la solution imposée, surtout si elle est à portée de main. Il bénéficie pour cela d'une véritable panoplie de solutions pour rapprocher les parties selon qu'il y procède lui-même ou qu'il le délègue à un conciliateur de justice ou un médiateur judiciaire<sup>33</sup> qui, comme leur nom l'indique, sont des auxiliaires de la justice conciliationnelle.

À mesure que son rôle croît et qu'il est appelé à seconder le juge, le conciliationnel se loge au cœur du juridictionnel, et c'est précisément ce mouvement qu'accompagne et promeut le rapport commenté, qui pourrait même avoir à terme une influence sur le droit substantiel, lequel prend ainsi le chemin, selon un auteur, de la « désubstantialisation »<sup>34</sup>. En favorisant la mise en état conventionnelle et la césure du procès afin de tenter de rapprocher les parties, ce rapport n'oublie pas qu'il s'agit là d'une des missions fondamentales de la justice, dont la quête de paix sociale doit toujours guider la main. ■

29 S. Amrani-Mekki, *préc. note 2, spéc. n° 13*.

30 *Rapp., préc. note 1, spéc. p. 22*.

31 V. dans ce numéro T. Andrieu, *Chantiers de la justice - Pour une nouvelle donne procédurale, spéc. notes 14 et 34*.

32 *Rapp., préc. note 1, spéc. p. 25*.

33 S. Guinchard, *préc. note 5*.

34 S. Amrani-Mekki, *préc. note 2, spéc. n° 15*.

2<sup>E</sup> TABLE RONDE - L'ÉLABORATION DE LA DÉCISION - COMPÉTENCE ET INSTANCE

# 13 L'harmonisation des décisions de justice : une ambition légitime ?



**Bruno Quentin,**  
avocat associé du Cabinet Gide Loyrette Nouel  
avec la participation de **Nadia El Amrani,**  
étudiante à l'École de droit de Sciences Po

1 - Dans la troisième partie du rapport intitulée « Assurer la qualité et l'efficacité de la décision de justice », les rédacteurs du rapport sur l'Amélioration et la simplification de la procédure civile, remis à la garde des Sceaux le 15 janvier 2018<sup>1</sup>, dédient un chapitre à la nécessité de favoriser l'unité des décisions de justice, qui est entendue comme « l'expression d'une homogénéité dans l'application d'une même règle de droit par les tribunaux ». L'harmonisation ainsi souhaitée concerne à la fois le fond et la forme des décisions.

Or, si l'harmonisation formelle ne suscite aucune réserve et constitue même une incontestable avancée pour l'attractivité du droit français, l'harmonisation, au fond, du sens des décisions comporte un certain nombre de risques.

## 1. L'harmonisation formelle des décisions

2 - Une harmonisation tenant « à la présentation comme à la rédaction des décisions »<sup>2</sup> est l'un des objectifs du rapport. Elle vise avant tout une plus grande lisibilité des décisions pour les justiciables, une démarche qui s'inscrit dans la lignée du mouvement de simplification des décisions instigué dès 2016 au sein du Conseil constitutionnel par son Président, Laurent Fabius. Ce dernier souhaitait voir appliqué l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité aux décisions du Conseil<sup>3</sup> afin qu'elles soient accessibles aux justiciables, c'est-à-dire compréhensibles

**« Si l'open data expose un certain nombre d'acteurs à des risques non négligeables, (...) ces risques sont ceux de l'open data lui-même et non ceux de l'harmonisation formelle des décisions. »**

« sans le concours d'un dictionnaire « franco-juridique » »<sup>4</sup>. C'est en ce sens qu'une harmonisation de la forme des décisions pourrait remédier à la nature trop souvent absconse de la production juridictionnelle.

3 - Par ailleurs, cette harmonisation est indispensable à la mise en place de l'open data des décisions de justice, c'est-à-dire leur mise à disposition gratuite, prévue par les articles 20 et 21 de la loi pour la République numérique du 7 octobre 2016<sup>5</sup>. En effet, la pseudonymisation, qui est un processus par lequel l'identification des personnes physiques parties aux procès est rendu plus difficile (contrairement à l'anonymisation qui empêcherait totalement cette identification) est nécessaire à la protection des personnes visées et doit être menée à très grande échelle. Or, une automatisation de l'opération suppose que le nom des parties soit identifié et pseudonymisé sans l'intervention de l'homme. La forme des décisions doit donc impérativement être harmonisée et suivre une trame précise et préétablie. En ce sens, l'harmonisation formelle des décisions de justice ne peut qu'être positivement accueillie : elle participera au renforcement des principes de publicité et de transparence de la justice à travers la mise en place de l'open data des décisions.

4 - En outre, selon le rapport Cadet<sup>6</sup>, l'open data des décisions de justice accroîtrait l'attractivité économique de la France en permettant une plus grande sécurité juridique et une meilleure prévisibilité des risques de contentieux. Si l'open data expose un certain nombre d'acteurs à des risques non négligeables, dont la ré-identification des personnes visées et la diffusion d'informations sensibles sur les entreprises, ces risques sont ceux de l'open data lui-même et non ceux de l'harmonisation formelle des décisions.

1 N. Molfessis, F. Agostini, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile : Ministère de la Justice*, 2018. - V. not. JCP G 2018, act. 237, *Aperçu rapide* J. Théron.

2 Rapp. préc. note 1, troisième partie, chap. II.

3 Entretien avec Laurent Fabius, Président du Conseil constitutionnel : *Le Monde* 18 avr. 2016.

4 Entretien préc. note 3.

5 L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016 : JO 8 oct. 2016, texte n° 235.

6 Rapport sur l'open data des décisions de justice remis par le professeur Loïc Cadet à la garde des Sceaux, le 9 janvier 2018. - V. not. N. Fricero, *Colloque, diffusion et exploitation des décisions de justice : quelles limites, quels contrôles ? À propos du rapport sur l'open data des décisions de justice* : JCP G 2018, act. 168 ; Entretien avec L. Cadet, « Les conditions de diffusion des décisions de justice représentent un enjeu essentiel de la mise en œuvre du projet de leur mise à disposition du public » : JCP G 2018, act. 170.

## 2. L'harmonisation au fond du sens des décisions

5 - Les rédacteurs du rapport considèrent que l'homogénéité dans l'application des mêmes règles de droit par les tribunaux doit être un objectif de bonne administration judiciaire. Cette homogénéité passerait selon eux par l'acceptation d'une « forme de discipline raisonnable du juge dans la prise en compte de la jurisprudence ». Pour autant, ils n'exposent pas clairement en quoi celle-ci consisterait. Il paraît néanmoins crucial de s'intéresser aux risques posés par une trop stricte discipline, comme celle qu'impliquerait par exemple une introduction de la règle du *Binding precedent*<sup>7</sup> en France, alors que le système judiciaire fonctionne selon une « structure à la fois hiérarchique et non autoritaire »<sup>8</sup>.

6 - Si l'application du principe de *Binding Precedent* aurait le mérite d'assurer une véritable sécurité juridique et d'épargner aux justiciables d'interminables procédures en imposant le respect impératif et scrupuleux des jurisprudences consacrées par la Cour de cassation, elle n'en poserait pas moins de sérieuses et essentielles interrogations. Au-delà des questions relatives à l'indépendance des juges et à la prohibition des arrêts de règlement, ce principe constituerait un frein indéniable à l'évolution du droit positif puisque les juges ne jouiraient plus de la même liberté pour initier les revirements jurisprudentiels.

7 En *Common Law*, la règle du *Binding Precedent* implique que les arrêts rendus par les juridictions supérieures établissent la norme juridique que les juridictions de degrés inférieurs doivent impérativement suivre, conformément à la doctrine du *stare decisis*. Le juge est ainsi lié par les décisions précédentes, il ne peut s'y soustraire.

8 *Rapp. préc. note 1, troisième partie, chap. II, p. 35.*

7 - Ainsi, une telle règle traiterait indifféremment les *dissidences volontaires* et les erreurs sur le droit des juges de première et seconde instance. Or, nombre d'auteurs s'accordent pour distinguer la rébellion par ignorance de la contestation légitime des positions de la Cour de cassation<sup>9</sup>. La première est préjudiciable non seulement aux justiciables mais aussi au système judiciaire puisqu'elle méconnaît le droit positif et constitue une invitation à l'exercice des voies de recours. Ces appels et pourvois rallongent les procédures et encombrant inutilement les juridictions supérieures. La seconde, étant une résistance consciente, est à la fois une expression de l'indépendance des juges et une invitation au revirement jurisprudentiel. Elle est donc une source légitime de progrès du droit positif : sans elle, le droit resterait figé hormis l'hypothèse d'une intervention du législateur.

8 - La mise en place de cette harmonisation au fond des décisions ne va pas sans faire courir un risque sérieux sur la participation des juridictions à l'évolution nécessaire du droit positif : faire avancer l'harmonisation sur le chemin d'une discipline plus rigoureuse ne pourrait être envisagé que par le renforcement de l'ouverture des saisines pour avis auprès de la Cour de cassation, en supprimant la condition de recevabilité relative à la nouveauté. ■

9 V. not. J.-L. Aubert, *Pour des rébellions constructives* : RTD civ. 1992, p. 338. - Ch. Atias, *L'image doctrinale de la Cour de cassation* : D. 1993, p.133. - A. Morin, *Révision de la loi MURCEF : la cour de Versailles fait de la résistance !* : AJDI 2004, p. 960. - P. Deumier, *Distinguer les méconnaissances des résistances des juges du fond in Jurisprudence* : Rép. civ. Dalloz, nov. 2017.

3<sup>E</sup> TABLE RONDE : L'EXÉCUTION

# 14 L'exécution dans le rapport « Amélioration et simplification de la procédure civile »



**Claude Brenner,**  
professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas

1 - Commandé par la garde des sceaux, au mois d'octobre 2017, dans le cadre des « Chantiers de la justice », le rapport « Amélioration et simplification de la procédure civile » lui a été remis (avec les 4 autres rapports commandés) à l'échéance prévue, le 15 janvier suivant<sup>1</sup>.

En dépit de ce temps très resserré d'élaboration, le rapport affiche de fortes ambitions, puisque ses auteurs préconisent de rompre avec les retouches successives de la procédure civile réalisées par strates au profit d'une réforme ambitieuse qui appréhende le procès dans sa globalité<sup>2</sup>.

De fait, le rapport propose des changements de grande ampleur, qui vont de la digitalisation de la justice et la création d'un tribunal unique en première instance assorti de pôles juridictionnels avec spécialisation accrue des fonctions judiciaires, au renforcement des modes alternatifs de règlement des différends et à la limitation des modes de saisine de la justice, en passant (entre autres innovations) par la consécration dans le Code de procédure civile d'un principe de loyauté procédurale s'accompagnant d'une obligation de concentration renforcée des moyens et preuves au seuil de la première instance.

Mais derrière les diverses préconisations que contient le rapport, on n'aperçoit guère que l'accentuation de réformes déjà largement engagées ces dernières années avec pour seule véritable unité une recherche éperdue de rendement judiciaire et d'économies procédurales imposées dont on attend - suivant une habitude désormais bien ancrée - que les parties et leurs auxiliaires fassent l'essentiel des frais. Le tout - et c'est là le plus

inquiétant - sans grand souci apparent pour l'équilibre et la cohérence d'ensemble que la matière tire des principes classiques<sup>3</sup>.

2 - Cela étant dit, on concentrera exclusivement notre attention, dans les propos qui suivent, à la place et l'organisation de l'exécution dans le rapport, en laissant d'ailleurs de côté les particularismes de la matière familiale<sup>4</sup>.

Dans l'esprit qui vient d'être rappelé, les préconisations du rapport sur le sujet se ramènent pour l'essentiel à deux séries de suggestions : les unes cultivent une recherche d'anticipation de l'exécution (1), les autres aspirent à une déjudiciarisation (2).

## 1. L'anticipation de l'exécution

3 - Anticiper l'exécution est une préoccupation très contemporaine des pouvoirs publics : prise en compte de la fin concrètement poursuivie par les parties au litige pour apprécier le respect de leur droit d'être jugées dans un délai raisonnable oblige, et volonté de délester les prétoires des causes litigieuses dont la résistance à l'exécution est pratiquement la seule raison d'être aidant, la tentation est très forte d'accélérer au maximum le processus conduisant à la réalisation de l'obligation disputée. Dans cette perspective, deux voies en particulier peuvent être suivies : renverser l'ordre naturel des choses consistant à discuter en justice la dette puis à devoir payer lorsque son existence a été reconnue ; ce qu'incarne la procédure d'injonction de payer (A) ; raccourcir au maximum le temps de la discussion judiciaire préalable au paiement ; ce que manifeste le développement de l'exécution provisoire (B). Le rapport préconise une digitalisation de la première et une systématisation de la seconde.

### A. - L'injonction de payer

4 - Les avantages pour l'institution judiciaire de la procédure d'injonction de payer sont évidents : grâce au renversement de la logique procédurale - on poursuit d'abord l'exécution pour ne discuter du fond qu'en cas d'opposition -, on obtient une accélération du résultat effectivement recherché par celui qui se

1 N. Molfessis, F. Agostini, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile : Ministère de la Justice, 2018.* - V. not. JCP G 2018, act. 237, *Aperçu rapide* J. Théron.

2 *Rapp. préc. note 1, p. 8.*

3 V. là-dessus C. Brenner, *La réforme de la procédure civile : un chantier de démolition ? : D. 2018, p. 361.*

4 Sur lesquels : *Rapp. préc. note 1, p. 38-39.*

prétend créancier et une très forte économie en temps judiciaire étant donné le faible taux d'opposition.

L'idée des auteurs du rapport serait de mettre à profit les ressources du numérique pour dématérialiser entièrement la procédure : il s'agirait de développer la faculté actuellement ouverte aux huissiers de justice de saisir de façon dématérialisée le tribunal d'instance pour l'ouvrir aux avocats et simples particuliers, via la mise en place d'un portail internet permettant de renseigner un formulaire de requête et d'y joindre les pièces ; le juge rendrait sa décision par le même canal, avec signature électronique, et statuerait éventuellement sur l'opposition sans audience si les parties en sont d'accord<sup>5</sup>.

De prime abord, la préconisation peut effectivement séduire ; sa mise en œuvre suggère toutefois plusieurs observations :

- d'évidence, ouvrir l'accès du portail Justice à de simples particuliers requerrait des éléments de sécurisation dont la démocratisation se fait attendre : on rappellera à cet égard que l'usage de la signature électronique dans les rapports judiciaires qui était annoncée dès la réforme de la procédure d'appel de 2009 n'a toujours pas été mise en place et que les communications électroniques judiciaires reposent aujourd'hui encore sur un principe d'équivalence à la signature de la certification exigée pour l'accès aux réseaux privés virtuels interconnectés<sup>6</sup> ;
- plus fondamentalement, cette complication technique levée, il ne faudrait pas que le numérique devienne une entrave à l'accès direct à la justice : qu'on le veuille ou non, Paris n'est pas la France et certains de nos concitoyens, parmi les plus âgés notamment, ne sont pas ou très peu connectés... ; en outre, derrière le mode de fonctionnement de la justice, chacun comprend qu'est posée - c'est l'objet d'un autre chantier conduit en parallèle - la question vitale pour certains territoires du maillage de la France par les services publics de proximité<sup>7</sup> : à l'heure où l'on s'inquiète d'un déficit de confiance des Français dans leur justice, il serait dangereux d'ignorer les risques d'accentuation de la défiance qu'une distanciation toujours plus grande entre le juge et le justiciable porte en elle, compte tenu de la funeste tendance actuelle à la contestation des pouvoirs centraux ou délocalisés ;
- au-delà encore, il ne faudrait pas que les facilités qu'offrent le numérique deviennent prétexte à une mécanisation de la justice : on peut être très séduit par les économies qui en résultent, par l'uniformisation du traitement que cela implique ; ce serait une régression considérable que de concevoir la justice comme une activité purement répétitive et susceptible d'être enfermée dans des algorithmes : la justice prédictive, en particulier, n'est qu'une aide à la décision qui doit demeurer humaine ; le traitement des litiges sériels<sup>8</sup> qu'annonçait déjà le travestissement de l'action de groupe opérée par la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle sont très inquiétants sous ce rapport<sup>9</sup> ; dans le cas particulier, le risque n'est

pas négligeable d'une banalisation de la mise en circulation de titres exécutoires ravalés dans l'opinion du débiteur au même rang qu'une contravention pour excès de vitesse constatée par radar... ;

- enfin et plus prosaïquement, on ne doit pas négliger les complications pratiques qui résultent des possibilités différées d'opposition, lorsque l'ordonnance portant injonction de payer n'a pu être signifiée au débiteur à personne : il va sans dire que, même digitalisée, l'injonction de payer ne pourra pas toujours réaliser l'idéal de simplification que l'on prétend rechercher.

## B. - L'exécution provisoire

5 - La seconde voie d'anticipation explorée par le rapport consiste dans la systématisation de l'exécution provisoire des décisions de première instance. Derrière les justifications rhétoriques avancées au soutien de ce renversement du principe de l'effet suspensif de l'appel, perce la volonté de restreindre une énième fois le droit au recours, au point que l'on en vient à se demander si la réforme telle qu'elle est envisagée serait compatible avec la jurisprudence européenne qui veut que, lorsque le législateur ouvre une voie de recours, il ne l'organise pas de telle manière que le recours n'existe pas effectivement.

Cette volonté d'étouffement se signale sans fard, lorsqu'il est réfléchi au passage du taux de dernier ressort à 10 000 euros : manifestement, l'on se soucie moins de la dégradation de la condition du justiciable qui en résulterait (et spécialement du coût considérable que représente un pourvoi en cassation pour les « petites causes ») que du confort ou des ambitions de la haute magistrature : il ne faudrait pas que « la fermeture de l'accès au juge d'appel (sic) n'aboutisse à encombrer le rôle de la Cour de cassation de dossiers dont un nouvel examen ne relèverait pas de l'office d'une cour suprême (resic) »<sup>10</sup>.

6 - Multiplier les chausse-trappes et semer les obstacles sous les pas des justiciables pour les empêcher à tout prix de faire rejurer leur affaire en appel ainsi qu'on paraît s'évertuer à le faire depuis une dizaine d'années est pourtant la plus sûre manière de décrédibiliser la justice en favorisant le sentiment d'une absurdité kafkaïenne. Le problème du trop-plein judiciaire doit cesser d'être appréhendé dans une perspective essentiellement dissuasive : le service public étant à destination des justiciables (et non des juges), c'est la légitimité du recours exercé qui doit guider la réforme. Dans cette perspective, le préalable absolument nécessaire à toute réflexion sur la généralisation de l'exécution provisoire des décisions de première instance est l'assurance qu'elles respectent un standard moyen de bonne qualité. Or, cette condition, non seulement ne paraît malheureusement plus remplie compte tenu des contraintes matérielles et difficultés budgétaires auxquelles la justice doit faire face, mais elle serait encore dégradée avec les réformes suggérées, puisque de

<sup>5</sup> *Rapp. préc. note 1, p. 14.*

<sup>6</sup> *V. D. n° 2010-434, 29 avr. 2010, relatif à la communication électronique en matière de procédure civile : JO 2 mai 2010, p. 7954.*

<sup>7</sup> *V. Ph. Houillon, et D. Raimbourg, Chantiers de la justice. Adaptation du réseau des juridictions : Ministère de la Justice 2018.*

<sup>8</sup> *Rapp. préc. note 1, p. 37*

<sup>9</sup> À quoi s'ajoute l'idée inédite de permettre au premier président de la Cour de cassation d'ordonner le regroupement de contentieux sériels devant une même juridiction » (*Rapp. préc. note 1, p. 37*) : on ne savait pas qu'il avait le pouvoir de décider du traitement des causes devant les différentes

juridictions de l'ordre judiciaire... Serait-ce une nouvelle implication de l'idée de juridiction suprême ?

<sup>10</sup> D'où l'idée de porter « dans un premier temps » ce taux à 5 000 euros, ce qui est aussi le plafond retenu par le règlement européen (UE) 2015/2421 du 16 décembre 2015 pour la procédure de règlement des petits litiges et le taux préconisé par le rapport pour l'obligation d'assistance par avocat : *Rapp., p. 16.*

nouvelles charges non compensées s'imposeraient aux parties qui les empêcheraient à coup sûr de défendre correctement leur cause. Qu'on le veuille ou non la qualité demande du temps. À l'opposé du mouvement de réforme dans lequel s'inscrit le rapport, il conviendrait donc de s'efforcer de restaurer les conditions d'un débat abouti en première instance et d'en finir avec un traitement des causes à la hussarde suivi d'une mise en sommeil prolongé dans l'attente d'un audiences ou/et de l'issue d'un délibéré interminable ; ce que l'accélération du temps de l'exécution devrait précisément permettre d'admettre : en somme, on ne peut espérer accélérer *et* le cours de l'instance conduisant à la décision de justice *et* la mise à exécution de celle-ci sans sombrer dans une précipitation déraisonnable ; il faut ménager le temps de la première pour asseoir la légitimité de la seconde.

7 - C'est à cette condition seulement que l'on peut s'interroger sur un éventuel renversement du principe de l'effet suspensif de l'appel. Les auteurs sont partagés à ce sujet. Pour notre part, nous doutons très fortement de son opportunité pour trois raisons principales :

1° d'abord, l'effet suspensif est consubstantiellement lié à la nature de voie de recours ordinaire de l'appel ; en l'abolissant on favoriserait son glissement en direction d'une voie de contestation de la seule légalité de la décision rendue par la remise en cause corrélative de l'effet dévolutif du recours, ainsi que le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 a déjà commencé de le faire. Or cette reconfiguration de l'appel affecte mécaniquement toute la chaîne des recours et singulièrement la fonction du pourvoi en cassation<sup>11</sup> dont ce n'est sans doute pas un hasard si elle est aujourd'hui aussi objet de très fortes turbulences. C'est peu dire que l'on ne voit pas un progrès dans l'inscription du fait au cœur de l'office de la Cour de cassation, via le contrôle de la proportionnalité, et son reflux dans celui du juge d'appel...

2° ensuite, et plus immédiatement, il est expliqué dans le rapport que l'exécution provisoire s'est généralisée dans les faits et que l'on ne doit pas surestimer les implications pratiques de sa systématisation<sup>12</sup>. L'argument est réversible : si tel est le cas, quel intérêt y a-t-il à renverser le principe ? Dans le même sens, il est observé que le contentieux de l'exécution provisoire devant le premier président serait statistiquement très faible. Mais les causes de cette situation sont potentiellement multiples et il serait très aventureux d'en tirer une conclusion dans un sens ou l'autre. En outre, le risque d'une responsabilité objective qui pèse sur le créancier poursuivant sous la contrainte l'exécution provisoire de son titre en cas de renversement ultérieur de celui-ci doit faire souvent préférer dans les faits l'usage de la très forte pression à l'exécution volontaire que constitue la menace d'une radiation de l'appel désormais inscrite à l'article 526 du Code de procédure civile. Tout cela ne suffit-il pas et y a-t-il vraiment beaucoup de gains à attendre concrètement d'une sys-

tématisation de l'exécution provisoire des décisions de première instance ? Quant à la prétendue revalorisation de la première instance qui en résulterait, elle est une vue de l'esprit : qui peut sérieusement croire qu'un plaideur s'expose sciemment à une condamnation en première instance, faute d'exécution provisoire de droit, pour prendre le procès au sérieux en appel ? Et comment se fait-il alors que le taux moyen d'infirmité - qui est certes loin d'être négligeable - ne soit pas plus élevé ?

3° enfin, si l'on renverse le principe, il faudra naturellement réserver la possibilité d'une suspension de l'exécution forcée (ou d'un sursis à exécution). Mais on peut difficilement attendre du juge qui rend une décision qu'il écarte la possibilité de droit de la mettre immédiatement à exécution, car cela passerait pour l'aveu d'un manque de confiance dans son bien-fondé. À moins, évidemment, de ne considérer que les seules conséquences matérielles de l'exécution : mais pourquoi ? Il faudra donc créer une possibilité de suspension (ou de sursis) devant un autre juge ainsi qu'il est préconisé<sup>13</sup>. Mais selon quels critères ? Le rapport propose de retenir les critères du dernier alinéa de l'article 524 du Code de procédure civile en les rendant alternatifs : à ce compte, la possibilité de suspendre l'exécution forcée risque d'être fort déceptive<sup>14</sup>. Comme le suggère le rapport, il conviendrait au minimum d'y ajouter l'existence de motifs sérieux de réformation. Ce qui pourrait alors faire rebondir le contentieux. Où l'on vérifie que le renversement du principe de l'effet suspensif est en réalité loin d'être anodin...

## 2. La déjudiciarisation de l'exécution

8 - Une autre préoccupation du rapport est celle d'une déjudiciarisation accrue de l'exécution. Le mouvement est très vaste et il n'est pas insignifiant que le rapport qualifie « d'importantes avancées » les réformes opérées par la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>15</sup> « par exemple dans le champ du divorce traduisant une volonté de recentrer l'intervention du juge sur sa mission première de règlement des différends »<sup>16</sup>, alors qu'il est de notoriété publique que cette réforme improvisée et mal pensée soulève les plus graves difficultés d'application, au point que la pratique s'ingénie autant que possible à contourner les textes. Nonobstant, plusieurs voies ont été explorées par les rapporteurs pour permettre à cette déjudiciarisation de connaître de nouvelles « avancées » : les unes concernent l'attribution de la force exécutoire à des actes conventionnels non authentiques (A), les autres consistent en des modifications qui pourraient être apportées au fonctionnement de certaines procédures civiles d'exécution (B).

11 On pourrait reprendre ici les propos des auteurs du rapport (*préc. note 1, p. 8*) : « La justice de première instance dialogue continuellement avec la cour d'appel et avec la Cour de cassation. L'organisation de la justice est un continuum dont chaque partie dépend des autres ».

12 *Rapp. préc. note 1, p. 37*.

13 *Rapp. préc. note 1, p. 38*.

14 On rappelle que l'article 524 CPC dispose actuellement : « *Le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives* ».

15 *L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016 : JO 19 nov. 2016, texte n° 1*.

16 *Rapp. préc. note 1, p. 16*.

## A. - L'attribution de la force exécutoire à l'acte conventionnel non authentique

9 - L'attribution de la force exécutoire à l'acte conventionnel non authentique, c'est ce que le rapport appelle la question de « la délégation de la force exécutoire à d'autres que le juge »<sup>17</sup>, comme s'il s'agissait d'une prérogative qui lui appartiendrait, alors qu'elle est en réalité un attribut de l'authenticité qui appartient tout autant à l'acte notarié, en particulier, qu'au jugement. La manière d'envisager la question dans le rapport ne laisse d'ailleurs pas de surprendre : « Si les avocats revendiquent cette possibilité pour l'acte contresigné par avocats laquelle serait selon eux un outil indispensable à la déjudiciarisation et au développement des MARD les autres professionnels restent pour l'essentiel réservés sur cette solution sans pour autant exclure des ouvertures. - Les juridictions y sont très défavorables »<sup>18</sup>.

1° En réalité, pour ce que l'on en sait, la profession d'avocats est loin d'être unanimement favorable à cette réforme, même si le président sortant du Conseil national des barreaux, M. Pascal Eydoux a fortement œuvré en ce sens comme chacun sait ; car beaucoup ont compris que cela impliquerait des responsabilités considérables qu'ils seraient en peine de pouvoir supporter concrètement et n'ont rien à voir avec ce qui est l'objet même de leur profession ;

2° quant au fait que les juridictions y seraient très défavorables, on le comprend assez facilement et on en est fort aise. On se permettra simplement de remarquer que cette juste hostilité à un abandon de l'attribution judiciaire ou notariée de la force exécutoire aux conventions de règlement des litiges<sup>19</sup>, seraient-ils contresignés par avocat, jure avec le souhait apparemment partagé par les auteurs du rapport de recentrer l'activité judiciaire sur le seul traitement du contentieux...<sup>20</sup>

3° Surtout, la question n'est pas de savoir si les avocats le souhaitent et non les magistrats : la force exécutoire n'est pas un jouet dont on peut faire cadeau à une profession parce qu'elle le désire ardemment ou parce que cela pourrait aider à soulager les tribunaux : elle est la conséquence d'une stricte délégation de service public qui est incompatible avec l'indépendance statutaire de l'avocat. Ce que le rapport reconnaît fort justement : « le groupe de travail considère que la question de la délégation de la force exécutoire à des auteurs autres que le juge, des officiers publics ou ministériels ou des agents de l'Etat<sup>21</sup> pose une question de principe et non de régulation des flux judiciaires ». On aimerait qu'il en soit donné acte une bonne fois pour toutes et que chacun prenne définitivement conscience que l'acte d'avocat auto-exécutoire est au propre et au figuré une chimère : un monstre malfaisant né d'une hybridation contre-nature en même temps qu'un projet totalement irréaliste.

17 *Rapp. préc. note 1, p. 27.*

18 *Rapp. préc. note 1, p. 27.*

19 Fort à propos, les auteurs du rapport suggèrent par ailleurs d'harmoniser et de simplifier les conditions d'« homologation » des conventions de règlement des litiges : *Rapp. préc. note 1, p. 26.*

20 *Rapp. préc. note 1, p. 8 et 42 et s.*

21 Sur le cas des caisses d'allocations familiales : *V. Rapp. préc. note 1, p. 43.*

10 - Pourtant, non sans contradiction, le même rapport n'entend pas fermer la porte à un prochain réexamen de la question : « il apparaît sage de revoir cette question à l'aune d'un éventuel essor des procédures amiables et notamment de la procédure participative et après évaluation des difficultés qui pourront surgir devant le JEX à l'occasion de la mise à exécution des accords »<sup>22</sup>. Peut-être parce que ses auteurs ne se font pas une idée claire des tâches qui participent de la mission essentielle de chaque profession ainsi que le laissent à penser d'autres préconisations du rapport, telle la proposition de permettre à de simples auxiliaires de justice de recueillir oralement des prestations de serment actuellement reçues par les greffes<sup>23</sup>, la suggestion de déjudiciariser le contentieux de la révision du montant des pensions alimentaires<sup>24</sup> et la possibilité, difficilement compréhensible, de permettre au bâtonnier d'arbitrer des contestations ou litiges d'honoraires entre avocats et clients avec attribution de droit de la force exécutoire à sa décision, mais sans apposition de la formule exécutoire si l'on comprend bien...<sup>25</sup>

Tout cela manque de logique et ne pourrait qu'aboutir à des difficultés considérables ainsi qu'à des bouleversements en chaîne dont on doute que l'on ait bien pris la mesure. Il faut en revenir à raison : la force exécutoire est un attribut du jugement et de l'acte authentique, elle ne peut être déléguée à l'avocat.

## B. - Des modifications à apporter aux procédures d'exécution

11 - Le rapport contient encore plusieurs propositions de déjudiciarisation ayant pour point commun de se rapporter aux procédures civiles d'exécution et dont on se demande également si la portée a bien été mesurée :

1° ainsi, en cas d'expulsion pourrait être supprimée l'autorisation du juge préalable à la vente des meubles qu'impose aujourd'hui l'article L. 433-2 du Code des procédures civiles d'exécution<sup>26</sup>. Il y aurait évidemment là une simplification précieuse pour le propriétaire expulsant et une économie appréciable pour la justice. Mais a-t-on bien conscience que cette autorisation judiciaire préalable est une garantie de la propriété contre une expropriation pour cause d'utilité privée ?<sup>27</sup>

2° concernant la saisie des rémunérations, l'idée a aussi été émise de supprimer l'autorisation judiciaire préalable à l'instar de la saisie-attribution : « l'huissier pourrait procéder à la saisie des rémunérations pour les montants correspondant au principal, intérêts et dépens », lesquels auraient été préalablement vérifiés par le greffier, le juge conservant naturellement la possibilité de statuer sur contestation<sup>28</sup>. Mais a-t-on bien conscience que les restrictions à la saisie des rémunérations ont été maintenues de propos délibérés, lors de la réforme de 1991-1992, compte

22 *Rapp. préc. note 1, p. 27.*

23 *Rapp. préc. note 1, p. 41.*

24 *Rapp. préc. note 1, p. 43.*

25 *Rapp. préc. note 1, p. 44.*

26 *Rapp. préc. note 1, p. 43.*

27 Aussi bien l'exigence est commune à la vente des biens abandonnés dans les différentes circonstances spécialement envisagées par le législateur : *V. R. Lauba, Droit et pratique des voies d'exécution, S. Guinchard et T. Moussa (dir.) : Dalloz, coll. Dalloz Action, 2015-2016, 8<sup>e</sup> éd., n° 1100 et s.*

28 *Rapp. préc. note 1, p. 43.*

tenu du caractère alimentaire des salaires et de la nécessité de ménager les relations du salarié et de son employeur ? Et n'a-t-on pas oublié que le juge n'intervient pas pour « autoriser » la saisie-attribution mais dans une recherche de conciliation dont les auteurs les plus autorisés ont montré qu'elle conservait toute sa pertinence ?<sup>29</sup>

3° enfin, en matière de saisie immobilière, il a été proposé que la vente par adjudication qui consiste traditionnellement en une mise aux enchères publiques à la barre du tribunal soit remplacée par une vente aux enchères en ligne sous la responsabilité des huissiers devenus commissaires de justice<sup>30</sup>. La solution est effectivement concevable, mais ne craint-on pas d'ouvrir un

29 V. R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution* : Dalloz, 2013, 3<sup>e</sup> éd., n° 572 et 576. Pour ces auteurs, la saisie des rémunérations serait d'ailleurs davantage une procédure administrative que judiciaire (*spéc.*, n° 542).

30 *Rapp. préc. note 1, p. 43.*

nouveau front dans la guerre des professions déjà ravivée par le divorce sans juge et la perspective d'un acte contresigné par avocat exécutoire de droit ?<sup>31</sup> Ou bien s'agirait-il de diviser pour mieux régner ? ■

31 On signalera à cet endroit que le rapport préconise aussi d'établir en la matière un délai butoir pour solliciter l'aide juridictionnelle. On le comprend au vu de certaines stratégies dilatoires bien connues. Mais on ne doit pas ignorer que cela pourrait aussi empêcher de nombreux débiteurs qui adoptent la politique de l'autruche à élever des contestations. En tout cas, on comprend beaucoup moins bien que l'on songe en même temps à ériger un tel délai pour les contestations de la saisie et à soumettre celles qui surviendraient pendant la mise en vente de l'immeuble à la procédure à jour fixe (*Rapp. préc. note 1, p. 43*). Car le contentieux de la saisie immobilière fait déjà l'objet d'une exigence de concentration renforcée : *CPC exéc.*, art. R. 311-5.



3<sup>e</sup> Table ronde, de G à D : Jean-François Sagaut, Claude Brenner, Jacques Pellerin, Cécile Chainais, Charles Jarrosson, Soraya Amrani Mekki

3<sup>e</sup> TABLE RONDE : L'EXÉCUTION

# 15 La force exécutoire de l'acte notarié : une évidente exclusivité



**Jean-François Sagaut,**  
notaire à Paris, docteur en droit<sup>1</sup>

1 - À l'occasion de la cérémonie des vœux qui s'est tenue le 15 janvier dernier dans les locaux du ministère, place Vendôme, Mme Nicole Belloubet, ministre de la Justice, garde des Sceaux, s'est vue remettre les rapports sur les cinq chantiers de la Justice<sup>2</sup>. La remise de ces travaux fait suite à la présentation par le Premier ministre, le 15 octobre de l'année dernière au palais de Justice de Nantes, de cinq chantiers prioritaires dont l'objectif commun est de transformer en profondeur l'Institution en vue notamment de l'adapter aux évolutions rendues nécessaires par la transition numérique et de répondre avec davantage d'efficacité aux attentes des justiciables, le tout dans un objectif affiché de simplification.

2 - Parmi ces rapports, celui consacré à l'amélioration et à la simplification de la procédure civile intéresse plus particulièrement le notariat, en ce qu'il fait état d'une proposition touchant directement à l'un des attributs essentiels de l'acte notarié : la force exécutoire. En marge de développements concernant différentes mesures visant à « Favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des différends à tous les stades de la procédure<sup>3</sup> », le troisième rapport, établi sous la codirection de Mme Frédérique Agostini, présidente du tribunal de grande instance de Melun et de M. Nicolas Molfessis, professeur de droit privé à l'université Paris II - Panthéon Assas, évoque en effet « la délégation de la force exécutoire à d'autres que le juge<sup>4</sup> ».

3 - À travers cette périphrase, les auteurs du rapport se font en réalité l'écho de l'une des propositions phares adressées en juin dernier par le Conseil national des barreaux (CNB) au président

de la République, visant à conférer la force exécutoire à l'acte contresigné par un avocat<sup>5</sup>. Si cette proposition en forme de revendication n'est pas nouvelle<sup>6</sup>, elle mérite cependant que l'on s'y arrête eu égard à la gravité des conséquences qu'aurait son adoption sur l'organisation du système juridique et judiciaire en général, et sur la profession notariale en particulier. De fait, invité à se prononcer sur cette proposition par les institutions représentatives des avocats au cours des États généraux du droit de la famille, le 25 janvier dernier, le directeur des affaires civiles et du Sceau, M. Thomas Andrieu, a fait savoir que cette question n'était pas à l'ordre du jour. Il n'a cependant pas exclu toute évolution sur ce point dans les années à venir<sup>7</sup>.

4 - À ce jour, on ne sait pas si la réforme programmée de la procédure civile empruntera la voie législative ou réglementaire. Toujours est-il que si, de manière générale, la procédure civile relève de l'article 37 de la Constitution, il ne semble pas en aller de même d'une éventuelle réécriture des dispositions de l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution, fixant limitativement la liste des titres exécutoires<sup>8</sup>. Toutes modifications apportées aux conditions d'attribution de la force exécutoire, en ce qu'elles touchent à l'imperium et mettent en cause la protection des droits individuels, nécessiterait sans nul doute un texte de nature légale<sup>9</sup>.

5 - En outre, si le rapport précité évoque de façon générale « la délégation de la force exécutoire à d'autres que le juge », il s'agit clairement d'une demande des avocats qui y voient « un outil indispensable à la déjudiciarisation et au recours aux MARD<sup>10</sup> ». Les autres professionnels, quant à eux, « restent pour l'essentiel réservés sur cette solution, sans pour autant exclure les ouver-

1 L'auteur remercie le Cridon de Paris et particulièrement son directeur Pierre-François Cuif pour son précieux concours à la réalisation de la présente étude.  
2 V. dans ce numéro, Th. Andrieu, *Chantiers de la justice. Pour une nouvelle donne procédurale*, note 4, 6, 7, 8, 9, 10.  
3 In *Rapport N. Molfessis, F. Agostini, Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile : Ministère de la Justice, 2018*, p. 25 et s.  
4 *Rapp. préc. note 2*, p. 27.

5 V. CNB, *Les dix propositions du Conseil national des barreaux au président de la République*, 15 juin 2017 : JCP G 2017, prat. 752.  
6 V. déjà CNB, *Justice du XXI<sup>e</sup> siècle - Les propositions du Conseil national des barreaux (livre blanc)* : CNB, févr. 2014, p. 16.  
7 V. D. Coiffard, *La force exécutoire est indissociable des notions d'autorité et de délégation de service public* : *Gaz. Pal.* 30 janv. 2018, n° 4, p. 9.  
8 *Rapp. Cons. const.*, 23 juill. 1999, n° 99-416 DC, spéc. cons. 39 : JO 28 juill. 1999, p. 11250.  
9 V. R. Perrot et Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution* : Dalloz, 2013, 3<sup>e</sup> éd., n° 2 et s. distinguant soigneusement la procédure civile et les voies d'exécution par leur finalité, leur méthode et leur domaine. - V. aussi Ph. Théry, *La place des procédures civiles d'exécution*, in *La réforme des procédures civiles d'exécution, numéro spécial, hors-série : RTD civ.* 1993, p. 1 et s., spéc. n° 7 : « Si le droit judiciaire a pu être, pour l'essentiel, réformé par la voie réglementaire, il aura ici fallu une loi, d'un volume respectable. La matière, il est vrai, met en cause des principes essentiels. »  
10 *Rapp. préc. note 2*, p. 27.

tures<sup>11</sup> ». Quant aux juridictions, le rapport note qu'elles y sont très défavorables<sup>12</sup>. C'est dire que l'idée même de déléguer la force exécutoire à d'autres professionnels du droit est loin de faire l'unanimité. Ses implications dépassent largement les seuls intérêts catégoriels, pour concerner l'institution judiciaire dans son ensemble et, à travers elle, un système dominé par un impératif d'intérêt général visant à protéger les justiciables contre un emploi arbitraire de la force publique.

6 - Cela étant, afin de bien comprendre les enjeux, il convient tout d'abord de rappeler les principales caractéristiques de cet acte auquel il serait question de reconnaître l'un des attributs essentiels de l'acte notarié. On se souvient qu'à la suite du rapport Darrois, la loi du 28 mars 2011<sup>13</sup> a créé l'acte contresigné par un avocat, lequel a depuis rejoint les pages du Code civil<sup>14</sup>. Les attributs de cet acte et son utilité pratique tiennent à deux aspects : celui-ci « fait foi de l'écriture et de la signature des parties »<sup>15</sup>, et se trouve « dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi »<sup>16</sup>.

7 - L'acte contresigné par un avocat possède donc une force probante supérieure à celle de l'acte sous seing privé, dans la mesure où les parties ne peuvent pas dénier leur signature. Et il implique en outre que les parties aient reçu le conseil d'un avocat, ce qui justifie l'éviction des mentions manuscrites destinées à protéger le consentement des signataires. Si l'acte contresigné par un avocat partage cette dernière caractéristique avec l'acte notarié<sup>17</sup>, la ressemblance entre les deux actes s'arrête là. En particulier, la force probante de l'acte contresigné par un avocat est inférieure à celle d'un acte notarié.

Au contraire du second, le premier ne fait pas foi de son contenu jusqu'à inscription de faux<sup>18</sup>. L'acte contresigné par un avocat et l'acte notarié n'offrent donc pas les mêmes garanties.

8 - À cet égard, la proposition du CNB procède d'une forme d'assimilation entre la force *obligatoire* et la force *exécutoire*, la seconde étant présentée comme le prolongement « naturel » de la première : doté de la force obligatoire, il serait dans la logique des choses que l'acte contresigné par un avocat se voit également reconnaître la force exécutoire. Or, cette présentation des choses est erronée. Les notions de force obligatoire et de force exécutoire sont nettement distinctes. Elles ne sont pas interdépendantes et ne sauraient, dès lors, être confondues. Il suffit, pour s'en convaincre, d'en rappeler brièvement la définition.

9 - Ainsi, la force *obligatoire* est attachée à tout contrat valablement formé. Elle désigne le fait que celui-ci crée des obligations

qui s'imposent aux parties, et dont le respect peut leur être imposé moyennant le préalable de l'intervention du juge. C'est ce principe qu'exprime la règle posée par l'article 1103 du Code civil, selon laquelle « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.* », règle qui trouve son prolongement dans les dispositions de l'article 1194 du même code, qui ajoutent que « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.* ».

10 - La force *exécutoire* désigne, quant à elle, le fait qu'un acte puisse, en lui-même et sans qu'il soit besoin d'en passer par le juge, donner lieu à des mesures d'exécution forcée. C'est la force exécutoire attachée, par exemple, à un contrat de prêt constaté par acte notarié qui permet au créancier, en cas de défaillance du débiteur, de diligenter directement une mesure de saisie sur les biens de ce dernier sans l'intervention du juge. Pour le créancier, la force exécutoire est donc à la fois porteuse d'un avantage d'ordre juridique - elle agit comme une sûreté<sup>19</sup> - mais aussi d'ordre économique : en supprimant l'obligation d'obtenir en justice un titre exécutoire, elle est à la fois synonyme de gain de temps et d'argent<sup>20</sup>.

11 - Si, donc, la force obligatoire traduit simplement le fait qu'en signant un acte, les parties s'imposent à elles-mêmes l'obligation

d'en respecter les termes, la force exécutoire va bien au-delà, en ce qu'elle implique de la part de ces mêmes parties que celles-ci acceptent par avance de se voir imposer, y compris contre leur gré, le respect de leurs obligations sans le contrôle préalable du juge. Bien qu'elles se rapportent toutes deux aux effets d'un acte juridique, force

obligatoire et force exécutoire n'ont donc ni la même nature ni la même portée. Il s'agit de deux notions totalement différentes et qui ne sont aucunement liées.

12 - On comprend dès lors mieux pourquoi la force obligatoire est une qualité « naturelle », de tout acte juridique, indépendamment de la qualité de son auteur, alors qu'en raison de sa gravité la force exécutoire est au contraire une qualité « accidentelle » que le législateur n'attribue que de façon exceptionnelle et limitative à certains actes, au nombre desquels figurent les actes reçus par les notaires. De fait, à travers la force exécutoire c'est une prérogative de puissance publique qui est en cause : celle de requérir le concours de la force publique pour sanctionner le respect d'intérêts privés. Qu'un acte juridique soit obligatoire mais non exécutoire n'est donc, au fond, qu'une situation normale et non une infirmité : c'est ce recommande la sauvegarde la plus élémentaire des droits du justiciable. Il n'y a dès lors aucune incohérence à affirmer qu'un acte est obligatoire sans pour autant lui reconnaître un caractère exécutoire. Dans ces conditions, « [...] on ne voit pas qu'il puisse appartenir aux

**« Bien qu'elles se rapportent toutes deux aux effets d'un acte juridique, force obligatoire et force exécutoire n'ont ni la même nature ni la même portée. »**

11 *Rapp. préc. note 2, p. 27.*

12 *Rapp. préc. note 2, p. 27.*

13 *L. n° 2011-331, 28 mars 2011, de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées : JO 29 mars 2011, texte n° 1.*

14 *C. civ., art. 1374.*

15 *C. civ., art. 1374, al. 1<sup>er</sup>.*

16 *C. civ., art. 1374, al. 2.*

17 *C. civ., art. 1369, al. 3.*

18 *C. civ., art. 1371.*

19 *V. en ce sens étude M. Julienne, Le caractère exécutoire de l'acte authentique - La force publique au service des contractants : JCP N 2014, n° 29, 1250, spéc. p. 25 et s., n° 11 et s.*

20 *V. E. Mackaay, Les enjeux économiques de la reconnaissance du titre exécutoire conventionne, in Sources et instruments de justice en droit privé, N. Kasirer, P. Noreau (dir.) : Les éditions Thémis, 2002, p. 533-547.*

particuliers d'attribuer force exécutoire aux actes qu'ils passent indépendamment d'un choix de principe qui ne peut appartenir qu'à l'État, s'agissant de la mise en œuvre sur son territoire de la contrainte par le recours, au besoin, à la force publique<sup>21</sup>. »

13 - Même si elle sans doute porteuse d'une forme de supériorité de l'acte notarié sur l'acte d'avocat, la force exécutoire ne saurait donc être vue comme une simple « faveur » accordée aux notaires au détriment des avocats. Il s'agit bien plutôt du corollaire des obligations qu'impose aux notaires leur statut d'officier public et ministériel, autrement dit de la tutelle qu'exerce l'État sur les membres de la profession. Or, les avocats se sont toujours montrés hostiles à cette mainmise de l'autorité étatique sur leur activité et revendiquent au contraire farouchement leur indépendance. Plus précisément, la force exécutoire suppose la réunion de trois critères que seul l'acte notarié est propre à satisfaire.

14 - Un critère organique, tout d'abord. Professionnel libéral au même titre que les avocats, les notaires s'en distinguent cependant fondamentalement en ce qu'ils sont des officiers publics dont le statut est constitué d'un corps de règles contraignantes, révélatrices de la tutelle de la Chancellerie sur la profession. En témoignent notamment les conditions de nomination, d'installation, d'exercice et de rémunération, dont le notaire n'a pas la maîtrise, ou encore une soumission constante au contrôle des parquets généraux. D'un point de vue organique, l'acte notarié est donc un acte reçu par une autorité soumise à un rigoureux contrôle de l'État.

15 - Un critère matériel, ensuite. Les notaires sont délégués de l'autorité publique et c'est à ce titre qu'ils exercent le service public de l'authenticité. C'est ainsi que le notaire exerce son ministère non pour son propre compte, mais pour le compte de l'État. D'où d'ailleurs, l'obligation faite aux notaires de prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis<sup>22</sup>. Tiers aux parties, le notaire est tenu d'un devoir d'impartialité. Il est en effet chargé, non de défendre les intérêts de son client, mais bien plutôt de faire appliquer la loi. Ce contrôle de légalité est inhérent à la fonction d'authentification qui lui échoit<sup>23</sup>, si bien que la force exécutoire apparaît en réalité comme la « récompense du contrôle de légalité que le notaire est tenu d'opérer lorsqu'il instrumente<sup>24</sup>. » L'officier public est certes tenu d'assurer l'efficacité de ces actes, mais il ne peut le faire que dans le respect de la loi et des droits des tiers. Comment dans ces conditions envisager de conférer aux avocats la faculté d'attribuer la force exécutoire à leurs actes, sachant que chaque avocat ne représente jamais que sa partie ?

16 - Un critère formel, enfin. Les actes notariés sont soumis à de strictes conditions de forme, issues pour l'essentiel du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires. Ces exigences formelles sont les garanties nécessaires à l'octroi de la force exécutoire : incapacités d'instrumenter des-

tinées notamment à prévenir tout conflit d'intérêts, normes de rédaction et de conservation des actes, tenue du répertoire, etc. Il s'agit de garantir l'intégrité, la conservation et la traçabilité des actes notariés compte tenu de la gravité des effets attachés à la force exécutoire. Or, l'acte contresigné par un avocat n'est en aucun cas soumis à des exigences équivalentes ou même semblables.

17 - La force exécutoire se présente ainsi comme le fruit d'un ensemble de règles contraignantes qui s'imposent au notaire en sa qualité de délégué de l'autorité publique, dont l'objectif est de limiter le risque que l'État confère à tort l'exécution forcée à un acte juridique. À cet égard, les débats qu'a pu susciter, au Québec, la proposition de conférer la force exécutoire aux actes reçus par les notaires sont tout à fait révélateurs. Il est patent de constater la place tout à fait essentielle qu'occupent - au sein d'une étude pourtant essentiellement menée sous un angle économique, il faut le souligner -, les considérations tenant à l'existence, chez les professionnels susceptibles de voir reconnaître la faculté de conférer à leurs actes la force exécutoire, de règles de conduites ayant pour objectif d'assurer un très haut degré d'impartialité et une présentation équilibrée des différends<sup>25</sup> et ce, afin d'éviter les conséquences néfastes qu'il y aurait pour l'État à autoriser à tort l'emploi de la force publique. Au fond, il s'agit rien moins que de s'assurer que le professionnel auquel on confie cette responsabilité présente des garanties équivalentes à celles du juge<sup>26</sup>.

18 - À cet égard, la faculté pour les avocats de conférer à tout contrat la force exécutoire, ne serait pas seulement une remise en cause indirecte mais certaine du statut du notariat, mais serait bien plus gravement porteuse d'une atteinte au respect de l'État de droit, lequel implique notamment que le concours de la force publique ne puisse être accordé que sous réserve du respect d'un certain nombre d'exigences de nature à garantir contre le risque d'arbitraire.

19 - En définitive, « [...] on ne peut réclamer la possibilité d'asortir un acte de la formule exécutoire sans accepter, tant pour la profession, que pour la rédaction des actes, un ensemble de règles rigoureuses<sup>27</sup> ». Les avocats dans leur ensemble souhaitent-ils vraiment ce changement ? On peut en douter. Comme l'avait résumé l'ancien garde des Sceaux, M. Jean-Jacques Urvoas, « En l'état, l'acte d'avocat ne peut être doté de la force exécutoire, car son auteur n'est pas officier public et ministériel. Ce n'est pas une question de compétence, c'est une question de statut<sup>28</sup> ». La faculté de délivrer des titres exécutoires ne peut être accordée aux avocats car elles n'entrent pas dans le champ de leurs missions. Il s'agit bien la de l'alpha et de l'oméga de notre système de droit qu'on ne saurait raisonnablement modifier, sauf à vouloir s'attaquer aux cariatides qui soutiennent le droit continental. Or telle n'est assurément pas l'ambition affichée d'un chantier de la Justice qui se veut au contraire confortatif du modèle français. ■

21 L. Aynes (dir.), *L'authenticité - Droit, histoire, philosophie : La Documentation française*, 2013, 2<sup>e</sup> éd., n° 86.

22 Loi contenant l'organisation du notariat (loi 25 ventôse an XI, art. 3).

23 L. Aynes (dir.), *L'authenticité - Droit, histoire, philosophie*, préc. note 21, n° 63.

24 L. Aynes (dir.), *L'authenticité - Droit, histoire, philosophie*, préc. note 21, n° 92.

25 V. E. Mackaay, préc. note 19.

26 V. E. Mackaay, préc. note 19.

27 Ph. Théry, *L'efficacité de l'acte notarié : force et faiblesses : JCP N 2012, n° 23, 1249, p. 35.*

28 AG Conf. des bâtonniers, conf. de presse, 27 janv. 2017 : JCP N, n° 6-7, 10 fév. 2017, En bref p. 16.

4<sup>E</sup> TABLE RONDE : LES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES (MARL)

# 16 Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire



## Soraya Amrani Mekki,

professeure à l'université Paris Nanterre,  
membre du Centre de droit civil des affaires  
et du contentieux économique

### 1 - Le chantier de l'amiable. Justice amiable ou justice privée ?

- L'amiable occupe une place centrale dans le rapport remis au garde des sceaux le 15 janvier dernier par Mme F. Agostini et M. N. Molfessis sur l'« amélioration et la simplification de la procédure civile »<sup>1</sup>. Le mouvement vers une justice amiable est aujourd'hui accéléré, même si le rapport n'est encore qu'une étape vers une nouvelle conception des rapports entre l'amiable et le juridictionnel. À l'instar du Code de procédure civile, il s'agit là d'un « chantier permanent »<sup>2</sup> parce qu'au-delà des techniques contractuelles et processuelles mobilisées, voire créées, c'est une reconfiguration des rapports à la justice et au droit qui est à l'œuvre. Le récent rapport apporte sa pierre à l'édifice et marque beaucoup plus nettement une avancée vers une justice amiable faisant du juge un recours subsidiaire<sup>3</sup> ou complémentaire. Malheureusement, la construction de cette justice amiable se fait par la technique sans qu'une conception globale du sens de l'amiable y ait précédé. Or, les options techniques proposées auront des conséquences importantes, tant sur la conception de la justice que sur le rôle de ses différents acteurs. L'incitation à l'amiable semble notamment se faire principalement par souci de traitement simplifié des petits litiges, au point qu'entre justice amiable et justice privée le glissement se fait insidieusement. Le commentaire des propositions formulées ne peut dès lors se faire sans une réflexion sur la politique amiable.

### 2 - La politique amiable. Une justice amiable à double vitesse ?

- Il est tentant de résumer la politique amiable, soit à une pure gestion managériale de la justice, soit au contraire à une saine volonté de pacifier les relations sociales. En vérité, elle est l'une

et l'autre. Il s'agit sans conteste de repenser l'accès au juge pour désencombrer les rôles des juridictions de tout ce qui pourrait être traité plus efficacement à l'amiable. Il s'agit aussi d'avoir l'humilité de dire que le jugement n'est pas toujours adapté au traitement du litige, qu'il peut ne pas être le point d'aboutissement d'une querelle mais, au contraire, le point de départ d'une nouvelle discorde envenimée.

La politique amiable consisterait à discerner les besoins de recours au juge par catégorie de litiges, de profils des parties ou plus largement de situations litigieuses. Il faut convenir qu'il y a là une difficulté d'identification majeure. Cette politique doit aussi garantir la qualité du processus amiable qui ne doit pas porter une atteinte substantielle à l'accès au juge<sup>4</sup>. Pour ce faire, encore convient-il au préalable de s'entendre sur ce qui est attendu du processus amiable. Or, concevoir l'amiable n'est pas chose aisée car les textes et les pratiques reposent sur des philosophies bien différentes.

Deux conceptions de l'amiable peuvent être schématiquement distinguées même si elles peuvent parfois se recouper et se superposer<sup>5</sup>. Dans une première conception, la justice amiable est entendue comme une négociation à partir d'une anticipation de la solution juridique au litige. Il s'agit alors de transiger par des concessions réciproques au regard de ce que le juge aurait pu décider. On comprend le lien étroit avec la question de la justice prédictive<sup>6</sup>. Dans une conception différente, portée par les

4 CEDH, 26 mars 2015, n° 11239/11, *Mom ilovi c/ Croatie*.

5 Sur ces archétypes, V. not. S. Amrani Mekki, *Le déploiement des modes amiables de résolution des différends : Vers une justice approximative in Derecho, Justicia, Universidad, Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos : éd. universitaria Ramon Areces, 2017, p. 61 et s., spéc. n° 24-25.* - S. Amrani Mekki, *La médiation judiciaire, La médiation : un mode alternatif de règlement des différends parmi les autres ?*, *Le contexte juridique national et européen, Impact et signification des modifications législatives et réglementaires (not. le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015)*, *Conférence ENM, 17 juin 2016 : Cahiers de la justice ENM.* - S. Amrani Mekki, *Faut-il réformer le cadre de la médiation ? in La médiation au service de l'entreprise : CDE 2016, dossier 26, p. 66 et s.* - *Le statut du médiateur, colloque, Tunis, 10 mars 2017 in La médiation dans tous ses états : Pedone, 2018, p. 43 et s.* - Comp. présentant les modèles qualifiés de « thérapie » et « d'expertise », X. Lagarde, *Les chimères de l'alternativité, Droit, Histoire, Anthropologie*, S. Amrani Mekki, G. Davy, S. Kerneis et M. Roccati (dir.) : *Mare et Martin, 2018, p. 244 et s.*

6 V. par ex. le rapport de Ph. Bas, *Mission d'information sur le redressement de la justice, Cinq ans pour sauver la justice* : <https://www.senat.fr/rap/r16-495/r16-4951.pdf>, spéc. p. 138 : « Les outils de « justice prédictive » peuvent aussi contribuer à réduire la saisine des juridictions. En effet, exploitant la masse des décisions de justice, qui seront de plus en plus nombreuses à être en libre accès en vertu du principe adopté par le législateur dans la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 précitée, sous les réserves déjà exprimées, de tels outils pourront permettre de connaître les solutions statistiquement les plus probables dans un contentieux donné ou le montant prévisible des dommages et intérêts. Dans ces conditions, si l'affaire représente un enjeu financier limité, les parties pourront avoir intérêt à s'entendre plutôt que de saisir la juridiction, ce qui représenterait un gain de temps et d'argent pour elles ».

1 F. Agostini et N. Molfessis, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile : Ministère de la Justice, 2018.* - V. not. JCP G 2018, act. 237, *Aperçu rapide* J. Théron.

2 G. Wiederkehr, *L'accélération des procédures et les mesures provisoires : RID comp. 1998, spéc. p. 449.*

3 A. Garapon, *Rapport de l'IHEJ. La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXI<sup>e</sup> siècle : La Documentation française, juill. 2013.* - P. Delmas-Goyon, *Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice. Le juge du 21<sup>ème</sup> siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice : La Documentation française, déc. 2013.* - D. Marshall, *Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice. Les juridictions du XXI<sup>e</sup> siècle : une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice : La Documentation française, déc. 2013.*

spécialistes des modes amiables, le développement de l'amiable est conçu comme un mode de reconstruction du lien social par la qualité de l'écoute, la communication non violente et les techniques de reformulation ou de négociation raisonnée. Il s'agit d'aller rechercher derrière le litige le conflit sous-jacent. Le litige n'est en effet que la traduction juridique d'un conflit qui peut être de toute autre nature. La solution juridique peut ainsi être impropre à régler le conflit et susciter au contraire la résurgence d'un nouveau litige<sup>7</sup>. La finalité est alors de construire un accord qui n'est pas nécessairement juridique, à partir d'un travail sur les valeurs et les intérêts de chacun.

La politique amiable qui est menée depuis de nombreuses années n'a pas pris parti sur ces modèles qui ne sont parfois même pas perçus et reconnus. L'obsession pour l'amiable comme mode de gestion des flux amène au contraire à ajouter à la diversité des formes de justice amiable et à confondre justice amiable et justice privée. Il est notable à cet égard que l'article 1er du nouveau Code de procédure civile québécois ne traite pas de modes amiables mais de modes privés de résolution des litiges. L'amiable y est conçu comme un moyen de traiter des petits litiges de masse. La reconstruction du lien social par les techniques de communication n'est plus de mise, pas plus que la négociation à partir d'une anticipation de la solution. Il s'agit bien plus de proposer de s'accorder sur la solution anticipée et non de négocier réellement, faute de temps, à partir de ce qui ne devrait être qu'une donnée de la négociation. La justice amiable à double vitesse est alors en marche.

**3 - La codification de l'amiable. Principes directeurs et dispositions communes.** - Un chantier de l'amiable aurait sans doute nécessité une réflexion sur des principes directeurs de l'amiable qui auraient toute leur place au fronton du Code de procédure civile. Comme pour les autres dispositions, allant du général au particulier, il faudrait reconstruire les articles traitant de l'amiable. « La codification de l'amiable »<sup>8</sup> témoigne en effet d'un empilement de textes dont les contours sont difficilement lisibles et parfois incohérents. Le rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile préconise certes une réécriture indispensable pour mise en cohérence des textes sur l'homologation des accords, mais c'est l'ensemble des dispositions qui devraient être repensées.

Le Livre 5 du Code de procédure civile, consacré aux modes de résolution amiable des différends, est largement dépassé et manque de cohérence non seulement avec les autres dispositions du Code mais aussi avec celles des autres codes et lois éparses. En la matière, la confusion règne. Les difficultés terminologiques, concernant la distinction du conciliateur et du médiateur notamment, ne font que témoigner des rôles différents qui leur sont assignés dans des matières où le mot « amiable » n'a

pas toujours le même sens. Le médiateur qui a en théorie interdiction de proposer un accord se voit ainsi parfois reconnaître ce pouvoir dès lors que la sensibilité de la matière litigieuse, la vulnérabilité des parties ou le caractère collectif du litige impose un contrôle étatique plus poussé sur le processus amiable. On notera ainsi avec intérêt que le médiateur de la consommation ou le médiateur dans les actions de groupe en matière de santé, a un statut spécifique et pour mission de proposer un accord. Ce qui est vrai du statut et des fonctions du tiers l'est aussi du type de contrôle opéré par le juge qui de facultatif devient parfois obligatoire. Le contrôle léger se fait parfois plus poussé. De sorte que ce sont tous les textes sur les modes amiables qu'il faudrait remettre à plat pour redonner cohérence à l'ensemble.

Plus techniquement, la politique juridique menée consiste à reconnaître une dimension amiable du procès. L'alternative laisse place à l'alternance voire à une coopération du judiciaire et de l'amiable. Par conséquent, la relégation de l'amiable dans le Livre 5 n'a plus de sens. L'amiable doit innover toutes les dispositions du Code de procédure civile. Il en est de même des dispositions sur la preuve. C'est à une refonte plus globale du Code qu'il faut appeler, pour rappeler que l'amiable est une voie offerte tout au long de la procédure, ce qui justifie sa place dans les dispositions liminaires comme dans le Livre premier du Code sur les dispositions communes, au-delà des seuls outils de conciliation et de médiation. Il serait ainsi possible d'ajouter à l'article 2 du Code et préciser que les parties peuvent conduire l'instance par une procédure participative, laquelle pourrait être envisagée dans de nombreuses autres dispositions, notamment celles relatives à la recherche des éléments de preuve<sup>9</sup>.

**4 - Les enjeux de l'amiable. Désubstantialisation du droit ou revitalisation de la justice ?** - Les enjeux liés à la politique amiable sont d'importance car elle dessine les rapports du justiciable à la justice et au droit. Derrière leur apparence technique, les préconisations des chantiers justice sur l'amiable portent un choix de société.

L'accord n'est pas la stricte application de la règle de droit, même prédite au plus juste. Il s'agit de trouver une solution au litige et non de dire le droit. La justice amiable conduit ainsi à penser une justice « hors la loi » qui demeurerait justice même sans juge et sans droit.

Le chantier de l'amiable n'est pas réductible aux outils qu'il utilise. La lecture des différents chantiers doit d'ailleurs se faire en parallèle. Le rapport de MM. J.-F. Beynel et D. Casas sur la « Transformation numérique »<sup>10</sup> de la justice préconise en effet les médiations numériques et la construction d'une procédure de médiation préalable schématisée<sup>11</sup>. La lecture des rap-

7 Y. Chalaron, *Rapport de synthèse au colloque sur la médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail* : *Gaz. Pal.* 1999, p. 1934 « la médiation même de l'article 131-1 du NCPC montre bien qu'à partir d'un « litige », phénomène essentiellement juridique, et dont l'appréhension par le juge est étroitement corsetée, le médiateur va librement pénétrer dans un « conflit », phénomène beaucoup plus complexe qui met en œuvre souvent dans le non-dit, non seulement des prétentions juridiques mais aussi des ressorts les plus divers de l'âme humaine ».

8 S. Amrani Mekki, *La codification de l'amiable in Quarantième anniversaire du Code de procédure civile*, C. Puigelier et I. Pétel Teyssié (dir.) : *Panthéon Assas Paris II, Hors coll.*, févr. 2016, p. 97 et s.

9 V. *Commission présidée par M. Le Breton de Vannoise* dont la soussignée a été membre. Un projet de décret avait été soumis qui intégrait l'acte contresigné par avocat dans les dispositions probatoires. V. R. *Le Breton de Vannoise, La justice du 21<sup>e</sup> siècle en marche, l'acte de procédure d'avocats* : *Gaz. Pal.* 10 mars 2015, p. 4 et s. - R. *Le Breton de Vannoise, Proposition de création d'une nouvelle notion en procédure civile, l'acte de procédure d'avocats* : *Gaz. Pal.* 18 janv. 2014, p. 16 et s.

10 J.-F. Beynel, et D. Casas, *Chantiers de la justice. Transformation numérique : Ministère de la Justice* ; *JCP G 2018, act. 133, Aperçu rapide B. Deffains et J.-B. Thierry.*

11 Sur les chantiers justice, V. S. Amrani Mekki, *Les chantiers de la justice Numérique, Procédure civile et Réseau des juridictions : le rationnel est-il toujours raisonnable ?* : *Gaz. Pal.* 6 févr. 2017, n° 5, p. 67.

ports permet de dégager des options techniques qui, de l'aveu même de leurs auteurs, sont évolutives. Rapports d'étape vers la construction d'une justice amiable (1), ils dessinent, de manière implicite, les plans de conception d'une justice amiable et plurielle aux incidences multiples et fondamentales (2).

## 1. La construction de l'amiable

5 - Les outils amiables, qui doivent désormais être présents dans la boîte à outils des juges, des avocats comme de tout professionnel du droit (juriste d'entreprise, notaire, huissier, expert...), sont précisés par ce nouveau chantier de l'amiable (A) qui a pour principal objectif d'en inciter sinon d'en forcer l'utilisation (B).

### A. - Les outils de l'amiable

6 - **Variété des outils.** - La volonté d'inciter au passage par l'amiable a conduit le législateur, comme la pratique, à multiplier les outils amiables. Conciliation, médiation, processus collaboratif ou encore procédure participative sont autant d'outils offerts aux parties pour régler leur conflit. Certains s'utilisent obligatoirement hors le juge (processus collaboratif), d'autres imposent la présence d'avocats (procédure participative) ou d'un tiers (médiation). Quoiqu'il en soit, ces outils ne s'excluent pas les uns les autres. Il est possible de passer d'un mode amiable à un autre, voire de les combiner lorsque, par exemple, il s'agit de faire intervenir un médiateur dans un processus collaboratif ou une procédure participative.

La seule nouveauté envisagée dans le rapport numérique concernerait la procédure participative tentée avant saisine du juge et pour laquelle les pièces échangées deviendraient confidentielles<sup>12</sup>, alors qu'aujourd'hui la communication de la convention et des pièces échangées est la règle<sup>13</sup>.

De ce point de vue, les rapports des chantiers sur la justice n'innovent pas en ce qu'ils ne créent pas un nouvel outil amiable mais visent à en renforcer l'utilisation en les modernisant et en les intégrant au schéma procédural.

7 - **Variété des usages.** - Le rapport, s'il ne crée pas de nouveaux outils, envisage de nouveaux modes d'utilisation. Le premier concerne l'utilisation des modes amiables pour compléter la décision du juge par une sorte de séquençage de la résolution du litige. Issue d'une préconisation du tribunal de grande instance de Paris, l'idée est de limiter l'intervention du juge à une décision sur le principe de responsabilité ou la validité d'un titre. Il renverrait les parties à un processus amiable pour déterminer les modalités de réparation ou d'indemnisation<sup>14</sup>. L'exemple est pris de la procédure d'action de groupe mais elle peut aussi s'inspirer des condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme qui renvoie aux parties l'évaluation de l'indemnisa-

tion idoine. Il est envisagé que l'usage des algorithmes prédictifs ou de la solution rendue dans un contentieux sériel permettrait de faciliter l'accord. L'office du juge se limiterait au droit mais plus aux conséquences factuelles.

Une autre nouveauté concerne l'auteur de la conciliation, par une généralisation du pouvoir de délégation par le juge de sa mission de conciliation hors textes spéciaux<sup>15</sup>, mais surtout par la possibilité pour le greffier d'y procéder<sup>16</sup>. Les greffiers, s'ils sont informés des processus amiables, ne sont pourtant pas formés pour en user. Il est d'ailleurs étonnant que le rapport n'ait pas envisagé plus directement la possibilité pour l'expert de faire office de conciliateur alors que l'interdiction qui lui est faite à l'article 240 CPC de concilier les parties est une singularité française souvent critiquée<sup>17</sup>.

8 - **Modernité des outils.** - La modernisation des outils amiables se fait par leur projection dans une nouvelle dimension numérique. Les professionnels du droit ont d'ores et déjà investi la question. Si les huissiers de justice ont mis en place la plate-

**« Si la médiation devait devenir un passage amiable obligatoire, la mise en place par le service public d'une offre numérique devra y être associée. »**

forme *medicys*<sup>18</sup>, les avocats<sup>19</sup> et les notaires<sup>20</sup> ont les moyens, via leurs propres plateformes, de les proposer rapidement. Des *legal-techs* peuvent également proposer leurs services à l'instar du site *demandjustice.fr*<sup>21</sup>. À cet égard, le rapport sur le numérique fait le choix de la régulation plutôt que

de la réglementation s'appuyant sur la richesse des innovations qui pourraient être encadrées par un système de labellisation conditionnée par le respect de principes généraux : « Le ministère de la Justice ne saurait décider qu'il existe une seule plateforme numérique de règlement alternatif des litiges. De la concurrence et de l'imagination créative naîtront les outils les plus efficaces »<sup>22</sup>.

La mise en place d'une médiation numérique par le ministère de la Justice est également prônée, qui n'aurait pas nécessairement le même « marché » ni les mêmes interlocuteurs. Si la médiation devait devenir un passage amiable obligatoire, la mise en place par le service public d'une offre numérique devra y être associée. Il existe déjà des médiateurs rémunérés à la vacation

15 Une modification de l'article 129-2 CPC est envisagée.

16 F. Agostini et N. Molfessis, *préc. note 1*. Le rapport considère que tel est déjà le cas par référence à COJ, art. R. 131-10, al. 3 qui dispose « Ces greffiers assurent l'accueil et l'information du public, la réception, la préparation et le suivi des procédures alternatives aux poursuites ; ils prêtent leur concours au bon déroulement des actions tendant à la résolution amiable des litiges » mais rien dans le texte ne lui confie directement la mission de conciliation.

17 En revanche, il est envisagé une expertise amiable dont l'articulation avec la procédure participative et l'acte contresigné par avocat n'est pas limpide faute de précisions : *préc. note 13*.

18 <http://www.medicys.fr/>. - La Semaine Juridique Edition Générale n° 50, 11 Décembre 2017, 1328 - V. 3 questions à Me Christine Valès, présidente de l'Association Médicys, centre de médiation et de règlement amiable des huissiers de justice « Tous les mois, plusieurs centaines d'entreprises choisissent Médicys pour leurs litiges de la consommation » : JCP G 2017, prat. 1328.

19 <http://www.cnma.fr/>.

20 <http://www.mediation.notaire.fr/>.

21 <http://www.demandjustice.fr/>.

22 J.-F. Beynel et D. Casas, *préc. note 9, spéc. Livret 1, p. 11*.

12 F. Beynel et D. Casas, *préc. note 10, spéc. p. 11*.

13 CPC, art 1560 *in fine*.

14 F. Agostini et N. Molfessis, *préc. note 1, spéc. Livret 3, p. 25*.

dans les juridictions. Le service devrait se transposer numériquement, ce qui suppose de concevoir la médiation numérique. Celle-ci peut, d'abord, consister à une mise en relation des parties avec un centre de médiation ou un tiers médiateur, à l'instar de la plateforme mise en place par les notaires, pour une rencontre en présentiel. Dans cette hypothèse, le numérique n'est qu'un facilitateur de mise en relation. Il est cependant possible d'aller plus loin et de concevoir une médiation entièrement dématérialisée. Elle prend alors des formes variées allant d'une médiation automatisée par la formulation d'offres à la rencontre virtuelle avec un médiateur (en audio ou en visioconférence). Il va sans dire que cette implication à distance du médiateur étonne quant au rôle qui lui est assigné de renouer un dialogue et de rechercher un lien où la distance numérique pourrait poser difficulté. Il est certes possible de rencontrer un médecin en ligne mais c'est ici une autre dimension et une autre méthodologie qui devraient se mettre en place. La dimension numérique change la relation et partant le modèle de médiation. Autrement dit, le support n'est pas neutre.

**9 - Industrialisation de l'amiable ?** - Le passage à une dimension numérique est nécessaire lorsqu'on envisage une généralisation de la médiation obligatoire qui supposerait une industrialisation de l'amiable. Le numérique serait au service du traitement de l'amiable de masse. C'est en ce sens que le Président Macron a pu souhaiter « que le numérique permette de résoudre plus rapidement des conflits de la vie quotidienne, simples, par le recours à la médiation en ligne »<sup>23</sup>. Pour l'heure, un modèle Cerfa<sup>24</sup> est téléchargeable pour faire une demande de conciliation préalable à la saisine du tribunal d'instance, avec indication possible de son courriel pour faciliter des démarches en ligne avec le greffe. Les modèles de justice amiable cohabitent ainsi sans recouvrir les mêmes réalités.

## B. - L'utilisation de l'amiable

**10 - Utilisation facultative.** - Les rapports étaient très attendus sur la question lancinante du caractère obligatoire ou non du passage par l'amiable avant la saisine du juge. Sur cette question, les rapports ne sont pas en totale concordance les uns avec les autres ni totalement fermes dans leurs positions respectives.

Le rapport sur l'Amélioration et la simplification de la procédure civile indique, en effet, avoir renoncé à proposer un passage obligatoire. Les raisons invoquées sont d'importance mais largement conjoncturelles. Sont ainsi invoqués l'absence de conciliateurs et de médiateurs en nombre suffisant pour répondre à la demande, l'absence de système d'évaluation des outils existants et surtout le risque que l'amiable ne se transforme en passage de pure forme, comme cela a été le cas pour la conciliation prud'homale ou familiale.

La question plus fondamentale de savoir si l'amiable pouvait être imposé et s'il n'y avait pas là une incongruité n'est pas abordée. Il est vrai que le passage amiable obligatoire est conventionnellement conforme car il ne porte pas d'atteinte substantielle au droit. Peut-il toutefois y faire obstacle ? La multiplication des

étapes au processus de règlement des litiges peut être source de découragements.

**11 - Utilisation renforcée ou forcée ?** - Il y a cependant une extension du passage obligatoire par l'augmentation préconisée du taux de compétence de ce qui serait le nouveau tribunal de proximité, taux passant de 4 000<sup>25</sup> à 5 000 euros et qui impliquerait mécaniquement l'extension de la conciliation préalable obligatoire devant le tribunal d'instance pour les litiges compris entre ces deux sommes.

Surtout, alors que le rapport semble opter pour la simple faculté en imposant seulement une généralisation de l'injonction de rencontrer un médiateur ou un conciliateur, il envisage la possibilité d'enjoindre de tenter une médiation<sup>26</sup>. L'amiable n'est pas alors un préalable obligatoire mais bien un passage obligé qu'on a peine à concrétiser. De plus, le rapport sur la transformation numérique envisage la modélisation d'une procédure numérique où la phase précontentieuse de médiation semble automatique.

En outre, le rapport entend imposer la procédure participative de mise en état<sup>27</sup> comme procédure de principe<sup>28</sup> même si dans d'autres développements il préconise uniquement de la favoriser<sup>29</sup>. Il s'agit d'imposer l'amiable pour traiter le litige. La phase conventionnelle de traitement de l'affaire pourra éventuellement aboutir à un accord, partiel ou total ou, *a minima*, à un litige décanté sur lequel le juge pourra statuer plus rapidement. Enfin, il est préconisé des sanctions assez lourdes en cas de refus de satisfaire à l'injonction de rencontrer un médiateur que serait la caducité pour le demandeur, et une modulation (dans des termes inconnus) de l'article 700 CPC pour le défendeur, alors même que l'origine de la réticence n'est pas déterminée (partie ou avocat ?).

**12 - Utilisation incitée.** - Si le passage par l'amiable n'est pas directement rendu obligatoire, plusieurs mesures incitatives d'accompagnement sont envisagées. Elles visent principalement à en faciliter le déroulement et les éventuelles suites judiciaires. L'incitation est principalement temporelle, car il est prévu la fixation d'une audience plus rapide pour les parties qui sortent

<sup>25</sup> Sur les modes amiables actuellement obligatoires, V. S. Amrani Mekki, *Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle* : Gaz Pal 31 janv. 2017, n° 5, p. 46 et s.

<sup>26</sup> F. Agostini et N. Molfessis, *préc. note 1, spéc. Livret 3*, p. 26 : « Généraliser la possibilité pour le juge même en l'absence de dispositions spécifiques en ce sens, à toutes les étapes de la procédure d'enjoindre aux parties de rencontrer ensemble un médiateur ou un conciliateur qui les informera sur l'objet, le déroulement, les suites et le coût d'une mesure de résolution amiable d'un différend, voire de tenter une médiation ».

<sup>27</sup> Sur le concept de procédure participative de mise en état, S. Amrani Mekki, *L'avocat du 21<sup>ème</sup> siècle - Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats* : JCP G 2015, I, 1052. - *L'acte de procédure d'avocats : signe d'une nouvelle ère de la procédure civile ? in 40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, C. Bléry et L. Raschel (dir.) : Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2016, p. 17 et s. - Sur sa traduction technique, S. Amrani Mekki, *préc. note 24*.

<sup>28</sup> F. Agostini et N. Molfessis, *préc. note 1, spéc. Livret 3*, p. 21 : « D'ailleurs, le recours à la procédure participative devrait également devenir le mode normal d'échanges pour les parties assistées dans le cadre d'une procédure orale » et p. 26 : « Dès lors que les parties sont assistées par un avocat, imposer le recours à la procédure participative pour la mise en état des affaires comme proposé ci-après ».

<sup>29</sup> F. Agostini et N. Molfessis, *préc. note 1, spéc. Livret 3, prop. n° 19*, p. 22 et s.

<sup>23</sup> *Libres propos E. Macron, Une justice pour notre temps. Élection présidentielle 2017* : Gaz. Pal. 14 mars 2017, n° 11, p. 16.

<sup>24</sup> *Formulaire Cerfa n° 11807\*03* qui vise CPC, art. 748-8, 830, 831 et 845.

d'une procédure participative de mise en état<sup>30</sup>. En effet, une telle procédure vise à permettre une mise en état contractualisée par les avocats. L'externalisation de la mise en état profite aux juridictions ainsi déchargées. La procédure vise alors *a minima* à décanter le litige en présentant à la fin de la phase amiable les points d'accord et de désaccord et, *a maxima*, à régler un litige dont il faudra alors homologuer l'accord. Les actes contresignés par avocats seront alors autant d'avancées vers la solution du litige<sup>31</sup>.

L'incitation est également juridique, en tentant de sécuriser les processus par une clarification de la phase d'homologation. La feuille de route concerne l'harmonisation des conditions de recours à l'homologation, car les modes de saisine et le contrôle du juge diffèrent actuellement, la réflexion sur la communication au ministère public qui pourrait conduire à s'en passer, ou encore l'harmonisation des effets de la décision du juge. Les textes sont, en effet, assez disparates, certains visant un office qui relèverait de la matière gracieuse<sup>32</sup>, d'autres imposant un contrôle plus poussé du juge. C'est ainsi que s'il doit normalement se contenter d'un contrôle de la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>33</sup>, il est parfois imposé un contrôle de la conformité à l'intérêt de l'enfant<sup>34</sup> ou à celui des parties<sup>35</sup>.

L'incitation est également financière, car il est prévu de rendre obligatoire leur couverture par l'assurance de protection juridique<sup>36</sup> et de revaloriser l'aide juridique accordée aux auxiliaires de justice<sup>37</sup>. En outre, un défendeur qui n'a pas constitué avocat pourrait néanmoins proposer un règlement amiable<sup>38</sup>. Il est, de manière plus éclatée, prévu que le juge fixe le montant de la rémunération à verser directement par la partie visée au médiateur, comme c'est le cas pour le consultant<sup>39</sup>.

L'incitation est enfin administrative, avec la sollicitation des services d'accueil unique du justiciable et des structures d'accès au droit pour accompagner la politique amiable dans le prolongement de ce que la loi J21 avait déjà établi.

### « L'amiable n'est pas l'application stricte de la règle de droit mais une négociation qui peut éventuellement anticiper une décision de justice. »

13 - **Amiable de gré à gré ou amiable d'adhésion ?** - La profusion des textes concernant les modes amiables et leur localisation dans des supports divers conduisent à qualifier d'amiable des processus très divers. L'amiable vise tantôt la négociation en vue de permettre aux parties de trouver par elles-mêmes une solution à leur différend. La négociation se fait alors comme en matière contractuelle de gré à gré. Elle pourra, selon les cas et selon la formation des tiers intervenants, comporter ou non une dimension juridique, la négociation se faisant en ayant comme donnée ou non la solution juridictionnelle prévisible du litige. Dans d'autres hypothèses, le mode qualifié d'amiable repose sur un avis adressé par un tiers. L'amiable concerne alors, non le processus pour parvenir à un accord, mais l'accord sur la solution proposée. Il y a bien accord amiable mais, comme pour le contrat d'adhésion, l'amiable d'adhésion s'éloigne de la perception de l'amiable comme mode de reconstruction du lien social. L'important est de trouver une solution et l'adhésion peut refléter la balance à faire avec les inconvénients associés à la saisine du

juge. On est davantage en présence d'une justice privée qu'amiable qui devient, peu à peu, un préalable à la saisine du juge et se transforme en quasi pré-instance. Les modèles diffèrent beaucoup trop à l'heure actuelle pour permettre une systématisation et les chantiers justice sont trop discrets sur le sujet pour en juger. L'« amiable d'adhésion » pourrait ainsi laisser place, en cas

de rejet de la proposition, à un amiable de gré à gré. En sorte que la diversité des justices amiables suppose la catégorisation et la rigueur dans l'emploi des termes utilisés. Autrement dit, il devient urgent de concevoir l'amiable.

## 2. La conception de l'amiable

14 - Le chantier de l'amiable s'inscrit dans la lignée des précédents textes et rapports qui incitent à l'usage de l'amiable mais ne prend pas le temps de le conceptualiser. D'abord, parce que les différents rapports n'expriment pas techniquement leurs choix qui sont parfois encore hésitants, ou en annoncent d'autres à venir. Un rapport n'est pas un décret et encore moins une circulaire permettant d'envisager la mise en musique de ce qui est préconisé. Ensuite, parce que les rapports sont paradoxalement déjà trop techniques pour envisager l'impact de la politique amiable sur la conception de la justice et du droit. L'absence de préconisation sur les principes directeurs du procès civil est symptomatique. Or, se développe au travers de la généralisation du recours à l'amiable une justice « hors la loi » (A) et partiellement hors la loi (B).

### A. - Une justice « hors la loi »

15 - **Désubstantialisation du droit par la négociation.** - La justice amiable s'inscrit dans une politique de « juridiversité »<sup>40</sup> où le

30 Sur le détail de cette procédure, V. S. Amrani Mekki, *préc. note 24*.

31 Il convient de préciser que le rapport n'admet pas, pour l'heure, la force exécutoire de tels actes : *préc. note 1, spéc. Livret 3, p. 27*.

32 *CPC, art. 131-12*.

33 *Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 mai 2011, n° 06-19.527 : JurisData n° 2011-010017*.

34 En matière d'autorité parentale, V. C. civ., art. 373-2-7 : Le juge homologue « sauf si (...) elle ne préserve pas (...) les intérêts de l'enfant (...) ». Mais il ne peut plus en modifier les termes (*CPC, art. 1143*).

35 En matière d'action de groupe, V. L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, art. 73, al. 2 : « Le juge peut refuser l'homologation si les intérêts des parties et des membres du groupe lui paraissent insuffisamment préservés (...) ».

36 F. Agostini et N. Molfessis, *préc. note 1, Livret 3, spéc. p. 26. - C. assur., art. L. 127-1*.

37 D. n° 91-1266, 19 déc. 1991, art. 118-1.

38 F. Agostini et N. Molfessis, *préc. note 1, Livret 3, p. 29-30* : « Ainsi, selon l'ampleur de cette dérogation, le défendeur pourrait être autorisé à présenter des observations tendant à la mise en œuvre de délais de paiement ou d'exécution ou, plus largement, tendant à faciliter la mise en œuvre de la décision. Il pourrait également être autorisé à accepter ou à proposer une procédure de règlement amiable, sur tout ou partie du litige ».

39 *CPC, art 131-6, al. 2 et 3 à mod.*

40 S. Gaboriau, *Déjudiciarisation et administration de la justice - Promouvoir la « juridiversité » : LPA 14 juin 2012, n° 119, p. 3*. C'est « le développement de l'éventail des réponses apportées par la justice. Ainsi, doit se tisser, une

recours au juge n'est plus l'Alpha et l'Omega de la résolution des litiges. La justice peut être plurielle<sup>41</sup> et se déployer hors l'application stricte de la loi. Cependant, il ne faut pas que cette nouvelle forme de justice supplante voire écrase la justice traditionnelle. Le doyen Carbonnier mettait déjà en garde contre le risque d'« une sorte d'acharnement, non pas thérapeutique mais conciliatoire, ré conciliatoire, unanime, qui voit le fin mot de la justice civile non plus dans un échange d'argumentations rationnelles et une pesée de ces argumentations, mais dans un échange de baisers de paix à tout prix »<sup>42</sup>. Il en découle en effet le risque non négligeable d'une désubstantialisation du droit.

L'amiable n'est en effet pas l'application stricte de la règle de droit mais une négociation qui peut éventuellement anticiper une décision de justice. Il faut rappeler que l'amiable est aussi la recherche d'une solution satisfaisante qui peut s'épanouir hors le droit. Les parties recherchent l'accord hors le droit. L'apaisement des relations sociales, le rétablissement du lien social entre les parties sont bien l'objectif de la justice et c'est la raison pour laquelle il faut s'en féliciter.

Or, lorsque le droit est à l'instar du droit du travail ou du droit de la consommation entièrement tourné vers la protection de la partie faible, la mise à l'écart du droit n'est pas sans danger si elle est faite de manière impérative, automatique et sans nuances. Le risque de la création d'un droit bis ou d'un sous droit a déjà été en ce sens dénoncé<sup>43</sup>.

Surtout, si les intérêts individuels des parties peuvent être mieux servis par l'accord, tel peut ne pas être le cas d'un intérêt collectif voire de l'intérêt général. Le droit de la consommation offre un utile exemple. Il souffre d'un défaut de judiciarisation ayant justifié par ailleurs la création de l'action de groupe. Il se déploie grâce aux saisines des justiciables qui peuvent provoquer des questions préjudicielles et une évolution notable du droit substantiel comme processuel. Rappelons que l'obligation de relever d'office des règles de droit par le juge provient de l'incitation européenne. La résolution des contentieux sériels peut aussi nécessiter un jugement pilote que le rapport appelle de ses vœux. C'est la raison pour laquelle la médiation en matière de consommation est réglementée avec précaution qu'il s'agisse du statut du médiateur ou de l'homologation de l'accord.

M. J. Faget soulignait déjà que « l'institutionnalisation de la médiation serait dans cette perspective le moyen de substituer au sein même de l'appareil d'État un principe de négociation généralisée et donc de dérégulation normative en lieu et place du corpus de normes qui fonde l'existence d'un monde commun

et sacralise la suprématie des rapports de droit sur les rapports de force »<sup>44</sup>.

De plus, si l'amiable peut mieux satisfaire les parties à un litige, il peut nuire à la fonction du droit. Ainsi en est-il en matière de responsabilité civile et notamment médicale où les modes amiables se déploient de manière importante. Si l'accord permet à la victime de mieux se reconstruire, et à l'auteur d'éviter parfois de lourdes condamnations, c'est la fonction dissuasive et préventive de la responsabilité qui est atteinte.

Plus largement encore, le risque est de vider de toute substance les droits par ailleurs reconnus. Ainsi en est-il de la responsabilité civile si la médiation devait désormais régler les questions d'indemnisation. S'il s'agit d'appliquer la nomenclature Dintilhac par recours à une expertise amiable, le gain est intéressant. Si la procédure n'est pas normée, le risque est de réduire le *quantum* de l'indemnisation. On pourrait là aussi imaginer un corpus de règles encadrant le processus de négociation, en voyant pointer le risque d'une para-justice car le médiateur coûte moins que le juge qui devient superviseur du travail accompli ; on n'ose dire chef de chantier !

**16 - Dévitalisation du droit par la prévision.** - Cette justice est en outre intimement liée à la justice prédictive qui est également encouragée dans les rapports résultant des chantiers justice. Sous réserve de transparence des algorithmes, la prédiction est félicitée comme gage d'incitation à l'amiable. Or, il y a là deux difficultés notables. La première concerne le mode de négociation. Faire un lien quasi automatique entre justice prédictive et justice amiable réduit cette dernière à une négociation par anticipation de la solution du litige, ce qu'elle n'est pas ou du moins pas seulement. La deuxième concerne la justice prédictive qui est de nature à figer le droit là où les justiciables devraient avoir le droit à une jurisprudence évolutive<sup>45</sup>.

C'est par les avancées jurisprudentielles que des droits ont évolué notablement, notamment en droit de la responsabilité. Or, la justice prédictive est une photographie à un instant T de la jurisprudence, pour autant qu'elle y parvienne. Elle dépend de la structuration des décisions de justice permettant aux algorithmes de fonctionner et peut difficilement contenir la donnée d'évolution de carrière des magistrats ayant construit leur propre jurisprudence.

En sorte que l'amiable serait conçu comme un moyen de traitement de la masse qui serait peu éloigné des hypothèses où le juge pourrait statuer par des ordonnances civiles non motivées<sup>46</sup>. Le rapport préconise en effet l'extension des ordonnances civiles à la matière pénale, c'est-à-dire des décisions simplifiées à l'extrême. C'est la raison pour laquelle les rapports ont tendance à envisager l'amiable pour le traitement de masse des petits litiges civils, là où il est particulièrement bien adapté pour le traitement des litiges d'affaires les plus complexes dans une dimen-

justice différenciée mais fondée sur les mêmes valeurs, grâce au croisement des pratiques contentieuses et « alternatives ».

41 L. Cadier, *L'accès à la justice* : D. 2017, p. 522.

42 J. Carbonnier, *Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile in Le Nouveau Code de procédure civile : 20 ans après - Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 : La Documentation française, 1998, spéc. p. 16.*

43 F. Petit, *Les problématiques du règlement amiable des différends sociaux en France in F. Petit, Ph. Auvergnon (et al.), L'Harmattan, 2007, p 13 et s., spéc. p. 32* : « la tentation serait grande de construire un autre droit du travail. La négociation serait alors une simple technique d'évitement ». - ; S. Amrani Mekki, *Le code de la consommation à l'épreuve des recours individuels et collectifs in Les 20 ans du code de la consommation. Nouveau enjeux, C. Aubert de Vincelles et N. Sauphanor-Brouillaud (dir.) : Lextenso, coll. LEJEP, 2013, p. 145 et s.*

44 J. Faget, *Médiation et post-modernité. Légitimation ou transformation de l'action publique ? : De Boeck Supérieur, Négociations 2/2006 (n° 6), p. 51-62, spéc. n° 29.*

45 Rappelons qu'au contraire les parties n'ont pas de droit acquis à une jurisprudence figée, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 mars 2000, n° 98-11.982 : *JurisData* n° 2000-001121.

46 S. Amrani Mekki, *Justice prédictive et accès au juge : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, à paraître.*

sion qui s'étendrait au-delà du juridique pour comprendre les intérêts économiques.

17 - **Revitalisation de la justice ?** - La mise à l'écart du droit n'est pas une nouveauté. Il faudrait confronter les risques inhérents à la négociation avec la réalité de l'application du droit par les juridictions et donc sortir d'un idéal où le juge appliquerait par un pur syllogisme judiciaire la règle de droit, expression de la volonté populaire. La réalité est tout autre. Sans parler, comme l'avait fait un ancien ministre, de clochardisation de la justice, il est un fait que la justice civile ne permet pas aujourd'hui de donner pleinement satisfaction principalement du fait de la durée des procédures. Il en découle un choix désormais ouvert entre une justice amiable rapide (et efficace ?) et une justice judiciaire moins « performante ». On passe alors de la justice amiable, qui assure une solution acceptée et de qualité, à une justice amiable qui garantit une solution simple et rapide.

Les précautions ne doivent pas conduire à une mise à l'écart de l'amiable suspecté d'oppression du faible par le fort. D'abord, parce que les avocats sont garants de l'équilibre des parties. Ensuite, parce que le recours au juge doit être préservé à tous les stades, notamment à celui de l'homologation. C'est pourquoi un contrôle formel par un autre que le juge, ce qui a pu être proposé, est à manier avec réserve.

Les précautions sont cependant nécessaires et se constatent d'ores et déjà dans les modes amiables institutionnalisés où le statut du tiers médiateur, ses modalités d'intervention ou le contrôle de l'accord est supervisé. L'institutionnalisation des modes amiables est en marche même si les premières étapes ont pu prêter à confusion<sup>47</sup>. Le défaut d'affichage conceptuel nuit cependant à la compréhension et milite encore pour une remise à plat globale.

Il faut assurer la juridiversité, la pluralité et l'information sur la justice amiable sans remplacer mécaniquement un modèle par un autre. Cette nécessité est confortée par le fait que l'amiable et le juridictionnel ne s'excluent pas. La justice peut se faire hors le juge mais aussi par une transformation de son office.

## B. - Une justice « hors le juge » ?

18 - **Repositionnement du juge, un office différé et différent.** - Si la justice amiable recherche une forme de justice hors la loi, elle met à l'écart le juge, au moins dans une première phase de résolution du litige. Son intervention ne se fait plus alors que potentielle, de manière différée dans le temps et substantiellement différente.

47 Il en est ainsi du statut du médiateur plus ou moins réglementé qui opère une scission entre médiateur conventionnel, médiateur institutionnel et médiateur vacataire. V. not D. n° 2017-1457, 9 oct. 2017 et Circ. 8 févr. 2018. - S. Amrani Mekki, *L'institutionnalisation des modes amiables in L'alternativité entre mythe et réalité, préc. note 5.* - V. aussi, *Le statut du médiateur, préc. note 5.*

L'intervention peut n'être que différée dans le temps, ce qui implique un changement de nature<sup>48</sup>. Le juge n'intervient plus *ab initio* pour régler un litige mais *a posteriori* pour traiter du contentieux né de l'accord ou pour en consolider les termes.

Son office, en qualité de juge homologateur, diffère ainsi sensiblement de celui qu'il remplit lorsqu'il agit *ab initio* pour trancher un litige. En principe, il n'opère qu'un contrôle léger de conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Par exception, il peut être amené à vérifier que l'intérêt d'une partie vulnérable ou d'une collectivité de personnes représentées est respecté. Il peut aller jusqu'à demander une révision de l'accord. Cependant, même dans cette dernière hypothèse, il ne dit pas le droit sur un litige mais contrôle l'accord.

Cette évolution de l'office du juge est encore plus nette lorsqu'il ne s'agit plus seulement pour lui d'homologuer un accord mais de juger de sa validité ou de son exécution. Le contentieux que pourra faire naître le nouveau divorce par acte contresigné par avocats, consacré par la loi J21, est symptomatique<sup>49</sup>. L'homologation du juge n'est plus une condition pour parfaire l'acte

mais celui-ci pourra être contesté.

La déjudiciarisation que permettent les modes amiables s'accompagne alors d'une rejudiciarisation sur un litige différent. Le recours au juge n'est plus que subsidiaire. Surtout, il ne porte plus sur le litige mais sur l'accord ayant eu à en traiter.

19 - **Une matière litigieuse différente.** - La justice amiable se fait hors le juge qui n'est plus qu'un ultime recours, certains ayant été

jusqu'à dire qu'il serait désormais le mode alternatif de résolution des litiges. Lorsqu'il intervient en seconde ligne comme contrôleur de l'accord, il n'est plus juge de la famille, de la responsabilité ou de la construction, mais celui du contrat, ce qui pose de nombreuses questions procédurales aussi bien que d'administration de la justice. D'un point de vue procédural, on songe d'abord à la question de la répartition des affaires au sein des juridictions, qui est plus une question d'administration de la justice que de compétence, car celle-ci demeure celle du tribunal de grande instance en son ensemble. Concrètement, il s'agit de savoir si ce sera par exemple le juge aux affaires familiales ou le juge du contrat qui sera chargé du contentieux portant sur la convention<sup>50</sup>. La question est d'autant plus complexe que les demandes pourront être multiples. C'est l'intérêt des modes amiables que de pouvoir régler en un seul accord des litiges de natures diverses qui seraient de la compétence de juges différents. Au stade du contrôle, la question de la compétence réapparaît.

48 S. Amrani Mekki, *Déjudiciarisation et professions juridique in Le pluralisme des professions juridiques en France : Rev. Assoc. H. Capitant 2012, p. 127 et s.* - *Déjudiciarisation et professions juridiques in La déjudiciarisation, O. Bosovic (dir) : Mare et martin, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2012, p. 117 et s.*

49 S. Amrani Mekki, *La liberté contractuelle en droit processuel de la famille : Gaz. Pal. 11 avr. 2017, hors série n° 2, p. 4 et s.*

50 Pour une compétence du TGI, V. S. Thouret, *L'après divorce conventionnel : AJ fam. 2017, p. 42.* - Pour celle du JAF, V. J. Casey, *Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur : AJ fam. 2017, p. 20.*

La question, ensuite, sera posée des causes d'annulation possibles de la convention et de ses effets. L'accord n'étant pas revêtu de la formule exécutoire, il demeure un contrat susceptible d'annulation pour vice du consentement, notamment pour réticence dolosive. Quant aux effets de l'annulation, la question se posera de l'indivisibilité des termes de l'accord. À la question classique de droit des contrats du caractère déterminant pour le consentement et de l'indivisibilité entre les stipulations, la singularité de la matière litigieuse pourra s'ajouter. La figure du contrat à laquelle est associée une intangibilité heurte alors l'office du juge qui vise à adapter sa décision à l'espèce.

20 - **Un raisonnement juridique différent ?** - Enfin, le raisonnement juridique pourrait être atteint par l'évolution de la justice amiable. Celle-ci pourrait conduire à ne plus partir du droit appliqué aux faits mais de l'accord trouvé ou possible, pour déterminer si le juge aurait des raisons de s'en écarter. La combinaison de la justice amiable et de la justice prédictive est en ce sens. Si les algorithmes peuvent conduire le juge à mieux connaître sa propre jurisprudence, ils peuvent aussi l'amener à la prendre comme point de référence. De l'information, on passe alors à la reproduction. Le précédent n'est pas loin, éventuellement complété des opinions dissidentes par ailleurs préconisées<sup>51</sup>. Comme en matière de barèmes, la réflexion du juge sera alors de se demander s'il a des raisons de s'en écarter.

Quant aux avocats, leur office évolue en conséquence. Dans le cadre d'une procédure amiable, l'avocat doit négocier à partir du résultat des algorithmes qu'il prendra comme donnée parmi d'autres. Rappelons en ce sens que le rapport sur le numérique préconise une information des justiciables sur les données Pharos<sup>52</sup> indiquant les stocks des juridictions et les durées moyennes de traitement des litiges. Tout est dès lors en place pour une analyse économique du procès<sup>53</sup> : durée, coût, solution prévisible.

Plus largement, pourrait y avoir le risque de juger de la loyauté des parties à saisir le juge alors qu'un accord plus favorable aura été proposé. En droit anglo-saxon, une telle situation conduit le juge à condamner la partie agissante à s'acquitter de tous les frais du procès. La consécration, préconisée, de consacrer le principe de loyauté est ici la voie ouverte à un jugement moral sur le comportement d'une partie dont les conséquences ne sont pas encore maîtrisées.

En même temps, le juge se repositionne socialement car il n'est plus interlocuteur social mais technicien, chef d'équipe qu'il coordonne et supervise.

51 S. Amrani Mekki, *Une proposition inattendue, les opinions dissidentes* : *Gaz. Pal.* 6 févr. 2018, n° 5, p. 30.

52 Plateforme d'harmonisation, de recoupement et d'orientation des signalements.

53 S. Amrani Mekki, *Analyse économique et temps du procès in Droit et économie du procès civil*, D. Cohen, (dir.) : LGDJ, coll. *Droit et Économie*, 2010, p. 249 et s.

21 - **Nouveau modèle de procès : vers une justice libérale ?** - C'est une justice libérale qui est en marche, ce que confirme la procédure participative de mise en état qui se fait hors le juge. L'idée est de rendre la procédure aux parties en redonnant corps au principe dispositif. Les parties gèrent la mise en état d'un commun accord qui ne porte pas sur le fond mais sur les moyens de gérer le litige. Ce n'est plus le juge qui impose le rythme mais l'accord des parties qui doivent y voir le moyen de reprendre la main dans une procédure mécanisée, rythmée par des délais légaux durement sanctionnés. La rigidité de la procédure doit conduire à repenser les rapports entre les avocats pour avancer sereinement dans la procédure et éventuellement arriver à un accord. Le procès redevient la chose des parties par leur accord. L'accord est ici le moyen de retrouver de la liberté à l'ombre du juge, qui devient ici juge d'appui.

L'amiable devient un outil de rationalisation du traitement du contentieux pour concentrer l'activité juridictionnelle sur les domaines où elle apporte une valeur ajoutée. L'incitation à l'amiable devrait avoir pour effet de changer la chronologie judiciaire, car le travail des parties devra se faire en amont du procès. Le juge, ultime recours, peut se concentrer sur l'application de la règle de droit qui pourrait devenir une nouvelle obligation<sup>54</sup>.

22 - **Chantier de l'amiable : quid des plans du grand architecte ?**

- En partant de l'idée louable de mieux gérer les litiges en recourant à l'amiable, on risque d'arriver à une confusion des genres amiables, voire à la création d'une justice amiable à double vitesse. La première se consacrant à la reconstruction du lien social par le droit d'être entendu dans un processus amiable qui plus est de gré à gré, alors que la seconde constituerait une préinstance hors le juge pour gérer autrement la masse des petits litiges, le plus souvent au moyen d'une simple adhésion<sup>55</sup>.

Les chantiers de la justice offrent l'occasion de clarifier les modèles, de les mettre en cohérence, en soulignant leur complémentarité, et de repenser la codification de l'amiable, laquelle devrait se faire par une refonte plus globale des dispositions procédurales. Affaire à suivre... ■

54 F. Agostini et N. Molfessis, *préc. note 1, Livret 3, prop. n° 24*.

55 S. Amrani Mekki, *L'institutionnalisation de l'amiable in Les chimères de l'alternativité*, *préc. note 5, p. 152 et s., spéc. p. 162* : « Il est sans doute temps de faire une pause technique pour penser les modes amiables et repenser en conséquence l'office du juge sans quoi la justice amiable ne sera qu'une sous justice ou para justice au rabais. Il faut faire un choix conceptuel sur le sens de l'amiable et ses relations au droit. De même, il convient d'adapter les politiques amiables à la spécificité des matières litigieuses, comme au caractère collectif de certaines procédures sans pour autant dénier l'existence d'un socle commun. S'il faut porter une politique forte en matière de modes amiables, il faut en définir les principes directeurs communs. L'institutionnalisation ne doit pas se réduire à une simple accumulation de réglementations ».

4<sup>E</sup> TABLE RONDE : LES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES (MARL)

# 17 Ce que « mode alternatif » veut dire



## Xavier Lagarde,

professeur à l'école de droit de la Sorbonne (université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), directeur du Département de Recherche « Sorbonne - Justice et Procès (IRJS) »

1 - Afin de laisser le temps au juge de première instance de conduire une instruction d'une qualité rehaussée, le rapport propose différentes voies pour alléger son office. Les modes alternatifs de règlement des différends constituent l'une d'entre elles, même si leur développement n'est pas à considérer uniquement à travers le prisme d'une économie procédurale. Pour autant, les auteurs du rapport<sup>1</sup> sont prudents. Ils relèvent que « ces modes peinent à trouver leur place dans le paysage judiciaire français », ils pointent « l'absence d'évaluation des dispositifs en vigueur et l'incertitude quant à la capacité des médiateurs (...) à prendre en charge un volume considérable d'affaires », en conséquence, considèrent-ils, « la généralisation d'une obligation préalable de recourir à un mode amiable à peine d'irrecevabilité de la demande est prématurée »<sup>2</sup>.

Le diagnostic est exact pour les modes amiables qui s'insèrent dans un contexte judiciaire. Nous disposons sans doute d'un cadre juridique solide<sup>3</sup>, pour autant, il est vrai que leur essor demeure en deçà des espérances. Le constat a encore été récemment fait par un rapport de l'Inspection générale des services judiciaires<sup>4</sup>. En-dehors du droit de la famille, le rapport évoque pour les TGI et les CA un nombre d'affaires envoyées en médiation qui tourne autour de 800, pour à peu près 800 000 affaires nouvelles par an. En droit de la famille, les résultats sont éga-

**« Il existe donc des médiations qui sont aptes "à prendre en charge un volume considérable d'affaires" et qui, de surcroît, sont soumises à des "dispositifs d'évaluation". »**

lement mitigés. Les tribunaux qui ont expérimenté avant les autres la tentative de médiation familiale préalable obligatoire (pour l'exercice de l'autorité parentale) n'ont pas fait de miracles. Il est rapporté qu'au TGI d'Arras, désigné pour conduire l'expérience, seuls 10 % des dossiers ont fait l'objet de ce dispositif, lequel a débouché sur un taux d'aboutissement partiel ou total de l'ordre de 15 %.

Ce même rapport pointe également le succès de ce qu'il désigne comme les médiations conventionnelles et qui sont en réalité des médiations institutionnelles issues des institutions publiques ou mises en place par des entreprises privées regroupées par secteurs professionnels<sup>5</sup>. Celles-ci prospèrent de longue date. Elles portent sur des dossiers qui se comptent par milliers et pour lesquels le taux de réussite dépasse souvent les 90 % (y compris pour les dossiers tranchés en défaveur de la partie forte). Elles se déroulent en marge des canons que véhicule le

discours habituellement tenu sur les processus conciliatoires. On pense volontiers que la médiation suppose l'oralité, c'est-à-dire la rencontre et le dialogue. Or, ces médiations institutionnelles sont le plus souvent des médiations écrites au cours desquelles le médiateur ne rencontre pas les parties. Le développement du numérique accentue d'ailleurs le phénomène. C'est en

quelque sorte une médiation anonyme, une conciliation sans réconciliation.

Désormais, ce type de médiation est strictement encadré. L'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 a eu pour conséquence l'introduction dans le Code de la consommation d'un titre nouveau dédié à la médiation des litiges de consommation<sup>6</sup>. Les médiateurs ont désormais un statut, des obligations, un processus à respecter. Ils n'exercent pas librement et ne peuvent prétendre au titre de médiateur de la consommation que s'ils ont été préalablement agréés par une Commission, dite d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECMC)<sup>7</sup> composée d'un conseiller d'État, d'un conseiller à la Cour de cassation en activité ou honoraire, de quatre personnalités qualifiées dans le domaine juridique ou en matière de médiation, de

1 N. Molfessis, F. Agostini, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile* : Ministère de la Justice, 2018. - V. not. JCP G 2018, act. 237, *Aperçu rapide* J. Théron.

2 *Rapp. préc.* note 1, p. 25.

3 Pour une présentation synthétique de la matière, V. par ex. L. Cadiet et Th. Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits* : Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2016. - V. également S. Amrani-Mekki, *Guide des modes alternatifs de règlement des litiges* : LexisNexis, coll. *Les guides*, 2016. - N. Fricero (dir.), *Le guide des modes amiables de règlement de différends (MARD)* : Dalloz, coll. *Guides Dalloz*, 2016, 3<sup>e</sup> éd. - B. Pons, *Contrat de transaction - Solutions transactionnelles* : Dalloz, coll. *Dalloz référence* 2014-15, 2013.

4 IGSJ, *Rapp.* n° 22-15, *Sur le développement des modes amiables de règlement des différends, avr. 2015* : [http://www.justice.gouv.fr/publication/2015\\_THEM\\_Rapport\\_definitif\\_reglement\\_conflits.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/2015_THEM_Rapport_definitif_reglement_conflits.pdf).

5 Dans une monographie récente, J.-F. Roberge indique que les MARL qui ont prospéré sont toujours ceux qui se sont initialement développés en marge des textes existants : *La justice participative - Fondements et cadre juridique*, Cowansville : Yvon Blais, 2017.

6 V. C. consom., art. L. 611-1 et s.

7 La commission a actuellement pour présidente, Mme Claude Nocquet, conseiller honoraire à la Cour de cassation, et pour vice-présidente, Mme Martine Jodeau, conseiller d'État.



Xavier Lagarde

deux représentants des associations de consommateurs agréées au plan national, de deux représentants d'organisations professionnelles. Cette commission délivre l'agrément à la suite d'une instruction approfondie sur un dossier pour le moins fourni. Les médiateurs sont tenus de rendre compte de leur activité.

Il existe donc des médiations qui, au rebours du diagnostic posé par le rapport, sont aptes « à prendre en charge un volume considérable d'affaires » et qui, de surcroît, sont soumises à des « dispositifs d'évaluation ». Celles-ci pourraient être imposées comme un préalable à la saisine du juge. Sa tâche s'en trouverait sensiblement allégée.

Comment se fait-il que le rapport ignore ces données de fait et de droit ? Sans doute pour une raison que j'ai déjà tenté d'exposer lors d'un colloque qui s'est tenu le 24 mars 2017 à la cour d'appel de Paris<sup>8</sup>. Notre culture des modes alternatifs est empreinte de l'idée que l'amiable doit fonctionner comme une thérapie. Or, en pratique, les règlements amiables qui aboutissent sont le plus souvent réglés sur le modèle de l'expertise.

<sup>8</sup> Les actes de ce colloque - 23-24 mars 2017- intitulé « L'alternativité, entre mythes et réalités. Regards croisés sur les Modes alternatifs de règlement des conflits (Droit, histoire, anthropologie) » ss dir. S. Amrani-Mekki, G. Davy, S. Kerneis, M. Roccati seront prochainement publiés chez Mare et Martin.

## 1. L'amiable est parfois une thérapie

2 - Dans cette perspective, le règlement amiable est perçu comme l'antithèse d'un règlement juridictionnel. Les points de départ et d'arrivée sont certes les mêmes : une contestation et un règlement pacifique. Mais les chemins empruntés diffèrent radicalement.

Pour parvenir à un règlement pacifique des différends, le traitement juridictionnel s'appuie sur trois notions :

- le litige est la mise en forme de la contestation entre les parties et constitue la première étape du dispositif ; la mission du juge civil est en premier lieu de pacifier les différends si bien qu'il revient aux parties de le verbaliser : on se parle au lieu de se battre, on formalise la contestation aux moyens de propositions, des prétentions, des allégations et des moyens qui s'additionnant les unes aux autres, forment le litige ; on traite le mal avec des mots ;
- une instance, c'est-à-dire une situation procédurale qui sert de fondement aux obligations des parties pour obtenir le traitement de leur litige (acte et audience, délai, contradiction) ; c'est qu'en effet, la situation contentieuse empêche le dialogue ; il faut donc instaurer une chronologie des prises de paroles successives et l'organisation de ce dispositif requiert que les parties soient en quelque sorte, mises en situation, mises en instance ;
- un acte juridictionnel qui est un acte d'autorité en ce sens que, faute d'accord entre les parties, la solution retenue est imposée par un tiers, mais en ce sens également que la solution

s'impose de manière définitive au titre de l'autorité de la chose jugée ; c'est qu'en effet, le différend n'est pas réglé s'il est permis d'en faire un nouveau litige.

3 - L'amiable, conçue comme une thérapie, est aux antipodes de ce dispositif.

La contestation est tenue, non pour un conflit qu'il faut régler, mais pour un mal qu'il faut traiter<sup>9</sup>.

Il est donc inutile de la formaliser pour lui donner la nature d'un litige car ce serait cristalliser la contestation et, de surcroît traiter le symptôme plutôt que la pathologie. Il faut identifier les vraies raisons du différend que l'on imagine ailleurs que dans les raisons exposées par les parties lorsqu'elles formalisent leur litige. Au cours du processus de médiation, on guérit par la parole. Mais il n'est pas question, comme dans l'instance, d'imposer une scansion des répliques et des dupliques. On se confie plutôt qu'on ne plaide. Le médiateur écoute et ne juge pas. La confidentialité se substitue au contradictoire et c'est à l'issue des échanges informels que se dessine une solution permettant aux parties de dessiner un avenir commun<sup>10</sup>.

Comme le futur est incertain, il n'est pas nécessaire de graver dans le marbre la solution qui un temps, recueille un consensus entre les parties. La clause *rebus sic stantibus* est sous entendue et l'on se met d'autant plus facilement d'accord qu'on sait possible de revenir sur les termes de ce dernier.

4 - Ce modèle est sans doute séduisant. Il efface la violence qui

sous-tend le contentieux sans qu'il soit nécessaire d'en passer par le glaive de la Justice. En même temps, dans la plupart des hypothèses, ce modèle ne fonctionne pas. Il rencontre de réels succès mais, dans l'ensemble, les parties se méfient de ce médiateur qu'on leur propose. Elles veulent un juge plus qu'un thérapeute. C'est qu'en effet, la contestation fait naître un droit, un droit fondamental, qui plus est, qui n'est autre que le droit d'obtenir une réponse juridictionnelle. Renvoyer les parties à un règlement amiable, c'est inévitablement porter atteinte à ce droit, fût-ce temporairement. C'est signifier aux parties que le consensus vaut mieux que la contradiction, c'est leur imposer une morale conciliatoire<sup>11</sup> au détriment d'une protection juridictionnelle de leurs droits.

**L'amiable réglé sur le modèle d'une thérapie ne peut en conséquence prospérer qu'à la condition que les parties soient intimement convaincues qu'une issue négociée vaut mieux que l'exercice de leur droit d'agir.** Ce qui suppose a priori trois

conditions, dont la réunion, si elle n'est pas systématiquement nécessaire, favorisera le traitement thérapeutique du litige :

- tout d'abord, celui-ci a d'autant plus de chances de réussir qu'il est mis en œuvre avant que les parties n'aient exercé leur droit d'agir. Par exemple, les clauses insérées dans les contrats par lesquelles les parties prévoient un préalable de conciliation répondent à cette première condition. Et dans cette hypothèse, c'est à raison que la jurisprudence consacre une fin de non-recevoir empêchant l'accès au juge aussi longtemps que les parties n'ont pas mis en cause le processus de conciliation qu'elles avaient initialement prévu<sup>12</sup>. Si les parties envisagent la conciliation avant l'action, c'est qu'elles ont elles-mêmes intégré l'idée qu'il y a mieux à faire que de plaider. La volonté de se concilier est déjà là et il n'est pas besoin de la susciter ;
- ensuite, il faut que les parties aient peu de certitude sur le contenu de la juridiction. Plus le juge dispose de pouvoir souverain, plus l'aléa judiciaire est important et plus l'exercice du droit d'agir peut se révéler décevant. Ce qui explique probablement le fait que la médiation familiale prospère mieux que les autres alors que les parties savent que le plus souvent le juge a pour seul baromètre l'intérêt de l'enfant ; ce qui explique également le relatif succès de la médiation commerciale, dont l'issue repose

sur une interprétation souvent incertaine du contrat qui constitue la matière du litige ;

- enfin, il est préférable que les parties aient peu de conviction sur l'efficacité de l'acte juridictionnel, point d'aboutissement de l'exercice du droit d'agir. Tel sera le cas

lorsque, quelles que soient leur divergence, elles ont un avenir commun, par exemple, dans un même univers professionnel. Le jugement ne règlera rien et restera comme une tâche et une entrave au bon déroulement de ces relations inéluctables.

Dans ce contexte où les parties n'ont pas de certitude sur l'exercice de leur droit d'agir, n'y voient pas plus leur intérêt, manifestent de surcroît leur conviction dans les bienfaits d'une issue négociée, une bonne thérapie vaut sans doute mieux qu'un mauvais procès. Un contexte aussi favorable ne constitue cependant pas l'hypothèse la plus fréquente en pratique. Ce qui explique le succès limité de ces alternatives. Il importe de les préserver et même de les soutenir, comme le propose le rapport remis à la Chancellerie. **Quantitativement, il ne faut cependant pas trop en attendre.** D'autres formes d'alternatives sont sous cet angle, bien plus efficaces.

## 2. L'amiable procède le plus souvent d'une expertise

5 - Tout un chacun connaît les vertus conciliatoires de l'article 145 du Code de procédure civile<sup>13</sup>. Lorsque l'expert missionné avant tout procès dépose son rapport, il n'est pas rare que les

9 En ce sens, A. Jeammaud, *V° Conflit/Litige in Dictionnaire de la justice*, L. Cadet (dir.) : PUF, coll. *Grands dictionnaires*, 2004.

10 V. par ex. Th. Garby, *Avocat et résolution amiable des conflits : théorie et histoires de médiation* : Gaz. Pal. 10-12 févr. 2013, n° 43, p. 11

11 On se souviendra de la plume acérée de J. Carbonnier qui écrivait : « sorte d'acharnement non pas thérapeutique mais conciliatoire, réconciliatoire, unanime qui voit le fin mot de la justice civile non plus dans un échange d'argumentations rationnelles et une pesée des argumentations, mais dans un échange de baisers de paix à tout prix » in *Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile*, in *Le nouveau Code de procédure civile, vingt ans après, Actes du colloque de la Cour de cassation des 11-12 déc. 1997 : La Documentation française*, 1998, p. 15.

12 Parmi une très abondante doctrine, on pourra sélectionner le rapport de M. le président Chauvin, sous *Cass. ch. mixte*, 12 déc. 2014, n° 13-19.684 : *JurisData n° 2014-030449*, disponible sur le site de la Cour de cassation et qui offre une présentation complète, synthétique et raisonnée de la jurisprudence sur les clauses de conciliation.

13 V. Ph. Théry, *Les finalités du droit de la preuve en droit privé : Droits 1996*, n° 23, p. 41-52.

conclusions qui y figurent donnent les termes d'un accord entre les parties. Dans un contentieux technique, où l'expert, plus que d'analyser les faits, prend parti sur les responsabilités des uns et des autres, son opinion tient souvent lieu de solution amiable. C'est l'expertise qui permet l'issue négociée.

Ce modèle est à l'œuvre dans les médiations institutionnelles. Les parties souhaitent en quelque sorte un semblant de règlement juridictionnel qui leur permette sans attendre de connaître l'issue probable de leur différend. Le médiateur fait plus que l'expert en ce sens qu'il donne son avis sur les points de droit du litige. Mais dans son mode d'intervention, il agit à la manière d'un expert en ce sens qu'il met sa compétence au service des attentes de parties qui, en connaissance de l'issue probable de leur différend, renonceraient à devenir des justiciables. **Le médiateur institutionnel ressemble ainsi à l'expert** de l'article 145 du Code de procédure civile. **Ayant clarifié les termes du différend et son issue probable, il permet aux parties de s'entendre sur son règlement.** La seule différence est que le médiateur fait ce que l'expert ne peut pas faire, il prend parti sur le droit.

En pareille hypothèse, la procédure alternative est en quelque sorte un dispositif juridictionnel diminué :

- le litige est formalisé de manière sommaire dès lors que seules les questions de principe sont clairement posées ;
- le processus est structuré avec légèreté et donne lieu à quelques échanges dont le médiateur demeure le pivot ;
- le médiateur rend un avis qui constitue le plus souvent une solution motivée du litige donnant un aperçu de ce que serait sa solution juridictionnelle.

L'avis du médiateur est une sentence sans autorité ni force exécutoire mais qui, le plus souvent, recueille l'assentiment des deux parties. Et la raison en est que le médiateur offre aux parties ce qu'elles attendent. Il leur donne une idée assez précise de ce qu'il en irait si elles exerçaient leur droit d'agir et ce dans une hypothèse où les parties jugent utile d'exercer ce droit. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si ce modèle d'alternative fonctionne bien dans les relations entre professionnels et consommateurs. Ces derniers sont soucieux de leurs droits et ils en attendent le respect. Les relations sont souvent encadrées par des dispositifs réglementaires contraignants de telle sorte que la part du pouvoir souverain est finalement assez limitée. En dernière analyse, dans l'espace anonyme où prospèrent les contrats d'adhésion, le souci de préserver le lien est bien souvent inexistant. Un médiateur qui vient dire le droit plutôt que de tenter une improbable réconciliation est naturellement le bienvenu. Au reste, il est assez rare qu'on se réconcilie avec une personne morale...

6 - Le médiateur sera d'autant plus apprécié que sa prestation est gratuite. Cette forme de justice alternative n'offre certes pas toutes les garanties de la justice civile. Mais on peut se contenter de moins si cela ne coûte rien. Il serait donc envisageable **d'imposer un préalable obligatoire de médiation dans tous les litiges pour lesquels il existe un médiateur agréé par la CECMC.** Cette règle permettrait d'alléger la tâche des premiers juges dès lors qu'on parle de mil-

liers de dossiers le plus souvent réglés en phase amiable. Elle serait respectueuse du droit d'agir des parties dès lors que celles-ci peuvent toujours s'adresser au juge et qu'en tout état de cause, en cas d'urgence, la voie du référé demeure directement accessible.

Pour autant, ce préalable obligatoire n'a de sens qu'autant qu'il intervient avant la mise en état.

Tout d'abord, il s'insère mal dans le cadre juridique que le Code de procédure civile donne désormais aux règlements amiables<sup>14</sup>. En un mot, leur régime porte une équivoque : la technique servirait plus volontiers une logique expertale, cependant que l'esprit s'accommode d'une visée thérapeutique. L'amiable est défini comme un processus structuré propice au développement d'une médiation volontiers comprise à travers le modèle de l'expertise, cependant que les instances chargées d'accompagner l'institution judiciaire dans cette évolution se présentent volontiers comme des « thérapeutes ». Les institutions partenaires des juridictions dans la mise en œuvre des alternatives insistent le plus souvent sur les vertus de la médiation, facteur de « rétablissement du dialogue », de « communication constructive ». Il faut pour aboutir « écouter l'autre en étant écouté de lui, transformer ses propres positions en besoins, intérêts, préoccupations, valeurs, et reconnaître ceux de l'autre ». Tel qu'il a été conçu, l'amiable se situe ainsi dans une sorte d'entre-deux mal défini peu propice à son développement. Pour autant, même à mettre entre parenthèse la dimension thérapeutique de la médiation, il n'est pas certain qu'un médiateur expert soit d'une grande efficacité une fois l'instance liée. Si les parties sont devant le juge, un médiateur offrant en quelque sorte une prestation juridictionnelle diminuée n'aura pas la légitimité requise pour imposer son point de vue. En effet, si le juge est si proche, pourquoi se contenter d'un substitut ? Et telle est la seconde raison pour laquelle les règlements amiables du Code de procédure civile ne peuvent être conçus sur le modèle d'une expertise. **Une issue amiable, une fois l'instance enclenchée, suppose moins une alternative à la justice qu'une « justice autrement ».** Cette dernière doit reposer sur un principe de dialogue<sup>15</sup> dont la mise en œuvre suppose qu'au terme de la mise en état, le juge se dévoile. Idéalement, le juge devrait faire connaître son rapport, puis quelques temps après et au cours d'une première audience, échanger avec les conseils des parties sur les termes et conclusions de ce premier document. S'esquisserait ainsi une issue probable du litige sur le fondement de laquelle les conseils pourraient proposer aux parties une solution négociée.

Et si le règlement amiable n'est pas au bout de ce premier échange, alors au moins celui-ci permettra-t-il d'utiles plaidoiries qui, au lieu d'être une répétition des écritures, sera une discussion approfondie sur les points essentiels du litige. ■

14 V. notre contribution à paraître in *L'alternativité, entre mythes et réalités. Regards croisés sur les Modes alternatifs de règlement des conflits (Droit, histoire, anthropologie)*, préc. note 8.

15 V. S. Guinchard in *Droit processuel - Droits fondamentaux du procès : Dalloz, coll. Précis, 2017, 9<sup>e</sup> éd., n° 549 et s.*



LexisNexis®

**BEST-SELLER**

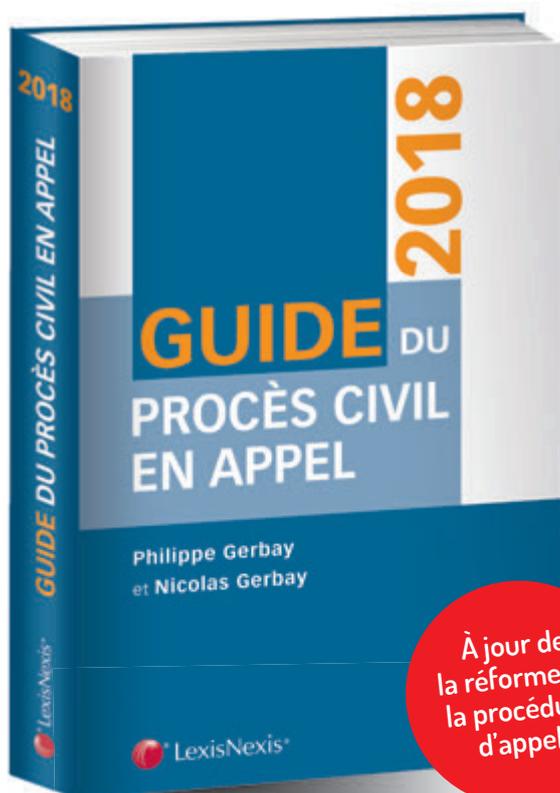
## Toutes les réponses à vos questions avant d'exercer un recours en appel :

Quelles en sont les conditions d'ouverture ? Quels sont les effets de recours ?

À quel type de procédure est-on soumis ?

Quelles sont les conséquences de la décision de la cour d'appel ?

**Philippe Gerbay et Nicolas Gerbay**  
Avec la collaboration de Claire Gerbay



Octobre 2017 - 450 pages - 61 €

À jour de  
la réforme de  
la procédure  
d'appel.

Plus d'informations sur  
[boutique.lexisnexis.fr](http://boutique.lexisnexis.fr)



LexisNexis®

# LES CODES BLEUS 2018

Votre meilleur argument !

## QUALITÉ

de la consolidation des textes

## EXHAUSTIVITÉ

des textes législatifs et réglementaires

## RICHESSSE

des références jurisprudentielles

## PERTINENCE

des commentaires et annotations



Commandez vos codes sur  
[boutique.lexisnexis.fr](http://boutique.lexisnexis.fr)