

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MÉMOIRE COMPLÉMENTAIRE N°2

N° 436 939

- POUR :**
- 1° **Le Conseil National des Barreaux**
 - 2° **La Conférence des Bâtonniers**
 - 3° **Le Barreau de Paris**
 - 4° **La société ACE (Avocats Conseils d'Entreprises)**
 - 5° **La Confédération Nationale des Avocats**
 - 6° **La Fédération Nationale des Unions de Jeunes Avocats**

SCP Nicolaj – de Lanouvelle – Hannotin

- CONTRE :**
- 1° **Monsieur le Premier Ministre**
 - 2° **Madame la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice**

Observations à l'appui du recours pour excès de pouvoir
dirigé contre le décret n° 2019-1333 du 11 décembre
2019 réformant la procédure civile

PRÉSENTATION GÉNÉRALE

A. La présente affaire concerne une nouvelle réforme de procédure civile qui s'inscrit, malheureusement, dans la continuité de l'ensemble de celles menées depuis maintenant plus de vingt ans.

Ces réformes sont faites dans un objectif unique : l'économie budgétaire. Elles se réalisent de manière décousue, progressive et régulière, sans cohérence d'ensemble et sans souci de préserver une justice de qualité.

Cette trajectoire, poursuivie pour l'essentiel par l'amaigrissement ou le tarissement des flux contentieux grâce à des outils strictement procéduraux, est tout à fait problématique tant pour les usagers du service public de la justice que pour les acteurs du fonctionnement de la justice.

Les justiciables sont particulièrement concernés par la frénésie irrationnelle avec laquelle la matière est réformée et qui provoque un contexte d'insécurité juridique que le décret attaqué porte à son paroxysme.

Le ministère de la Justice est pourtant régulièrement prévenu. Par les praticiens d'abord qui, par de nombreuses voies, et notamment la voie contentieuse, font unanimement état de leur incompréhension et de leurs critiques. Par de nombreux auteurs universitaires également ou, enfin, dernièrement par la Commission nationale consultative des droits de l'homme¹ :

« La CNCDH réaffirme le caractère fondamental du droit d'accès effectif au juge en matière pénale comme en matière civile dans un État démocratique. Elle s'inquiète dès lors d'une accélération des politiques publiques qui, sous le prétexte de contraintes budgétaires, conduirait à une déjudiciarisation massive des contentieux. Cette inquiétude est renforcée par les annonces de certains chefs de juridiction fondant leur incitation de recourir aux procédures amiables, notamment en matière sociale, sur le poids cumulé des grèves et de la crise sanitaire [...].

Que ce soit pendant ou après l'état d'urgence, la garantie des droits des justiciables ne doit en aucun cas souffrir de contraintes budgétaires, notamment celles dictées par une vision managériale de la justice et qui relèvent de choix politiques ».

¹ *Avis de la CNCDH*, « Une autre urgence : le rétablissement d'un fonctionnement normal de la justice », JORF, 3 mai 2020, NOR CDHX2011095V, production.

Ces signaux, par leurs caractères répété et unanime, sont un signal alarmant et symptomatique d'un malaise profond. Il n'est pourtant pas reçu.

B. Les difficultés posées par le décret attaqué sont nombreuses.

Elles sont d'abord d'ordre méthodologique. La compétence de principe donnée au pouvoir réglementaire pour réformer la procédure civile aboutit à une « réforme permanente » de la matière que les praticiens ne peuvent aujourd'hui plus ingérer. Le décret attaqué, pris dans une urgence démesurée compte tenu du contexte et des évolutions qu'il contenait, l'illustre singulièrement. Par ailleurs, elle permet au pouvoir réglementaire d'échapper, en réformant à petits pas, au contrôle de légalité et prive en cela les exposants d'un recours effectif et le Conseil d'État d'une possibilité d'assurer le contrôle de légalité.

Elles sont ensuite d'ordre technique. Fabriqué dans l'urgence, le décret est mal rédigé. Il contient un nombre considérable de malfaçons et d'incohérences qui emportent des conséquences très concrètes pour les justiciables et les praticiens.

Enfin, elles mettent en cause des équilibres essentiels de la matière. Le canevas est le code de procédure civile de 1976 ; celui-ci a été élaboré sur la base d'une réflexion qui a duré une dizaine d'années. Plutôt que de prendre le temps de la réflexion pour mener une réforme d'ampleur et en adéquation avec les objectifs de gestion budgétaire, le pouvoir réglementaire, obsédé par cette nécessité, procède à un détricotage méthodique des équilibres essentiels à la matière.

Parmi ces équilibres indispensables figure la voie de recours ordinaire qu'est l'appel. Son accès élargi est aujourd'hui indispensable, mais fortement découragé par le décret qui généralise l'exécution provisoire de droit de la décision de première instance.

Il est intellectuellement déraisonnable de déconstruire une œuvre d'ensemble, gage de qualité de la justice, en déplaçant les points d'équilibre de la matière de manière désordonnée. Bien sûr, la procédure civile doit être adaptée aux évolutions de son temps ; mais elle ne peut être malmenée dans ce qui constitue ses fondements même sans être repensée dans son ensemble.

C. Pour imaginer cette réforme, la Chancellerie utilise deux procédés.

Le premier consiste à invoquer des objectifs qui, bien que louables dans leurs principes, sont en total décalage avec les résultats produits par le texte. Ainsi de l'objectif de « simplification » alors que chacun peut constater le nombre, le volume et la complexité des textes nouveaux. Ainsi de l'objectif d'« efficacité » qui n'est pas davantage obtenu par le décret. En créant de nombreuses sanctions et règles formelles, celui-ci va cristalliser la procédure sur des questions de forme et générer des incidents chronophages pour les juridictions. La durée des procédures en est mécaniquement allongée. Ainsi de l'objectif de « sécurité juridique » qui ne peut être atteint en raison de la multiplication et de la complexification des textes.

Le second procédé consiste à raisonner par transposition de la procédure du contentieux administratif. Pourtant, les spécificités des deux procédures – qui justifient d'ailleurs leur coexistence et non leur confusion – biaisent le raisonnement. Qu'il s'agisse de la présomption de légalité des actes, du privilège du préalable, du caractère objectif du contentieux ou, en ce qui concerne les juridictions, du volume infiniment plus faible d'affaires, la comparaison est impossible. Ce qu'a d'ailleurs indiqué l'Inspection générale de la Justice dans un rapport adressé à la Chancellerie en Juillet 2019, soulignant le caractère « inopérant » de la comparaison². Transposition n'est pas raison.

D. C'est peu dire que d'affirmer que les réformes menées n'aboutissent à aucune amélioration de la situation de la justice civile. Pourtant, celles-ci se poursuivent sans changement de cap.

À un rapport de plus³ a maintenant succédé une réforme de plus dont les conséquences seront, pour tout acteur de justice, dramatiques.

L'annulation de ce décret se justifie en ce qu'il porte à degré inédit les incohérences textuelles et les atteintes à la légalité au sens large.

*

² V. *Rapport de l'IGJ*, Fiches thématiques, t. 2, fiche n° 21, p. 187, production.

³ N. Molfessis, F. Agostini, *Amélioration et simplification de la procédure civile*, Rapport 2018, p. 6, production.

FAITS ET PROCÉDURE

1. – Le Conseil National des Barreaux (CNB), exposant, est chargé de représenter la profession d’avocat auprès des pouvoirs publics (L. n° 71-1130 du 31 décembre 1971, art. 21-1). Il a notamment pour mission de réfléchir aux évolutions de profession d’avocat et d’en unifier les règles et les usages.

Comme les autres exposants, il représente les avocats qui sont en prise directe avec les problématiques procédurales et qui sont chargés d’accompagner et de représenter les justiciables.

À ce titre, ils défèrent au Conseil d’État l’examen d’un texte tout à fait problématique pour l’exercice de leur fonction, mais aussi, plus généralement, pour les droits des justiciables.

1.2. – Pour appliquer la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 (*Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*), le pouvoir réglementaire a pris plusieurs décrets, parmi lesquels le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 qui fait présentement l’objet du recours pour excès de pouvoir.

1.3. – Le décret attaqué a été rédigé dans une urgence remarquable.

Remarquable car après le vote de la loi intervenu en procédure accélérée et la décision du Conseil constitutionnel d’annulation partielle du 19 mars 2019, la loi promulguée le 23 mars prévoyait une entrée en vigueur de nombreuses dispositions au 1^{er} janvier 2020.

Il restait donc huit mois au pouvoir réglementaire avant l’entrée en vigueur des dispositions de la loi parmi lesquelles la réforme déjà considérable de la fusion entre les tribunaux de grande instance et les tribunaux d’instance.

Plutôt que de rationnellement reporter la réforme que le Ministère avait lui-même présentée comme d’une ampleur inédite, celui-ci a préféré persister et accélérer au détriment, d’une part, de la qualité des textes et, d’autre part, de la faculté d’assimilation des professionnels de la justice au sens large.

Finalement, le décret attaqué a été publié au Journal officiel du 12 décembre 2019, laissant seulement vingt jours aux professionnels pour en prendre connaissance et anticiper ses conséquences.

1.4. – Les exposants ont une première fois attaqué le décret devant le Conseil d'État par la voie du référé-suspension.

Le dépôt d'un mémoire en référé le 20 décembre 2019 a été suivi d'une audience tenue le 27 décembre 2019 lors de laquelle les exposants ont pu constater la confusion, la désorganisation et l'empressement ayant présidé la rédaction du décret.

En dépit de réels motifs de doute quant à la légalité du décret, le juge des référés du Conseil d'État a, par ordonnance du 30 décembre 2019, rejeté la requête des exposants motifs pris de l'absence d'urgence à suspendre le texte.

Il a néanmoins observé, par des motifs dénués d'équivoque, que le délai retenu pour l'entrée en vigueur du texte était « bref eu égard à l'ampleur des modifications apportées à la procédure civile »⁴.

Le juge des référés a donc dit « regretter qu'une adoption plus précoce du décret n'ait pas été possible ».

2.1. – En dépit du rejet du recours en référé, les exposants persistent à déférer à la censure du Conseil d'État le décret n° 2019-1333 qui présente un certain nombre d'irrégularités.

2.2. – Parmi les irrégularités dénoncées, certaines sont particulièrement préoccupantes.

2.3. – C'est d'abord le cas, sous l'angle méthodologique, du détournement de procédure auquel s'adonne le pouvoir réglementaire.

2.4. – Cette méthode « des petits pas » consiste à réduire progressivement, décret par décret, les droits des justiciables de sorte que chaque texte pris individuellement passe sans ambages le filtre du contrôle de légalité.

Cette méthode est un court-circuit démocratique : elle permet de subtiliser au Conseil d'État la pertinence de son contrôle et provoque un dévoiement du recours pour excès de pouvoir pour les exposants⁵.

⁴ CE (réf.), 30 décembre 2019, n° 436941 et 437005, spéc. n° 10, production.

⁵ V. n° 5 et s.

2.5. – En outre, la compétence du pouvoir réglementaire pour réformer les règles de procédure civile le conduit à d'importantes erreurs car sa compétence s'intercale avec certains principes fondamentaux, pour lesquels la compétence relève du seul législateur⁶.

2.6. – Par ailleurs, le pouvoir réglementaire n'a pas rempli certaines de ses obligations lorsqu'il lui revenait de préciser certains dispositifs légaux⁷.

2.7. – C'est ensuite le cas de l'atteinte causée au droit au juge.

2.8. – D'une part au juge de première instance lorsque le pouvoir réglementaire prévoit un préalable amiable obligatoire aux conditions tout à fait obscures et néfastes pour le justiciable, souvent non représenté⁸.

2.9. – D'autre part au juge d'appel, par un système insidieux de généralisation de l'exécution provisoire de la décision de première instance⁹.

Le dispositif est inquiétant dans sa confection car très imprécis, mais aussi et surtout dans son principe dès lors qu'il vise simplement à épurer le contentieux de la cour d'appel par une politique de découragement du justiciable à interjeter appel.

Or l'état de la qualité des décisions de première instance, dont la Chancellerie est directement responsable par sa politique de sous-dotation du budget de la justice judiciaire¹⁰, ne permet pas à ce stade d'envisager une telle réforme.

2.10. – C'est enfin le cas des résultats obtenus quant aux objectifs recherchés. Sous couvert de simplification, le décret attaqué procède à complexification de la procédure de première instance¹¹.

⁶ V. n° 19 et s.

⁷ V. n° 33 et s.

⁸ V. n° 153 et s.

⁹ V. n° 95 et s.

¹⁰ Selon un rapport parlementaire, la justice judiciaire est « proche de l'embolie » : *Rapport d'information sénatorial fait au nom de la commission des lois par la mission d'information sur le redressement de la justice*, Sénat, n° 495, 4 avril 2017, p. 9.

¹¹ V. n° 259 et s.

En ajoutant de plus en plus de règles strictement formelles, dénuées d'objet ou de fonction, et en multipliant à l'envi les sanctions procédurales, le pouvoir réglementaire va en réalité provoquer l'irruption d'un contentieux massif et de nature elle-même strictement procédurale.

Cela n'est pas satisfaisant et le résultat est mécanique : les délais de jugement et les stocks d'affaires en cours vont augmenter.

Par ailleurs, il faut souligner qu'une affaire terminée par un incident procédural n'est pas une affaire jugée : justice n'est pas rendue.

2.11. – En tout état de cause, le texte attaqué, rédigé dans l'urgence, préfigure une insécurité juridique tout à fait inédite.

2.12. – Cette nouvelle réforme, semblable au procédé habituellement suivi par la Chancellerie, est la réforme de trop. Elle porte une atteinte inacceptable aux droits des justiciables et place l'exercice de la profession d'avocat sous une tension extrême.

C'est pourquoi les exposants poursuivent l'annulation du décret du 11 décembre 2019 devant le Conseil d'État.

*

DISCUSSION

3. – De cet exposé liminaire et de ce rappel des faits de la procédure découlent les critiques formulées contre le décret.

Elles seront exposées tant du point de vue de la légalité externe (I) qu'interne (II) du texte, mais aussi selon une critique plus générale sur l'économie du décret qui fait rejaillir l'erreur manifeste d'appréciation du pouvoir réglementaire sur la méthode adoptée pour réformer la procédure civile (III).

I. SUR L'ILLEGALITE EXTERNE DU DECRET ATTAQUE

4. – Au regard de sa légalité externe, le décret n° 2019-1333 s'expose à l'annulation à deux égards. En premier lieu, le décret pris dans son ensemble caractérise un détournement de procédure (1). En second lieu, il est pris en violation des règles de compétence (2).

1. Sur le détournement de procédure (l'entier décret)

5. – En premier lieu, le détournement de procédure réalisé par le pouvoir réglementaire est total dans l'élaboration du décret attaqué pour des raisons qui tiennent au fait que les mesures drastiques de restrictions procédurales qu'il contient sont attentatoires aux garanties fondamentales accordées aux citoyens.

Ce détournement de pouvoir se décline en réalité en deux critiques.

6. – D'une part, le pouvoir réglementaire a commis un détournement de procédure dès lors que le décret porte atteinte à des garanties qui échappent au domaine de l'article 37 de la Constitution.

En effet, l'article 34 de la Constitution énonce que :

« *La loi fixe les règles concernant :*

- *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens [...]* ».

Par conséquent, les atteintes à ces garanties fondamentales ne peuvent être réalisées par le pouvoir réglementaire.

7. – Le constat selon lequel certaines règles de procédure civile concernent des droits et libertés fondamentaux qui échappent à la compétence du pouvoir réglementaire a même été relevé au Parlement lors des débats qui ont précédé l'adoption de la loi de programmation.

Une proposition de loi organique a en effet suggéré d'attribuer explicitement à la loi la compétence fixer les principes fondamentaux de la procédure civile.

Cette proposition avait été formulée par deux sénateurs : M. François Pillet, aujourd'hui membre du Conseil constitutionnel, et Mme Muriel Jourda.

8. – Dans son exposé des motifs, la proposition se fondait des observations de bon sens. Les deux premiers livres du CPC¹² :

« concernent le droit d'exercer un recours effectif, les droits de la défense, le droit à un procès équitable ou encore les principes d'impartialité et d'indépendance des juridictions, autant de principes de valeur constitutionnelle qui se trouvent ici dépourvus de garanties légales du fait du caractère réglementaire du code ».

Le droit d'appel et ses effets étaient notamment visés parmi les garanties d'exercice d'un recours effectif.

Il était également remarqué qu'il y a une incongruité à prévoir une partie législative et une partie réglementaire dans le code de justice administrative alors que le CPC est exclusivement réglementaire.

¹² Proposition de loi organique tendant à attribuer à la loi la compétence de fixer les principes fondamentaux de la procédure civile, Sénat, 21 février 2019, production.

9. – On aurait tort de considérer cette critique comme de pure forme car le décret du 11 décembre 2019, emporte des restrictions inédites aux garanties fondamentales.

Sous couvert d'une simplification de la procédure de première instance, le pouvoir réglementaire rend plus délicat encore l'accès au juge et l'intérêt même d'un recours au juge judiciaire.

10. – D'autre part, les exposants souhaitent vigoureusement dénoncer, à travers le grief de détournement de procédure, un motif très sérieux d'illégalité qui s'assimile à une **fraude du pouvoir réglementaire**.

En effet, en restreignant par touches successives des droits des parties et les garanties fondamentales de bonne justice, le pouvoir réglementaire empêche le Conseil d'État d'opérer un réel contrôle de légalité.

Ce constat est précisément le résultat d'une fraude qui réside dans la méthodologie employée par le pouvoir réglementaire pour accomplir les réformes de la procédure qui, depuis plus de vingt ans, consistent à réaliser des économies budgétaires et comptables au sacrifice des droits et garanties fondamentaux de bonne justice.

11. – En quoi consiste cette méthode ?

Elle consiste simplement à préférer une réforme par petites touches espacées de quelques mois, et surtout par des textes différents, plutôt que de choisir une réforme d'ampleur, massive, qui inverserait de front des acquis de la procédure civile, mais qui susciterait une très vive opposition.

L'avantage de cette méthode est d'infléchir les règles de procédure civile de manière progressive pour favoriser, d'une part, l'accoutumance des esprits et, d'autre part, la dilution des oppositions.

Cette méthode a été dénoncée par les plus grands spécialistes de la procédure civile. Par exemple, le professeur Le Bars s'est ému de cette méthode sacrificielle désignée comme « la méthode de la grenouille »¹³.

¹³ Méthode selon laquelle la grenouille, pour être ébouillantée, doit être placée dans une eau dont la température augmente progressivement et non dans une eau déjà bouillante pour ne pas qu'elle saute du récipient. V. T. Le Bars, « Réflexions désabusées sur la réforme permanente de la justice civile », *JCPG*, 2019, suppl. au n° 14, p. 23, spéc. n° 8, production.

En bref, la progression par « petits pas »¹⁴, ou dans le cas présent, « par petits décrets » consiste à restreindre progressivement les droits des justiciables et les garanties de bonne justice.

12. – Cette méthode poursuit un objectif simple : il faut tarir le contentieux à tout prix.

Elle se confectionne grâce à trois outils.

Le premier est, lorsque c'est possible, d'évincer le contrôle du juge par la déjudiciarisation ou par l'empêchement d'y accéder. Tel est le cas lorsque le pouvoir réglementaire agrandit le périmètre du préalable amiable de conciliation.

Le deuxième, plus pernicieux, consiste à instaurer des chausse-trappes, des pièges procédurux. Tel est le cas lorsque les textes ajoutent sans mesure de nouvelles sanctions strictement formelles et déconnectées des réalités procédurales.

Le troisième consiste à la désactivation rampante de l'utilisation des voies de recours. L'exécution provisoire de droit, généralisée par le décret attaqué, en est une parfaite illustration.

13. – Très concrètement, la méthode permet d'éviter la censure du Conseil d'État et constitue par là une fraude.

Pris individuellement, les décrets n'apportent que des altérations désignées comme « modestes », voire inexistantes aux droits fondamentaux, passant ainsi sans encombre le contrôle de légalité. De la sorte, la méthode diminue les contrastes et favorise la conformité aux normes supérieures.

14. – Or par la constance de la méthode employée, le pouvoir réglementaire pratique un détournement tant de la procédure civile en elle-même que de l'objet même du contrôle juridictionnel du Conseil d'État.

D'une part, la réforme permanente des règles de procédure civile est intrinsèquement mauvaise pour la profession d'avocat, qui peine à assimiler le corpus considérable de nouvelles règles. Cela dessert le service rendu au justiciable dans la protection de ses droits.

¹⁴ *Ibid.*

D'autre part, le Conseil d'État ne peut réaliser son contrôle de l'excès de pouvoir. La dévolution est limitée à un texte et empêche la juridiction d'apprécier *in globo* les réformes menées. Autrement dit, les réformes procédurales menées sont dissimulées par l'accumulation de textes de faible ampleur.

15. – Outre l'absence de contrôle de légalité, cette méthode est dangereuse pour le justiciable lui-même.

La profession d'avocat est la première concernée pour constater les effets néfastes des réformes procédurales menées. Le constat est implacable : l'accès du justiciable à son juge n'a de cesse d'être complexifié, la plupart du temps au moyen de pièges procéduraux, sans amélioration concomitante de la qualité de la justice.

Les avocats sont aussi directement concernés par ces pièges lorsque leurs clients se retournent contre eux pour engager leur responsabilité. À cet égard, on notera avec intérêt la hausse considérable du chiffre de sinistralité en procédure civile, passée de 6,6% en 2014 à 25,8% en 2018¹⁵.

Les exposants déplorent donc la direction tenue par le pouvoir réglementaire qui consiste à sacrifier les droits fondamentaux des justiciables et exposer les professionnels du droit au profit de perspectives strictement comptables et budgétaires¹⁶.

16. – Au cas présent, la fraude conduit donc à priver les exposants de l'intérêt même de leurs recours, ce qui constitue en soi une atteinte au droit au recours garanti par l'article 13 de la CEDH.

On s'interroge sur la pertinence du contrôle si celui-ci n'est limité qu'à une confrontation des seules dispositions du décret à des dispositions de valeur supérieure ; il est alors privé d'une appréciation générale des nouveaux dispositifs et de leur insertion dans l'ensemble des règles de procédure civile.

¹⁵ *Bilan des réformes de la procédure d'appel en matière civile, commerciale et sociale et perspectives*, Rapport de l'Inspection générale de la justice, Juillet 2019, tome 2, fiche n° 14, p. 82, tableau 1, production.

¹⁶ Tout comme la doctrine. V. par ex. : C. Brenner, « La réforme de la procédure civile : un chantier de démolition ? », *D.*, 2018, p. 361, spéc. n° V, production. L'auteur considère que les propositions faites pour la réforme des chantiers de la justice, dont le décret attaqué constitue la transcription, font « funestement fausse route ».

17. – La fraude prive également le Conseil d'État de son contrôle de légalité.

En effet, si le Conseil d'État n'est pas mis en mesure d'apprécier des changements globaux à intervalles de temps si réduits – ce qui traduit une trajectoire juridique déterminée *ab initio* et clairesemée dans différents textes –, il ne peut efficacement jouer son rôle de contrôle de conformité du décret.

Or laisser cette avarie perdurer conduit les justiciables à se tourner vers d'autres formes de contrôle, telle que le contrôle conventionnel devant la CEDH ou le contrôle de constitutionnalité, ce qui n'est pas satisfaisant pour ces derniers compte tenu des délais que de tels contrôles impliquent.

Il est donc essentiel que cette fraude soit aujourd'hui sanctionnée par le Conseil d'État au regard du degré de gravité dans l'atteinte aux droits et garanties fondamentaux garantis.

2. Sur l'incompétence

18. – En second lieu, et plus spécifiquement, les exposants souhaitent dénoncer l'incompétence du pouvoir réglementaire, qu'elle soit positive au regard de l'article 3 du décret attaqué qui concerne l'instauration du principe de l'exécution provisoire de droit (2.1), ou négative à l'égard des articles 3 et 4, ce dernier étant relatif à la procédure applicable devant le tribunal judiciaire, et plus spécialement au préalable amiable obligatoire (2.2.).

2.1. L'incompétence positive (article 3)¹⁷

19. – Sous l'angle de la compétence, la difficulté posée par l'article 3 est que l'exécution provisoire de droit de la décision de première est une mesure prise en considération de la voie de recours qu'est l'appel.

Son but serait de « restaurer l'autorité du premier juge » et de « limiter les appels dilatoires ».

Derrière un témoignage de bonnes intentions se trouve néanmoins un autre objectif qui est celui d'une diminution du nombre d'appels par découragement du justiciable.

¹⁷ V. déjà le mémoire complémentaire n° 1, spéc. n° 10.

En cela, l'article 3 du décret attaqué a pour effet de mettre en cause des règles ou principes fondamentaux placés par la Constitution dans le domaine de la loi.

20. – En droit, le Conseil constitutionnel considère qu'aucune atteinte substantielle ne doit être portée au droit des personnes intéressées par l'exercice d'un recours effectif devant une juridiction, notamment en ce qu'il est une composante de la garantie des droits prévue à l'article 16 de la DDHC¹⁸.

Ce contrôle de l'atteinte au droit d'exercer un recours, dont il faut comprendre de cette décision qu'il est certes permis, mais pesé par le Conseil, est dès lors nécessairement réalisé par le pouvoir législatif et non par le pouvoir réglementaire.

21. – Précisément, l'exercice libre du droit d'agir en justice est considéré par le Conseil constitutionnel comme relevant du domaine de l'article 34 de la Constitution¹⁹ :

« Considérant qu'il en est de même de la disposition du troisième alinéa du paragraphe 3 prévoyant que "Si la taxation est conforme à l'appréciation de la commission, le redevable conserve le droit de présenter une demande en réduction par voie de réclamation contentieuse" ; qu'elle est, en effet, la conséquence, pour le redevable, de son droit d'agir en justice dont le libre exercice relève de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution ».

C'est également l'avis exprimé par le commissaire du gouvernement Jean-François Théry : « le droit d'agir en justice nous paraît se rattacher aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques [...]. Seul le législateur peut restreindre ou supprimer le droit d'agir »²⁰.

22. – De même, il revient au pouvoir législatif (par exclusion du pouvoir réglementaire) de réglementer le droit d'accès à un tribunal en ce que celui-ci est une garantie fondamentale préservée par l'article 6§1 de la CEDH.

¹⁸ Cons. const., 9 avril 1996, décision n° 96-373 DC, spéc. n° 83, production ; Cons. const., 27 juillet 2006, décision n° 2006-540 DC, spéc. n° 11, production.

¹⁹ Cons. const., 2 décembre 1980, décision n° 80-119 L, spéc. n° 6, production.

²⁰ Concl. ss. CE, 7 janvier 1972, *Élections au conseil de l'unité d'enseignement et recherche des lettres et sciences humaines de l'Université de Limoges*, Rec. p. 26.

C'est dès lors au pouvoir législatif qu'il incombe de garantir aux justiciables l'existence d'un droit d'accès au tribunal qui soit concret et effectif²¹.

23. – Puisque le pouvoir d'exercer une voie de recours est, en lui-même « qu'une espèce d'action »²², son libre exercice est, par analogie, lui aussi un principe fondamental placé, par le Conseil constitutionnel, dans le domaine de la loi.

En effet, ce dernier a jugé que la voie de recours²³ :

« ...constitue pour les justiciables une garantie fondamentale dont, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient seulement à la loi de fixer les règles ».

24. – Cette reconnaissance est certaine puisque ces motifs ont été réitérés par le Conseil constitutionnel dans des termes identiques et dans une décision tendant à l'appréciation de la nature juridique de dispositions d'une ordonnance réformant le droit de l'expropriation²⁴ :

« 10. Considérant que, selon la deuxième phrase de l'article, l'arrêt " pourra être déféré à la Cour de cassation " ; que cette dernière disposition a trait à une voie de recours qui constitue pour les justiciables une garantie fondamentale dont, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient seulement à la loi de fixer les règles [...] »

« 14. Considérant qu'il est prévu tout d'abord, par le premier alinéa de l'article 29, que la décision fixant le montant des indemnités provisionnelles ne peut être attaquée que par la voie du recours en cassation ; que cette disposition a trait à une voie de recours qui constitue pour les justiciables une garantie fondamentale dont, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient seulement à la loi de fixer les règles ».

On soulignera que la portée des motifs est d'autant plus forte qu'en l'espèce les deux dispositions considérées comme relevant du domaine législatif avaient pour objet **d'ouvrir** une voie de recours et non, comme au cas présent, de la **limiter** dans ses effets.

²¹ V. les jurisprudences bien connues de la Cour européenne : CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, série A n° 18 ; 2 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, série A n° 32.

²² G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3^e éd., 1996, n° 86, p. 382, production.

²³ Cons. const., 14 mai 1980, décision n° 80-113 L, spéc. n° 7, production.

²⁴ Cons. const., 10 mai 1988, décision n° 88-157 L, spéc. n° 10 et n° 14, production.

Par conséquent, le pouvoir réglementaire n'a pas compétence pour édicter une mesure qui, par son objet ou dans ses effets, viendrait limiter ou anéantir l'ouverture d'une voie de recours. Seul le pouvoir législatif dispose de cette compétence.

Les exposants rappelleront également que **le Conseil d'État a déjà reconnu, dans la règle du double degré de juridiction, l'existence d'un principe général du droit**²⁵.

25. – Par ailleurs, au-delà de l'appel qui constitue une mise en œuvre du droit d'agir en lui-même, certaines modalités qui permettent de le garantir sont également considérées comme des garanties fondamentales échappant à la compétence du pouvoir réglementaire.

26. – Tel est le cas du « sursis à exécution », c'est-à-dire de la question de l'exécution immédiate d'une décision prononcée par un premier juge.

Le Conseil constitutionnel a jugé que le sursis à exécution d'une décision prononcée par un premier juge « constitue une garantie essentielle des droits de la défense »²⁶.

Or il est constant que les droits de la défense appartiennent à la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République²⁷ comme étant rattachés à l'article 16 de la DDHC²⁸.

Nul doute donc que les droits de la défense et les restrictions qui y sont apportées sont placées, par la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le domaine législatif comme étant l'une des garanties fondamentales accordée au citoyen.

Il s'en déduit que les droits de la défense ressortent du domaine législatif comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

En outre, la nécessité d'obtenir un effet suspensif de l'effet d'une décision de justice étant une composante des droits de la défense, alors la généralisation de l'exécution provisoire de droit constitue une atteinte aux droits de la défense.

²⁵ CE, 4 février 1944, Vernon ; G. Feuer, « Contribution à une théorie de l'appel dans la procédure contentieuse administrative », *RD public*, 1958, p. 26, production.

²⁶ Cons. const., 23 janvier 1987, décision n° 86-224 DC, spéc. n° 22, production.

²⁷ Cons. const., 2 décembre 1976, décision n° 76-70 DC, spéc. n° 2, production.

²⁸ Cons. const., 30 mars 2006, décision n° 2006-535 DC, spéc. n° 24, production.

Or, en l'absence de toute disposition législative dans la loi de programmation du 23 mars 2019 sur la consécration du principe de généralisation de l'exécution provisoire et d'encadrement des garanties permettant de bénéficier efficacement d'un sursis à exécution, il n'appartenait pas au pouvoir réglementaire de généraliser l'exécution provisoire de droit.

Une telle réglementation échappe donc par nature à la compétence du pouvoir réglementaire.

27. – Au cas présent, l'article 3 du décret attaqué a pour principal objet de transformer l'exécution provisoire de droit de la décision de première instance en principe alors qu'elle était avant le décret l'exception²⁹.

Sans entrer, au stade de la légalité externe, dans le détail des mesures, deux séries de dispositions apparaissent particulièrement attentatoires aux règles de compétence rappelées.

Globalement, elles participent toutes deux d'une limitation parfois drastique de la possibilité pour les parties d'interjeter appel.

28. – D'une part, le décret prévoit un mécanisme permettant à la partie susceptible d'être condamnée d'obtenir du juge qu'il écarte l'exécution provisoire et un autre concédant à la partie condamnée de demander son arrêt au premier président de la cour d'appel (articles 514-1 à 514-6).

D'abord, l'article 514-1 du code de procédure civile limite la faculté pour le juge de première instance d'écarter l'exécution provisoire au seul cas où il estime celle-ci « incompatible avec la nature de l'affaire ». Derrière cette condition pour le moins obscure³⁰ se dissimule la quasi impossibilité de l'obtenir alors même qu'elle est, dans beaucoup de cas, la condition à laquelle la partie condamnée peut se permettre d'interjeter appel.

Ensuite, l'article 514-3 du code impose la démonstration au premier président non seulement d'un moyen sérieux d'annulation ou de réformation, mais encore de la démonstration que l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. Là encore, la sévérité des critères posés par le décret est si importante qu'elle empêchera concrètement des parties d'obtenir la suspension de l'exécution dans des conditions qui, seules, permettront un appel.

²⁹ V. mémoire complémentaire n° 1, spéc. n° 10.

³⁰ Ce qui justifie d'ailleurs une critique de légalité interne. V. n° 124 et s.

Enfin, les articles 514-6 et 517-4 empêchent la formation d'un pourvoi en cassation contre les décisions prises par le premier président de la cour d'appel. En ce cas précis, le décret ferme tout simplement l'ouverture d'une voie de recours hors de toute compétence, qui au surplus se trouve être le pourvoi en cassation³¹.

Ce dispositif est de même nature que celui ayant présidé la décision du 23 janvier 1987 précitée, au terme de laquelle le sursis à exécution intègre les droits de la défense qui sont strictement de la compétence du législateur³². Or comme l'a jugé le Conseil constitutionnel, l'ouverture – et au cas présent la fermeture – du pourvoi en cassation constitue une garantie fondamentale. **Elle entre donc mécaniquement dans la compétence du pouvoir législatif.**

29. – D'autre part, le décret reprend l'ancien article 526 (devenu 524) relatif à la demande de radiation d'une affaire du rôle de la cour d'appel en cas d'inexécution d'une décision frappée de l'exécution provisoire.

Ce mécanisme avait pour fonction précise de trouver un équilibre satisfaisant entre le prononcé de l'exécution provisoire et l'effet suspensif de l'appel. Dans un schéma intermédiaire, il permettait d'assurer à la partie non condamnée et bénéficiaire d'une exécution prononcée par le juge une exécution par la partie condamnée.

Aujourd'hui, ce mécanisme n'est plus justifié dès lors que le rapport de force s'est inversé car l'exécution provisoire est à présent de droit.

Au contraire, son maintien garantit à la partie non condamnée une exécution provisoire sans prise de risque.

En tout état de cause, l'adjonction des deux dispositifs ferme encore davantage les conditions d'exercice du droit d'agir en appel.

30. – Cet empiètement du pouvoir réglementaire sur le domaine de compétence du pouvoir législatif avait d'ailleurs été souligné lors des débats parlementaires.

³¹ On rappellera que la décision précitée du 10 mai 1988 rendue par le Conseil constitutionnel avait précisément considéré que l'ouverture du pourvoi était une question qui relevait du pouvoir législatif.

³² V. n° 26.

Ainsi, la proposition de loi organique visant à préciser explicitement que les principes fondamentaux de procédure civile relèvent du pouvoir législatif, donnait l'exemple de l'exécution provisoire de droit et la suppression de l'effet suspensif de l'appel :

« On peut évoquer à ce titre, notamment, la suppression du caractère suspensif de l'appel et l'exécution provisoire par principe des décisions de première instance : une telle réforme peut paraître problématique, compte tenu des conditions dans lesquelles les jugements sont rendus en première instance. En tout cas, **cette évolution serait tout à fait fondamentale dans le fonctionnement de la justice civile française** comme pour les droits des justiciables ».

31. – Plus encore, les rapporteurs du texte de la loi de programmation au Sénat, MM. Buffet et Détraigne, relevaient explicitement que³³ :

« En outre, la réforme de la justice civile comporte un important volet réglementaire, dont certaines des mesures envisagées sont plus importantes que celles figurant dans le présent projet de loi, mais ne donneront lieu à aucun débat devant le Parlement. Ont été évoquées lors des auditions, par exemple, la suppression du caractère suspensif de l'appel et l'exécution provisoire des décisions de première instance : **vos rapporteurs estiment qu'une telle évolution serait problématique, compte tenu des conditions dans lesquelles les jugements sont rendus en première instance** [...].

Une telle situation illustre la pertinence qu'il pourrait y avoir à inclure les principes fondamentaux de la procédure civile dans le domaine de la loi ».

32. – En conclusion, l'article 3 du décret attaqué, par la rigueur des dispositions qu'il contient, participe d'un durcissement important des conditions dans lesquelles un appel peut être effectué.

Autrement dit, le droit d'agir (en appel) s'en trouve limité, pas tant dans son objet, **mais certainement dans ses effets** alors que cette possibilité est laissée au seul législateur.

³³ Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et sur le projet de loi organique relatif au renforcement de l'organisation des juridictions, t. 1, Sénat, 3 octobre 2018, pp. 27-28, production.

La préservation d'un mécanisme ancien (la radiation) et l'ajout d'un mécanisme nouveau (le principe de l'exécution provisoire de droit) portent une atteinte forte aux droits de la partie condamnée d'accéder à son juge d'appel et de se défendre contre la condamnation subie en première instance.

L'incompétence positive est avérée.

2.2. L'incompétence négative

33. – Sous l'angle de l'incompétence négative, le décret attaqué encourt encore l'annulation de deux de ses dispositions.

- *2.2.1. L'incompatibilité avec la nature de l'affaire de l'article 514-1 CPC (article 3 du décret)*

34. – En son article 3, le décret attaqué a entendu généraliser l'exécution provisoire de droit de la décision de première instance.

Les exposants démontreront l'illégalité interne du dispositif³⁴, mais entendent auparavant dénoncer son imprécision dont il résulte une illégalité externe pour incompétence négative.

Pour rappel, l'article 514 CPC dispose que les décisions de première instance sont, de droit, exécutoires à titre provisoire, tout en prévoyant dans les articles suivants des mécanismes d'inversion du principe.

Parmi ceux-là, les parties peuvent solliciter du juge de première instance qu'il écarte le prononcé de l'exécution ou, ultérieurement, au premier président de la cour d'appel d'arrêter l'exécution prononcée ou au contraire de la rétablir si elle a été écartée en première instance.

35. – L'incompétence négative découle du caractère parfaitement obscur de l'article 514-1 CPC qui dispose que : « le juge peut écarter l'exécution provisoire de droit, en tout ou partie, s'il estime qu'elle est incompatible avec la nature de l'affaire ».

³⁴ V. n° 95 et s.

36. – L'incompatibilité avec la nature de l'affaire est une notion qui est non seulement inconnue dans le code de procédure civile, mais aussi, et surtout, **complètement artificielle et non compréhensible**.

La nature de l'affaire appelle en réalité un débat purement théorique sur des types d'affaires dans lesquelles on supposerait qu'une exécution provisoire est justifiée alors qu'elle ne le serait pas pour d'autres.

Ainsi, dans l'esprit du texte, il serait possible de déterminer si l'exécution provisoire est incompatible par nature avec une décision relative à un partage judiciaire ou une succession, mais serait compatible par nature avec une décision relative à l'inexécution d'un contrat.

A priori et in abstracto, il est difficile d'imaginer qu'une demande en nullité d'un contrat puisse apparaître comme incompatible avec une exécution provisoire de droit. Pourtant, une analyse menée in concreto, c'est-à-dire pas seulement sur la base de la nature de l'affaire, pourrait aisément démontrer le contraire.

En réalité, un tel raisonnement abstrait prive le juge de première instance d'une analyse concrète des situations qui se présentent et vide de son objet la faculté pour les parties de solliciter l'écart de l'exécution provisoire de la décision de première instance.

37. – L'incongruité de cette exigence sort renforcée d'une comparaison avec les conditions posées par l'article 514-3 CPC qui permet de demander au premier président de la cour d'appel une inversion de la décision du juge de première instance.

38. – D'une part, cette demande est appréciée selon un critère qui diffère de celui de première instance (ce qui en soi constitue une incohérence) : elle est appréciée selon que l'exécution provisoire provoque des « circonstances manifestement excessives ». La question posée est la même, mais les critères pour l'apprécier diffèrent.

Selon une doctrine particulièrement autorisée, cette dissemblance apparaît comme une véritable « incongruité »³⁵.

³⁵ S. Amrani-Mekki, « Nouvelles réformes de procédure civile. Vous avez dit simplification ? », *JCPG*, 2020, n° 3, doct. 75, spéc. n° 27, production.

M. Pellerin, décrivant ce mécanisme, évoque une distinction « bien théorique »³⁶ entre l'incompatibilité avec la nature de l'affaire et les circonstances manifestement excessives. Selon l'auteur, le critère de l'incompatibilité avec la nature de l'affaire est une « notion assez floue », « sans objet et artificiel[le] »³⁷.

39. – D'autre part, le débat prend devant le premier président une tournure concrète et invite celui-ci à décider selon la situation qui est lui est présentée.

40. – En définitive, il apparaît que le critère de l'incompatibilité de l'exécution provisoire avec la nature de l'affaire est, en raison de son imprécision et son inopérance, un faux critère.

Inutile et dangereux, il aurait dû faire l'objet de précisions plus importantes par le pouvoir réglementaire, sinon être totalement abandonné au profit d'une plus grande cohérence du système d'exécution provisoire.

L'incompétence négative qui résulte de cette imprécision justifie l'annulation du décret.

- 2.2.2. Le délai raisonnable et le motif légitime de l'article 750-1 CPC (article 4 du décret)³⁸

41. – En son article 4, le décret n'a pas suffisamment précisé la notion de délai raisonnable ni défini le motif légitime de l'article 750-1 du code de procédure civile.

42. – Pour rappel, l'article 750-1 du code de procédure civile institue un préalable amiable obligatoire pour certaines demandes formées devant le tribunal judiciaire à peine d'irrecevabilité.

³⁶ J. Pellerin, « La généralisation de l'exécution provisoire de droit », *Gaz. Pal.*, 2020, n° 4, p. 85, spéc. n° 14, production.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ V. déjà le mémoire complémentaire n° 1, spéc. n° 9.

Le dispositif a prévu quelles étaient les demandes concernées : celles qui n'excèdent pas la somme de 5 000 € et celles qui sont relatives aux actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire³⁹.

43. – En revanche, il appartenait au pouvoir réglementaire de définir et préciser les exceptions à ce préalable amiable obligatoire.

En effet, lors de l'examen de la loi, le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation lors de l'appréciation de ce dispositif⁴⁰ :

« Cependant, s'agissant d'une condition de recevabilité d'un recours contentieux, **il appartiendra au pouvoir réglementaire** de définir la notion de « motif légitime » et de préciser le « délai raisonnable » d'indisponibilité du conciliateur de justice à partir duquel le justiciable est recevable à saisir la juridiction, notamment dans le cas où le litige présente un caractère urgent. Sous cette réserve, et compte tenu des garanties qui précèdent, le grief tiré d'une méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif doit être écarté ».

44. – S'agissant, d'une part, de la nécessité de définir le « motif légitime », l'article 750-1 alinéa 2 3° issu du décret ne définit pas le motif légitime, mais en donne plusieurs exemples.

45. – Le premier cas est celui de « l'urgence manifeste ». Aucune définition n'est donnée de cette urgence manifeste qui n'est par ailleurs jamais utilisée par le code de procédure civile. Elle est donc *a priori* inconnue.

Elle est d'autant plus inconnue qu'elle diffère de la condition du référé de l'article 834 CPC qui exige simplement pour y recourir une urgence « simple ». Il faudrait donc distinguer deux types d'urgences.

Plus encore, à en suivre la lettre des textes, et le manifeste étant ce qui a l'apparence de l'évidence, il faudrait une urgence plus marquée pour accéder directement au juge en évitant le préalable amiable obligatoire que pour accéder au juge des référés qui est pourtant le juge habituel de l'urgence.

³⁹ Il faudra d'ailleurs revenir en détail sur les demandes désignées dans l'article 750-1 au regard de l'illégalité interne du décret. V. n° 156 et s.

⁴⁰ Cons. const., 21 mars 2019, décision n° 2019-778 DC, spéc. n° 20, production.

Non défini, ce premier cas de « motif légitime » est incohérent.

46. – Un deuxième cas est constitué par les « circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative ou nécessité qu'une décision soit rendue non contradictoirement ».

Ce cas de figure est en réalité une coquille vide et ne participe pas de la définition du « motif légitime ».

D'abord, la notion d'impossibilité est excessivement mal choisie car la fundamentalité du droit au juge devrait conduire à écarter une mesure qui lui est attentatoire dès l'existence d'une difficulté et non attendre la démonstration d'une impossibilité. La charge de la justification est trop lourde pour le justiciable et la condition, trop sévère, vide de son objet le « motif légitime ».

Ensuite, la nécessité qu'une décision soit rendue contradictoirement désigne les hypothèses dans lesquelles le demandeur souhaiterait saisir la juridiction par voie de requête.

Dans ce cas de figure, il est tout simplement inaccessible aux exposants qu'une telle précision ait pu être apportée car elle n'a aucun sens.

Au vrai, ce cas de figure n'en est pas vraiment un car si la requête devait véritablement faire l'objet d'un préalable amiable obligatoire, alors elle n'aurait plus de raison d'exister.

47. – Le troisième cas est constitué par l'indisponibilité du conciliateur qui, comme les exposants vont immédiatement le développer en examinant la question de la précision donnée au « délai raisonnable », ne donne pas davantage d'indication sur ce qu'est le motif légitime.

48. – En somme, le motif légitime n'a pas été défini par le pouvoir réglementaire.

Il s'est borné à présenter plusieurs cas de figure qui sont, au mieux trop imprécis pour définir le « motif légitime » et au pire dépourvus de sens.

49. – S'agissant, d'autre part, de la nécessité de préciser le « délai raisonnable », le décret se borne à indiquer à l'article 750-1 alinéa 2 3° que celui-ci est un « délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige ».

À suivre le pouvoir réglementaire, il faudrait donc considérer qu'une précision a été apportée entre le « délai raisonnable » et le « délai manifestement excessif ».

En réalité, il n'en est rien.

50. – Il convient de rappeler à cet égard une évidence ayant peut-être échappé à la Chancellerie : les justiciables concernés par le préalable amiable obligatoire n'ont pas d'obligation d'être représentés.

Dès lors, le justiciable non représenté, à supposer qu'il comprenne l'objet même d'une obligation d'un préalable amiable avant de saisir son juge, se demande très concrètement de quelle durée il s'agit : un nombre de semaine ou un nombre de mois. Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs exigé que le délai raisonnable soit connu en ces termes (c'est-à-dire précisément) puisque le justiciable devrait connaître le délai « à partir duquel » il est recevable à présenter sa demande à la juridiction⁴¹.

Ce dernier n'a pas davantage conscience de ce que signifie un délai excessif au regard de la nature du litige.

De ce seul point de vue, c'est-à-dire de celui du destinataire direct de la règle, il est impossible de considérer que le pouvoir réglementaire a, comme le lui avait enjoint le Conseil constitutionnel, « précisé » la notion de délai raisonnable.

51. – Par ailleurs, du strict point de vue juridique, la précision attendue n'est pas davantage apportée.

Là encore, le code n'utilise pas de cette formule pour qualifier une durée de temps. Les seuls cas dans lesquels le standard du « manifestement excessif » est utilisé sont les conséquences de l'exécution provisoire d'une décision qui résulte du présent décret⁴².

Dans ce cas, le « manifestement excessif » peut se comprendre et être relativement anticipé, d'autant qu'une décision de justice est déjà rendue (l'accès au juge n'a pas été entravé à l'introduction de l'instance).

Tel n'est pas le cas pour un délai qui, au surplus, conditionne l'accès au juge.

⁴¹ Cons. const., 21 mars 2019, décision n° 2019-778 DC, spéc. n° 20, production.

⁴² Par exemple : articles 514-3, 524, 1009-1, 1079, 1232 et 1497 du code de procédure civile.

En tout état de cause, compte tenu du très faible nombre de conciliateurs de justice existant en France, la question de la définition du délai manifestement excessif se pose très régulièrement⁴³.

52. – Enfin, c'est vainement qu'on excipera l'argument de l'information donnée par le greffe.

C'est précisément désorientés par les informations contradictoires des greffes – auxquels le ministère n'a pas davantage laissé le temps qu'aux avocats pour se former – que les justiciables en viennent, pour certains d'entre eux seulement, à solliciter des avocats pour comprendre de quelle manière ils peuvent accéder à leur juge.

Où l'on voit que l'objectif recherché par le texte est parfaitement hors d'atteinte et que le seul effet du texte est de retarder, voire d'entraver l'accès au juge.

53. – En conclusion, il apparaît que la réserve émise par le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la loi n'a pas été levée. Il en résulte que le décret attaqué est, en son article 4, frappé d'une incompétence négative, ce qui justifie encore son annulation.

*

⁴³ Le site conciliateurs.fr, auquel renvoie la page du « conciliateur de justice » sur le site service-public.fr, dénombre moins de 2 500 conciliateurs répartis sur tout le territoire français, métropolitain et d'outre-mer.

II. SUR L'ILLEGALITE INTERNE DU DECRET ATTAQUE

54. – Quant à la légalité interne du décret attaqué, de nombreuses dispositions du décret sont entachées d'un excès de pouvoir.

Seront successivement exposées les illégalités :

- 1) De la simplification des modes de saisine (article 1) ;
- 2) De l'instauration du principe de l'exécution provisoire de droit (article 3) ;
- 3) De la procédure applicable au tribunal judiciaire (article 4) ;
- 4) De la procédure applicable au tribunal de commerce (article 5) ;
- 5) Des dispositions modificatives du code des procédures civiles d'exécution (article 10) ;
- 6) Des dispositions modificatives du Titre V du CPC (article 13) ;
- 7) Du droit transitoire (article 55) ;
- 8) Du décret dans son ensemble.

1) La simplification des modes de saisine (article 1 du décret attaqué)

1.1.) Les formalités de communication électronique de la demande initiale (article 54 CPC)

55. – L'article 1^{er} du décret attaqué a apporté au code de procédure civile une « simplification de modes de saisine » des juridictions.

Les modes de saisine sont réduits à deux types, qui en réalité se dédoublent.

Il existe d'une part l'assignation. Celle-ci pourra être formée directement par voie électronique par l'intermédiaire d'un portail accessible sur internet – c'est l'assignation dite « native » – ou simplement réalisée par la voie classique, mais remise ou transmise à la juridiction par voie électronique. Le portail n'étant pas encore opérationnel, l'assignation native encore impossible à réaliser⁴⁴.

Les parties peuvent, d'autre part, saisir la juridiction par voie de requête, qu'elle soit unilatérale ou conjointe.

⁴⁴ Selon les explications de la Chancellerie lors de l'audience de référé du 27 décembre 2019, le système doit faire l'objet d'un arrêté spécifique attendu, avant la crise sanitaire liée au covid-19, pour le mois de septembre 2020.

56. – L'article 54 CPC régit la demande initiale en général, c'est-à-dire toute demande introductive, qu'elle soit formée par assignation – native ou non – ou par requête – unilatérale ou conjointe.

Cette disposition pose plusieurs difficultés.

À titre liminaire, les exposants rappelleront qu'il est nécessaire que ce dispositif respecte les règles contenues dans le RGPD. Au-delà de cette nécessité, l'article 54 CPC pose un problème de sécurité juridique et cause une atteinte au droit au respect de la vie privée.

- *1.1.1. À titre liminaire : la nécessité de respecter le règlement général sur la protection des données (RGPD)*

57. – L'article 54 CPC relatif à toute demande initiale fixe un cadre de réalisation des demandes introductives d'instance par voie électronique, ce qui est *a priori* conforme au souhait d'accessibilité.

Toutefois, les textes issus du décret présentent des dangers importants qui ne peuvent être négligés.

58. – Le premier danger résulte de l'article 54 alinéa 2 CPC qui dispose que :

« Lorsqu'elle est formée par voie électronique, la demande comporte également, à peine de nullité, les adresse électronique et numéro de téléphone mobile du demandeur lorsqu'il consent à la dématérialisation ou de son avocat. Elle peut comporter l'adresse électronique et le numéro de téléphone du défendeur ».

Une difficulté majeure posée par ce texte est la réalisation d'un traitement de données par la juridiction récipiendaire des coordonnées électronique et téléphonique des parties et, le cas échéant, des conseils.

59. – Lors de l'audience en référé-suspension du 27 décembre 2019, les exposants ont dénoncé l'atteinte éventuellement causée aux dispositions issues du règlement général de protection des données⁴⁵.

⁴⁵ Issu du Règlement européen 2016/679 du 27 avril 2016. Le cadre national, contenu dans la loi du 6 janvier 1978, a été adapté à ce texte par une loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et une ordonnance n° 2018-1125 du 12

Il a été répondu par un mémoire en défense de la Chancellerie que⁴⁶ :

« [l'article 1^{er} du décret attaqué] n'a pas pour objet, ni pour effet de déterminer les conditions de création du traitement des données à caractère personnel qui sera mis en œuvre, ni même d'en déterminer les caractéristiques essentielles ».

Un donné-acte a été offert à la Chancellerie par l'ordonnance de rejet du référé-suspension. Le juge des référés a précisé que les fonctionnalités du portail internet n'étaient pas encore prêtes, mais que :

« leur mise en œuvre supposera, en outre, l'intervention d'autres actes relatifs aux traitements correspondants, **définissant notamment la durée de conservation des données et les mesures de sécurité permettant d'assurer leur confidentialité** ».

60. – Deux remarques s'imposent.

61. – D'une part, contrairement à ce qu'a indiqué le juge des référés, le décret attaqué prévoit déjà une mesure qui entre dans le champ de la directive du 27 avril 2016.

En effet, l'article 54 CPC **contient, en son principe, l'existence d'un mécanisme qui occasionnera un traitement de données personnelles** telles que définies à l'article 1 de la directive.

L'article 3 de cette même directive définit le traitement comme :

« toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction »

décembre 2018. Sur la critique avancée lors de l'instance en référé-suspension, v. le mémoire de référé-suspension des exposants, n° 32 et s., production.

⁴⁶ Mémoire en défense du Ministère de la justice, p. 7, production.

62. – Par ailleurs, outre le principe même du traitement, ce texte ne prévoit ni les modalités d'utilisation du futur traitement ni les garanties dont il doit obligatoirement être assorti.

Il résulte pourtant d'une ordonnance très récente du juge des référés du Conseil d'État que ces formalités doivent impérativement être prévues par le texte réglementaire qui en prévoit le principe avant qu'un texte relatif à sa mise en œuvre ne soit établi :

« 18. Il s'ensuit que le dispositif litigieux constitue un traitement de données à caractère personnel qui relève du champ d'application de la directive du 27 avril 2016. Ce traitement, qui est mis en œuvre pour le compte de l'Etat, relève dès lors des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés qui sont applicables aux traitements compris dans le champ d'application de cette directive parmi lesquelles l'article 31 impose une autorisation par arrêté du ou des ministres compétents ou par décret, selon les cas, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Compte tenu des risques d'un usage contraire aux règles de protection des données personnelles qu'elle comporte, la mise en œuvre, pour le compte de l'Etat, de ce traitement de données à caractère personnel sans l'intervention préalable d'un texte réglementaire en autorisant la création et en fixant les modalités d'utilisation devant obligatoirement être respectées ainsi que les **garanties dont il doit être entouré** caractérise une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée »⁴⁷.

63. – D'autre part, et en tout état de cause, les exposants souhaitent rappeler la nécessité pour l'administration, d'une part, d'encadrer fermement et rigoureusement le traitement de données qu'implique le fonctionnement du portail internet de saisine de la juridiction dans le cadre légal et, d'autre part, de consulter la CNIL.

Ils seront particulièrement vigilants au respect par l'arrêté des mesures nécessaires à la protection des données personnelles et au traitement de ces données.

64. – Cette vigilance étant rappelée, le décret attaqué pose néanmoins des difficultés qui entrent dans l'objet du recours pour excès de pouvoir.

⁴⁷ CE (réf.), 18 mai 2020, *Association La Quadrature du net*, n° 440442 et 440445, production.

- 1.1.2. L'atteinte à la sécurité juridique en l'absence de distinction entre l'assignation remise ou transmise à la juridiction par voie électronique et l'assignation native

65. – L'article 54 CPC porte une atteinte au principe de sécurité juridique en ce qu'il n'opère pas avec clarté la distinction exposée entre les assignations remises ou transmises à la juridiction et les assignations dites « natives ».

Il faut rappeler que le Conseil constitutionnel a consacré l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme⁴⁸, et que le Conseil d'État l'applique aux actes réglementaires⁴⁹ et peut fonder une annulation contentieuse⁵⁰.

66. – En réalité, la présente distinction entre les deux types d'assignations a été donnée à trois occasions : d'abord, par le mémoire en défense de l'administration lors de l'instance en référé⁵¹ ; ensuite, lors de l'audience de référé du 27 décembre 2019 ; et enfin précisée ultérieurement dans sa *Foire aux questions*.

Cette dernière indique qu'il « ne faut pas confondre un acte “formé” par voie électronique, de manière native, et un acte simplement “placé” par voie électronique »⁵².

Ce dont il se déduirait que l'alinéa 2 de l'article 54 CPC ne s'appliquerait pas aux assignations non natives, c'est-à-dire simplement remises ou transmises à la juridiction par voie électronique⁵³. Cela parce qu'il dispose d'entrée « lorsqu'[la demande] est formée par voie électronique ».

En d'autres termes, les coordonnées exigées par l'article 54 alinéa 2 CPC (adresse électronique et téléphone mobile) ne seraient exigées que dans les assignations natives et pas dans les assignations simplement placées électroniquement.

⁴⁸ Cons. const., 16 décembre 1999, décision n° 99-421 DC, spéc. n° 13, production ; 21 avril 2005, décision n° 2005-512 DC, spéc. n° 9, production.

⁴⁹ CE, 8 juillet 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN CFDT*, n° 266900 et 266944, Tab. 708 ; CE, Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, n° 288460 ; 288465 et 288485, Rec. 154.

⁵⁰ CE, 29 octobre 2013, *Association « les amis de la rade et des calanques »*, n° 360085, 360152 et 360353, Tab. 413 ; CE, 11 décembre 2015, *Polynésie française*, n° 378622.

⁵¹ Mémoire en défense du Ministère de la justice, pp. 5-6, production

⁵² V. *Foire aux questions*, p. 4, production.

⁵³ *Ibid.*

67. – Pourtant, le texte n'a pas la clarté que lui prête l'administration.

En effet, l'article 850 I CPC, relatif aux modalités de communication électronique devant le tribunal judiciaire, dispose que :

« À peine d'irrecevabilité relevée d'office, en matière de procédure écrite ordinaire et de procédure à jour fixe, les actes de procédure à l'exception de la requête mentionnée à l'article 840 sont remis à la juridiction par voie électronique ».

68. – Les articles 850 I CPC et 54 alinéa 2 CPC se répondent.

Si tous les actes sont remis à la juridiction par voie électronique en procédure ordinaire devant le tribunal judiciaire, c'est donc que l'article 54 alinéa 2 CPC doit systématiquement s'appliquer, et non pas seulement « lorsque la demande est formée par voie électronique ».

La rédaction des textes manque de clarté car elle ne fait apparaître aucune distinction entre une assignation native et une assignation placée, de sorte que le justiciable ayant pris connaissance de l'article 850 I CPC indiquera nécessairement dans son assignation les coordonnées mentionnées dans l'article 54 alinéa 2 CPC.

69. – Par conséquent, les textes du décret conduisent à ce que les parties indiquent les formalités prévues à l'article 54 alinéa 2 CPC, quel que soit le type d'assignation choisie⁵⁴.

La distinction réalisée par l'administration peut se comprendre avec ses explications, mais le justiciable ne doit pas être tenu de consulter une *Foire aux questions* pour comprendre le sens réel du texte imprécis et confus.

Et même si cela devrait être le cas, la conséquence concrète est que l'huissier qui instrumente une assignation demande systématiquement le renseignement des informations de l'article 54 alinéa 2 CPC. Le résultat est identique : la partie indiquera lesdites coordonnées quel que soit la voie choisie pour assigner.

⁵⁴ Contrairement à ce qu'affirme l'administration : « cette exigence [de l'article 54 alinéa 2] ne s'applique que lorsqu'il est possible de saisir en ligne les mentions propres aux requêtes et assignations, ce qui constitue une saisine formée par voie électronique » : *Foire aux questions*, p. 4, production

C'est d'autant plus nécessaire lorsque les parties ne sont pas représentées, ce qui peut être le cas pour tout litige dont le montant de la demande n'excède pas 10 000 euros⁵⁵.

70. – Par ailleurs, et en tout état de cause, la différence de formalisme entre une assignation native et une assignation non native se ne justifie pas.

Il est à tout le moins incohérent de régir un même acte introductif d'instance – une assignation – par des formalismes différents, l'assignation native pouvant faire l'objet d'une sanction plus facilement.

71. – En somme, le décalage existant entre le souhait de l'administration et la lettre même des textes provoque une insécurité juridique et justifie l'annulation du décret.

- *1.1.3. L'atteinte à au droit au respect de la vie privée du conseil du demandeur, du défendeur, ou du conseil du défendeur*

72. – Le système de demande initiale prévu par l'article 54 alinéa 2 CPC cause également une atteinte au droit au respect de la vie privée⁵⁶ qui, dans la pratique, peut entraîner des conséquences qui sont manifestement disproportionnées.

Cette atteinte résulte essentiellement du fait que l'article 54 conduit à donner à la juridiction saisie ainsi qu'aux parties adverses des coordonnées qui sont strictement personnelles.

Il existe, d'une part, un **risque très concret de harcèlement** du demandeur par le défendeur, ou de l'avocat du demandeur par le défendeur⁵⁷.

⁵⁵ Article 761 CPC. Pour la critique de cette disposition, v. n° 183 et s.

⁵⁶ Dont les exposants rappellent la valeur constitutionnelle (issue, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de l'article 2 de la DDHC ; par exemple : Cons. const., 27 décembre 2019, décision n° 2019-796 DC, spéc. n° 79, production ; Cons. const, 25 mars 2014, décision n° 2014-693, spéc. n° 10), conventionnelle (CEDH, art. 8) et légale (article 9 du code civil).

⁵⁷ C'est un des risques de la détention de données. Il avait d'ailleurs justifié les réserves exprimées, en particulier, par Monsieur Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, sur l'ouverture au public des décisions de justice en open data. Par ailleurs, ce même débat avait provoqué l'indignation des syndicats de magistrats lors de l'agression d'un magistrat à son domicile, dont l'adresse avait été connue par un tel procédé. V. L. Cadiet (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport de novembre 2017, p. 26 et p. 44, production ; « Quelles mesures pour assurer la sécurité des magistrats ? », Communiqué de l'Union syndicale des magistrats, 18 juin 2019, production.

Le demandeur y est pourtant contraint puisque la formalité est exigée à peine de nullité de la demande.

73. – Une réponse convenue consisterait à nier cette atteinte en arguant que seules les assignations natives seraient concernées et que ces assignations n’ont pour seul but que de renseigner la juridiction et non l’adversaire.

Elle serait inopérante pour au moins trois raisons.

74. – D’abord, l’article 54 alinéa 2 indique que la demande « peut comporter l’adresse électronique et le numéro de téléphone du défendeur ».

Par conséquent, elle incite le demandeur à donner à la juridiction – donc à un tiers – des informations qui ne la concernent pas et qui, bien qu’en sa possession, n’ont pas à être transmises sans son consentement.

Une chose est que le demandeur donne son consentement à l’information et à l’usage de ses données ; une autre est que le défendeur, non informé, voit ses propres coordonnées transmises sans son consentement.

75. – Ensuite, à supposer que les coordonnées ne soient prélevées que pour les besoins de l’assignation native, elles n’en demeurent pas moins constitutives de l’assignation.

En tant que telles, elles sont nécessairement transmises au défendeur par l’intermédiaire de la signification de l’assignation.

Cette transmission de l’assignation native est indispensable à la création d’un lien d’instance sans lequel l’instance ne dispose d’aucun support pour démarrer.

Afin d’être strictement confidentielles, ces données devraient uniquement être utilisées pour la création de l’acte en lui-même, ce que le texte devrait spécifier afin que certaines des mentions y figurant ne soient pas transmises aux adversaires.

Or aucune précision n’est donnée à cet égard.

76. – Enfin, les formalités de l’assignation native sont prescrites à peine de nullité pour vice de forme puisqu’elles n’entrent pas dans les cas d’irrégularité de fond limitativement prévues à l’article 117 CPC.

Or seules ces dernières peuvent être soulevées d’office par la juridiction.

Au surplus, la nullité pour vice de forme est soumise à la démonstration de l'existence d'un grief que, par hypothèse, seule une partie peut rapporter et non la juridiction⁵⁸.

Autrement dit, il est intellectuellement **faux de prétendre que ces formalités sont exigées dans l'intérêt du renseignement de la juridiction** puisque la sanction ne pourra être invoquée que par l'adversaire et non par la juridiction elle-même.

77. – Il s'avère au surplus que cette nécessité soudaine d'obtenir des données n'est pas justifiée en pratique.

Le justiciable, lorsqu'il est demandeur et souhaite fournir ses propres coordonnées dans la perspective d'accélérer le cours de la justice – cette conséquence théorique restant au demeurant à démontrer –, est libre d'y procéder.

En revanche, il n'est d'aucune nécessité qu'il y soit contraint sous peine de voir sa demande déclarée nulle.

Cette subtilisation de données est d'autant plus problématique pour l'avocat qui, comme professionnel du droit, est confronté à plusieurs dizaines, voire centaines, de dossiers simultanément.

Il en va encore de même pour le défendeur dont la transmission des données est laissée au bon vouloir de son adversaire demandeur.

78. – L'article 54 alinéa 2 CPC cause par conséquent une atteinte non justifiée et donc disproportionnée au droit au respect de la vie privée, ce qui expose à nouveau le décret à l'annulation.

1.2.) Les formalités contenues dans la requête unilatérale ou conjointe (article 57 CPC)

79. – La requête est avec l'assignation l'un des deux modes de saisine du tribunal prévu à l'article 57 CPC.

Elle peut être unilatérale lorsqu'elle est formée par le demandeur sans que son adversaire en ait été préalablement informé ou conjointe lorsqu'elle est formée de concert par les toutes les parties.

⁵⁸ Art. 114 CPC.

La simplification des modes de saisine réalisée par le décret attaqué a conduit le pouvoir réglementaire à modifier les formalités nécessaires à sa validité.

Certaines font encourir au décret une annulation.

- *1.2.1. L'incohérence du renvoi de l'article 57 à l'article 54 CPC*

80. – En premier lieu, le renvoi de l'article 57 à l'article 54 pour l'établissement de la liste des formalités nécessaires à la validité de la requête est parfaitement inopérant et pose un problème d'accès au juge et de sécurité juridique.

Outre les formalités contenues dans l'article 57 lui-même, le renvoi à l'article 54 y inclut notamment :

« À peine de nullité, la demande initiale mentionne :

[...]

6° L'indication des modalités de comparution devant la juridiction et la précision que, faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les éléments fournis par son adversaire ».

81. – Le renvoi ainsi réalisé conduit à solliciter du demandeur qui présente une requête unilatérale le respect d'une formalité qui est sans aucun objet, précisément parce que cet acte lui permet de saisir le tribunal sans en informer le défendeur.

Dans ce cas, il n'existe aucune nécessité d'exiger de lui qu'il ait indiqué les modalités de comparution à son adversaire.

En revanche le risque est clair : la formalité doit être respectée à peine de nullité.

Le texte revient donc à menacer de nullité l'acte qui ne contiendrait pas une formalité parfaitement inutile, et même contre-productive puisque c'est précisément l'objet de la requête de saisir le tribunal sans l'en informer.

Autrement dit, cela revient à vider la requête de son objet et ainsi de limiter le droit d'accès au juge du demandeur qui ne dispose plus que de l'assignation pour saisir le tribunal.

82. – Pourtant, au contentieux judiciaire, la faculté de s'adresser au juge sans en informer le défendeur est cruciale.

Par exemple, lorsqu'il s'agit de collecter des éléments de preuve laissés en sa possession et qu'il pourrait détruire ou de constater une situation de fait qu'il pourrait détériorer.

C'est également le cas lorsqu'une partie sollicite l'autorisation de faire pratiquer une saisie conservatoire⁵⁹ ou une saisie-contrefaçon⁶⁰.

L'incohérence est identique lorsque la requête est faite conjointement par les parties.

83. – Vidant de son objet même ce mode de saisine du tribunal, le décret porte atteinte au droit au juge des justiciables et encourt dès lors l'annulation.

Il porte également atteinte à la sécurité juridique dès lors qu'un mode de saisine en entier, prévu par le code de procédure civile, est inutilisable en pratique.

- *1.2.2. L'atteinte à l'accès au juge par les formalités des articles 54 et 57 CPC en général*

84. – En second lieu, la requête unilatérale est en pratique utilisée pour certains contentieux déterminés : pour les demandes inférieures à 5 000 euros qui dépendent de la procédure orale⁶¹, lorsqu'elle est formée aux fins d'une tentative de conciliation⁶² ou encore dans certaines matières prévues par la loi ou le règlement⁶³.

Dès lors, ce sont en majorité des justiciables non représentés qui vont saisir le tribunal au moyen d'une requête⁶⁴.

Il est donc essentiel que le procédé de saisine soit simple, clair et aisément compréhensible pour préserver le **droit d'accès au juge** de ces justiciables.

⁵⁹ Art. R. 511-1 du code des procédures civiles d'exécution.

⁶⁰ Art. L. 332-1 du code de la propriété intellectuelle.

⁶¹ Art. 750 alinéa 2 et 818 CPC.

⁶² Art. 818 CPC.

⁶³ Par exemple pour une demande relative à l'autorité parentale devant le juge aux affaires familiales ou relative à une tutelle devant le juge des contentieux de la protection.

⁶⁴ Il faut rappeler qu'en application des articles 760 et 761, qui ont été illégalement appliqués aux instances en cours à compter du 1^{er} janvier 2020 (sur la critique de cette illégalité, v. n° : renvoi au droit transitoire), la représentation est obligatoire par principe devant le tribunal judiciaire. Les parties en sont dispensées lorsque le montant de la demande n'excède pas 10 000 euros.

À défaut, l'accès au juge ne serait que théorique et non, comme l'exige une jurisprudence établie de la CEDH, concret et effectif⁶⁵.

85. – Au concret, la mise en œuvre des articles 54 et 57 CPC pose un problème d'accès au juge en raison d'une absence de clarté.

Tel est le cas du formulaire cerfa n° 16042*01 de *Requête aux fins de saisine du tribunal judiciaire* qui met en œuvre ces formalités⁶⁶.

86. – D'abord, les exposants s'étonnent que le formulaire ne fasse pas simplement mention des articles 54 et 57 CPC auquel le justiciable pourrait ainsi se référer.

87. – Ensuite, s'il figure bien un encadré intitulé « indiquez les pièces sur lesquelles se fondent votre demande », il n'est pas mentionné que, conformément à l'article 57, l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée est prescrite à peine de nullité⁶⁷.

88. – Quelle conséquence procédurale cela peut-il engendrer ?

Cette absence est préjudiciable pour le justiciable qui ne dispose pas nécessairement des pièces et qui n'est pas mis en mesure de comprendre l'importance décisive qu'elles peuvent prendre dès le stade de l'acte introductif d'instance.

N'étant pas prévenu des conséquences d'une absence de pièces sur l'acte de saisine, le justiciable n'aura pas de vigilance particulière.

S'il est sans doute l'objet même du texte que de rendre inefficace certaines saisines jugées trop légères, les exposants souhaitent alerter sur la dangerosité et le caractère pernicieux d'un tel raisonnement qui conduit, d'une part, à stigmatiser nombre de justiciables et, d'autre part, à mettre à même niveau les abus des uns et l'ignorance des autres. Cette dernière devrait, au contraire de l'objectif recherché, être préservée.

⁶⁵ CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, série A n° 18 ; 2 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, série A n° 32.

⁶⁶ Le formulaire est produit pour la bonne information du Conseil d'État. V. *Formulaire cerfa de requête aux fins de saisine du tribunal judiciaire*, production.

⁶⁷ *Formulaire cerfa de requête aux fins de saisine du tribunal judiciaire*, p. 3, production.

89. – Par ailleurs, il faut dénoncer l’absence d’indication quant à la nécessité de fournir les pièces en autant d’exemplaires que de personnes dont la convocation est demandée.

Cette exigence, contenue à l’article 57 CPC, n’est pas non plus rappelée dans le formulaire cerfa, ce qui conduira les justiciables non représentés à des erreurs et donc à des sanctions de nullité.

90. – Enfin, le formulaire comprend une case particulièrement dangereuse pour le justiciable qui n’est pas informé de ses droits : celle permettant d’accepter que la procédure se déroule sans audience⁶⁸.

Il est stupéfiant de voir qu’un choix aussi lourd de conséquence ne soit assorti d’aucune explication poussée quant à ses implications.

C’est tout au plus l’objet de quelques lignes dans une notice annexe au formulaire même qui, en outre, présente l’audience comme une simple nécessité de se « déplacer au tribunal ».

La présentation n’est pas objective et cherche à inciter le justiciable à donner ce consentement sans l’informer du fait que l’audience est, en procédure orale, essentielle au bon déroulement de la procédure. C’est le seul moment où l’interaction humaine entre le juge et le justiciable peut se formaliser alors qu’elle est essentielle dans beaucoup de contentieux civils.

En tout état de cause, la traduction concrète de la possibilité pour les parties de renoncer à la tenue de l’audience est illégale car cette simple case ne répond pas aux exigences de l’article L. 212-5-1 du code de l’organisation judiciaire selon lequel la procédure peut se dérouler sans audience à l’initiative des parties « lorsqu’elles en sont **expressément** d’accord ».

Il ne peut y avoir d’accord exprès s’il n’y a pas d’information expresse et exhaustive.

Par conséquent, cette nouvelle concrétisation formelle de la requête n’informe pas le justiciable non représenté convenablement.

⁶⁸ *Formulaire cerfa de requête aux fins de saisine du tribunal judiciaire*, p. 5, production.

91. – En définitive, la rédaction du formulaire cerfa n'est pas satisfaisante car elle n'informe pas suffisamment les justiciables sur leurs droits et devoirs dans l'utilisation de la requête.

La conséquence inéluctable est que pour nombre d'entre eux, le juge va prononcer la nullité des actes de saisine.

Face à ces difficultés, des retours de terrain ont illustré que le greffe n'était malheureusement que d'un secours modeste. Les greffiers, dont les conditions de travail déplorables sont bien connues, sont trop peu nombreux pour correctement aiguiller le justiciable. Ils sont par ailleurs insuffisamment formés compte tenu de l'urgence dans laquelle cette réforme a été conçue.

Il s'agit d'une mauvaise mise en œuvre des articles 54 et 57 CPC qui cause en pratique une atteinte au droit au juge qui doit être concret et effectif à laquelle s'ajoute, pour le cas du renoncement à l'audience, une illégalité manifeste.

1.3.) Erreur matérielle

92. – L'article 1^{er} du décret attaqué contient une erreur matérielle qui, sans être dirimante, mériterait d'être corrigée.

93. – L'article 56 ancien était relatif à l'assignation. Celle-ci devait notamment préciser « les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ».

94. – L'article 1^{er} du décret attaqué, en réformant les modes de saisine des juridictions, a transféré cette exigence relative à la résolution amiable et préalable du différend à l'article 54 CPC qui ne concerne pas seulement l'assignation, mais plus généralement la demande initiale.

Cette modification n'a pas été prise en compte dans l'article 127 CPC qui dispose toujours que :

« S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions de l'article 56, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation ».

Cette erreur matérielle sera utilement corrigée par le pouvoir réglementaire.

2) L'instauration du principe de l'exécution provisoire de droit (article 3 du décret attaqué)⁶⁹

95. – Afin de prétendument « revaloriser le juge de première instance », le pouvoir réglementaire a décidé d'instaurer l'exécution provisoire de droit des décisions de première instance grâce à l'article 3 du décret attaqué.

Cette idée est ancienne et avait déjà fait l'objet d'après discussions au début des années 2000. À l'époque, l'idée qui avait prévalu était qu'il était préférable de laisser à l'appel son caractère suspensif d'exécution.

La vieille lune a ressurgi avec le décret et le pouvoir réglementaire a décidé de franchir le pas sans néanmoins réunir les conditions nécessaires à son instauration. Les raisons ayant précipité cette décision, qui sont essentiellement d'ordre comptable, ont conduit à un diagnostic erroné et à des mesures dangereuses dont il faudra contester l'appréciation⁷⁰.

Au stade de l'illégalité interne à proprement parler, l'exécution provisoire des décisions de première instance pose plusieurs problèmes.

2.1.) Le principe même de l'exécution provisoire des décisions de première instance (article 514 CPC)

96. – En premier lieu, le principe même de l'exécution provisoire de droit des décisions de première instance est illégal car il entre en patente contrariété avec plusieurs dispositions du code de procédure civile.

97. – L'article 3 du décret instaure un article 514 CPC qui dispose clairement que :

« Les décisions de première instance sont de droit exécutoires à titre provisoire à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement ».

98. – Cette disposition est en elle-même contraire à une idée largement ancrée dans le code de procédure civile et qui est celle de l'effet suspensif des voies de recours ordinaire.

⁶⁹ V. déjà, Mémoire complémentaire n° 1, spéc. n° 22 et s.

⁷⁰ Sur l'erreur manifeste d'appréciation de cette mesure en particulier, v. n° 277 et s.

Tel est le principe dégagé par les concepteurs du code et autour duquel a été bâti l'équilibre entre la décision rendue en première instance d'une part, qui doit être respectée, et les règles gouvernant les voies de recours d'autre part, qui doivent garantir au justiciable un accès au juge.

C'est pourquoi l'article 539 CPC, qui est le deuxième article contenu dans le Sous-Titre II relatif aux voies de recours ordinaires, dispose on ne peut plus clairement que :

« Le délai de recours par une voie ordinaire **suspend l'exécution du jugement**. Le recours exercé dans le délai est **également suspensif** ».

99. – Il apparaît dès lors que **la décision de première instance ne peut être « de droit exécutoire à titre provisoire » si tant le délai de recours pour utiliser une voie ordinaire que l'exercice du recours lui-même suspendent l'exécution du jugement.**

En somme, ces deux textes sont manifestement inconciliables car contraires.

Il faut donc constater que le principe de l'effet suspensif a été supplanté par le principe de l'exécution provisoire de droit sans pour autant que l'inconciliabilité des deux dispositions les prévoyant n'aient été adaptées.

100. – Cette lecture est entérinée par celle de l'article 501 CPC duquel découle le caractère théoriquement exceptionnel de l'exécution provisoire de droit :

« Le jugement est exécutoire, sous les conditions qui suivent, à partir du moment où il passe en force de chose jugée à moins que le débiteur ne bénéficie d'un délai de grâce ou le créancier de l'exécution provisoire ».

101. – C'est également l'avis de la doctrine. Ainsi le professeur Amrani-Mekki expose que⁷¹ :

« Comme cela était annoncé, on assiste à un renversement du principe et de l'exception. Le principe est celui de l'exécution provisoire de droit sauf exceptions légales ».

⁷¹ S. Amrani-Mekki, « Nouvelles réformes de procédure civile. Vous avez dit simplification ? », *JCPG*, 2020, n° 3, doctr. 75, spéc. n° 27, production.

102. – Pour échapper au grief tiré de cette incompatibilité, la Chancellerie s’est arc-boutée sur la dialectique du principe et de l’exception, prétendant qu’elle n’a pas instauré autre chose qu’une exception (l’exécution provisoire) au principe (l’effet suspensif).

Cela permet habilement de considérer qu’aucune remise en cause du principe de l’effet suspensif n’a eu lieu puisqu’il n’est porté atteinte à celui-ci que par le biais de l’exception.

Cette argumentation n’est pas sans rappeler celle déjà employée à l’occasion du décret du 6 mai 2017 relatif à la procédure d’appel où la Chancellerie avait prétendu ne pas porter atteinte à l’article 385 CPC qui autorise l’introduction d’une nouvelle demande après une sanction de caducité en instaurant l’interdiction de la réitération d’une déclaration d’appel déclarée caduque. Elle y aurait simplement apporté une exception.

Au cas présent, les exposants vont démontrer, point par point, que les arguments développés ne sont pas fondés, voire parfois fallacieux.

103. – D’abord, dans le mémoire en défense produit à l’occasion de l’instance en référé, la Chancellerie prétend qu’elle n’a « pas mis fin au principe de l’effet suspensif de l’appel »⁷².

Celui-ci ne serait donc pas remis en question et subsisterait.

Admettons-le.

Puisque l’effet suspensif et l’exécution provisoire sont inconciliables en tant que principes, cela revient à dire que l’exécution provisoire n’est pas le principe, mais l’exception.

104. – Ce n’est pourtant pas ce qu’affirme elle-même la Chancellerie lorsqu’elle présente, dans une fiche didactique d’explication de la réforme, « la consécration du principe de l’exécution provisoire de droit des décisions »⁷³.

C’est donc, si l’on en croit la Chancellerie, qu’il existerait conjointement deux principes qui sont pourtant contraires car inconciliables.

⁷² Mémoire en défense du Ministère de la justice, p. 10, spéc. n° 2.6.2., production.

⁷³ Fiche de présentation de la réforme de la procédure civile, *Exécution provisoire*, disponible sur le site du Ministère de la justice, p. 1, production. Formule qui est également employée dans la Fiche de présentation des principales modifications entraînées par le décret, p. 8, production.

En admettant que le principe de l'effet suspensif de l'appel demeure, celui-ci devrait exclure tout principe de l'exécution provisoire de droit et ne tolérer que des exceptions dans l'intervalle desquelles l'exécution provisoire pourrait être prononcée.

105. – La réalité est toute autre : le décret a effectivement consacré le principe de l'exécution provisoire de droit de la décision de première instance, comme elle l'affirme elle-même de manière très pédagogique.

Il existe donc une contradiction.

106. – Ensuite, la Chancellerie tire argument de ce que « certaines catégories de décisions sont exclues de l'exécution provisoire de droit par le décret »⁷⁴.

Une liste à la Prévert des contentieux non concernés ne masquera pas le fait que c'est bien le contentieux général qui est visé par l'extension de l'exécution provisoire comme l'illustre d'ailleurs la lettre de l'article 514 : « à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement ».

C'est bien qu'il est nécessaire d'observer une disposition spéciale ou une décision en sens contraire pour que l'exécution provisoire ne soit pas appliquée. La Chancellerie le présente d'ailleurs comme tel : « toutes les décisions rendues par les juridictions civiles bénéficieront de l'exécution provisoire de droit, **sauf exceptions** tenant à la matière considérée »⁷⁵.

C'est encore dire que l'exécution provisoire est devenue le principe, entrant ainsi en contradiction avec l'article 539 CPC.

107. – Enfin, il est précisé que le juge de première instance peut toujours écarter l'exécution provisoire⁷⁶.

L'argument est inopérant : lorsque l'effet suspensif de l'appel était encore le principe, le juge pouvait aussi le contourner en octroyant, par exception, l'exécution provisoire à sa décision.

⁷⁴ Mémoire en défense du Ministère de la justice, p. 10, spéc. n° 2.6.2., production.

⁷⁵ Fiche de présentation des principales modifications entraînées par le décret, p. 8, production. V. aussi J. Pellerin, « La généralisation de l'exécution provisoire de droit », *Gaz. Pal.*, 2020, n° 4, p. 85, spéc. n° 6, production.

⁷⁶ *Ibid.*

108. – En définitive, il est stupéfiant de pouvoir encore affirmer que le principe de l'effet suspensif des voies de recours ordinaire a été maintenu alors que son abandon résulte aussi clairement tant des dispositions du code que des présentations faites par le pouvoir réglementaire lui-même de l'instauration de l'exécution provisoire.

Sans avoir pourtant modifié les dispositions essentielles qui garantissent l'effet suspensif de l'appel, il en résulte une contradiction qui expose le décret à l'annulation.

2.2.) Les conditions d'inversion du principe de l'exécution provisoire de droit (articles 514-1 à 514-6 et 524 CPC)

109. – En deuxième lieu, les conditions dans lesquelles l'arrêt de l'exécution provisoire de droit de la décision de première peut être demandé sont illégales car elles causent une entrave disproportionnée au droit au juge par rapport aux objectifs recherchés, une atteinte aux droits de la défense et une méconnaissance de l'exigence de sécurité juridique et d'intelligibilité de la loi.

110. – En droit, la sécurité juridique et l'intelligibilité de la loi ont une valeur constitutionnelle⁷⁷.

Il en est de même des droits de la défense qui sont rattachés par le Conseil constitutionnel à l'article 16 de la DDHC⁷⁸, comme d'ailleurs le droit à recours effectif⁷⁹.

111. – Par ailleurs, il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que si des limites peuvent être apposées à l'exercice du droit d'accès au juge, ces limites ne se concilient avec l'article 6§1 que si elles poursuivent un « but légitime » et s'il existe un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

⁷⁷ V. n° 65.

⁷⁸ V. par exemple : Cons. const., 20 septembre 2019, décision n° 2019-801 QPC, spéc. n° 4, production.

⁷⁹ V. par exemple : Cons. const., 3 avril 2020, décision n° 2020-834 QPC, spéc. n° 19, production.

Une restriction incompatible avec ces exigences entraîne une violation de l'article 6§1⁸⁰.

À cet égard, l'existence de barrières procédurales qui empêchent ou limitent les possibilités de saisir un tribunal mettent à mal le caractère concret et effectif du droit d'accès à un tribunal.

Par ailleurs, lorsqu'un décret aménageant le système judiciaire rend le droit au juge ni concret ni effectif, en raison d'une cohérence et d'une clarté insuffisantes, la violation de la Convention est certaine⁸¹.

112. – La CEDH a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le système de radiation de l'appel pour défaut d'exécution de la décision de première instance (ancien article 526 CPC).

Elle avait d'ailleurs condamné l'État français pour atteinte à l'accès effectif au juge d'appel et violation de l'article 6§1 de la convention⁸².

113. – Il résulte de cette décision que si les États peuvent restreindre l'accès à une voie de recours dans le cadre de la marge d'appréciation du droit au juge qui leur est laissée par la CEDH, ils ne peuvent en revanche limiter l'accès au juge d'appel comme ils limitent l'accès au juge de cassation⁸³ :

« compte tenu de la gravité de l'atteinte au droit à un tribunal à ce stade de la procédure, la Cour estime que l'État disposait en l'espèce d'une **marge d'appréciation plus restreinte** ».

Par ailleurs, lorsque les États instituent des juridictions d'appel, les garanties du procès équitable s'y appliquent de sorte qu'il faut que l'État « assure aux plaideurs un droit effectif d'accès aux tribunaux »⁸⁴.

⁸⁰ CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c/ Royaume-Uni*, série A n° 93, §57 ; 14 décembre 1999, *Khalfaoui c/ France*, n° 34791/97, § 36 ; 25 juillet 2002, *Papon c/ France*, n° 54210/00, § 90 ; 30 janvier 2003, *Cordova c/ Italie*, n° 45649/99, § 55 ; 14 décembre 2006, *Markovic et autres c/ Italie*, n° 1398/03, § 99.

⁸¹ CEDH, 16 décembre 1992, *de Geouffre de la Pradelle c. France*, req. n° 12964/87, production.

⁸² CEDH, 31 mars 2011, *Chatellier c. France*, req. n° 34658/07, production.

⁸³ CEDH, 31 mars 2011, *Chatellier c. France*, req. n° 34658/07, spéc. n° 37, production. V. également, dans le même sens, CEDH, 10 octobre 2013, *Pompey c. France*, req. n° 37640/11, spéc. n° 33, production.

⁸⁴ CEDH, 31 mars 2011, *Chatellier c. France*, req. n° 34658/07, spéc. n° 35, production.

114. – Au cas présent, la question centrale est de savoir si les conditions qui permettent aux plaideurs de solliciter l’arrêt de l’exécution provisoire restreignent de manière disproportionnée le droit au juge par rapport au but visé de bonne administration de la justice.

Or précisément, plusieurs arguments peuvent le démontrer.

- *2.2.1. Le cumul de l’exécution provisoire et de la radiation pour inexécution de la décision de première instance*

115. – D’une part, les exposants rappelleront que la création du mécanisme de radiation de l’appel en cas d’inexécution de la décision de première instance munie de l’exécution provisoire avait été décidée en 2005 justement pour pallier l’absence d’exécution provisoire généralisée.

Dès lors, en ajoutant au mécanisme déjà existant – et performant – de la radiation, l’exécution provisoire de droit elle-même revient à placer au même niveau l’accès au juge d’appel et l’accès au juge de cassation⁸⁵.

Dans les deux cas, le justiciable doit exécuter la décision qu’il défère à la cour supérieure et son recours peut faire l’objet d’une radiation pour défaut d’exécution.

116. – C’est d’autant plus grave au stade de l’appel car, comme l’a relevé le professeur Fricero, les entraves au juge d’appel sont à double détente : elles entravent non seulement l’accès au juge d’appel, mais compromettent du même coup l’accès au juge de cassation⁸⁶.

Elles privent donc à la fois du bénéfice du double degré de juridiction et du contrôle de légalité.

⁸⁵ Le pourvoi en cassation n’est pas suspensif d’exécution puisque la décision est passée en force de chose jugée (articles 501 et 579 CPC) et le demandeur au pourvoi doit exécuter la décision attaquée pour accéder à la Cour de cassation sous peine de voir son recours radié en application de l’article 1009-1 CPC.

Article 579 CPC : « Le recours par une voie extraordinaire et le délai ouvert pour l’exercer ne sont pas suspensifs d’exécution si la loi n’en dispose autrement ».

Article 1009-1 alinéa 1^{er} CPC : « Hors les matières où le pourvoi empêche l’exécution de la décision attaquée, le premier président ou son délégué décide, à la demande du défendeur et après avoir recueilli l’avis du procureur général et les observations des parties, la radiation d’une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi, à moins qu’il ne lui apparaisse que l’exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que le demandeur est dans l’impossibilité d’exécuter la décision ».

⁸⁶ N. Fricero, « Double degré de juridiction : de la “bonne justice” à la “bonne administration de la justice” », *Justice & cassation*, 2013, p. 69 sq, production.

117. – Comme l’illustrent les arrêts *Chatellier c. France* et *Pompey c. France*, une gradation est nécessaire car la marge d’appréciation n’est pas la même pour l’accès au juge d’appel et au juge de cassation.

Or si l’atteinte est restreinte de manière identique pour les deux juridictions, c’est bien qu’il n’existe aucune gradation.

Pour garantir cette gradation, une généralisation de l’exécution provisoire de droit aurait dû s’accompagner d’une suppression du mécanisme de radiation de l’appel prévu à l’article 524 CPC.

L’atteinte au juge d’appel est par conséquent disproportionnée.

118. – D’autre part, le cumul de l’exécution provisoire de droit et de la radiation conduit à provoquer une configuration extrêmement favorable au créancier de l’exécution et, à l’inverse, particulièrement attentatoire au droit au juge et au double degré de juridiction pour la partie condamnée.

119. – Le principe de l’exécution provisoire est qu’elle ne préjuge pas du sens de la décision lorsqu’elle sera devenue irrévocable. En d’autres termes, son exécution provisoire est admise, mais le sens de la décision pourra être révisé par la juridiction qui connaît du recours intenté contre elle.

Puisque la décision n’est pas irrévocable, le droit alerte le créancier sur la possibilité qu’il a de procéder à l’exécution, mais à ses propres risques.

En effet, la partie législative du code des procédures civiles d’exécution précise que l’exécution forcée « est poursuivie aux risques du créancier »⁸⁷.

Concrètement, cela signifie qu’en cas de décision contraire ultérieure, le créancier doit non seulement exécuter en sens inverse, mais procéder à toute réparation nécessaire permettant de retrouver l’état de la situation antérieure.

⁸⁷ Art. L. 111-10 du code des procédures civiles d’exécution : « Sous réserve des dispositions de l’article L. 311-4, l’exécution forcée peut être poursuivie jusqu’à son terme en vertu d’un titre exécutoire à titre provisoire. / L’exécution est poursuivie aux risques du créancier. Celui-ci rétablit le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent si le titre est ultérieurement modifié ».

Cette poursuite aux risques avait pour intérêt pratique de limiter au raisonnable l'exécution provisoire car les créanciers n'exécutaient que s'ils avaient la conviction que la décision de première instance ne serait pas infirmée.

120. – Or le cumul de l'exécution provisoire de droit et de la radiation provoque un abandon de ce principe.

En effet, le créancier n'a plus besoin de prendre le risque d'exécuter ; il peut simplement se contenter d'attendre que le condamné interjette appel avant que le premier président ne radie l'appel dont il faut rappeler que la décision est sans recours puisqu'il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire.

De cette façon, le créancier ne prend plus le risque de l'exécution, mais conditionne la poursuite de l'appel à une exécution parfaitement volontaire du condamné en première instance.

De cette façon, **le cumul de l'exécution provisoire de droit et de la radiation pour inexécution est parfaitement illégal puisqu'il conduit à l'abandon du principe selon lequel le créancier exécute à ses risques** qui est consacré à l'article L. 111-10 du code des procédures civiles d'exécution.

121. – Plus encore, ce cumul revient à conditionner l'accès au juge d'appel de la partie condamnée en première instance à la seule demande de radiation de son créancier.

Cela provoque une inégalité dans l'accès à la voie de recours que sanctionne le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'égalité des citoyens devant la justice⁸⁸.

122. – Cette inégalité est accentuée dans l'hypothèse où il existe plus de deux parties.

Dans ce cas, la possibilité pour un intimé d'interjeter un appel incident est tout simplement suspendue à la correcte exécution du débiteur condamné en première instance, mais également à l'absence de radiation de l'affaire.

Voilà qu'une partie potentiellement non condamnée en première instance est suspendue, dans sa faculté d'interjeter appel, à l'exécution de la décision de première instance par la partie condamnée et à la demande de radiation de l'autre intimé.

⁸⁸ Cons. const., 20 janvier 1981, décision n° 80-127 DC, spéc. n° 71, production.

À nouveau, cela provoque une rupture d'égalité dans l'accès au juge d'appel.

- 2.2.2. La demande d'inversion ou arrêt de l'exécution provisoire

123. – La manière dont sont conçues les conditions permettant d'écarter l'exécution provisoire empêche en elle-même de solliciter concrètement l'arrêt de l'exécution provisoire qui est pourtant, dans bien des hypothèses, une garantie de l'accès au juge d'appel.

124. – D'abord, l'article 514-1 alinéa 1^{er} CPC dispose que : « Le juge peut écarter l'exécution provisoire de droit, en tout ou partie, s'il estime qu'elle est incompatible avec la nature de l'affaire ».

Il a déjà été relevé le caractère particulièrement obscur de cette disposition et surtout entièrement artificiel⁸⁹.

Sans revenir ici sur cette critique dans le détail, il sera rappelé qu'un tel critère est inintelligible et conduit le débat sur un terrain purement théorique, sans intérêt pour traiter la question de l'exécution provisoire.

Ce qui importe est en effet de savoir si les conséquences d'une exécution provisoire pour la partie condamnée sont excessives, et non de savoir si un type d'affaire en question s'y prête ou non.

125. – Par ailleurs, il faut relever que les parties sont invitées à présenter des observations sur l'incompatibilité de l'exécution provisoire avec la nature de l'affaire alors que, par hypothèse, elles ne savent même pas encore quelle partie sera condamnée et quelle forme prendra la condamnation.

Les parties ne sont pas mises en mesure d'exercer convenablement leur défense.

126. – Ensuite, l'article 514-3 aliéna 1^{er} CPC dispose que : « En cas d'appel, le premier président peut être saisi afin d'arrêter l'exécution provisoire de la décision lorsqu'il existe un moyen sérieux d'annulation ou de réformation et que l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ».

⁸⁹ V. n° 35.

Il a déjà été remarqué que les conditions d'arrêt de l'exécution provisoire différaient entre les articles 514-1 et 514-3 CPC, ce qui est un motif d'incohérence et d'inintelligibilité.

127. – Par ailleurs, la conjonction « et » rajoute à la difficulté d'obtenir un arrêt de l'exécution provisoire.

Elle signifie que la partie condamnée devra non seulement parvenir à convaincre le premier président qu'il existe un moyen sérieux ce qui, au stade d'un regard furtif du dossier peut être particulièrement difficile à démontrer.

Elle « témoigne d'une volonté d'en limiter l'usage »⁹⁰.

128. – Les exposants rappelleront que cette conjonction n'existe pas lorsqu'une juridiction répressive prononce l'exécution provisoire de la condamnation au versement des intérêts civils par le coupable.

En effet, l'article 515-1 du code de procédure pénale n'exige que la démonstration du risque de « conséquences manifestement excessives » lorsqu'une partie demande, au premier président de la cour d'appel, l'arrêt de l'exécution provisoire.

Il existe là encore une incohérence.

129. – Il convient également de faire observer qu'au regard des délais imposés pour conclure dans la procédure d'appel⁹¹ et de la nécessité d'obtenir rapidement une suspension de l'exécution provisoire, l'article 514-3 est particulièrement sévère quant aux conditions prévues : l'appelant ne disposera que d'un délai extrêmement court pour identifier des moyens sérieux d'annulation ou de réformation, sachant que de la présentation d'un tel moyen peut dépendre l'accès au juge d'appel.

Trop sévères, ces conditions sont disproportionnées quant à l'objectif poursuivi.

⁹⁰ S. Amrani-Mekki, « Nouvelles réformes de procédure civile. Vous avez dit simplification ? », *JCPG*, 2020, n° 3, doct. 75, spéc. n° 28, production.

⁹¹ Le délai pour l'appelant est de trois mois pour conclure à compter de la déclaration d'appel (art. 908 CPC).

130. – Enfin, l'article 514-3 alinéa 2 CPC dispose que :
« La demande de la partie qui a comparu en première instance sans faire valoir d'observations sur l'exécution provisoire n'est recevable que si, outre l'existence d'un moyen sérieux d'annulation ou de réformation, l'exécution provisoire risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives qui se sont révélées postérieurement à la décision de première instance ».

Ce dispositif n'est pas seulement obscur ; il est surtout pernicieux et incohérent.

La demande d'arrêt devant le premier président est limitée dans sa recevabilité si la partie condamnée n'a pas fait valoir d'observations en première instance. Si tel est le cas, la recevabilité dépend notamment de la faculté de cette partie de démontrer que des conséquences manifestement excessives existent dans la limite où celles-ci sont survenues après la décision de première instance.

131. – Cela implique trois conséquences.

132. – La première est qu'avant même d'être condamnée en première instance, toutes les parties vont devoir faire valoir des observations sur l'exécution provisoire car en dépendra la recevabilité de la demande d'arrêt devant le premier président.

133. – La deuxième est que si une partie souhaite se réserver la faculté d'invoquer des circonstances manifestement excessives survenues avant la condamnation, elle va devoir les invoquer devant le premier juge alors même que celui-ci ne statuera pas sur l'exécution provisoire à l'aune de « circonstances manifestement excessives » (puisque'il ne se prononce qu'au regard de l'incompatibilité avec la nature de l'affaire). C'est donc instaurer incidemment une condition totalement vide de sens dans le but de limiter la recevabilité les demandes d'arrêt devant le premier président.

Le justiciable est sanctionné d'une irrecevabilité s'il invoque au soutien de sa demande en appel des circonstances manifestement excessives qu'il n'a, en réalité, même pas pu invoquer en première instance.

Dès lors, l'intérêt des conditions de cette irrecevabilité, si elle sanctionne la seule présence d'éléments que le justiciable était, de toute façon, dans l'incapacité d'invoquer préalablement, est douteux au regard des droits de la défense et restreint de manière démesurée l'accès au juge d'appel.

134. – La troisième est que la partie qui est condamnée en référé ne peut solliciter au juge des référés d'écarter l'exécution provisoire⁹².

En cas d'appel de l'ordonnance et si une partie demande au premier président de l'écarter conformément à l'article 514-3, celle-ci sera automatiquement cantonnée à la faculté d'invoquer des « circonstances manifestement excessives » survenue postérieurement à l'ordonnance, ce qui, en réalité, l'empêche de se défendre car elles sont généralement connues au moment de la condamnation.

135. – Finalement, l'instauration de l'exécution provisoire de droit va conduire, d'une part, à limiter drastiquement le nombre d'appels et, d'autre part, empêcher les parties qui seraient dans l'impossibilité d'exécuter de se défendre correctement.

Le mécanisme d'inversion de l'exécution provisoire est grave. En pratique, l'exécution provisoire va décourager de nombreux justiciables qui seront dans l'impossibilité de faire appel.

136. – L'atteinte disproportionnée au droit au juge se double d'une insécurité juridique se traduisant, d'une part, par l'inintelligibilité du texte et, d'autre part, par l'absence d'unification jurisprudentielle qui va en résulter en l'absence d'ouverture d'un pourvoi en cassation contre les décisions du premier président de la cour d'appel⁹³.

La CEDH, dans sa jurisprudence *Chatellier c. France*, avait condamné l'État français sous l'empire du droit antérieur. Ce droit a été durci par le décret ce qui, mécaniquement et au regard des motifs de la Cour, va provoquer des condamnations sérielles de l'État car le dispositif n'est pas conventionnel.

Afin de l'éviter, il revient au Conseil d'État d'annuler le décret attaqué.

⁹² Art. 514-1 al. 3 CPC.

⁹³ Articles 514-6 et 517-4 CPC.

2.3.) L'appréciation sur le fond par la cour d'appel après une décision du premier président relative à l'exécution provisoire de droit (article 514-3 CPC)

137. – En troisième lieu, l'exécution provisoire de droit conduit le premier président de la cour d'appel, lorsqu'il est sollicité par l'une des parties aux fins d'arrêter son exécution prononcée en première instance, à porter une appréciation sur le litige qui met en cause l'impartialité tant objective que subjective de la cour d'appel.

138. – En droit, l'impartialité fait partie des garanties d'un procès équitable selon l'article 6§1 de la CEDH⁹⁴.

Celle-ci doit être objective, c'est-à-dire être regardée comme offrant au juge de garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité.

Elle doit aussi être subjective, c'est-à-dire être pesée selon les convictions personnelles qu'est susceptible d'acquérir le juge et tenant au parti pris ou au préjugé.

139. – Au cas présent, lorsqu'un appel est interjeté et que le premier président est saisi sur le fondement de l'article 514-3 CPC d'une demande d'arrêt de l'exécution provisoire, celui-ci doit notamment se prononcer sur le point de savoir s'il existe un « moyen sérieux d'annulation ou de réformation » de la décision de première instance.

Ainsi, cet article généralise dans l'office du premier président l'obligation de se prononcer sur les chances du demandeur d'obtenir la réformation ou l'annulation du jugement.

Qu'il se prononce favorablement ou non, la cour d'appel devra justifier sa décision au regard de la décision du premier président qui est hiérarchiquement supérieur.

140. – Le risque que la cour d'appel soit influencée par la décision de son premier président a fait l'objet de nombreuses réserves en doctrine.

⁹⁴ CEDH, 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, req. n° 17056/06, spéc. n° 93, production.

Les auteurs dénoncent à raison un risque d'impartialité :

« Et c'est dérangeant, parce qu'on se demande si un tel préjugement de la part de leur Premier président n'instillera pas dans l'esprit des magistrats de la cour d'appel un regrettable préjugé »⁹⁵.

« Le critère des moyens sérieux à l'appui de l'appel pose tout de même la question de l'influence que peut avoir la décision du premier président sur les suites de la procédure. Lorsque le premier président estime qu'il y a des moyens sérieux exposés, son appréciation ne sera-t-elle pas décisive ou ne va-t-elle pas considérablement influencer les magistrats de sa propre cour ultérieurement ? »⁹⁶.

« La condition est rigoureuse et pose la question d'un risque d'influence de la décision d'arrêt sur la formation du jugement au fond »⁹⁷.

141. – Ce risque d'impartialité justifie à lui seul l'annulation du dispositif.

3. La procédure applicable au tribunal judiciaire (article 4 du décret attaqué)

3.1.) La demande en justice devant le tribunal judiciaire (article 750 CPC)

142. – En vertu de l'article 750 CPC, la demande est formée par voie d'assignation devant le tribunal judiciaire.

Elle peut également l'être par requête lorsque la procédure est orale et que le montant de la demande n'excède pas 5 000 euros, ou encore d'autres matières fixées par la loi ou le règlement.

En tout état de cause, les parties peuvent toujours réaliser une requête conjointe pour saisir la juridiction.

143. – Cette disposition ne se contente pas de tirer les conséquences d'une réforme des modes de saisine.

⁹⁵ N. Cayrol, « Les voies de recours : quelle spécificité ? », *Procédures*, 2019, n° 7, dossier 10, spéc. n° 21, production.

⁹⁶ J. Miguet, D. Landry, « Exécution provisoire. Voies de recours », *JurisClasseur de procédure civile*, 2019, spéc. n° 116, production. Dans le même sens, v. L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 2013, n° 278, p. 931.

⁹⁷ S. Amrani-Mekki, « Nouvelles réformes de procédure civile. Vous avez dit simplification ? », *JCPG*, 2020, n° 3, doct. 75, spéc. n° 28, production.

Elle organise, sous couvert d'une prétendue simplification, une restriction mécanique et disproportionnée du droit d'accès au juge et crée une inégalité entre les citoyens devant la justice.

144. – Pour le démontrer, il faut rappeler que la représentation n'est pas systématiquement obligatoire devant le tribunal judiciaire.

Des dispenses sont prévues à l'article 761 CPC, parmi lesquelles existent les contentieux dévolus au juge des contentieux de la protection, certaines matières énumérées au code de l'organisation judiciaire, dans les matières relevant de la compétence exclusive du tribunal ou encore, et surtout, pour toute demande dont le montant n'excède pas 10 000 euros.

145. – Quelle en est la conséquence ?

L'adjonction des articles 750 et 761 empêche les justiciables de pouvoir saisir le tribunal judiciaire autrement que par la voie de l'assignation lorsque le montant du litige est compris entre 5 001 euros et 10 000 euros.

Pourtant, dans cet intervalle, les parties n'ont pas l'obligation d'être représentées.

Par ailleurs, la requête conjointe ne représente pas une alternative crédible. Elle est, d'une part, très peu utilisée et suppose, d'autre part, un accord des parties et encadre dès lors une hypothèse fort différente du cas usuel.

En somme, la seule faculté ouverte aux parties pour saisir le tribunal judiciaire est la voie de l'assignation bien qu'elles ne disposent pas nécessairement de l'expertise d'un avocat.

146. – Premièrement, la mesure porte une **atteinte disproportionnée au droit au juge** car l'assignation est un acte pour la validité duquel le formalisme est extrêmement lourd.

Elle doit en effet contenir l'ensemble de formalités nécessaires à sa validité.

Il faut donc impérativement observer les formalités : de l'article 54 propre à toute demande introductive, de l'article 56 propre aux assignations, de l'article 648 propre aux formalités de tout acte d'huissier, de l'article 753 propre aux assignations sans représentation obligatoire devant le tribunal judiciaire, tout en respectant les précautions réglementaires des articles 751 et 754 propres à la mise au rôle de l'assignation au tribunal.

147. – Le poids de ces formalités est d’autant plus grand que pour le cas évoqué des parties qui présentent une demande située entre 5 001 et 10 000 euros, la représentation n’est pas obligatoire.

C’est donc potentiellement sans l’assistance d’aucun conseil que les parties devraient respecter ce formalisme.

Par effet mécanique, les justiciables concernés vont régulièrement commettre des erreurs, entachant leurs actes de nullité. Cela compromettra les suites de la procédure engagée, voire annihilera immédiatement la possibilité d’accéder au juge.

148. – Les plus évocatrices de ces formalités sont sans doute celles de l’article 56 CPC : dans cette hypothèse, il serait attendu d’une partie non représentée qu’elle présente, dès l’assignation valant conclusions, un exposé des moyens de fait et de droit et une liste des pièces sur lesquelles la demande est fondée⁹⁸.

Il faut aussi relever que les articles 751 et 754 CPC supposent que le justiciable ait une connaissance technique de son dossier et du temps nécessaire à sa préparation. Or jusqu’à preuve du contraire, la compétence de l’avocat ne s’obtient pas sur simple désignation du pouvoir réglementaire.

En réalité, ces tâches ne peuvent être dévolues qu’à un avocat car le risque est qu’une partie non représentée voit son acte introductif d’instance déclaré nul et ne puisse accéder à son juge.

149. – À cela s’est ajouté que les règles particulièrement obscures du droit transitoire du décret ont rendu immédiatement applicables certaines de ces formalités pour les instances en cours à compter du 1^{er} janvier 2020 alors que d’autres n’entraient en vigueur qu’au 1^{er} septembre 2020.

150. – Ce choix du pouvoir réglementaire n’est pas un oubli ou une maladresse. C’est au contraire un choix délibéré et pernicieux destiné à réduire la masse contentieuse par un renforcement des exigences formelles hors représentation obligatoire.

⁹⁸ Article 56 al. 1^{er} 2^o et 3^o CPC.

Les exposants en veulent pour preuve l'essai fort concluant – du point de vue du Ministère – de la réforme des modes de saisine du conseil de prud'hommes intervenue avec la loi Macron en 2015 et son décret d'application en 2016.

En substituant la requête à la demande formée au greffe du conseil des prud'hommes sans formalités, la chancellerie a considérablement augmenté le formalisme nécessaire à la saisine de la juridiction.

L'effet fut immédiat et conforme à l'objectif recherché : pour 205 648 affaires nouvelles aux conseils de prud'hommes en 2013, il y en eu 149 806 en 2016, 126 693 en 2017 et 119 669 en 2018. Cela représente une décrue de plus de 40% du nombre de demandes en seulement cinq ans.

Chiffres à l'appui, il faut douter de ce que l'atteinte ne serait pas disproportionnée⁹⁹. Bien que la réforme soit très « en marche », elle est néanmoins attentatoire et disproportionnée au droit d'accès au juge.

151. – Secondement, la mesure porte atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la justice.

Face à la complexité des exigences formelles à respecter, les justiciables qui le pourront feront appel à un avocat.

En revanche, ce qui n'auront pas les moyens de s'adjoindre les services d'un conseil se trouveront dans l'obligation de respecter les exigences formelles de ces textes sans assistance.

Il va donc mécaniquement se créer une inégalité entre les parties, en violation du principe d'égalité.

152. – L'article 4 du décret attaqué encourt une première fois l'annulation.

3.2.) Le préalable amiable obligatoire (article 750-1 CPC)¹⁰⁰

153. – Ce mécanisme, déjà critiqué en raison de l'incompétence négative¹⁰¹, prévoit une obligation de recourir à un préalable amiable sous peine d'irrecevabilité de la demande.

⁹⁹ Le Conseil d'État avait estimé que ce mécanisme ne portait pas une atteinte excessive au droit au juge : CE, 30 janvier 2019, n° 401681, spéc. n° 13. Les chiffres démontrent pourtant une réalité bien différente.

¹⁰⁰ V. Mémoire complémentaire n° 1, spéc. n° 27.

¹⁰¹ V. n° 41 et s.

Il est donc par nature attentatoire au droit au juge. La question qui se pose est de savoir cette atteinte a été prévue conformément à certains principes avec lesquels il doit se conjuguer pour assurer un équilibre.

Or tel n'est pas le cas.

Ce mécanisme porte atteinte à plusieurs garanties essentielles : au principe de sécurité juridique, au droit d'accès au juge, à l'égalité des citoyens devant la justice et enfin au principe de liberté contractuelle.

En tout état de cause, cette disposition témoigne d'une erreur manifeste d'appréciation qui sera ultérieurement examinée¹⁰².

- *3.2.1. L'atteinte au droit au juge et à la sécurité juridique de l'article 750-1 CPC*

154. – Si ce dernier n'est pas en lui-même reconnu dans la Constitution, il est utilisé, d'une part, pour assurer la garantie constitutionnelle des droits à travers l'article 16 de la DDHC et, d'autre part, pour garantir l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹⁰³.

En somme, l'exigence de sécurité juridique garantit au citoyen une clarté minimale des textes de loi au sens large. Ils doivent être directement compréhensibles et intelligibles.

155. – Au cas présent, le texte déferé est imprécis et équivoque, portant atteinte aux deux principes rappelés.

Cela est vrai des conditions permettant de connaître le domaine d'application du texte, mais aussi des exceptions permettant d'y échapper.

156. – D'une part, le domaine du préalable amiable obligatoire est excessivement imprécis, empêchant alors le justiciable de savoir s'il doit, ou non, recourir à ce préalable amiable.

¹⁰² Sur l'économie générale du décret (III), v. n° 257 et s.

¹⁰³ Sur lequel, pour un rappel des décisions pertinentes, v. n° 65.

Sont concernées la demande qui « tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros » ou la demande « relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire ».

157. – La formule qui concerne la demande qui tend au paiement d'une somme de 5 000 euros est particulièrement mal choisie et inappropriée. Elle soulève une somme tout à fait considérable de questions.

En droit des obligations, le « paiement » désigne simplement l'exécution d'une obligation¹⁰⁴. S'il se comprend ainsi, c'est donc n'importe quelle exécution d'une obligation de moins de 5 000 euros ou moins qui est concernée par le préalable amiable obligatoire. L'ampleur du texte est alors considérable et atteint d'autant le droit d'accès au juge.

Si en revanche le paiement concerne le paiement d'une somme d'argent, l'équivoque se durcit : s'agit-il d'un paiement en numéraire ? La demande de restitutions des sommes d'argent des suites de la nullité d'un contrat est-elle concernée ? De même d'une demande en réduction du prix en cas d'inexécution partielle ? L'exécution en nature, fréquente en pratique, est-elle alors concernée ? On le voit, la lettre du texte est tout à fait inadaptée au droit civil et aux multiples formes que peut prendre la réparation de l'inexécution¹⁰⁵.

Les exemples d'incohérence pourraient être multipliés à l'envi et la *Foire aux questions* du Ministère ne répond pas à ces interrogations en se bornant à indiquer que le montant de la demande sera calculé selon le régime des articles 35 et suivants du CPC¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Article 1342 du Code civil : « Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due ».

¹⁰⁵ Sur ces formes, il faut s'en remettre pour le droit des contrats à l'article 1217 du Code civil : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : / - refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; / - poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; / - obtenir une réduction du prix ; / - provoquer la résolution du contrat ; / - demander réparation des conséquences de l'inexécution. / Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ». Quant au droit de la responsabilité, la demande en paiement n'est pas non plus la seule possible : il faut également considérer la réparation en nature, la cessation de l'illicite, etc.

¹⁰⁶ En réalité, la FAQ est entièrement lacunaire quant à l'article 750-1 CPC. V. *Foire aux questions*, p. 7, production.

158. – Par ailleurs, la loi de programmation affichait pour ambition d’inclure dans le préalable amiable obligatoire la demande « relative à un conflit de voisinage ».

Or le découpage formel (par articles du code de l’organisation judiciaire) réalisé par le décret est lui aussi très ambigu car nombre de conflits de voisinage ne sont pas prévus dans ces deux dispositions. Ces renvois successifs sont, au surplus, difficiles à pratiquer.

Tel est le cas de la théorie prétorienne des troubles anormaux du voisinage, très utilisée en pratique. Échappe-t-elle au domaine de l’article 750-1 CPC ? *Quid* encore des conflits de copropriété ? Il est impossible de savoir si l’article 750-1 s’applique en cas de litiges de copropriétaires s’ils concernent les actions visées au renvoi, notamment lorsque participe à l’action le syndicat des copropriétaires et/ou le syndic de copropriété.

159. – L’incidence concrète est importante : à la lecture de cet article 750-1, les justiciables ne seront pas en mesure de connaître l’état du droit.

Contraints de s’en remettre au hasard – ce qui n’est guère satisfaisant du point de vue de l’intelligibilité de la norme –, les parties sont dans l’incertitude quant à leur droit d’agir.

160. – Trois raisons expliquent la gravité de cette incertitude et illustrent les atteintes au droit au juge et au principe de sécurité juridique¹⁰⁷.

D’abord, la force de la sanction est considérable puisque la demande est déclarée irrecevable. Le juge n’ayant pas l’obligation de la relever d’office, celle-ci peut survenir tardivement pendant l’instance, ce qui peut être grave pour le demandeur en raison des délais de prescription et ce qui serait surtout inefficace pour le service public de la justice.

Ensuite, les litiges concernés étant pour la plupart d’un faible montant, les parties n’ont pas toujours l’obligation de constituer avocat ; dans ce cas, elles ne sont donc pas représentées, ce qui rend l’identification du domaine de l’article 750-1 presque impossible.

¹⁰⁷ Ne sera pas évoquée l’inopérance de l’argument qui voudrait donner au greffe une faculté d’orientation du justiciable pour savoir s’il doit ou non respecter le préalable amiable obligatoire. En réalité, la pratique des avocats et les retours de terrain montrent que les réponses apportées sont très différentes, d’un tribunal à un autre, mais aussi, de manière plus inquiétante, d’un greffier à un autre au sein d’un même tribunal. Cela résulte de la précipitation de l’administration à faire entrer en vigueur la réforme, sans laisser aux personnels de greffe le temps d’être formés.

Enfin, le délai de prescription ou de forclusion n'est pas interrompu par une demande en justice irrecevable, ce qui est très problématique pour certaines actions pour lesquelles le délai est raccourci¹⁰⁸.

161. – D'autre part, les exceptions prévues au texte, c'est-à-dire les cas dans lesquels les justiciables devraient y recourir, mais peuvent par dérogation s'en abstenir, sont inintelligibles.

Cela a pu être illustré lors de l'examen du grief tiré de l'incompétence négative auquel il faut renvoyer¹⁰⁹.

162. – Les exposants se borneront à rappeler que :

- L'exception « d'urgence manifeste » est inconnue car inexistante dans le code, incohérente par sa différence avec l'urgence simple exigée pour le référé et attentatoire au droit au juge en ce que le « manifeste » est trop sévère au stade de l'introduction de la demande ;
- L'exception tenant aux « circonstances de l'espèce rendant impossible » la tentative amiable préalable est excessivement sévère. Le caractère extrême de l'impossibilité empêche le justiciable de faire valoir une difficulté parfaitement légitime et constitue dès lors une atteinte considérable au droit au juge ;
- L'exception tenant à la nécessité qu'une décision soit rendue contradictoirement est vide de sens dès lors qu'une requête doit, à l'évidence, échapper au préalable amiable. Toute demande introduite par enrôlement de l'assignation s'en trouve exclue ;
- L'exception tenant à l'indisponibilité du conciliateur entraînant « l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige » est grossière et porte atteinte au droit au juge et à l'exigence de sécurité juridique. D'abord, le nombre de conciliateurs est dérisoire alors que la conciliation est la seule voie gratuite. Ensuite, le caractère « manifestement excessif » du délai ou la « nature » et les « enjeux du litige » sont parfaitement obscurs pour le juriste et *a fortiori* pour le justiciable non représenté. Enfin, un justiciable qui verrait sa première réunion fixée rapidement, mais la seconde fixée, par exemple, un an plus tard ne pourrait pas bénéficier de l'exception et serait contraint d'attendre.

¹⁰⁸ Les exemples sont nombreux. Il est possible de citer le délai d'un an pour les vices de construction (art. 1648 al. 2 du code civil) ou la garantie de parfait achèvement (art. 1792-6 al. 2 du code civil) ou encore de trois mois ouvert au fournisseur pour désigner son propre fournisseur lorsque sa responsabilité est engagée sur le fondement de la responsabilité des produits défectueux (art. 1245-6 du code civil).

¹⁰⁹ V. n° 41 et s.

163. – Il convient de rappeler que la CEDH veille scrupuleusement au droit d'accès au juge et que les contraintes procédurales le limitant doivent être fonction de l'avancement de la procédure.

Il est dès lors essentiel qu'elles soient particulièrement légères au stade de l'introduction de la demande.

Lorsque des limitations sont apportées, celles-ci ne doivent pas atteindre le droit dans sa substance même et doivent préserver un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

164. – Au cas présent, les conséquences pratiques sont simples à imaginer tant elles sont prévisibles.

Nombre de justiciables, pour l'essentiel non représentés, verront leurs recours rejetés en raison d'erreurs ou de la sévérité des mécanismes adoptés.

Pour certains, les délais d'accès au juge en seront allongés ; pour d'autres, découragés ou simplement piégés par l'écoulement d'un délai de prescription non interrompu, les droits subjectifs qu'ils auraient souhaité faire consacrer ne le seront pas¹¹⁰.

165. – Finalement, c'est bien la substance même du droit au juge qui est atteinte, sans qu'il n'existe un quelconque rapport de proportionnalité entre le but visé et les moyens employés.

Encourager le recours amiable préalable pour certains recours peut certes se comprendre du point de vue de la bonne administration de la justice. Néanmoins l'imprécision des cas concernés d'une part, et les conditions de dérogations prévues par le décret d'autre part, par leur extrême sévérité ou leur manque de lisibilité, rendent le mécanisme disproportionné dans sa limitation au droit au juge.

Par ailleurs, la difficulté qu'il y a à comprendre les textes devrait à elle seule justifier une annulation du décret, tant il est vrai qu'un texte d'une intelligibilité aussi pauvre ne répond pas à l'objectif de sécurité juridique, en particulier lorsque le justiciable n'est pas représenté.

À tous égards, l'annulation s'impose.

¹¹⁰ Il faut rappeler que le droit au juge doit permettre de protéger des droits « non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs » (CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, spéc. §24 ; CEDH, 15 février 2000, *Garcia Manibardo c. Espagne*, §43). Or quelle est l'effectivité du droit au juge si des restrictions qui y sont apportées constituent un obstacle dirimant à tout exercice d'une action en justice ?

- 3.2.2. L'atteinte à l'égalité des citoyens devant la justice par l'article 750-1 CPC

166. – Le principe d'égalité des citoyens devant la justice doit être observé par le pouvoir réglementaire¹¹¹.

Or l'exception au préalable amiable obligatoire qui concerne le conciliateur porte atteinte à ce principe.

167. – Lorsque le Conseil constitutionnel a examiné la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, celui-ci a réservé la constitutionnalité de l'article 3 à la précision du « délai raisonnable » d'indisponibilité du conciliateur.

Ainsi que les exposants l'ont démontré, ce délai raisonnable n'a pas été suffisamment précisé par le décret du 11 décembre 2019, ce dont il résulte tant une incompétence négative, qu'une atteinte à l'accès au juge et à l'exigence de sécurité juridique¹¹².

168. – Cependant, cette imprécision atteint aussi l'égalité des citoyens.

La conciliation menée par un conciliateur de justice est en effet la seule des trois modalités amiables possibles qui soit gratuite.

L'exception imprécise va donc provoquer une rupture d'égalité entre les parties qui pourront procéder par voie de médiation en rémunérant un médiateur ou par voie de convention de procédure en rémunérant des avocats et celles qui n'en auront pas les moyens.

169. – Ces dernières seront confrontées à une prise en tenaille tenant, d'un côté, au **nombre excessivement faible de conciliateur** sur le territoire français, et de l'autre aux **conditions drastiques** dans lesquelles elles pourront déroger au préalable amiable pour cause d'indisponibilité du conciliateur.

¹¹¹ Reconnu par le Conseil d'État réuni en Assemblée : CE (Ass.), 12 octobre 1979, n° 01875.

¹¹² V. n° 41 et s.

170. – Au surplus, comme l’a elle-même souligné la Chancellerie, il revient au justiciable de démontrer l’impossibilité d’accéder au conciliateur¹¹³.

Si la preuve est libre en matière de fait, elle doit encore être rapportée ce qui ajoute une difficulté concrète à la rigueur du mécanisme.

171. – À défaut de plus grandes clarté et souplesse de ce mécanisme dérogatoire, l’article 4 du décret porte également une atteinte à l’égalité des citoyens devant la justice ce qui justifie à nouveau son annulation.

- 3.2.3. L’atteinte à la liberté contractuelle par l’article 750-1 CPC

172. – La liberté contractuelle est un principe fondamental du droit civil des contrats. Il a été consacré à l’article 1102 du code civil par l’ordonnance portant réforme du droit des contrats du 10 février 2016.

Il en résulte que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ».

Mais ce principe a surtout été reconnu par le Conseil constitutionnel comme de **valeur constitutionnelle**, découlant de l’article 4 de la DDHC¹¹⁴.

173. – Sur le principe même, contraindre les parties à recourir à un préalable amiable obligatoire revient, de manière parfaitement antinomique, à forcer les parties à s’entendre.

La doctrine ne manque pas de rappeler qu’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 »¹¹⁵.

¹¹³ Foire aux questions, p. 7, production

¹¹⁴ Cons. const., 19 décembre 2000, décision n° 2000-437 DC, spéc. n° 37, production : « La liberté contractuelle qui découle de l’article 4 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen ». Ce visa a plusieurs fois été réitéré : Cons. const. 13 janvier 2003, décision n° 2002-465 DC, spéc. n° 4 ; Cons. const., 30 novembre 2006, décision n° 2006-543 DC, spéc. n° 29 ; Cons. cont., 14 mai 2012, décision n° 2012-242 QPC, spéc. n° 10 ; Cons. const., 13 juin 2013, décision n° 2013-672 DC, spéc. n° 6, production.

¹¹⁵ N. Cayrol, « Observations sur l’amélioration et la simplification de la procédure civile », *JCPG*, 2018, suppl. au n° 13, p. 41, spéc. n° 3, production.

Un panel de spécialistes a même qualifié la piste de la médiation obligatoire comme « une fausse piste, un leurre »¹¹⁶. La présentation très nuancée et documentée qui accompagne ce propos, est assortie d'une étude de droit comparé¹¹⁷. Elle aboutit à la conclusion que la médiation doit rester un processus volontaire, ce qui est aisément transposable à la conciliation ou la procédure participative.

174. – C'est d'autant plus vrai que les modes amiables de règlement des différends concernés doivent en principe être conventionnels et non judiciaires.

Bon nombre de juridictions, avec l'aval de la Chancellerie, estiment que l'article 820 CPC, selon lequel « la demande aux fins de tentative préalable de conciliation est formée par requête faite, remise ou dressée au greffe », ne peut s'appliquer dans le cadre de ce que prévoit l'article 750-1 CPC.

En atteste un courrier d'un magistrat chargé des contentieux de la protection au tribunal judiciaire de Tulle. Selon lui, s'appuyant lui-même sur des propos tenus par la Chancellerie, une demande de tentative préalable de conciliation formée par requête sur le fondement de l'article 820 CPC n'empêche pas l'irrecevabilité de la demande concernée par l'article 750-1 CPC car elle n'en remplit pas les prévisions¹¹⁸.

Il y a donc une inconciliabilité entre les textes, ou plutôt une incohérence puisqu'une demande judiciaire de désignation d'un conciliateur serait irrecevable alors que le texte n'impose rien de tel.

Plus encore, on force manifestement les parties à conclure une convention.

175. – Au-delà de ce résultat navrant sur le plan de la formation d'un contrat qui suppose le consensualisme, il est à noter l'aberration de ce texte qui interdit à une partie de demander un MARD par la voie judiciaire alors que le texte lui-même impose la tentative d'un MARD préalablement à la demande, dans les matières qu'il vise.

¹¹⁶ P. Servan-Schreiber (dir.), *Médiation et entreprise*, Rapport du Club des juristes, Février 2019, p. 62, production.

¹¹⁷ À une exception près, le préalable amiable obligatoire n'est pas la voie privilégiée en Europe. V. *Ibid*, pp. 59-60, production.

¹¹⁸ Lettre du juge des contentieux de la protection en date du 4 mars 2020, production.

Répondre que, la demande judiciaire devant être précédée d'une telle tentative, une demande judiciaire à seule fin de conciliation serait irrecevable faute de tentative conventionnelle préalable, ferait presque sourire.

Il faudrait donc tenter de concilier par la voie conventionnelle pour demander judiciairement une mesure de conciliation.

Le résultat de cette précipitation textuelle et de sa mauvaise rédaction est bien consternant et réduit, là encore, l'accès au juge pour demander une conciliation ou une médiation là où elle est par ailleurs obligatoire à peine d'irrecevabilité de la demande.

176. – *Quid* par ailleurs d'une demande portant sur l'acquisition d'une clause résolutoire d'un bail, l'expulsion du locataire concerné et une demande d'arriéré de loyer à hauteur de 4.500 euros ?

Faudra-t-il tenter un MARD à peine d'irrecevabilité ?

La Chancellerie répond par la négative dans sa *Foire aux questions* en évoquant l'article 35 CPC. Ce ne peut être l'article 35 alinéa 2 du CPC (« Lorsque les prétentions réunies sont fondées sur les mêmes faits ou sont connexes, la compétence et le taux du ressort sont déterminés par la valeur totale de ces prétentions »).

Or dans ce cas une seule demande chiffrée est formulée à côté de demandes non chiffrées. Puisqu'alors la valeur totale des prétentions, c'est-à-dire cumulée, est impossible à prendre en compte, laquelle l'emporte ?

A lire l'article 35, il s'agit bien de la demande chiffrée inférieure à 5 000 euros et non les autres.

Ce texte incite par conséquent les demandeurs à formuler, face aux incertitudes qu'il génère, des demandes qui seront supérieures à 5 000 euros pour esquiver l'irrecevabilité encourue. **On peut donc sérieusement douter de l'efficacité de ce texte qui va compliquer, là encore, la tâche du juge, qui devra trancher des demandes indemnitaires émises uniquement dans le but d'asseoir un montant supérieur à 5 000 euros.**

177. – Sur un plan technique, l'article 750-1 CPC porte atteinte à ce principe essentiel de liberté car, à nouveau, les caractères imprécis et excessivement sévères des exceptions prévues par le décret contraignent d'une manière disproportionnée les parties, sinon à conclure un accord, du moins à recourir à un processus amiable.

Cela se vérifie à deux égards.

178. – D'une part, l'idée même d'une conciliation ou d'une médiation est strictement conventionnelle, c'est-à-dire exercée en parfaite liberté.

Cela conduit d'ailleurs le décret à une contradiction.

Le préalable amiable obligatoire est préalable ; le cas échéant, le conciliateur ou le médiateur sont donc sollicités directement par les parties.

Dès lors, une requête sollicitant du juge la désignation d'un conciliateur ou médiateur serait irrecevable.

Par conséquent, l'article 750-1 renvoie au Livre V du code de procédure civile pour les règles relatives à la résolution amiable du différend.

179. – Ce renvoi fait apparaître la contradiction.

L'article 1528 CPC dispose en effet que « les parties à un différend peuvent, à leur initiative, [...] tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats ».

Il en résulte qu'en principe le recours à la conciliation, à la médiation ou à la procédure participative s'exerce, librement, à l'initiative des parties conformément au principe de liberté contractuelle.

Par conséquent, en imposant d'y avoir recours pour saisir le juge, l'article 750-1 CPC entre en contradiction avec l'article 1528 du même code qui est lui-même conforme à la liberté contractuelle.

180. – D'autre part, le Conseil constitutionnel réalise une appréciation de proportionnalité de l'atteinte à la liberté contractuelle. Le rapport de proportionnalité ne peut être atteint que si la limitation de la liberté contractuelle est résiduelle car s'y ajoute une atteinte au droit au juge.

Si l'idée même d'un préalable amiable obligatoire pourrait théoriquement constituer une atteinte proportionnée à la liberté contractuelle, cela diffère lorsque les exceptions de préalable sont **si drastiques qu'elles le rendent de facto strictement obligatoire.**

181. – Or comme les exposants l’ont démontré, le domaine du préalable et surtout les exceptions prévues par le décret qui en dispensent le justiciable sont imprécises et en tout état de cause excessivement strictes.

L’atteinte est donc disproportionnée car les parties subissent une contrainte contractuelle quasi absolue.

182. – En définitive, la violation du principe de liberté contractuelle par l’article 4 du décret s’ajoute à celle des autres principes.

Elle emporte définitivement la nécessité d’annuler le décret attaqué.

3.3.) La représentation obligatoire devant le tribunal judiciaire (article 761 CPC)

- 3.3.1. L'imprécision des dérogations au principe de la représentation obligatoire devant le tribunal judiciaire

183. – L’article 761 CPC doit se lire comme contenant les exceptions à au principe de la représentation obligatoire devant le tribunal judiciaire prévu à l’article 760 CPC.

Specialia generalibus derogant.

184. – Parmi ces exceptions à la représentation obligatoire, l’article 761 3° contient notamment le cas où « la demande porte sur un montant inférieur ou égal à 10 000 euros ou a pour objet une demande indéterminée ayant pour origine l’exécution d’une obligation dont le montant n’excède pas 10 000 euros ».

Cette disposition est imprécise et heurte en cela le principe de sécurité juridique.

185. – D’une part, le texte ne prévoit pas la possibilité pourtant courante dans laquelle sont inconnus tant le montant de la demande que l’origine de l’obligation à exécuter.

Cette configuration se rencontre régulièrement, notamment lorsqu’une demande de mesure d’instruction est demandée sur le fondement de l’article 145 CPC, c’est-à-dire avant tout procès.

Alors, la demande en référé a souvent pour objet d'évaluer justement le montant d'une demande qui pourra être introduite au fond.

Il est fréquent que l'obligation à l'origine de la demande ne soit pas connue non plus.

186. – Interrogée sur ce point lors de l'audience de référé du 27 décembre 2019 tenue au Conseil d'État, la Chancellerie a apporté une réponse dans sa *Foire aux questions*¹¹⁹ :

« si la demande ne peut être rattachée à une obligation chiffrée, mais qu'elle se rapporte à une matière dispensée de la représentation par avocat [...], les parties ne seront pas soumises à l'obligation de constituer avocat ».

187. – Si la démarche est sans doute à saluer, elle ne résout pas le problème.

En réalité, la *Foire aux questions* ne répond pas à la contrariété textuelle existante et n'est d'ailleurs pas en mesure de le faire.

L'article 760 CPC est en réalité le principe puisqu'il précise que les parties sont tenues de constituer avocat « sauf disposition contraire ».

Par conséquent, il faut comprendre, à l'inverse de ce que précise la *Foire aux questions*, que dans le cas où le montant de la demande est indéterminé et si l'obligation à son origine l'est aussi, la représentation est obligatoire.

188. – La *Foire aux questions* ne disposant d'aucune autorité normative, elle est incapable de résoudre une incohérence textuelle qui provoque un trouble de sécurité juridique, car seul le décret compte d'un point de vue juridique.

L'existence d'une *Foire aux questions* prouve, au demeurant, que ce décret est totalement obscur. Elle ne parvient d'ailleurs pas à répondre à toutes ses incohérences ou vides juridiques.

Les exposants ont scrupule à rappeler qu'une lecture exégétique du code de procédure civile emporte l'autorité d'une *Foire aux questions*, si novatrice soit-elle.

¹¹⁹ V. *Foire aux questions*, p. 12, production.

189. – D'autre part, l'article 761 cause une autre atteinte à la sécurité juridique, celle-ci n'étant pas abordée par la *Foire aux questions*.

Elle a trait au sens de l'expression : « l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10 000 euros ».

Dans une imprécision proche de celle critiquée lors de l'examen de l'article 750-1 CPC (la demande qui « tend au paiement »), cette expression manque de clarté, notamment en matière extracontractuelle.

S'agit-il de n'importe quel type d'obligation ?

S'agit-il indifféremment de tout type d'exécution de l'obligation ?

190. – Là encore, la question n'est pas d'école.

Elle est celle que se posera le justiciable au stade de l'introduction de la procédure. Il recherche une réponse simple à la question : faut-il constituer avocat ?

Sans conseil désigné *a priori* pour répondre à cette question, le texte ne fournit pas la réponse au justiciable.

Au concret, celui-ci n'aura d'autre choix que de se tourner vers un avocat pour avoir une réponse, ce qui aboutirait à l'effet inverse d'une possibilité d'être dispensé de représentation.

191. – Présentant une double atteinte au principe de sécurité juridique, l'article 4 du décret attaqué, en ce qu'il contient l'article 761 CPC, doit être annulé.

- 3.3.2. Le pouvoir du juge lorsqu'à raison d'une demande incidente la représentation devient obligatoire

192. – L'article 761 3° CPC précise encore que « lorsqu'une demande incidente a pour effet de rendre applicable la procédure écrite ou de rendre obligatoire la représentation par avocat, le juge peut, d'office ou si une partie en fait état, renvoyer l'affaire à une prochaine audience tenue conformément à la procédure applicable et inviter les parties à constituer avocat ».

193. – Cette disposition pose une difficulté quant à l'exigence de sécurité juridique et d'accès au juge.

En effet, la simple faculté donnée au juge de renvoyer en obligeant les parties à constituer avocat n'est pas satisfaisante.

Elle signifie que le juge n'en est pas tenu et qu'il ne pourra lui être reproché de ne pas l'avoir fait.

Dès lors, il est tout à fait envisageable que la procédure poursuive son cours et que le jugement soit rendu sans représentation alors même qu'elle était devenue théoriquement obligatoire.

194. – Pour quelle incidence pratique ? Deux hypothèses dangereuses sont possibles.

D'une part, il est dangereux qu'une partie ne soit pas représentée si la procédure implique une représentation obligatoire. La technique de la procédure l'impose et la partie risque, sans le savoir, d'être mise à l'écart d'une procédure qui la concerne ou de voir ses actes déclarés nuls.

D'autre part, une partie malicieuse pourrait en tirer un profit indu et trouver dans l'absence de représentation de son adversaire un motif inespéré d'obtenir la nullité du jugement qui est prononcé s'il lui est défavorable.

195. – En réalité, la représentation obligatoire est une mesure qui concerne l'accès d'une partie à son juge, mais qui concerne aussi, et peut-être surtout, la bonne administration d'une procédure pour favoriser les échanges entre les parties et le juge.

La nécessité d'être représenté par un auxiliaire de justice intéresse donc en tout premier lieu le juge, pour lequel la nécessité de renvoyer et d'inviter à la constitution devrait être obligatoire et non facultative.

On ne peut entièrement décharger le juge de ses missions d'administration de la procédure car l'effectivité et l'aspect concret de la représentation par avocat est une composante de l'accès au juge¹²⁰.

¹²⁰ CEDH, 2 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, série A n° 32, spéc. n° 26.

- 3.3.3. Les effets de la représentation obligatoire sur la procédure orale

196. – Devant le tribunal judiciaire, les cas dans lesquels le justiciable peut échapper à la représentation obligatoire sont limitativement prévus par l'article 761 CPC.

Il en résulte qu'à présent une procédure peut être orale, mais pour autant soumise à la représentation obligatoire.

Tel est le cas par exemple de la procédure de référé devant le tribunal judiciaire¹²¹.

197. – Cela pose une difficulté quant à aux règles de postulation prévues aux articles 4 et 5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

Ces dispositions ont simplement subi une retouche formelle dont il résulte que les avocats exercent leur ministère librement et peuvent plaider sans limitation territoriale. En revanche, les règles de postulation sont limitées aux tribunaux judiciaires du ressort de la cour d'appel dans lequel la résidence professionnelle est établie.

198. – Il en résulte une incohérence tenant à la conception même de la procédure orale : celle-ci permet par principe aux parties de « présenter oralement à l'audience leurs prétentions et les moyens à leur soutien »¹²².

Cela permettait traditionnellement aux parties, lors d'une instance en référé, de ne pas prendre d'écrit et, le cas échéant, de se faire assister – et non représenter – par un avocat non limité territorialement.

199. – L'obligation de constituer avocat pour la procédure de référé met fin à cette possibilité.

Une partie concernée par une instance en référé devra nécessairement se faire représenter par un avocat postulant du ressort du tribunal judiciaire saisi.

¹²¹ Le chapitre II consacré aux ordonnances de référés (articles 834 à 838) est inclus dans un sous-Titre II relatif à la procédure orale.

¹²² Article 446-1 CPC.

200. – Dès lors, instaurer une représentation obligatoire en procédure orale comme le prévoient les articles 760 et 761 CPC – comme par exemple en référé ou devant le juge de l’exécution –, entre en contradiction avec l’article 446-1 CPC puisque seul l’avocat postulant pourra saisir le tribunal judiciaire de prétentions et moyens.

201. – À l’inverse, contrairement à ce que contient l’article 446-1 CPC, il ne sera plus possible pour les parties d’ajouter de prétentions ou de moyens lors de l’audience, que ce soit à leur initiative ou à l’initiative de l’avocat plaidant.

202. – La conséquence procédurale est que toute prétention ou tout moyen qui ne serait pas présenté à l’audience par l’avocat postulant serait d’office écarté en raison du défaut de pouvoir.

Outre qu’il s’agit d’une réelle restriction dans les facilités d’accès au juge pour les justiciables – qui devront nécessairement faire appel à un postulant du ressort du tribunal saisi –, cette nouveauté du décret fait entrer en contradiction les articles 446-1, 760, 761 CPC et 5 de la loi du 31 décembre 1971.

L’annulation du décret devra être prononcée.

3.4.) L’introduction de l’instance en référé (articles 754, 755 et 763 CPC)

203. – Les articles 754, 755 et 763 CPC provoquent, lorsqu’ils sont combinés, une atteinte disproportionnée au **droit au juge** lorsqu’une procédure de référé est entreprise.

204. – Ces dispositions ont pour objet la saisine du tribunal judiciaire par placement de l’assignation ainsi que les règles relatives à la constitution du défendeur.

Elles décrivent le schéma traditionnel de saisine du tribunal en procédure ordinaire. En revanche, elles ne sont pas adaptées à la procédure de référé.

En substance, la copie de l’assignation doit être remise au tribunal (qui le saisit de la demande) dans le délai de deux mois suivant la communication de la date d’audience effectuée pour l’établissement de l’assignation (articles 751 et 753 alinéa 2 CPC).

Cependant, cette remise intervient au plus tard quinze jours avant l'audience si l'audience est fixée moins de deux mois après la communication de sa date par la juridiction (article 754 CPC).

Ce délai peut être raccourci par le juge en cas d'urgence si cela lui est demandé (article 755 CPC).

Enfin, le défendeur est tenu de constituer avocat dans les quinze jours de la remise de l'assignation au tribunal (article 763).

205. – Il est clair que ce schéma a été pensé pour la procédure ordinaire, mais qu'il s'adjoint mal à une procédure de référé, notamment lorsqu'il s'agit d'un référé urgence (article 834 CPC).

Dans ce cas, la date d'audience est fixée bien en amont et le demandeur n'a pas le temps d'attendre l'écoulement du délai de quinze jours pour que le défendeur constitue, en particulier s'il s'y ajoute les délais nécessaires aux notifications et, éventuellement, aux délais de distance¹²³.

Du point de vue du défendeur, cela provoque une impossibilité de se défendre, l'article 763 contenant un délai légal. Tout acte de procédure (et y compris un acte de constitution réalisé au-delà du délai de quinze jours ou des conclusions en défense) encourrait une nullité pour irrégularité de fond.

206. – Pour y répondre, la *Foire aux questions* de la Chancellerie a précisé que le délai de quinze jours de l'article 763 était, contrairement à ce que sa lettre du texte laisse entendre, un simple délai d'attente laissé au défendeur pour organiser sa défense.

Ce délai peut être raccourci par le juge saisi sur le fondement de l'article 755 s'il estime qu'une telle mesure est justifiée par l'urgence¹²⁴.

207. – Ce mécanisme conduit à un formalisme particulièrement lourd pour une procédure qui réclame précisément un formalisme allégé¹²⁵.

Mais plus encore, il limite le droit au juge de manière disproportionnée.

¹²³ Les délais peuvent être augmentés d'un à deux mois selon les cas, en application des articles 643 et 644 du code de procédure civile.

¹²⁴ V. *Foire aux questions*, p. 14, production.

¹²⁵ Sur cette question, reliée à l'erreur manifeste d'appréciation, v. n° 271.

En effet, sans l'obtention de l'autorisation du juge de réduire ce délai, le demandeur doit obligatoirement attendre l'écoulement du délai de quinze jours (sans ajout de délais de distance). Dès lors, cette autorisation est indispensable à la procédure de référé lorsqu'il est justifié par l'urgence.

En d'autres termes, cette autorisation vient conditionner le référé urgence dès lors que sans elle, celui-ci s'en trouve vidé de son objet.

208. – La précision de la Chancellerie est utile : elle laisse apparaître que le pouvoir réglementaire a incidemment prévu l'ajout d'une condition supplémentaire au référé de l'article 834 CPC.

Celle-ci conditionne l'intérêt même de recourir à cette voie de droit et entrave ainsi outrancièrement l'accès au juge des référés car il ne pourra connaître de la demande en référé que s'il l'estime nécessaire au vu de l'urgence.

En somme, l'urgence est évaluée deux fois par le juge : une première fois pour savoir si le délai de comparution peut être raccourci ; une seconde fois au fond de la demande de référé en elle-même.

209. – À quoi il faut ajouter que l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 a prévu dans son article 9 que :

« En cas d'assignation en référé, la juridiction statuant en référé peut rejeter la demande avant l'audience, par ordonnance non contradictoire, si la demande est irrecevable ou s'il n'y a pas lieu à référé ».

Si cette mesure a été prise dans le cadre de « l'état de guerre sanitaire », les exposants doutent qu'elle s'y cantonne réellement.

Ces doutes sont d'ailleurs partagés par la CNCDH qui a interpellé le gouvernement et insisté sur la nécessité de ne pas transformer l'état d'urgence sanitaire en droit commun procédural¹²⁶.

210. – Dès lors, le décret attaqué porte, en son article 4 une atteinte disproportionnée au droit au juge en créant une nouvelle condition d'examen – et presque de recevabilité – du référé de l'article 834 CPC.

¹²⁶ *Avis de la CNCDH*, « Une autre urgence : le rétablissement d'un fonctionnement normal de la justice », JORF, 3 mai 2020, NOR CDHX2011095V, production.

L'atteinte est d'autant plus disproportionnée au regard des pouvoirs donnés au juge des référés depuis l'ordonnance du 25 mars 2020.

Il doit donc être annulé.

3.5.) Erreurs matérielles

211. – Les exposants souhaiteraient souligner l'existence de deux erreurs formelles du décret.

Pour être d'une faible incidence pratique, elles mériteraient toutefois d'être modifiées pour des raisons de cohérence.

- *3.5.1. Le juge des référés (articles 834 et 835 CPC)*

212. – Les articles 834 et 835 sont relatifs aux ordonnances de référé rendues par le juge des référés du tribunal judiciaire.

Ces deux dispositions contiennent une simple erreur formelle, dont il est possible de regretter la persistance alors qu'elles ont été signalées à la Chancellerie lors de l'instance en référé¹²⁷.

Y est mentionné le « juge du contentieux de la protection » au lieu de la terminologie choisie : le « juge des contentieux de la protection ».

Cette erreur sera modifiée.

- *3.5.2. La procédure accélérée au fond de l'article 839 CPC*

213. – Conformément à l'article 28 de la Loi de programmation, le gouvernement a été habilité par voie d'ordonnance pour modifier les dispositions régissant les procédures en la forme des référés devant les juridictions judiciaires aux fins de les unifier et d'harmoniser le traitement des procédures au fond à bref délai.

L'erreur énoncée ne concerne donc pas directement le décret attaqué, mais doit néanmoins être soulignée.

¹²⁷ Mémoire à l'appui du référé-suspension dirigé contre le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, n° 66, production.

Malgré le toilettage réalisé, il demeure des dispositions qui contiennent toujours une procédure en la forme des référés.

Tel est le cas de l'article L. 114-16-2 du code de la mutualité ou encore des articles L. 2333-34-1 et L. 2333-43-1 du code des collectivités territoriales.

Les erreurs seront rectifiées.

4. La procédure applicable au tribunal de commerce (article 5 du décret attaqué)

4.1.) L'imprécision des dérogations au principe de la représentation obligatoire devant le tribunal judiciaire (article 853 CPC)

214. – Comme devant le tribunal judiciaire, la représentation par avocat est de principe devant le tribunal de commerce.

L'article 853 énonce également les dérogations à ce principe, parmi lesquelles le cas où « la demande porte sur un montant inférieur ou égal à 10 000 euros ».

215. – Cette dérogation est une pseudo copie de celle qui existe devant le tribunal judiciaire à l'article 761 CPC.

Elle pose deux difficultés notoires.

216. – En premier lieu, elle est un faux décalque de l'article 761 CPC car elle ne contient pas une hypothèse prévue par celui-ci et qui se révèle courante en pratique : c'est le cas où la demande est indéterminée, mais a « pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10 000 euros ».

Cette fausse transposition nourrit la critique suivante car elle en étend la gravité.

217. – En second lieu, comme décalque, l'article 853 CPC contient les mêmes imprécisions que celles de l'article 761 : lorsque la demande est indéterminée, l'interprétation exégétique du code de procédure civile oblige à considérer que la représentation est bien obligatoire¹²⁸.

Contrairement à ce que prétend la *Foire aux questions*, il est impossible de déduire des textes que la représentation ne serait pas obligatoire dans les cas où la demande est indéterminée.

Il s'y ajoute que l'article 853, étant moins complet que son faux décalque en ce qu'il n'envisage pas l'hypothèse d'une demande qui a pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10 000 euros, l'imprécision quant à l'indétermination de la demande en est d'autant plus grande.

4.2.) La postulation devant le tribunal de commerce (article 853 CPC)

218. – Alors que la représentation par avocat est obligatoire par principe devant le tribunal de commerce, et en particulier lorsque la demande porte sur un montant supérieur à 10 000 euros, les règles de postulation n'ont pas été modifiées.

219. – L'alinéa 2 de l'article 5 de la loi n° 71-1130 a certes été modifié pour désigner le tribunal judiciaire, mais le tribunal de commerce n'a pas été intégré :

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

Ils peuvent postuler devant l'ensemble des tribunaux judiciaires du ressort de cour d'appel dans lequel ils ont établi leur résidence professionnelle et devant ladite cour d'appel ».

Il en résulte que les règles de territorialité de la postulation ne s'appliquent pas au tribunal de commerce.

¹²⁸ Sur cette critique déjà formulée contre l'article 761 mais transposable à l'identique pour l'article 853 CPC, v. n° 183 et s.

220. – Dans sa *Foire aux questions*, la Chancellerie a de nouveau cru modifier la hiérarchie des normes ou l'esprit de logique pour indiquer que les règles de postulation avaient pourtant vocation à s'appliquer puisque les « articles 4 et 5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 n'ont pas été modifiés »¹²⁹.

En réalité, il n'en est rien.

Puisque la loi de 1971 vise explicitement le tribunal judiciaire, il n'y a pas lieu d'y trouver une nouvelle distinction dans le silence de la loi. Là encore la réponse donnée par la Chancellerie dans sa *Foire aux questions* est fautive en droit et n'est pas de nature à rendre plus intelligible son décret.

La conséquence est que, contrairement à ce que la Chancellerie souhaiterait faire dire au décret attaqué, les règles de postulation ne s'appliquent pas au tribunal de commerce car le règlement ne saurait ajouter à la loi, *Foire aux questions* ou non.

4.3.) Les conséquences d'une demande incidente rendant obligatoire la représentation (article 853 CPC)

221. – Devant le tribunal judiciaire, une précision est apportée par l'article 761 3° CPC qui aurait également dû figurer à l'article 853 pour le tribunal de commerce.

Cet article, déjà critiqué pour un autre manquement, dispose que lorsqu'une demande incidente a pour effet de rendre la représentation obligatoire, le juge peut d'office, ou si une partie en fait état, renvoyer l'affaire à une prochaine audience et inviter les parties à constituer avocat.

Moins la critique déjà formulée à l'occasion de l'examen de l'article 4 du décret, cette précision est absente de l'article 853 qui a pour objet la représentation obligatoire devant le tribunal de commerce.

Il résulte de l'absence de cette transposition qu'une procédure commencée sans représentation devant le tribunal de commerce peut être poursuivie sans obligation de constituer en cours d'instance alors qu'une demande devrait pourtant la rendre obligatoire.

Ce manquement est dangereux du point de vue de l'accès au juge puisque la présence de l'avocat, comme auxiliaire de justice, est de nature à le garantir¹³⁰.

¹²⁹ V. *Foire aux questions*, p. 13, production.

¹³⁰ CEDH, 2 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, série A n° 32, spéc. n° 26.

5. Dispositions modificatives du code des procédures civiles d'exécution (article 10 du décret attaqué)

222. – L'article 10 du décret attaqué tire les conséquences de l'extension de la représentation obligatoire.

Devant le juge de l'exécution, il fixe à 10 000 euros le seuil à partir duquel les parties sont tenues de constituer avocat.

Dès lors, la représentation n'est plus que facultative dans pour les demandes inférieures à 10 000 euros¹³¹, pour le contentieux de la saisie des rémunérations et pour celui de l'expulsion.

223. – Pourtant, cette extension aurait dû s'accompagner d'une modification d'autres dispositions tenant aux modalités de notification des décisions du juge de l'exécution.

Laissées en l'état, les nouvelles dispositions issues du décret portent atteinte au droit au juge et au principe de sécurité juridique.

224. – L'article R. 121-15 alinéa 1^{er} du code des procédures civiles d'exécution dispose que : « la décision est notifiée aux parties elles-mêmes par le greffe au moyen d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Une copie de la décision est envoyée le même jour par lettre simple aux parties et à l'huissier de justice ».

Ainsi, il incombait au greffe de procéder à la notification des décisions rendues par le juge de l'exécution.

Ce régime de notification était répandu sous l'empire des anciens textes, notamment dans des matières dans lesquelles la représentation n'était pas obligatoire.

225. – Depuis le décret du 11 décembre 2019, l'extension de la représentation obligatoire a rendu applicable aux décisions rendues par le juge de l'exécution un autre régime de notification du jugement.

L'article 678 CPC dispose que :

¹³¹ Les exposants ne reviendront pas sur la critique qui peut être faite à l'expression « la demande qui a pour origine une créance ou tend au paiement d'une somme qui n'excède pas la somme de 10 000 euros ». Les mêmes remarques que celles précédemment exprimées pourraient néanmoins être formulées.

« Lorsque la représentation est obligatoire, le jugement doit en outre être préalablement notifié aux représentants en la forme des notifications entre avocats, faute de quoi la notification à la partie est nulle. Mention de l'accomplissement de cette formalité doit être portée dans l'acte de notification destiné à la partie ».

Il existe dès lors une superposition de règles quant à la notification des jugements rendus par le juge de l'exécution lorsqu'il statue sur une demande qui relève de la représentation obligatoire.

226. – Ce double régime de notification crée une insécurité juridique.

Formellement aucun texte ne dispense de l'autre, ce qui résulte en particulier de leurs expéditeurs : l'une des formalités est à accomplir par le conseil ; l'autre par le greffe de la juridiction.

Tout au plus faut-il supposer que l'article 678 CPC doit s'appliquer prioritairement (mais pas alternativement) à l'article R. 121-15 du code des procédures civiles d'exécution puisqu'il mentionné la nécessité de notifier « préalablement » au conseil des parties adverses.

Cette superposition de textes complexifie inutilement le processus de notification.

227. – L'insécurité juridique se prolonge au-delà du chevauchement des textes, dans la recherche du point de départ du délai de recours.

Puisqu'en vertu des textes deux notifications vont obligatoirement avoir lieu, il est impossible de dire à partir de quand court le délai pour interjeter un appel ou former une opposition ou un pourvoi en cassation.

228. – Si l'incohérence des textes est imaginée sous un angle pratique, le greffe va procéder à la première notification en vertu de l'article R. 121-15.

Pourtant, cette notification sera vraisemblablement nulle, ou à tout le moins inutile, dès lors que les règles de représentation imposent une notification préalable à l'avocat du représenté.

Elle devra pourtant être réalisée, étant une obligation réglementaire. Cependant, qu'elle soit réalisée avant la notification à l'avocat ou après celle-ci, elle demeure inutile.

229. – Au mieux, il s’agit d’une formalité inutile que devront supporter les juridictions. Au pire, cette formalité, si elle intervient avant la notification faite à l’avocat, retarde l’accès du justiciable souhaitant utiliser l’une des voies recours ouvertes à son juge.

En tout état de cause, l’incertitude et l’insécurité juridique sont totales quant au point de départ du délai pour effectuer ce recours.

230. – Au surplus, cette formalité conduit à un coût parfaitement inutile pour les finances publiques.

Coût de temps d’une part : les greffes vont devoir prendre le temps réaliser une formalité qui est inutile.

Coût d’argent d’autre part : les coûts liés à l’envoi de courriers avec accusé de réception sera perdu sans utilité procédurale.

Le décret sera donc annulé.

6. Dispositions modificatives du Titre V du CPC (article 13 du décret attaqué)

231. – L’article 13 du décret modifie le Titre V du CPC relatif à la résolution amiable des différends et y intègre notamment les modalités propres à la convention de procédure participative.

En particulier, lorsqu’une convention a permis la mise en état du litige, le décret prévoit la procédure du jugement s’en suivant aux articles 1564-1 à 1564-7 CPC.

À titre encore plus particulier, l’article 1564-6 CPC prévoit que lorsque la convention a permis d’aboutir à une mise en état du litige, avec ou sans accord partiel sur le fond, la demande de rétablissement des parties saisit le juge. Dans ce cas, « l’affaire est fixée à bref délai ».

232. – La procédure à bref délai est une procédure particulière propre à la cour d’appel.

Elle est prévue aux articles 905 à 905-2.

En revanche, la procédure est inexistante en première instance alors que l’article 1564-6 a vocation à s’y appliquer en particulier.

233. – Celle nouvelle incohérence textuelle porte une nouvelle atteinte au principe de sécurité juridique, les parties ne pouvant anticiper sur les suites de la procédure et les formalités nécessaires au suivi d'une procédure que l'on devine rapide dans l'esprit du pouvoir réglementaire.

L'annulation est justifiée.

7. Droit transitoire (article 55 du décret attaqué)

234. – Le droit transitoire du décret attaqué, précisé à son article 55, comporte une **illégalité manifeste** en ce qu'il est contraire à la Loi de programmation elle-même.

Cette illégalité concerne l'entrée en vigueur de l'article 760 CPC relatif au principe de la représentation obligatoire devant le tribunal judiciaire.

235. – Préalablement, les exposants notent que l'erreur matérielle contenue à l'article 55 et signalée n'a pas été rectifiée.

Si elle est sans incidence sur à la compréhension du texte, il est malheureux de lire que : « Par dérogation au I, les dispositions des articles 3 s'appliquent aux instances introduites devant les juridictions du premier degré à compter du 1er janvier 2020 ».

Il n'existe pas des articles 3 mais un article 3.

La scorie sera utilement corrigée par le pouvoir réglementaire.

236. – Sur le fond, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a entendu, en son article 5, la représentation obligatoire.

Cette disposition a été précisée dans ses modalités par le décret attaqué.

L'illégalité provient de la comparaison entre le droit transitoire de la loi et celui du décret d'application.

237. – La loi, en son article 109, a précisé que :

« II. – L'article 5 s'applique aux instances introduites à compter du 1er janvier 2020, à l'exception du II qui s'applique aux instances introduites à compter du lendemain de la publication de la présente loi ».

238. – Le décret est venu préciser les modalités de la représentation obligatoire devant le tribunal judiciaire en son article 4.

Quant au droit transitoire du décret, l'article 55 relatif à son entrée en vigueur dispose par principe que :

« I. – Le présent décret entre en vigueur le 1er janvier 2020. Il est applicable aux instances en cours à cette date ».

Cet article connaît de deux exceptions parmi lesquelles ne figure pas l'article 760 CPC :

« II. – Par dérogation au I, les dispositions des articles 3 s'appliquent aux instances introduites devant les juridictions du premier degré à compter du 1er janvier 2020. Les dispositions des articles 5 à 11, ainsi que les dispositions des articles 750 à 759 du code de procédure civile, du 6° de son article 789 et de ses articles 818 et 839, dans leur rédaction résultant du présent décret, sont applicables aux instances introduites à compter du 1er janvier 2020.

III. – Par dérogation au II, jusqu'au 1er septembre 2020, dans les procédures soumises, au 31 décembre 2019, à la procédure écrite ordinaire, la saisine par assignation de la juridiction et la distribution de l'affaire demeurent soumises aux dispositions des articles 56, 752, 757 et 758 du code de procédure civile dans leur rédaction antérieure au présent décret. / Jusqu'au 1er septembre 2020, les assignations demeurent soumises aux dispositions de l'article 56 du code de procédure civile, dans sa rédaction antérieure au présent décret, dans les procédures au fond suivantes : / 1° Celles prévues aux articles R. 202-1 et suivants du livre des procédures fiscales ; / 2° Celles prévues au livre VI du code de commerce devant le tribunal judiciaire ; / 3° Celles diligentées devant le tribunal paritaire des baux ruraux ».

239. – L'article 760 ne figurant dans aucune des exceptions du I, il est donc entré en vigueur conformément aux dispositions de l'article 55 I du décret, c'est-à-dire immédiatement pour toutes les instances en cours.

Or ce n'est pas ce que prévoyait la loi de programmation qui avait prévu une entrée en vigueur pour les instances introduites à compter du 1^{er} janvier 2020.

240. – Cette illégalité manifeste ne saurait être camouflée par l'idée qu'une *Foire aux questions* dispose d'une force normative équivalente à celle d'un décret.

Par un syllogisme d'apparence irréprochable mais au résultat erroné, la Chancellerie a cru pouvoir corriger le décret attaqué et affirmer que les articles 760 et 761 entraînent en vigueur à compter des instances en cours au 1^{er} janvier 2020¹³² :

« les articles 760 et 761 du code de procédure civile, dans leur rédaction issue du décret n° 2019-1333 réformant la procédure civile, constituent une mesure d'application réglementaire de l'article 5 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Or, la loi du 23 mars 2019 prévoit en son article 109 que les dispositions relatives à l'extension de la représentation obligatoire s'appliquent aux instances introduites à compter du 1er janvier 2020.

Par suite, s'agissant des articles 760 et 761 du CPC, le décret du 11 décembre 2019 ne peut être interprété comme leur conférant une autre date d'entrée en vigueur que celle définie par la loi. Par suite, les dispositions relatives à la représentation obligatoire définies aux articles 760 et 761 du CPC s'appliquent aux instances introduites à compter du 1er janvier 2020 ».

241. – Quoi qu'en dise la *Foire aux questions*, le texte du décret en son article 55 est illégal tel qu'il figure dans l'ordonnancement juridique, celle-ci ne pouvant rien y changer en affirmant qu'il faut s'en reporter à la lettre de la loi. Pourquoi ne pas l'avoir corrigé et préféré répondre dans une *Foire aux questions* ?

La lettre de la *Foire aux questions* reconnaît en réalité et clairement l'illégalité du décret.

La question n'est pas de savoir si un décret contraire à la loi peut être *interprété* dans un sens contraire à la loi. **Le texte n'est pas sujet à interprétation ; il est simplement contraire à la loi.**

242. – Par ailleurs, il faut dénoncer avec force la gravité de cette illégalité car, au concret, elle **emporte des conséquences gravissimes pour les justiciables.**

¹³² V. *Foire aux questions*, p. 13, production.

Avant le 1^{er} janvier 2020, les parties pouvaient introduire une demande devant le tribunal d'instance ou de grande instance sans être représentées.

Par conséquent, nombre d'instances étaient, et sont toujours, pendantes devant le tribunal judiciaire sans que les parties ne soient représentées.

243. – Le problème posé par cette incohérence est que certaines décisions font application, non de la loi mais du décret, et considèrent que l'article 760 CPC était applicable aux instances en cours – c'est-à-dire celles introduites avant le 1^{er} janvier 2020 – et non aux instances introduites à compter du 1^{er} janvier 2020.

244. – Deux types de conséquences en découlent.

245. – D'une part, un juge qui se prononce à la lumière du décret va considérer qu'il n'est pas valablement saisi par une partie parce que celle-ci n'a pas constitué avocat au 1^{er} janvier 2020.

Cela peut avoir des conséquences désastreuses, notamment en ce que le droit objet du différend peut être prescrit ou l'action pour l'exercer forclose.

Mais ce choix de se considérer comme non saisi est surtout illégal.

246. – D'autre part, si un juge se prononce à la lumière de loi en considérant que l'instance ayant introduite avant le 1^{er} janvier 2020, aucune représentation n'est nécessaire, il se verra opposer par l'adversaire un défaut de conformité au décret par un adversaire qui aura une lecture différente du droit positif.

La conséquence immédiate est qu'une demande faite une autre personne qu'un représentant alors que la représentation est obligatoire n'a pas saisi le juge.

En ce cas de figure, l'adversaire opposera donc que le juge a statué *ultra petita* car il n'était pas saisi.

Ce choix va donc provoquer un contentieux procédural considérable qui ne dépend pas de la question de savoir si la loi prévaut sur le règlement : le contentieux va exister par le simple fait que l'incompatibilité des textes peut induire plusieurs lectures différentes.

247. – Les conséquences ne sont pas à négliger, notamment en considérant que le temps passé depuis l’entrée en vigueur du décret a épuré la difficulté.

Le contentieux créé par inconciliabilité va se poursuivre devant les cours d’appel et la Cour de cassation. Ce sont des années de procédure qui vont entraver des dizaines de milliers de dossiers.

Par ailleurs, ses conséquences néfastes n’en sont pas encore toutes connues puisque l’épidémie de covid 19 a entraîné des suspensions et des renvois dans des proportions jamais rencontrées. Les mois qui accompagneront la reprise de l’activité judiciaire verront donc les contentieux de ce type de multiplier à l’exponentielle dans des proportions qu’il est encore impossible de connaître.

248. – En définitive, les conséquences qu’emporte cette erreur sont considérables et ainsi parfaitement regrettables.

Il est inadmissible qu’il faille lire une *Foire aux questions* censée prévenir l’application d’une disposition illégale pour se conformer aux bons textes.

Ces derniers doivent être clairs et conformes à la hiérarchie des normes.

Le décret sera donc annulé faute d’être rectifié.

8. L’atteinte à la sécurité juridique (l’entier décret)

249. – Par traces éparses, les exposants ont dénoncé, du point de vue de l’illégalité interne, l’atteinte à la sécurité juridique de plusieurs points clefs du décret attaqué.

Cependant, ils entendent dénoncer en général l’atteinte totale au principe de sécurité juridique de l’ensemble du décret.

250. – Jamais, depuis le code de 1975, la procédure n’a connu de texte modificatif aussi attentatoire à la cohérence de la matière.

Et ce n’est pas une question théorique cantonnée aux amphithéâtres des facultés de droit.

La procédure civile est une matière qui, bien que dotée d’un versant théorique, est une matière qui se pratique.

Elle est à destination du justiciable d'une part, et des professionnels chargés de la mettre en œuvre d'autre part, en première ligne desquels les magistrats et avocats.

251. – Ces mêmes professionnels font aujourd'hui front commun pour dénoncer la mauvaise direction empruntée par le pouvoir réglementaire.

La procédure civile perd son essence même de procédé technique dont le seul intérêt est de garantir à chaque justiciable la correcte application de ses droits dans le respect d'un principe d'égalité et des règles du procès équitable.

Cet objectif a été perdu de vue et aujourd'hui, les praticiens ne parviennent plus à comprendre de manière satisfaisante la matière.

A fortiori, à l'incertitude du professionnel ne peut que correspondre l'incrédulité voire l'impuissance totale du justiciable.

En somme, c'est de sécurité juridique dont il est question.

252. – Il faut pourtant rappeler que la sécurité juridique est considérée par la CEDH comme « l'un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit »¹³³.

Elle est un élément d'appréciation de la préservation du droit à un procès équitable et a pour corollaire les principes de prévisibilité et de confiance légitime¹³⁴.

De même, l'accessibilité, la clarté et la prévisibilité des dispositions légales et de la jurisprudence assurent l'effectivité du droit d'accès à un tribunal, s'agissant notamment des règles de forme, de délais de recours et de prescription¹³⁵.

253. – Le degré de complexité qu'a aujourd'hui atteint la procédure civile est devenu insupportable pour les praticiens et insurmontable pour justiciables.

¹³³ CEDH, 20 octobre 2011, *Nejdet Sahin et Perihan Sahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, spéc. §57, production.

¹³⁴ CEDH, 24 juin 2008, *Adamsons c/ Lettonie*, req n° 3669/03, spéc. §116, production.

¹³⁵ CEDH, 16 décembre 1992, *de Geouffre de la Pradelle c. France*, req. n° 12964/87, production ; CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet c. France*, req n° 23805/94, production ; CEDH, 28 octobre 1999, *Brumarescu, c. Roumanie*, req n° 28342/95, spéc. § 61.

On croit d'ailleurs savoir que les avocats ne sont pas seuls à faire part de leur mécontentement. Les audiences en témoignent chaque jour lors des échanges entre avocats et magistrats.

De manière encore plus significative, ce sont bien les remontées des magistrats à la Chancellerie qui ont conduit cette dernière à rendre publique la *Foire aux questions* qui n'avait, à l'origine, pas vocation à le devenir.

Voilà que la mesure d'ordre intérieur se transforme en notice de compréhension d'une réforme.

254. – Cela démontre à nouveau que la prévisibilité et la confiance légitime ne sont pas des objectifs atteints par la réforme.

Il n'est pas satisfaisant d'observer que les destinataires de la réforme peinent tant à l'incorporer et ne peuvent complètement la maîtriser.

255. – Si le Conseil d'État choisit de rejeter le recours, les mois et les années à venir témoigneront pourtant de l'insécurité juridique considérable du texte.

Elle se traduira en incidents de procédure et en exercice de voies recours internes et internationales. On ne peut qu'annoncer l'allongement des délais de procédures.

Pour quelles conséquences ?

Pour les justiciables, cela se traduira par des frais de procédure considérables et, pour les plus malchanceux, la perte de droits causée par des raisons strictement procédurales.

Pour les avocats, par des procès en responsabilité de clients déçus qui se retourneront contre leur conseil.

Et pour l'État ? À n'en pas douter, l'allongement des délais de procédure entraînera, là encore dans une mécanique imparable, des **condamnations plus nombreuses pour défaillance dans le fonctionnement de la justice**. Le chiffre de condamnation, déjà en hausse depuis quelques années¹³⁶, va continuer d'augmenter.

256. – En ce qu'il porte une atteinte inédite au principe de sécurité juridique, c'est dans son ensemble que le décret attaqué devra être annulé.

¹³⁶ Selon une analyse documentée de l'IGJ : *Rapport de l'IGJ*, Fiches thématiques, t. 1, fiche n° 3, p. 102, production

*

III. SUR L'ECONOMIE GENERALE DU DECRET ATTAQUE : L'ERREUR MANIFESTE D'APPRECIATION

257. – Les illégalités externes et internes se complètent par une appréciation générale du décret attaqué sous l'angle de l'erreur manifeste d'appréciation.

258. – Quels sont les objectifs de la loi et de son décret d'application ?

L'exposé des motifs de la loi fait apparaître un objectif de « simplification de la procédure civile »¹³⁷ et de poursuite de la « rationalisation de son action »¹³⁸.

Il a également mentionné le souhait de doter l'institution judiciaire de prendre des « décisions rendues dans les meilleurs délais et d'une qualité incontestable »¹³⁹.

En somme, le texte poursuivait des objectifs de simplification de la procédure, de célérité dans le rendu de la décision et de qualité celle-ci.

Les exposants ont à cœur de démontrer que des erreurs manifestes et flagrantes d'appréciation ont conduit à une **distanciation entre les objectifs poursuivis par le texte et les mesures effectivement prises.**

Certains mécanismes du décret l'illustrent particulièrement en ce qu'ils aboutissent à un ralentissement de la procédure (1). Il en est de même, à titre très particulier de l'exécution provisoire des décisions de première instance (2). De manière générale, la temporalité de la réforme est en elle-même une cause d'erreur manifeste d'appréciation (3).

¹³⁷ Exposé des motifs de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. V. également l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi, spéc. n° 7.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

259. – À titre liminaire, une remarque de bon sens : on ne peut qu’être dubitatif quant à la réalisation de la simplification lorsque l’on ouvre le code comme le ferait le justiciable. Les articles ont considérablement augmenté, en nombre comme en volume. Mécaniquement, le volume du code de procédure civile a lui aussi copieusement augmenté.

Mais plus encore que le volume, c’est la complexification des textes et des nouveaux dispositifs qui est frappante.

1. Certains mécanismes illustrent tout particulièrement qu’à rajouter des formalités pour mieux encadrer, le décret complique en réalité l’écoulement de la procédure sans incidents de procédure

260. – Derrière les objectifs affichés, le décret attaqué a principalement renforcé le formalisme procédural et multiplié les sanctions.

Les exposants se borneront ici à en donner certaines illustrations, mais les exemples choisis ne sont pas exhaustifs.

Ils illustrent cependant que les choix réalisés traduisent une erreur manifeste d’appréciation car la multiplication des formes et des sanctions n’aide en rien à accélérer le cours de la justice. L’inefficacité des réformes réalisées ces dix dernières années en est l’illustration la plus frappante¹⁴⁰.

Elles aident encore moins à la simplification de la procédure et conduisent, à l’inverse, à **saper la sécurité juridique** qui pourtant « tend notamment à garantir une certaine stabilité des situations juridiques et à favoriser la confiance du public dans la justice. [et] constitue l’un des éléments fondamentaux de l’État de droit »¹⁴¹.

1.1.) La simplification des exceptions d’incompétence (article 82-1 CPC)¹⁴²

261. – L’un des exemples les plus frappants est donné par l’article 2 du décret attaqué qui instaure un article 82-1 CPC.

¹⁴⁰ Tel est le cas en particulier des réformes de la procédure d’appel de 2011 et 2017 qui n’ont finalement abouti qu’à allonger les délais de jugement devant les cours d’appel et augmenté les stocks d’affaires en cours.

¹⁴¹ CEDH, 13 février 2020, *Sanofi Pasteur c. France*, req. n° 25137/16, spéc. n° 52, production.

¹⁴² V. mémoire complémentaire n° 1, spéc. n° 15.

Cette disposition permet le règlement des incidents d'incompétence devant le tribunal judiciaire.

À l'origine, le pouvoir réglementaire avait entendu réaliser un traitement simplifié des exceptions d'incompétence afin de gagner en célérité.

262. – Or la complexité du texte produit un résultat contraire. Le processus est en réalité trop long et trop sujet aux manœuvres dilatoires.

En effet, au terme de ce texte d'une complexité inouïe, pas moins de quatre acteurs de la chaîne judiciaire doivent se renvoyer un dossier avant qu'il ne puisse faire l'objet d'un traitement contentieux d'une exception d'incompétence.

263. – Voici le schéma classique qui résulte du texte même : le SAUJ¹⁴³ oriente une première fois le dossier (i). Le greffe transmet au juge désigné, ce dont les parties et leurs avocats sont avisés sans délai par tout moyen (ii). Le juge désigné ou les parties peuvent remettre en cause sa désignation. Dans ce cas, le juge désigné transmet au président du tribunal judiciaire qui lui-même désigne à nouveau un juge compétent sans que sa décision ne puisse faire l'objet d'une voie de recours (iii). La compétence de ce nouveau juge désigné peut en revanche être contestée devant lui par les parties. Sa décision se prononçant sur sa compétence peut faire l'objet d'un appel sur la compétence (iv).

Au-delà de l'évidente complexité du texte, il est frappant de voir que le mécanisme prévu est bien plus contre-productif que l'ancien système puisque ce n'est qu'au bout de plusieurs mois que la compétence peut réellement être contestée. Dans l'attente, le dispositif permet aux manœuvres dilatoires de provoquer des renvois successifs¹⁴⁴.

264. – Il subsiste par ailleurs des questions techniques, mais concrètes quant au fonctionnement de l'article 82-1 CPC.

¹⁴³ Le service d'accueil unique du justiciable.

¹⁴⁴ Comme l'illustre la *Foire aux questions* dans son descriptif, de nombreux renvois sont à craindre pour que la compétence soit définitivement tranchée. V. *Foire aux questions*, p. 10, production.

Sur l'alinéa 1^{er}, quelle est la nature de la décision qui « règle avant la première audience » la question de la compétence ? Le texte ne précise pas s'il s'agit ou non d'une mesure d'administration judiciaire. Or cela devrait être précisé car s'il s'agit d'un jugement, une voie de recours devrait être ouverte, ce qui n'est pas présentement le cas.

Sur les alinéas 2 et 3, à partir de quelle date court le délai de trois mois pour remettre en cause la décision d'attribution ? La date de transmission de l'information est supposée certaine – dans l'attente de l'arrêté mettant en œuvre ce mécanisme –, mais est-ce à partir de la transmission à partie ? À avocat ? Aux deux ? L'imprécision provoque une insécurité juridique.

265. – Pendant ces plusieurs mois d'attente, le dossier n'est pas mis en état. Il s'agit donc d'une stagnation pure et simple.

Le système mis en place, dans lequel se succèdent trois juges différents pour finalement aboutir à une décision et l'exercice d'une voie de recours, ne favorise donc pas la célérité de la procédure (de longs mois seront perdus par des renvois successifs) ni la simplicité du dispositif (plus complexe que l'ancien car plus technique).

Qui peut croire à une simplification ?

266. – L'article 82-1 CPC est même contraire à l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice¹⁴⁵ car, en réalité, la conséquence concrète non anticipée par la Chancellerie est que le juge désigné ne va pas s'investir dans un dossier dans lequel la question de la compétence n'est pas définitivement réglée.

Plusieurs mois vont donc s'écouler avant que le juge désigné en amont ou en aval du processus ne s'investisse dans le dossier.

Le mécanisme est donc, en lui-même, contraire à l'objectif de bonne administration de la justice.

1.2.) Le préalable amiable obligatoire (article 750-1 CPC)

267. – L'erreur manifeste d'appréciation trouve encore une illustration dans le mécanisme du préalable amiable obligatoire de l'article 750-1 CPC (article 4 du décret).

¹⁴⁵ V. par ex. Cons. const., 21 mars 2019, décision n° 2019-778 DC, spéc. n° 96, production.

Celui-ci était conçu comme une mesure de nature à favoriser l'écoute et le dialogue¹⁴⁶.

En réalité, les contentieux désignés par ce préalable sont, pour une part, extrêmement techniques et, pour l'autre, indifféremment considérés par un palier correspondant à une somme d'argent.

D'une part, certains contentieux les plus propices ne sont pas concernés : c'est le cas de la théorie prétorienne des troubles anormaux du voisinage.

D'autre part, la somme de 5 000 euros oblige à passer par le préalable amiable obligatoire sans considération de l'éventualité d'une entente et d'un dialogue. Petit montant en litige ne rime pas nécessairement avec la possibilité d'un dialogue.

Il s'agit donc d'une épuration d'un contentieux important en volume, et il est clair que la Chancellerie entend progressivement élargir ce dispositif.

Par ailleurs, les incertitudes relatives au texte, mal rédigé, vont provoquer de très nombreux incidents de recevabilité des demandes qu'il va falloir, pour le tribunal judiciaire, absorber et traiter.

À nouveau, l'erreur manifeste d'appréciation va conduire à l'augmentation des délais de jugement et à l'augmentation du contentieux des incidents de procédure.

1.3.) Le placement de l'assignation (article 754 CPC)

268. – L'assignation doit être placée au tribunal dans les deux mois de la communication de la date d'audience (alinéa 2) ou dans les quinze jours au plus tard avant la date de l'audience (alinéa 3).

Deux problèmes se posent.

269. – En premier lieu, si la juridiction est saisie par placement de l'assignation « à la diligence de l'une ou l'autre partie »¹⁴⁷, celle-ci doit être réalisée dans les délais évoqués.

¹⁴⁶ T. Andrieu, « L'avenir du procès civil. Les réformes de la justice civile », *JCPG*, 2019, suppl. au n° 14, p. 8 spéc. n° 11, production.

¹⁴⁷ Selon la lettre de l'article 754 al. 1^{er} CPC.

Pourtant, seul le demandeur a connaissance de la date de communication de la date d'audience nécessaire à la validité de la demande (art. 751 CPC).

270. – Dès lors, au regard des textes, le défendeur n'est pas suffisamment informé sur la date de communication de la date d'audience s'il souhaite lui-même placer l'assignation.

Cela peut entraîner des conséquences néfastes pour l'avocat du défendeur car sa responsabilité peut être engagée s'il dépasse le délai pour placer l'assignation.

271. – En second lieu, lorsque la demande est présentée en référé et présente un caractère urgent, la date d'audience peut se tenir dans un délai inférieur à quinze jours. Dans ce cas, la *Foire aux questions* indique que les délais de placement peuvent être raccourcis sur autorisation du juge sur le fondement de l'article 755 CPC¹⁴⁸.

272. – En réalité, cette solution complexifie encore la procédure de référé.

Elle oblige le demandeur à solliciter par voie de requête au juge d'assigner en référé d'heure à heure et à réduire le délai de comparution et de remise de l'assignation.

Outre la complexification pour le demandeur qui doit, dans l'urgence, préparer un référé et une requête, il faut encore que le juge accepte de fournir cette autorisation.

C'est donc un travail supplémentaire pour le juge et pour le demandeur alors que le référé en urgence devrait être formellement assoupli.

À nouveau, c'est une erreur en ce qu'elle alourdit un formalisme délétère et inutile pour chacun des intervenants. Il multipliera les incidents.

1.4.) Le formalisme des conclusions devant le tribunal judiciaire (articles 765 et 766 CPC)

¹⁴⁸ V. *Foire aux questions*, p. 6, production.

273. – Erreur encore par l’ajout injustifié de sanctions strictement formelles qui, d’une part, ne se justifient pas et, d’autre part, vont causer des incidents procéduraux que les parties devront anticiper et les juridictions traiter et absorber.

Tel est le cas du formalisme des conclusions prévu à l’article 765 CPC : l’acte de constitution d’avocat par le défendeur ou toute personne qui devient partie à l’instance doit indiquer s’il est une personne physique ou morale et son identification.

Ces indications sont prescrites à peine d’irrecevabilité.

274. – Pourtant, cette sanction est inutile et montre l’erreur manifeste d’appréciation du pouvoir réglementaire.

D’une part, elles sont déjà contenues à l’article 59 CPC.

D’autre part, elles peuvent être complétées par d’autres actes sans qu’il en résulte une irrecevabilité. Plus précisément, l’article 765 CPC est ici conçu comme un décalque de l’article 960 CPC. Or en ce qui concerne la procédure d’appel, la Cour de cassation a jugé les mentions de l’article 960 qui n’étaient pas présentes dans les conclusions pouvaient valablement être supplées par celles contenues dans la déclaration d’appel¹⁴⁹. Un raisonnement identique aurait dû conduire le pouvoir réglementaire à préserver l’avancée de la procédure et préférer une réparation d’un acte au contenu intelligible¹⁵⁰ plutôt que de sanctionner formellement et sans aucune considération pour la progression de l’instance.

1.5.) Le contenu de la déclaration d’appel (articles 901 et 933 CPC)

275. – Une dernière illustration de l’erreur manifeste d’appréciation de l’ensemble du décret est celle constituée par le renvoi des articles 901 et 933 à l’article 57 CPC.

Incidentement, en procédant à ce renvoi, le décret a introduit la nécessité de présenter, dès la déclaration d’appel (et que la représentation soit ou non obligatoire) « l’indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée ».

Ce renvoi s’explique simplement par la volonté du pouvoir réglementaire d’introduire un nouveau cas de nullité afin de densifier le régime des sanctions d’un acte introductif d’instance.

¹⁴⁹ Cass. Civ. 2^e, 24 janvier 2008, n° 06-20.746, *Bull.* n° 15, production.

¹⁵⁰ Au cas présent, la solution était parfaitement justifiée dès lors qu’il n’y a pas d’erreur ou d’ambiguïté sur l’identification de la personne.

La tentative est d'autant plus pernicieuse que les exigences relatives à la déclaration d'appel sont essentielles : toute sanction de la déclaration d'appel entraîne des conséquences dramatiques pour les justiciables qui sont interdits de la réitérer une telle déclaration (article 911-1 CPC).

276. – Cette mesure est parfaitement inutile pour la bonne progression de la procédure.

En effet, à ce stade, le besoin de pièces n'est pas encore connu. Cela dépend notamment de la dévolution à la cour d'appel, de l'éventuel changement de conseil de l'appelant ou encore de l'évolution du dossier.

C'est d'autant plus inutile que l'article 906 CPC permet de déposer les pièces simultanément aux conclusions d'appel, soit trois mois après la déclaration d'appel pour l'appelant.

Quel sera le résultat de ce renvoi ? Mécaniquement, de nouveaux incidents vont survenir et devront être tranchés par le conseiller de la mise en état.

La prolifération des incidents de procédure ne peut qu'entraîner un ralentissement des délais de jugement.

2. Le mécanisme de l'exécution provisoire de droit illustre, à titre particulier, l'erreur manifeste d'appréciation¹⁵¹

277. – La généralisation de l'exécution provisoire de droit des décisions de première instance prévue à l'article 3 du décret attaqué est particulièrement symptomatique de l'erreur manifeste d'appréciation.

278. – Alors que « l'effet suspensif apparaît consubstantiel au double degré de juridiction, dont il est le prolongement naturel »¹⁵², le pouvoir réglementaire a décidé d'y apporter une limite considérable.

Cette règle, que des auteurs traditionnels rattachent dans son origine au droit romain, s'explique historiquement par la volonté d'éviter qu'un jugement qui sera éventuellement réformé ne crée, par une exécution immédiate, des dommages importants voire irréparables.

¹⁵¹ V. mémoire complémentaire n° 1, spéc. nos 18-21.

¹⁵² J. Moury, « De la règle de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », in *Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 361.

Selon ces mêmes auteurs, « rien de plus naturel que cette règle »¹⁵³.

En droit comparé, il est à noter que rares sont les pays qui ont recours à une exécution provisoire de droit des décisions de première instance¹⁵⁴, sauf au prix d'une hausse des exigences pour la justice de première instance comme en Angleterre ou en Espagne.

279. – Les exposants n'entendent pas reprendre les débats ayant présidé à son instauration ni même prendre une position dogmatique sur la question. Comme ils l'avaient précisé lors de l'instance en référé, l'exécution provisoire ne doit pas être une question corporatiste¹⁵⁵.

Au demeurant, les termes du débat en sont bien connus.

L'exécution provisoire a l'avantage de décourager certains appels jugés dilatoires et poursuit l'objectif d'éviter la première instance « tour de chauffe ».

Elle a l'inconvénient de décourager l'appel, et en ce compris des appels parfaitement fondés. Dès lors, instaurer l'exécution provisoire de droit, c'est prendre le risque de faire exécuter une décision potentiellement illégale voire même de rendre impossible l'appel contre une telle décision.

De ces deux positions, la loi a toujours considéré qu'il était de bonne justice que le double degré de juridiction soit effectivement assuré et que la qualité de la décision rendue par le juge judiciaire soit dotée de la force de l'exactitude.

C'est donc l'idée de Justice qui a prévalu sur les cas, heureusement marginaux, des appels dilatoires, tout en octroyant au juge la possibilité de la prononcer si des circonstances particulières l'exigeaient.

280. – L'instauration de l'exécution provisoire n'est pas figée et doit pouvoir être discutée.

Cela suppose néanmoins la mise en place d'un cadre propice, selon des garanties équilibrées pour les justiciables.

¹⁵³ Sur le fondement historique de l'effet suspensif, v. E. Garsonnet, C. César-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. 6 : *voies de recours ordinaires et extraordinaires contre les jugements*, Sirey, 1915, n° 110, production.

¹⁵⁴ V. *Rapport de l'IGJ*, Fiches thématiques, t. 2, fiche n° 22, p. 229, production.

¹⁵⁵ Mémoire à l'appui du référé-suspension dirigé contre le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, n° 106, production. Les syndicats de magistrat sont par exemple opposés à cette réforme : V. *Rapport de l'IGJ*, Fiches thématiques, t. 2, fiche n° 11, p. 21, production.

Pourtant, les conditions nécessaires à son instauration ne sont pas réunies¹⁵⁶. Il apparaît que les garanties indispensables sont inexistantes et les conditions de son instauration absentes, d'où résulte une erreur manifeste d'appréciation quant à l'opportunité de l'exécution provisoire de droit.

281. – La difficulté que présente l'exécution provisoire est qu'elle risque de décourager les justiciables d'interjeter appel.

Ce faisant, le dispositif permet certes de décourager les justiciables les plus querulents et qui n'interjettent appel que dans un but dilatoire¹⁵⁷. C'est d'ailleurs le bénéfice recherché par la réforme.

282. – Néanmoins, parmi les appels sacrifiés, nombre d'entre eux auraient effectivement mérité d'accéder à un double degré de juridiction.

283. – En effet, et c'est là que le bât blesse, la qualité des décisions de première instance, comprise comme le taux de décision faisant l'objet d'une confirmation pure et simple de la cour d'appel, ne sont pas suffisamment nombreuses.

Depuis les années 1990, la bien connue « crise de la justice » a placé les magistrats dans leur ensemble dans une tension extrême.

La Chancellerie est directement responsable de la situation dramatique dans lesquelles se trouvent les magistrats et les personnels de greffe pour travailler.

Or, dans ce contexte, il ne saurait être question de décisions de qualité suffisante en première instance pour instaurer l'exécution provisoire.

¹⁵⁶ Cela avait d'ailleurs été récemment observé, tant par les acteurs de la justice eux-mêmes que par un rapport parlementaire. La Chancellerie, encore une fois, a décidé de ne pas en tenir compte. V. *Rapport sénatorial au nom de la commission des lois sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, 3 octobre 2018, pp. 27-28, production. V. également : *Audition de l'USM par la commission Nallet sur la réforme du pourvoi en cassation*, 14 mars 2019, pp. 7-8, production.

¹⁵⁷ Encore que la proportion de tels appels mériterait d'être documentée. La Chancellerie n'est pas avare de critiques, désignant honteusement par l'intermédiaire de son ancien directeur des affaires civiles et du Sceau une « justice presse-bouton » (T. Andrieu, « Chantiers de la justice : pour une nouvelle donne procédurale », *JCPG*, 2018, suppl. au n° 13, p. 11, spéc. n° 33, production). La réalité du procès civil montre que si ces attitudes existent, elles ne doivent pas conduire à stigmatiser n'importe quel appel interjeté. Le dilatoire apparaît bien plus comme un « animal mythique » : J. Pellerin, « La généralisation de l'exécution provisoire de droit », *Gaz. Pal.*, 2020, n° 4, p. 85, spéc. n° 1, production.

Ce raisonnement a d'ailleurs récemment justifié que la commission Nallet, chargée de réfléchir à une réforme de la Cour de cassation, abandonne le projet de filtrage substantiel des pourvois. La raison était que le taux de cassation est trop élevé pour restreindre l'accès au juge de la légalité¹⁵⁸.

284. – C'est cet aspect qui fait défaut, à la différence par exemple du contentieux administratif où l'absence d'effet suspensif de l'appel trouve d'autres justifications.

D'une part, la qualité intrinsèque des décisions de première instance qui est bien supérieure au contentieux judiciaire civil¹⁵⁹. Elles sont par ailleurs rendues dans des délais beaucoup plus courts¹⁶⁰.

D'autre part, comme l'expliquait le président Odent¹⁶¹ :

« Cette absence de caractère suspensif s'explique par les conditions mêmes dans lesquelles la procédure contentieuse administrative s'engage : un recours ne peut être introduit que contre une décision administrative. Cette décision est par elle-même exécutoire, encore que, comme il a été dit à propos de la voie de fait, elle ne puisse être exécutée d'office par la force publique que dans des circonstances particulières ; il en résulte qu'un recours contentieux n'en paralyse pas la discussion ».

285. – En matière civile, en dehors des décisions rendues par les conseils de prud'hommes qui ne sont pas concernés par la réforme, **les taux d'infirmité sont considérables.**

¹⁵⁸ H. Nallet (dir.), *Pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile*, Rapport 2019, pp. 8-9, production.

¹⁵⁹ À plusieurs reprises, le Vice-Président du Conseil d'État a qualifié le taux d'annulation de « très modéré ». M. Sauvé relevait ainsi, dans une intervention le 6 décembre 2010 devant le TA Poitiers, que « Le maintien des taux d'appel, comme celui des taux d'annulation prononcées en appel ou en cassation, à des niveaux qui restent très modérés, en sont des indices : il en résulte que 96 % des litiges sont définitivement réglés conformément à la solution adoptée en premier ressort ». Et pour cause, en 2018, selon le rapport l'IGJ, seulement 19,9% des jugements des tribunaux administratifs étaient réformés en tout ou partie. V. *Rapport de l'IGJ*, Fiches thématiques, t. 2, fiche n° 21, p. 197, production. Au surplus, les causes juridiques étant moins nombreuses en droit administratif, les évolutions du litige sont également plus limitées.

¹⁶⁰ « Le délai prévisible moyen de jugement [des CAA] diminue de 5 jours pour être ramené à 10 mois 23 jours. Le délai moyen de jugement constaté pour les affaires ordinaires (hors ordonnances et contentieux dont le jugement est enserré dans des délais particuliers) augmente de 24 jours et s'établit à 1 an 3 mois 7 jours » : Rapport public annuel du Conseil d'État, 2011, p. 44.

¹⁶¹ R. Odent, *Contentieux administratif*, t. 1, Dalloz, 2007, p. 726.

Selon le rapport de l'IGJ, il était en 2018 de 48,9% devant le tribunal de grande instance, de 53,8% devant le tribunal d'instance et de 57,0% devant le tribunal de commerce¹⁶².

Par conséquent, environ un jugement sur deux (en moyenne) est réformé par la cour d'appel, ce qui représente environ un peu moins de **50 000 jugements sur l'année 2018**.

Concrètement, instaurer l'exécution provisoire revient donc à accepter que parmi 50 000 jugements réformés en 2018, un nombre conséquent restera non conforme au droit.

286. – C'est la raison pour laquelle l'Inspection générale de la Justice, dans un rapport daté de Juillet 2019, a considéré que la réforme consistant à généraliser l'exécution provisoire de droit devait être expertisée avant d'être décidée¹⁶³.

Une telle expertise aurait-elle été réalisée dans l'intervalle de cinq mois qui séparent le rapport de la publication du décret ?

Il faut en douter et admettre que **la Chancellerie n'a même pas suivi les recommandations de sa propre inspection**.

287. – Pour minimiser son importance, il est tentant de prétendre qu'en inversant modérément le principe et l'exception, rien n'a changé. En somme, passer d'un principe de l'effet suspensif avec possibilité pour le juge d'ordonner l'exécution provisoire ne serait pas différent du principe de l'exécution provisoire avec possibilité pour le juge d'ordonner l'effet suspensif.

L'argument est faux car si rien ne changeait, pourquoi changer (et faire de l'exécution provisoire le principe) ?

288. – En réalité, l'effet suspensif était plus sûr parce qu'il est préférable que le juge pèse l'opportunité d'ordonner l'exécution provisoire de sa décision plutôt qu'il ne le fasse par défaut.

¹⁶² Sur dix ans, les taux de réformation sont en moyenne de 51,31% devant le TGI, 52,06% devant le TI et 57,11% devant le tribunal de commerce. V. *Rapport de l'IGJ*, Fiches thématiques, t. 1, fiche n° 3, p. 97, production.

¹⁶³ V. *Rapport de l'IGJ, Bilan des réformes de la procédure d'appel en matière civile, commerciale et sociale et perspectives*, p. 39, production.

Un juge a *a priori* confiance dans la décision qu'il rend. Or faire de l'effet suspensif l'exception le place dans une situation dans laquelle s'il l'ordonne, il admettrait, consciemment ou non, une faiblesse quant à la conformité de sa décision au droit.

Autrement dit, il ordonnera beaucoup plus rarement l'effet suspensif de sa décision qu'il ne pèserait en intelligence les effets potentiellement néfastes d'une exécution provisoire.

Au surplus, lorsqu'il ordonne l'exécution provisoire, le juge s'interroge *in concreto* sur les effets de cette décision. Une appréciation concrète vaudra toujours mieux qu'une appréciation abstraite et par défaut réalisée par un texte.

289. – Tout aussi vainement prétendra-t-on que la crédibilité de la décision de première instance sortira renforcée de l'exécution provisoire de droit¹⁶⁴.

C'est tout au plus l'autorité de la décision de première instance qui en sortira consolidée.

En revanche, une décision rendue dans les conditions connues de la première instance (notamment la généralisation du juge unique) n'en sortira pas plus crédible, en particulier s'il est, en pratique, difficile voire impossible de la remettre en cause en raison de l'exécution provisoire de droit.

290. – Les spécialistes de la question s'accordent à dire que le préalable nécessaire à l'instauration de l'exécution provisoire de droit réside en réalité dans une hausse substantielle de la qualité des décisions de première instance¹⁶⁵.

C'est à ce prix que l'exécution provisoire de droit peut être instaurée sans porter un préjudice substantiel à la qualité de la justice.

291. – Cela passerait par des mesures concrètes que le pouvoir réglementaire n'envisage pas, et notamment la multiplication du nombre de magistrats et un retour à collégialité qui a aujourd'hui largement disparue en première instance.

¹⁶⁴ N. Molfessis, F. Agostini, *Amélioration et simplification de la procédure civile*, Rapport 2018, p. 15, production.

¹⁶⁵ F. Ferrand, « Appel », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2018, n° 935, production.

Tout au contraire, la réforme de la première instance organisée par le présent décret démontre qu'une trajectoire inverse est entreprise : l'accès au juge est complexifié par la multiplication de formes, de sanctions, par l'extension du préalable amiable obligatoire. La mise en état est externalisée par les incitations faites à utiliser la convention de procédure participative.

La mise en place de l'exécution provisoire de droit oblige à l'inverse à créer des recours supplémentaires, comme cela fait au premier président de la cour d'appel qui va devoir, pour évaluer si la demande d'arrêt de l'exécution provisoire est fondée sur un moyen sérieux, apprécier le contenu de conclusions qui font parfois plusieurs centaines de pages.

Où est le gain de temps ?

Contrairement à l'objectif poursuivi, les imprécisions du mécanisme de l'exécution provisoire qui ont été dénoncées¹⁶⁶ vont créer du contentieux et ralentir le débat des questions de fond¹⁶⁷.

292. – En somme, une réforme qui voudrait faire perdre à l'appel son sens devrait donner à la première instance les moyens de le justifier¹⁶⁸ et non réduire à petit feu l'accès du justiciable à un double degré de juridiction qui, en l'état, s'avère indispensable¹⁶⁹.

L'erreur manifeste d'appréciation est indéniable.

3. La temporalité de la réforme comme cause de l'erreur manifeste d'appréciation

293. – Enfin, les exposants rappelleront que l'erreur manifeste d'appréciation trouve son origine, non seulement dans les objectifs réels et uniques d'économies pour le service public de la justice, mais aussi dans la temporalité de la réforme.

Celle-ci a été réalisée dans une urgence extrême qui n'était pas justifiée, ce dont il résulte un texte mal rédigé et causant de nombreuses difficultés.

¹⁶⁶ V. n° 109 et s.

¹⁶⁷ En ce sens : J. Pellerin, « La généralisation de l'exécution provisoire de droit », *Gaz. Pal.*, 2020, n° 4, p. 85, spéc. n° 14, n° 21 et n° 34.

¹⁶⁸ Si la qualité de la décision de première instance est bonne, l'appel perd son objet et sa raison d'être.

¹⁶⁹ En ce sens, v. déjà T. Le Bars, « La charrue avant les bœufs : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », *Dalloz*, 2002, p. 1987.

294. – Le temps nécessaire d’adaptation et de compréhension d’une réforme d’une telle ampleur n’a pas été pris en considération par le pouvoir réglementaire.

295. – Pourtant, le changement de règles de procédure dans les délais aussi brefs peut constituer une illégalité dès lors que la durée laissée aux opérateurs pour se mettre en conformité avec les nouvelles règles n’est pas suffisant¹⁷⁰.

Réalisée au pas de charge, elle impliquait des changements fondamentaux tels que la fusion des TGI et TI et des ramifications procédurales techniques et précises qu’il fallait absorber.

Cette volonté d’urgence répond à agenda politique regrettable pour les justiciables et l’ensemble des personnels de justice. Elle est telle que les dispositions ont été modifiées avant même leur entrée en vigueur¹⁷¹.

296. – Les juridictions, comme les auxiliaires de justice, ne sont pas davantage préparées à une telle réforme dans un délai aussi court¹⁷². Un communiqué commun des principes organismes de représentants des magistrats et avocats avait d’ailleurs interpellé le ministère à ce sujet, sans qu’ils ne soient écoutés¹⁷³.

297. – L’urgence a même été déplorée par le juge des référés du Conseil d’État malgré un défaut d’urgence au sens du référé-suspension¹⁷⁴ :

¹⁷⁰ CE, Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, n° 288460 ; 288465 et 288485, Rec. 154, *RFDA* 2006, 463, concl. Y. Aguila, *AJDA*, 2006, 1028, chron. C. Landais et F. Lenica.

¹⁷¹ Le décret attaqué, dont les dispositions entraient en vigueur pour l’essentiel au 1^{er} janvier 2020 a été modifié par un décret n° 2019-1419 du 20 décembre 2019.

¹⁷² Sur le « *sentiment d’être méprisé* » des acteurs de la justice, v. L. Cadiet, « Un train (de réformes) peut en cacher un (des) autre(s). Pour quelle destination ? », *Procédures*, n° 3, repère 3, production.

¹⁷³ Communiqué des principes organismes de représentants des magistrats et avocats du 22 novembre 2019, production.

¹⁷⁴ CE (réf.), 30 décembre 2019, n° 436941 et 437005, spéc. n° 10, production.

« En différant ainsi l'entrée en vigueur de la plupart des dispositions du décret contesté au 1^{er} janvier 2020, l'auteur du décret du 11 décembre 2019 a retenu un report de l'entrée en vigueur de cette réglementation nouvelle qui s'avère bref eu égard à l'ampleur des modifications apportées à la procédure civile [...]. Dans ces conditions, **si l'on peut regretter qu'une adoption plus précoce du décret n'ait pas été possible**, il n'apparaît pas, en l'état de l'instruction et au vu de l'ensemble des intérêts en cause, qu'en retenant la date du 1^{er} janvier 2020 pour l'entrée en vigueur de la plupart des dispositions du décret contesté, l'auteur de ce décret ait fixé un délai trop bref au regard de l'exigence tenant à l'édiction, pour des motifs de sécurité juridique, des mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle ».

298. – L'intérêt du justiciable et l'impératif de sécurité juridique doivent primer sur une concomitance entre l'entrée en vigueur d'une loi et de son décret d'application.

On ne saurait d'ailleurs trouver de meilleurs mots pour le dire que ceux de M. Andrieu, ancien directeur des affaires civiles et du Sceau : appréhender la justice sous l'angle du justiciable, c'est appréhender « le prisme qui prime les autres prismes ».

Or, si tel était réellement le cas, la cacophonie qui résulte de l'adoption de ce décret aurait dû être évitée.

299. – L'agenda de la Chancellerie est d'autant plus regrettable que la nécessité pour les praticiens d'assimiler la réforme s'inscrit dans un contexte très particulier.

D'une part, le pouvoir réglementaire a choisi de mener la réforme à son terme malgré le contexte de contestation sociale de fin d'année 2019.

D'autre part, et même si cela n'était pas prévisible, le texte doit aujourd'hui être digéré dans un contexte de crise sanitaire sans précédent. La baisse d'activité puis les démarches pour sa reprise, les opérations de restructuration des juridictions et des cabinets d'avocat ainsi que le ralentissement considérable des tribunaux pendant plusieurs mois sont autant de circonstances qui rendent secondaire la nécessité d'adopter si vite la réforme portée par le décret.

300. – Les objectifs fixés par le législateur ne sont pas atteints de sorte que l'erreur manifeste d'appréciation ne peut qu'être constatée.

Selon Mme Amrani-Mekki, cela s'explique par des « exigences formelles alourdies » qui sont « source de confusions et d'erreurs » et qui s'ajoutent à « des contraintes toujours plus fortes liées aux formalités procédurales »¹⁷⁵.

L'auteur concluait en s'interrogeant : est-il au moins possible d'attendre de cette réforme une amélioration du rendement de la justice ? La réponse est claire¹⁷⁶ :

« L'enfer est pavé des meilleures intentions et le diable se cache dans les détails techniques qui pourraient bien créer du contentieux et du dilatoire. Vous avez dit simplification ? ».

301. – Les exposants invitent donc le Conseil d'État, garant de l'intelligibilité de la loi, à déclarer illégal ce décret, prenant également en considération le nombre démesuré de textes et réformes nouvelles qui sont imposés aux avocats depuis une vingtaine d'années¹⁷⁷.

*

¹⁷⁵ S. Amrani-Mekki, « Nouvelles réformes de procédure civile. Vous avez dit simplification ? », *JCPG*, 2020, n° 3, doct. 75, spéc. n° 31, production.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Selon l'Inspection générale de la Justice, pas moins de **52 textes** modificatifs ont été pris depuis le décret du 9 décembre 2009, seulement pour la procédure d'appel. V. V. *Rapport de l'IGJ*, Fiches thématiques, t. 1, fiche n° 1, p. 8 et s, production

PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin même d'office, les exposants persistent, avec confiance, dans les conclusions de leur recours pour excès de pouvoir.

SCP NICOLAÏ – de LANOUELLE – HANNOTIN
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation