

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

REFERE-SUSPENSION

- POUR :**
- 1° Le Conseil National des Barreaux**, dont le siège est 180, boulevard Haussmann à Paris (75008), pris en la personne de sa Présidente domiciliée en cette qualité audit siège
 - 2° La Conférence des Bâtonniers**, dont le siège est 12, place Dauphine à Paris (75001), prise en la personne de son Président domicilié en cette qualité audit siège
 - 3° L'Ordre des avocats au Barreau de Paris**, dont le siège est 11, place Dauphine à Paris (75001), pris en la personne de son Bâtonnier domicilié en cette qualité audit siège
 - 4° L'association des Avocats Conseils d'Entreprises**, dont le siège est 23, rue Lavoisier à Paris (75008), prise en la personne de sa Président domiciliée en cette qualité audit siège
 - 5° La Confédération Nationale des Avocats**, dont le siège est 120, rue d'Assas à Paris (75006), représenté par son Président domicilié en cette qualité audit siège
 - 6° La Fédération Nationale des Unions de Jeunes Avocats**, dont le siège est 4, boulevard du Palais à Paris (75001), représentée par son Président domicilié en cette qualité audit siège

CONTRE : Le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile (publié au JORF du 12 décembre 2019, Prod.)

PRESENTATION GENERALE

A. La présente affaire illustre la difficulté qu'il y a à procéder à des réformes incessantes de la procédure civile française, bout par bout, sans pensée d'ensemble ni cohérence.

Cette difficulté se manifeste, ici, à trois égards.

1) D'abord, le décret attaqué est intervenu sur des textes qui ont déjà fait l'objet de réformes, il y a peu, réformes dont l'entrée en vigueur différée n'a manifestement pas permis à l'auteur des présents remaniements de concevoir une rédaction adaptée au nouveau contexte dans lequel son travail allait s'insérer.

Il s'ensuit que le décret attaqué, souvent écrit à partir de versions « Légifrance » de textes de transition des articles pertinents du code de procédure civile, est entaché d'évidentes incohérences et malfaçons (champ de la représentation obligatoire, attribution de compétences).

2) Ensuite, le décret attaqué organise une transmission en masse de données hautement personnelles (les numéros de téléphone portable et les adresses email que sont censés avoir, dans l'esprit du rédacteur, les avocats), ces données allant circuler, en particulier, à destination des contradicteurs des clients des avocats en question.

Et ce, alors même que cette transmission, hautement problématique, est totale et dépourvue de nécessité, puisqu'elle a été pensée, à l'origine, pour contacter les avocats afin de leur donner une date d'audience, cependant que, sur ce point, l'entrée en vigueur est différée à la mise en place d'un système d'audiencement de substitution.

3) Enfin, et surtout, le décret attaqué modifie, de manière insidieuse, des équilibres subtils établis, sur le fondement de l'œuvre du professeur Motulsky, dans les années soixante-dix.

Dans le système actuel, l'appel est indispensable à la bonne administration de la justice, puisqu'il permet de rectifier le nombre considérable d'erreurs commises en première instance.

Les (maigres) moyens alloués à la justice de première instance ne permettent pas de rendre des décisions d'une qualité suffisante.

Ce pourquoi la France a choisi, comme la plupart des pays d'Europe continentale, de ne pas doter les jugements de première instance de l'exécution provisoire de droit.

Désormais, le décret prétend instituer cette exécution provisoire de droit.

La difficulté est que cette réforme, si elle est maintenue, conduira à cristalliser la décision de première instance, à **décourager l'appel, un appel qui demeure pourtant, en l'absence de redéploiement des moyens de la justice en faveur de la première instance, indispensable.**

Ce « détricotage » ou cette « désactivation » rampante de l'appel, maintenu facialement, pose d'évidents problèmes d'accès au juge.

B. Vainement serait-il prétendu, en défense au présent recours, que la Chancellerie n'aurait fait ici qu'aligner la procédure civile sur la procédure administrative, procédure administrative dont les justiciables ne se plaignent pas, selon elle.

Il ne peut être souscrit à cette thèse de la « transposition » ou de « l'alignement », et ce pour trois raisons.

1) D'abord parce que la matière litigieuse soumise au juge administratif est d'une nature très différente de celle dont a à connaître le juge judiciaire.

En matière privée, nulle présomption de légalité des actes d'une des parties à l'instance, nul privilège du préalable : ce sont des comportements, plus que des actes, des comportements mis en œuvre ou imputés à des personnes privées, dont rien ne permet de présumer la régularité, qui sont déferés au juge, un juge qui n'a pas à préserver l'efficacité de l'action de telle ou telle des parties.

2) Ensuite, le code de justice administrative offre une base légale à la mise en œuvre, dans des articles de niveau réglementaire, de l'exécution provisoire de droit des jugements des tribunaux administratifs.

3) Enfin, troisième raison de ne pas procéder à un « alignement » aveugle des deux procédures : elle est d'ordre statistique.

Le taux de maintien intact des décisions de première instance par les cours administratives d'appel est, autant que l'on puisse le connaître, très élevé (sans doute supérieur à 60%, peut-être 80%). Le taux de maintien intact des jugements des tribunaux de l'ordre judiciaire est, lui, dans la mesure où il peut être perçu par les avocats (car il est vrai que la Chancellerie cèle soigneusement cette information d'importance), très faible : 20% ? peut-être moins, il avoisine le « complémentaire » du taux observé en matière administrative.

Ces chiffres sont hautement significatifs : la justice judiciaire de première instance est un outil imparfait, qui n'aboutit pas à « du juste », du « légal », du « régulier », puisque dans une écrasante majorité des cas, quand une cour d'appel est saisie, elle trouve quelque chose à redire au travail de ses collègues de première instance.

Il est dès lors exclu de cristalliser ou de figer ce résultat de première instance dont chacun sait qu'il est, statistiquement et si l'on laisse les voies de recours se déployer, provisoire.

Entendons-nous bien : si l'exécution provisoire de droit est exclue, c'est parce que la décision judiciaire de première instance est, statistiquement et à l'expérience, provisoire.

C. L'urgence à suspendre le décret du 11 décembre 2019 est caractérisée dès lors que sa date d'entrée en vigueur de principe est fixée au 1^{er} janvier 2020, soit un délai de 20 jours entre sa publication au JO (le 12 décembre) et son entrée en vigueur « officielle », sachant que :

1) Ces 20 jours ne correspondent pas à du temps de travail effectif pour tous les professionnels de la justice (avocats, magistrats, greffe, informaticiens judiciaires, huissiers, etc.) qui doivent s'adapter à la norme nouvelle.

La période, rendue déjà tendue par les grèves, l'est de toutes les façons par les fêtes de fin d'année qui correspondent à de très officielles vacances judiciaires pendant lesquelles les services fonctionnent au ralenti. C'est donc en 20 jours seulement qu'il va falloir que chacun modifie ses trames, apprenne les règles, amende ses logiciels de gestion de procédure, publics ou privés. Tâche difficile.

L'exercice est d'autant plus difficile que cette date choisie pour l'entrée en vigueur du décret paru le 12 décembre 2019 coïncide avec l'entrée en vigueur de la fusion des tribunaux d'instance et de grande instance, pour donner naissance à ce fameux faux jumeau du « tribunal administratif » qu'est le « tribunal judiciaire ». Tâche impossible.

2) Le 1^{er} janvier 2020, le mal sera déjà fait concernant, en particulier, la divulgation des coordonnées personnelles de l'avocat par voie de mention obligatoire sur l'assignation.

Rappelons qu'entre les procédures en référé et les procédures « longues » au fond, la procédure civile prévoit une procédure « d'urgence au fond » : l'assignation à jour fixe, qui est délivrée au visa d'une ordonnance sur requête signée par le juge. Le juge examine le projet d'assignation qui lui est soumis (projet qui est immuable puisque l'assignation qui sera délivrée ne peut différer du projet soumis au juge), il donne une date d'audience et une date avant laquelle l'assignation, accompagnée de son ordonnance, doit être signifiée.

A l'heure où nous écrivons ces lignes, des avocats sont en train de présenter à des juges, dans toute la France, des projets d'assignation à jour fixe, que ces juges autoriseront par voie d'ordonnance en indiquant que l'assignation devra être délivrée, par exemple, le 2 janvier. Sur ces assignations, figurent déjà, par hypothèse, les coordonnées personnelles de l'avocat. **La grande transmission de données personnelles est donc, malheureusement, « en marche ».**

3) Enfin, dès lors que, comme on vient de le dire, la procédure civile connaît d'actions « hybrides », à mi-chemin entre le référé et le fond (les assignations à jour fixe), qui peuvent donner lieu à des jugements à brève échéance : 4 semaines, 1 mois, 2 mois ou 4 mois après la délivrance de l'assignation, nous aurons, si le décret est maintenu, des jugements dotés de l'exécution provisoire de droit bien avant que le Conseil d'Etat ne puisse statuer sur le fond.

Un examen en urgence s'impose donc.

*

CADRE TEXTUEL ET PROCEDURAL

1.1. – A son origine, le code de procédure civile a été pensé, dans les années 1960, à partir des travaux du professeur Motulsky, comme un tout équilibré et parfaitement articulé avec le code de l'organisation judiciaire.

Les places et rôles respectifs de la première instance et de l'appel étaient, en particulier, bien définis dans le code de 1975.

Pour le professeur Motulsky, la première instance était conçue comme un premier exposé, par les parties, de leur litige, premier exposé qui pouvait – voire devait – être suivi d'un second, devant des magistrats plus expérimentés, en instance d'appel.

La voie de l'appel était dès lors largement ouverte, et les décisions de première instance n'étaient, en principe, pas dotées de l'exécution provisoire puisqu'il ne servait à rien de figer un « travail en cours » qui serait achevé en appel.

1.2. – L'explosion du contentieux judiciaire, dont les prémices se situent à la fin des années soixante-dix, et le maintien à un niveau extrêmement bas du budget du ministère de la justice (hors pénitentiaire) n'ont pas conduit à un renforcement de la première instance qui autoriserait un amendement du système de voie de recours de 1975. Au contraire.

Même si la Chancellerie, très prudemment, mais néanmoins illégalement, prend bien soin de ne pas communiquer sur le taux de maintien intact (sans annulation, infirmation ou réformation, même partielle, de la décision de première instance) des jugements rendus par les tribunaux, la perception des avocats ici très bien représentés par les requérants est que ce taux est, aujourd'hui et depuis de longues années, dramatiquement faible.

Autrement dit, les erreurs commises par les premiers juges ne sont pas moins fréquentes qu'en 1975, au contraire, et il est dès lors urgent, tant que des moyens significatifs n'auront pas été consacrés à la première instance, de maintenir l'équilibre voulu par le code de procédure civile et le code de l'organisation judiciaire.

1.3. – Tel n'est malheureusement pas le chemin emprunté par la Chancellerie depuis un certain nombre d'années.

Sans jamais aborder de front la question de la qualité de la justice de première instance et de ses moyens, le Ministère de la justice a lancé une série de chantiers détricotant par petites touches le bel édifice de départ, affaiblissant l'appel de manière détournée et décourageant (ou retardant), insidieusement, la saisine du juge de première instance lui-même, dans un système d'ensemble de plus en plus « économique » (peut-être) mais de qualité toujours moindre pour le justiciable.

Ce fut, d'abord, la « réforme de la carte judiciaire », par suppression et regroupements de tribunaux et spécialisation d'autres juridictions.

Ce fut, ensuite, l'introduction de délais réduits, stricts, à toutes les étapes de la procédure, pensés comme autant de « chausse-trapes » destinés à écrémer le flux contentieux.

C'est, désormais, la réforme de certains aspects de la procédure de première instance, toujours par introduction de contraintes et formalités supplémentaires, sans aucun moyen additionnel ni pensée d'ensemble.

L'accès au juge, qui demeure le principe « sur le papier », s'en trouve vidé, peu à peu, de sa substance.

1.4. – Ainsi, comme on y reviendra, le décret attaqué alourdit les mentions obligatoires à porter, à peine de nullité, sur l'assignation introductive d'instance, puisque doivent désormais y figurer les numéros de téléphone portable et adresses email de l'avocat du demandeur.

Ainsi encore, le décret étend le champ de la représentation obligatoire, sans coordination avec les réformes de l'organisation judiciaire introduites par ailleurs, et en créant donc de graves incohérences qui ne peuvent être maintenues au 1^{er} janvier 2020.

Ainsi, enfin, et pour s'en tenir ici à l'essentiel, le décret attaqué introduit le principe de l'exécution provisoire de droit.

Alors que, jusqu'à présent, et conformément au modèle dominant en droit continental, la France avait fait le choix d'un jugement de première instance qui ne soit en principe pas doté de l'exécution provisoire, dans l'idée qu'il ne servait à rien de figer une situation qui avait toutes les chances d'évoluer en appel, le décret a pris le parti, sans que le législateur ne l'y ait invité, de renverser le principe.

L'appel est maintenu, certes (du moins pour l'instant), mais il sera, en pratique, en grande partie vidé de son intérêt, puisque les jugements seront exécutés, et que chacun sait que les exécutions sont des machines dépourvues de marche arrière.

1.5. – Une fois de plus, le pouvoir réglementaire pourra se recommander du droit administratif en expliquant, encore, qu'il ne fait, par le présent décret, qu'emprunter sa procédure au code de justice administrative.

L'argument est de salon.

Les réalités ne sont pas les mêmes, avec des flux contentieux sans commune mesure entre l'un et l'autre des ordres de juridiction, des taux de maintien intact des décisions de première instance en appel diamétralement opposés (le mathématicien dit « complémentaire »), des règles de fond sans rapport.

Sur ce dernier point, plus précisément, les règles de liaison du contentieux sont d'abord très différentes, avec le privilège du préalable qui domine le droit administratif, qui conduit à ce que c'est en principe un acte administratif, doté de présomption de légalité, qui est soumis au juge administratif.

Lorsqu'un jugement administratif vient, dans bien des cas, reconnaissons-le, conforter la décision administrative préalable, c'est d'une présomption de légalité renforcée et redoublée dont bénéficie l'action administrative.

Une action qui, incarnée dans un acte, constitue un substrat abstrait et rationnel, à mille lieues du comportement humain déferé au juge judiciaire.

Les textes ne sont pas non plus les mêmes, avec, notamment, ainsi que l'on y reviendra, une base dans la loi pour l'exécution provisoire de droit des jugements des tribunaux administratifs. En matière judiciaire, cette fois, la question n'a pas été tranchée par la toute récente loi de programmation pour la justice.

1.6. – Le formalisme nécessaire dans les deux ordres de juridiction, pour la bonne administration de la justice, est également très différent dans un cas et dans l'autre.

Identifier une partie publique à un contentieux administratif est chose aisée : l'auteur de l'acte préalable est connu, son bénéficiaire également.

A l'inverse, le législateur a doté le droit judiciaire de règles de formes essentielles au bon déroulement du procès puisqu'elles permettent notamment d'identifier les parties.

1.7. – Enfin, l'on insistera ici sur la circonstance qu'il existe des différences fondamentales entre les deux ordres de juridiction concernant la question de l'exécution provisoire des décisions de première instance.

1.8. – D'une part, l'effet non-suspensif de l'appel en contentieux administratif repose sur une justification historique et théorique qui n'existe pas en procédure civile : le caractère exécutoire des décisions administratives, auxquelles étaient assimilées les décisions des juridictions administratives¹.

1.9. – D'autre part, la qualité des décisions de la première instance judiciaire est sans commune mesure avec la qualité des décisions de la juridiction administrative.

Autant que l'on puisse l'appréhender, le taux d'annulation en matière administrative est particulièrement bas² et le contentieux administratif s'appuie aussi sur des délais de jugement réduits³.

A l'inverse, et pour autant qu'on le sache, le taux de maintien intact par les décisions de première instance par les cours d'appel est extrêmement bas (inférieur à un tiers du nombre de décisions déferées aux cours d'appel).

Dans ces conditions, « transposition n'est pas raison » car l'effet suspensif de l'appel se justifie en droit judiciaire.

1.10. – Malgré toutes ces réformes, la justice judiciaire est toujours « proche de l'embolie »⁴, preuve que la méthode employée ne parvient pas aux objectifs recherchés.

¹ Le président Odent observait ainsi que « 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 » (R. Odent, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, Tome 1, p. 726).

² Le taux d'annulation des jugements de première instance en appel n'est pas indiqué dans le rapport public annuel du Conseil d'Etat mais a été qualifié à plusieurs reprises par le Vice-Président du Conseil d'Etat de « très modéré ». J-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 ».

³ « 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'Etat, 2011, p. 44).

⁴ 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.

1.11. – Or la difficulté posée par le présent décret est qu’il a été écrit selon la même méthode que les précédents, c’est-à-dire sans coordination avec les réformes précédentes, certaines non entrées en vigueur, sans moyens supplémentaires pour la première instance, sans affichage clair de la volonté de réformer l’appel, et dans un esprit de chicane, le tout dans un très bref délai.

Le Ministère de la justice, plutôt que de se focaliser sur la date d’entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2019 (1^{er} janvier 2020), aurait dû décider d’un report de l’ensemble des dispositions légales et réglementaires.

Seul un report d’ensemble aurait été respectueux du justiciable, étant rappelé que le justiciable constitue la boussole de toute réforme de procédure.

Ainsi que Madame la Garde des Sceaux le rappelait dans sa lettre adressée à la Commission NALLET, le 19 décembre 2018, pour l’étude de la réforme de la procédure devant la Cour de cassation :

« la mission d’évaluer les principes et modalités à retenir pour mettre en place une réforme ambitieuse et partagée du pourvoi en cassation **en plaçant l’intérêt du justiciable au centre de ses réflexions** ».

2.1. – Le présent décret a été présenté comme pris en application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice pour la confection de laquelle les exposants, tous représentants de la profession d’avocat, ont été sommairement consultés et très peu entendus.

Ils se sont vus communiquer le projet de texte, tout comme le texte définitif, au dernier moment.

Cette loi succédait elle-même de peu à la précédente loi ayant porté réforme de la justice⁵ et, surtout, aux décrets du 6 mai 2017 ayant porté réforme de la procédure d’appel⁶.

2.2. – La loi de programmation, finalement promulguée après une censure partielle du Conseil constitutionnel⁷, doit entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2020.

Elle nécessite plusieurs décrets d’application qui, compte tenu de la proximité de l’échéance, ont été rédigés dans la précipitation.

⁵ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁶ Décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d’incompétence et à l’appel en matière civile.

⁷ Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019.

2.3. – L'un des plus importants était le décret du 30 août 2019 qui a notamment organisé la fusion entre les tribunaux d'instance et de grande instance au profit du tribunal judiciaire⁸.

Encore très récemment, le décret relatif à la procédure applicable aux divorces contentieux et à la séparation de corps ou au divorce sans intervention judiciaire est paru au Journal officiel du 19 décembre 2019.

2.4. – Le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile (décret attaqué) a été publié au JORF le 12 décembre 2019.

Tel est le texte dont les exposants demandent aujourd'hui la suspension.

*

⁸ Décret n° 2019-912 du 30 août 2019 modifiant le code de l'organisation judiciaire et pris en application des articles 95 et 103 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

DISCUSSION

3. – L'article L. 521-1 du code de justice administrative subordonne la suspension de l'exécution d'une décision administrative à deux conditions cumulatives tenant, la première, à l'existence d'une situation d'urgence et, la seconde, au constat d'un doute sérieux quant à sa légalité.

Après avoir établi l'urgence qu'il y a à suspendre le décret pris tant dans son ensemble que dans des dispositions particulières (I), les exposants démontreront qu'un doute sérieux existe quant à sa légalité, en examinant successivement la procédure administrative ayant conduit à l'édiction du décret (II), le dispositif de procédure civile prévu par ce décret du 11 décembre 2019 (III), ainsi que les dispositions finales de celui-ci (IV).

*

I – SUR L'URGENCE A SUSPENDRE L'EXECUTION DES DISPOSITIONS EN LITIGE

- Sur l'urgence en général (ensemble du décret)

4. – Le décret pris dans son ensemble pose aux avocats des difficultés pratiques immédiates qui leur interdit de s'adapter dans le temps très limité restant jusqu'à sa date d'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2020.

5. – En droit, il y a urgence à suspendre l'exécution d'une décision lorsque celle-ci

« préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre »⁹.

La condition d'urgence fait l'objet d'une appréciation globale mettant en balance l'urgence à suspendre et l'urgence à exécuter¹⁰.

⁹ Sect. 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, n° 228815, Rec. 29, concl. L. Touvet, AJDA 2001.150, chron. M. Guyomar et P. Collin.

¹⁰ Sect. 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes et Société Sud-Est Assainissement*, n° 229562, Rec. 109, BDEI 3/2001, p. 9, concl. A. Seban, AJDA 2001.461, chron. M. Guyomar et P. Collin.

6. – En présence d'un acte réglementaire dont l'application dans le temps est immédiate ou quasi, la condition d'urgence se confond avec celle du doute sérieux, puisque le principe de sécurité juridique impose à l'administration de prévoir des mesures transitoires afin de laisser aux personnes concernées suffisamment de temps pour se préparer et s'adapter à l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation¹¹.

Autrement dit, l'administration ne peut pas bouleverser les règles applicables et revenir subitement sur des dispositifs arrêtés de longue date pour imposer des changements substantiels de réglementation sans laisser aux membres des professions concernées le temps de s'organiser.

7. – Au cas présent, le décret attaqué a été publié au JORF du 12 décembre 2019 pour une entrée en vigueur de principe fixée au 1^{er} janvier 2020, soit vingt jours plus tard¹².

Le décret prétend changer nombre de dispositions touchant à la première instance dans un délai particulièrement bref. Sont notamment concernées les modes de saisine des tribunaux, l'exécution provisoire de droit, la procédure devant le tribunal judiciaire ou encore la représentation obligatoire.

Au regard du bouleversement substantiel que représente la modification de l'ensemble de ces règles de procédure et du recul nécessaire pour leur correcte appréhension, le délai de vingt jours est particulièrement insuffisant.

¹¹ V. par ex. : ord., 27 juillet 2012, *Conseil national des professions de l'automobile*, n° 360792 ; ord., 1er août 2017, *Sté Marineland*, n° 412211, AJDA 2017.2152, note L. Peyen ; ord. 28 juin 2017, *Conseil de commerce de France et autres*, n° 411578, Ener.-env.-infra. 2019, comm. 50, note J-S. Boda.

¹² Le dispositif de droit transitoire est ainsi rédigé : « le décret entre en vigueur le 1er janvier 2020. Il est applicable aux instances en cours à cette date. Toutefois, les dispositions des articles 3, 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. 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 prévues aux articles R. 202-1 et suivants du livre des procédures fiscales, prévues au livre VI du code de commerce devant le tribunal judiciaire ainsi que celles diligentées devant le tribunal paritaire des baux ruraux ».

8. – Au surplus, ce délai de vingt jours doit être apprécié dans le contexte dans lequel il intervient : vacances judiciaires ; mouvements sociaux d'ampleur ; télescopage avec l'entrée en vigueur d'une réforme déjà considérable de fusion des tribunaux d'instance et de grande instance au profit tribunal judiciaire unique.

Etant précisé que, dans ce temps réduit, le personnel doit être formé (greffes, mais aussi, côté avocats : avocats, secrétariats), des logiciels de gestion de dossier doivent être reprogrammés.

9. – En outre, les spécificités du contentieux judiciaire vont conduire à une concrétisation extrêmement rapide des dispositions critiquées.

Une procédure à jour fixe commencée au 1^{er} janvier 2020 peut s'achever en quelques semaines : l'exécution provisoire de droit produira donc ses effets rapidement. Il en ira de même pour la procédure à bref délai en première instance.

En amont, les assignations pour ce type de procédure, s'il est prévu de les délivrer après le 1^{er} janvier 2020 doivent déjà respecter le nouveau décret, en particulier comporter l'indication (parfaitement inutile) du numéro de téléphone portable et de l'email de l'avocat.

L'assignation ; avant d'être placée, c'est-à-dire enrôlée auprès du greffe de la juridiction saisie, doit être signifiée plusieurs semaines avant au défendeur

En somme, ces décisions seront rendues avant que le Conseil d'Etat ne puisse se prononcer au fond sur le recours pour excès de pouvoir.

10. – Finalement, l'urgence à imposer l'entrée en vigueur d'un texte d'une telle ampleur dans un délai aussi court n'est pas compréhensible, autrement que pour des circonstances tenant à l'agenda de l'administration.

En définitive, ce sont des risques qu'elle fait peser sur l'avocat – mais aussi sur le magistrat – dans l'exercice de sa profession¹³.

Par extension, c'est le justiciable qui s'en trouve pénalisé.

¹³ Par l'intermédiaire de leurs représentants, les deux professions présentaient d'ailleurs un communiqué dans lequel elles s'indignaient de concert sur la préparation du décret. Elles y dénonçaient déjà des atteintes potentielles aux droits des justiciables. V. Communiqué du 22 novembre 2019, production.

11. – Le ministère de la justice, plutôt que de s'en tenir à la brièveté de l'échéance séparant la promulgation de la loi du 23 mars 2019 de son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2020, aurait dû décider d'un report de l'ensemble des dispositions légales et réglementaires.

A l'empressement de l'administration répond l'urgence de suspendre l'exécution du décret attaqué.

Provoquant une atteinte générale au principe de sécurité juridique et à celui d'intelligibilité de la norme, le décret sera, en totalité, suspendu au vu de l'échéance de son entrée en vigueur.

- Sur l'urgence de dispositions particulières en litige (sur certaines dispositions du décret en particulier)

12. – Au-delà de l'urgence générale à suspendre le décret, plusieurs dispositifs sont singulièrement concernés.

13. – **En premier lieu**, l'urgence se vérifie au regard de l'article 1^{er} du décret attaqué en ce qu'il modifie l'article 54 du code de procédure civile¹⁴.

Cette disposition modifie les modalités de la demande initiale portant création du lien d'instance¹⁵. Il sera rappelé que le décret limite le nombre de modes de saisie de la juridiction et, en posant des conditions supplémentaires et auparavant inexistantes, durcit l'accès du justiciable à son juge¹⁶.

Plus spécifiquement, lorsque la demande est formée par voie électronique (ce qui a vocation à devenir le droit commun), la demande comporte

« à peine de nullité, les adresse électronique et numéro de téléphone mobile du demandeur [...] ou de son avocat ».

¹⁴ Nouvellement rédigé, l'article 54 issu du décret dispose notamment que : « La demande initiale est formée par assignation ou par requête remise ou adressée au greffe de la juridiction. La requête peut être formée conjointement par les parties. / 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 ».

¹⁵ Cette disposition est d'ampleur puisqu'elle fait partie du Livre I du code de procédure civile. Elle est, à ce titre, « commune à toutes les juridictions » comme l'indique son titre.

¹⁶ Ancien article 54 du code de procédure civile : « Sous réserve des cas où l'instance est introduite par la présentation volontaire des parties devant le juge, la demande initiale est formée par assignation, par remise d'une requête conjointe au greffe de la juridiction ou par requête ou déclaration au greffe de la juridiction ».

14. – L'urgence est triplement caractérisée.

15. – D'abord parce que cette disposition va conduire les juridictions à procéder à une collecte de données qui appartiennent soit au justiciable, mais surtout à l'avocat comme professionnel lorsqu'il est constitué.

Cette collecte de données personnelles justifie, dans le cadre de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et comme l'on y reviendra *infra*, une saisine préalable de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, qui n'a pas été effectuée en l'espèce.

Dès lors que cet article du décret entre en vigueur au 1^{er} janvier 2020¹⁷, les juridictions vont, dès cette date, procéder à une collecte illégale de données, qui sera irréversible.

L'urgence est déjà caractérisée.

16. – Elle l'est ensuite dès lors que cette obligation de transmission de coordonnées personnelles de l'avocat interdira de fait, dès le 1^{er} janvier 2020, l'accès de certains avocats à la représentation de leurs clients.

17. – En effet, la saisine de la juridiction supposera, à partir de son entrée en vigueur, la détention d'une adresse électronique et d'un numéro de téléphone portable.

Or tous les avocats ne sont pas systématiquement munis des deux outils.

Il est très fréquent que l'avocat n'ait pas de téléphone portable dédié à son exercice professionnel.

Il arrive que des avocats n'aient ni téléphone portable ni adresse mail. Ils n'ont, en tout cas, aucune obligation de se doter de ces médias.

¹⁷ Il convient de justifier cette entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2020. Le droit transitoire pourrait laisser croire que cette disposition n'entrerait en vigueur qu'au 1^{er} septembre 2020 puisque le décret prévoit que les procédures soumises, au 31 décembre 2019, à la procédure écrite ordinaire font application de l'article 56 du code de procédure civile jusqu'à cette date. En réalité, il n'en est rien. L'article 56 concerne spécifiquement les dispositions formelles contenues dans l'assignation. Or l'article 54 dont il est question concerne, plus généralement, la demande introductive d'instance, et en ce compris l'assignation et la requête. Par conséquent, l'article 54 nouveau entrera bien en vigueur au 1^{er} janvier 2020.

Dans ces hypothèses, qui ne sont pas d'école, soit l'avocat passera outre la nouvelle exigence réglementaire (auquel cas il engagera sa responsabilité en cas d'annulation de la procédure), soit il se dessaisira du dossier auprès d'un de ses confrères, et il sera alors porté atteinte à son libre exercice professionnel. Et ce, dès le 1^{er} janvier prochain.

Idem pour le justiciable, qui peut très bien être, dans une matière sans représentation obligatoire, tenu de divulguer un numéro de téléphone portable et une adresse mail qu'il n'a pas.

18. – Enfin, l'article 1^{er} laisse craindre au demandeur ou à son avocat un harcèlement de la part du défendeur.

Le texte organise la communication au défendeur, qui peut être un particulier atteint de quérulence ou d'autres troubles plus dangereux encore, de coordonnées personnelles, lesquelles pourront être utilisées à des fins illégales¹⁸.

En effet, dès lors que cette mention est imposée à peine de nullité pour tous les actes de saisine (les nouveaux articles 54 et 56 ne distinguant par les procédures applicables), le demandeur ou son avocat sera la proie de tous les défendeurs (non avocats) dont le numéro de mobile sera visé dans ledit acte.

Le décret fournit ainsi le moyen de la réalisation d'un délit, au détriment de l'avocat, dès le 1^{er} janvier 2020.

19. – L'on insistera sur la circonstance que ces vices du décret se manifestent dès aujourd'hui, et non pas seulement à compter du 1^{er} janvier 2020 ou du 1^{er} septembre 2020.

L'article 54 n'étant pas visé par la trop chiche disposition du décret décalant l'entrée en vigueur de certaines seulement de ses innovations au 1^{er} septembre 2020, son application sera immédiate pour les assignations et requêtes placées à partir du 1^{er} janvier 2020.

Seront dès lors concernés tous les actes introductifs d'instance déposés au greffe de la juridiction pour rendre effective la saisine de la juridiction compétente.

¹⁸ 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'Etat, 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.

Or la durée nécessaire au placement de ces actes suppose une activité antérieure du demandeur puisqu'il devra, avant le 1^{er} janvier 2020, préparer son acte introductif en anticipation du nouvel article 54 en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2020.

20. – Il faut également tenir compte de la diversité des procédures existant en contentieux judiciaire.

Le référé est l'une d'entre elles. La demande est alors portée par voie d'assignation et a vocation à permettre l'obtention d'une ordonnance dans un délai relativement court.

Mais il existe encore la procédure d'ordonnance sur requête ou la procédure à jour fixe. La première permet d'obtenir une décision provisoire rendue non contradictoirement si le requérant est fondé à ne pas appeler son adversaire¹⁹. La seconde est une voie singulière qui permet, par requête puis par assignation, d'assigner son adversaire en un délai très court²⁰.

21. – L'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2020 de l'article 54 du code de procédure civile produit donc déjà des effets sur des actes qui seront placés à compter du 1^{er} janvier 2020.

Au surplus, ces actes ouvrent potentiellement une procédure à caractère urgent, ou du moins impliquant une certaine célérité. Les parties subissent d'autant plus les risques que cette célérité leur laissera moins de temps pour régulariser.

22. – Par conséquent, même si l'entrée en vigueur de cette disposition ne survient qu'en janvier, cette disposition a déjà commencé à produire des effets.

L'urgence à suspendre l'exécution de cette disposition est donc absolue.

23. – **En deuxième lieu**, l'urgence est également palpable en ce qui concerne l'article 4 du décret attaqué portant réforme de la représentation obligatoire.

¹⁹ Article 493 du Code de procédure civile : « L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse ».

²⁰ Article 788 du Code de procédure civile : « En cas d'urgence, le président du tribunal peut autoriser le demandeur, sur sa requête, à assigner le défendeur à jour fixe. La requête doit exposer les motifs de l'urgence, contenir les conclusions du demandeur et viser les pièces justificatives ».

Cette disposition modifie l'article 760 qui mentionne désormais que :

« Les parties sont, sauf disposition contraire, tenues de constituer avocat devant le tribunal judiciaire.

La constitution de l'avocat emporte élection de domicile ».

Elle modifie également l'article 761 du code de procédure civile qui prévoit, dans sa nouvelle rédaction, les exceptions admises à la représentation obligatoire.

Au 1° de cet article est visé, sans autre précision,

« les matières relevant de la compétence du juge de l'exécution »²¹.

24. – Cette rédaction relève d'une erreur matérielle qui doit, de toute urgence, être suspendue à défaut d'être réparée.

En effet, l'article 10 1° du décret attaqué prévoit, par ailleurs, que le justiciable doit être représenté devant le juge de l'exécution dès lors que le litige excède la somme de 10.000€²².

Par conséquent, à lire le décret, d'un côté, la représentation par avocat ne serait pas du tout obligatoire devant le juge de l'exécution ; d'un autre côté, elle serait finalement obligatoire pour les litiges dont l'enjeu dépasse 10.000€.

Il n'est pas du tout certain que telle ait été l'intention de l'auteur du texte.

En réalité, la connaissance par les requérants des projets de décret permet de dire que **ce qui aurait dû être visé au 1° de l'article 761 du code de procédure civile comme étant dispensé, quel que soit le montant, de représentation obligatoire, c'est le contentieux devant le « juge des contentieux de la protection »**.

Ce juge traite, par définition, de matières dans lesquelles les justiciables sont souvent démunis et en situation de grande précarité, comme le surendettement des particuliers ou la protection des incapables majeurs. C'est pour ce type de litige que la représentation obligatoire n'est pas pertinente. En revanche, devant le juge de l'exécution, elle est tout à fait bienvenue.

²¹ Article 761 du code de procédure civile tel qu'issu du décret : « Les parties sont dispensées de constituer avocat dans les cas prévus par la loi ou le règlement et dans les cas suivants : 1° Dans les matières relevant de la compétence du juge de l'exécution ».

²² Il contient la disposition suivante : « Le code des procédures civiles d'exécution est ainsi modifié : 1° L'article R. 121-6 est remplacé par les dispositions suivantes : Art. R. 121-6.-Le montant prévu au troisième alinéa de l'article L. 121-4 est fixé à 10 000 euros » ;

25. – Cette maladresse du pouvoir réglementaire va, en l'état, emporter des conséquences graves pour certains justiciables précaires qui se trouveront, à peine de nullité de la procédure, contraints de recourir aux services d'un avocat. **La malfaçon ici signalée va également peser sur le budget de l'aide juridictionnelle.**

En effet, puisque, en l'état, l'article 760 *nouveau* du code de procédure civile prévoit que, sauf disposition contraire, la représentation par avocat est obligatoire, et que le cas du contentieux de la protection de figure pas au rang des exceptions posées par le décret du 11 décembre 2019, le justiciable doit constituer avocat pour accéder au juge du contentieux de la protection.

Contraire à l'esprit du texte et inopportune, cette disposition du décret ne peut qu'être suspendue, faute de quoi l'accès au juge du contentieux de la protection se trouvera immédiatement entravé.

26. – **En troisième lieu**, l'urgence est encore vérifiée concernant **l'article 29 26° du décret attaqué** qui porte sur la compétence en matière d'injonction de payer²³.

Dans l'attente de l'entrée en vigueur (le 1^{er} janvier 2021) du texte ayant prévu la compétence d'une juridiction unique et nationale en matière d'injonction de payer (le tribunal judiciaire de Strasbourg)²⁴, le pouvoir réglementaire a, par le décret présentement attaqué, dû adapter à la fusion des tribunaux de grande instance et d'instance en des tribunaux judiciaires (fusion entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2020) le texte du code de l'organisation judiciaire déterminant la compétence matérielle des juridictions en matière d'injonction de payer.

Cependant, dans l'article 29 du décret ayant cru réaliser cette harmonisation, le pouvoir réglementaire a visé le « juge du contentieux de la protection » plutôt que de viser les « chambres de proximité » qui devaient héritier de ce contentieux.

Le Code de l'organisation judiciaire n'attribue, par ailleurs, de compétence en matière d'injonction de payer qu'aux « chambres de proximité » et non au « juge du contentieux de la protection ».

Il est urgent de suspendre l'exécution de cette erreur d'attribution dans l'attente d'une rectification, dès lors que le juge du contentieux de la protection ne peut matériellement connaître d'une demande en injonction de payer.

²³ Il dispose : « 26° A l'article 1425-1, les mots : « tribunal d'instance lorsque la valeur de la prestation dont l'exécution est réclamée n'excède pas le taux de compétence de cette juridiction » sont remplacés par les mots : « juge des contentieux de la protection ou au tribunal judiciaire dans les matières visées à l'article 817 ».

²⁴ Article 27 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

L'urgence se vérifie encore.

27. – **En quatrième lieu**, il existe une urgence à suspendre l'article 3 du décret attaqué relatif à l'exécution provisoire de droit.

Deux raisons le justifient.

28. – D'une part, l'article 3 introduit par la voie réglementaire l'exécution provisoire de droit des décisions de première instance. Ce faisant, il supprime l'effet suspensif de l'appel²⁵.

Or ce choix ne pouvait être réalisé par le pouvoir réglementaire car seul le législateur en avait la compétence²⁶.

En effet, l'article 34 de la Constitution prévoit que les droits civiques et libertés fondamentales accordés aux citoyens dans l'exercice des libertés publiques relèvent du domaine de la loi.

29. – Par ailleurs, il résulte des jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel que le droit d'agir est une liberté fondamentale et que son libre exercice doit être garanti.

L'exécution provisoire cause pourtant une atteinte au droit d'agir en limitant, en fait comme en droit, la possibilité pour les justiciables d'interjeter appel.

Plus précisément encore, le Conseil constitutionnel a décidé que le droit à un sursis à exécution, fortement limité au cas présent, constitue une garantie essentielle des droits de la défense. L'exercice de ces derniers constitue par ailleurs une liberté fondamentale qui entre dans le domaine législatif.

30. – En tout état de cause, s'il n'existe pas de droit acquis au double degré de juridiction, l'appel, lorsqu'il est ouvert, doit être effectif et respecter les garanties du procès équitable.

Il apparaît donc que l'article 3 du décret attaqué a été édicté en violation de la compétence du pouvoir législatif, ce qui justifie, au vu de l'échéance de son entrée en vigueur, une urgence.

²⁵ On peut lire dans le décret 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 ».

²⁶ A titre de comparaison, l'effet non-suspensif des recours en contentieux administratif est prévu par l'article L. 4 du code de justice administrative et dispose ainsi d'une base légale.

31. – D'autre part, les débats sur l'instauration d'une exécution provisoire de droit sont redondants depuis une vingtaine d'années. Le projet avait initialement été abandonné au début des années 2000, faute de concertation suffisante sur ce sujet²⁷.

Encore récemment, plusieurs voies institutionnelles²⁸ ou professionnelles²⁹ se sont élevées pour mettre en garde contre une mise en place précipitée de l'exécution provisoire de droit.

Malgré l'absence de diagnostic officiel sur le taux d'infirmité des décisions de première instance et de réelle réflexion sur les moyens de renforcer la qualité de la décision de première instance, le pouvoir réglementaire a pourtant instauré l'exécution provisoire de droit.

Cela pose un problème d'appréciation auquel il est urgent d'apporter une suspension faute d'information réelle sur les effets et les défauts d'un tel renversement de perspective.

Au surplus, les garanties apportées par le pouvoir réglementaire pour en tempérer les effets sont insuffisantes en raison d'une obscurité du dispositif.

En conséquence, le constat de l'urgence est indéniable.

*

²⁷ Sur ces débats, v. S. GUINCHARD, « Un bon exemple de la France d'n haut contre la France d'en bas : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », *LPA*, 5 juin 2002, n° 112, p. 4, production ; T. LE BARS, « La Charrue avant les bœufs : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 1987, production.

²⁸ 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.

²⁹ Audition de l'USM par la commission Nallet sur la réforme du pourvoi en cassation, 14 mars 2019, pp. 7-8, production.

II – SUR LES DILIGENCES PREALABLES A L’EDICTION DU DECRET

32. – Quant aux diligences préalables, les exposants souhaitent préciser que le pouvoir réglementaire ne pouvait faire l’économie d’une consultation de la CNIL quant au contenu du nouvel article 54 du code de procédure civile prévu par l’article 1^{er} du décret attaqué.

Cet article impose de faire figurer dans l’acte introductif d’instance une adresse électronique et le numéro de téléphone portable du demandeur ou de son avocat.

Le résultat concret est que ces personnes se trouvent forcées (puisque la sanction de l’acte ne comportant pas ces mentions est la nullité) de fournir à toutes les juridictions civiles et commerciales leurs coordonnées personnelles.

En d’autres termes, les avocats ou leurs clients transmettent des données personnelles, c’est-à-dire, selon la CNIL, une « information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable »³⁰.

33. – En droit, la directive européenne du 24 octobre 1995 qualifie de traitement de données la simple collecte de données personnelles³¹.

Cette collecte, en ce qu’elle est un traitement, impose à l’auteur de recueillir le consentement de la personne qui s’y soumet³².

La même directive impose à chaque Etat membre d’instaurer une consultation préalable de l’autorité de contrôle :

« Les autorités de contrôle (ici la CNIL) sont consultées lors de l’élaboration des mesures réglementaires ou administratives relatives à la protection des droits et libertés des personnes à l’égard du traitement de données à caractère personnel »³³.

La CNIL doit donc nécessairement être consultée pour avis.

34. – En outre, l’article 4 de la loi du 6 janvier 2018 relative à l’information, aux fichiers et aux libertés dispose que :

« les données à caractère personnel doivent être : (...) »

³⁰ Définition issue du site internet de la CNIL : <https://www.cnil.fr/fr/definition/donnee-personnelle>.

³¹ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, 24 octobre 1995, article 2, production. La directive a été transposée dans la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés (article 2 – production) par une loi n° 2004-801 du 6 août 2004.

³² Article 7 de la directive et article 7 de la loi de 1978.

³³ Article 28, 2° de la directive, article 11 de la loi de 1978.

2° Collectées pour des finalités déterminées, explicites, légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités.
(...)

3° Adéquates, pertinentes et, au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées, limitées à ce qui est nécessaire (...) ».

35. – Au cas présent, la nouvelle rédaction de l'article 54 du code de procédure civile impose, sous peine de nullité, de renseigner dans la demande introductive d'instance

« les adresse électronique et numéro de téléphone du demandeur [...] ou de son avocat ».

Cette disposition a donc pour objet d'intégrer des données à caractère personnel dans le traitement informatique de gestion des saisines des tribunaux judiciaires.

36. – Plusieurs problèmes se posent.

37. – D'abord, les raisons pour lesquelles cette collecte de nouvelles données à caractère personnel a été décrétée n'ont pas été précisées par l'administration : quelle est l'utilité de cette nouvelle obligation ? quel(s) objectif(s) ou finalité(s) poursuit-elle ?

38. – Ensuite, le décret attaqué ne prévoit aucune garantie en ce qui concerne l'utilisation qui pourra être faite de ces données : rien ne garantit que les données ainsi collectées ne puissent être utilisées qu'aux seules fins pour lesquelles leur traitement a été institué.

39. – Enfin, contrairement aux engagements européens clairement établis dans la directive du 24 octobre 1995 et retranscrits dans la loi du 6 janvier 1978, le pouvoir réglementaire n'a pas consulté la CNIL quant au traitement de données que va impliquer la collecte de données des justiciables et des avocats grâce aux actes introductifs d'instance.

40. – En l'état, les avocats et les justiciables ne disposent donc d'aucune information sur le respect de leurs droits.

Eu égard à l'objet et aux effets de l'article 54 du code de procédure civile dans sa nouvelle rédaction issue de l'article 1^{er} du décret attaqué, ce texte aurait dû être soumis pour avis à la CNIL afin de contrôler les finalités et les conditions de mise en œuvre de ce nouveau dispositif de collecte de données à caractère personnel.

41. – Le décret attaqué est intervenu au terme d'une procédure irrégulière.

*

III – SUR LE FOND DU DISPOSITIF

42. – Quant au fond du dispositif, les exposants démontreront que plusieurs dispositions du décret attaqué présentent, dès aujourd’hui, un doute sérieux de légalité.

Certaines de ces dispositions sont relatives à l’introduction de l’instance (**A**), d’autres à l’instance (**B**), et d’autres encore à la fin de la première instance (**C**).

A / L’introduction de l’instance

43. – Il convient d’envisager des dispositions relatives à l’acte introductif d’instance d’une part, et à la représentation obligatoire d’autre part.

- L’acte introductif d’instance (article 1^{er})

44. – L’article 1^{er} du décret attaqué modifie l’article 54 du code de procédure civile et, plus spécifiquement, les mentions que doit contenir un acte introductif d’instance par lequel le justiciable accède à son juge et crée le lien juridique d’instance.

En particulier, le texte mentionne que lorsqu’il est formé par voie électronique (ce qui a vocation à devenir le droit commun), le demandeur doit indiquer ses « adresse électronique et numéro de téléphone mobile » ou celles de son avocat.

Cette formalité est prescrite à peine de nullité.

45. – L’inobservation de cette formalité a une conséquence concrète et redoutable pour le demandeur : l’acte entaché d’une carence du numéro de téléphone mobile de l’avocat ou de son client, ou de son adresse électronique sera annulé.

Sauf à régulariser la formalité omise, l’effet de cette nullité est que le demandeur est insusceptible d’accéder au juge puisque l’assignation est annulée, ce qui anéantit le lien d’instance.

46. – On peut douter de la légalité d’un tel dispositif, et ce pour au moins trois raisons.

47. – La première est que la fourniture d'une adresse électronique et d'un numéro de mobile par les avocats aux juridictions constitue une collecte de données personnelles.

Comme rappelé, la CNIL n'a pas été consultée quant à l'élaboration de ce texte et au dispositif de collecte mis en place.

Le décret est donc entaché d'une première erreur de droit.

48. – La deuxième raison tient à la violation du droit au respect de la vie privée par l'article 1^{er} du décret attaqué.

Le droit au respect de la vie privée dispose des plus hautes reconnaissances normatives³⁴.

Or, sous menace de ne pouvoir accéder au juge, le justiciable et l'avocat doivent ici tous deux obtempérer à une mesure attentatoire à leur vie privée.

Cette atteinte est déjà réalisée par la collecte, par la juridiction, de données personnelles³⁵.

Elle l'est encore plus dès lors qu'elle expose ces derniers à un harcèlement de la part des défenseurs.

49. – La troisième raison de douter de la légalité du dispositif en cause est que l'observation de la contrainte imposée par le texte présuppose la détention d'une adresse électronique et d'un téléphone mobile.

Ce dispositif crée une rupture d'égalité entre les avocats et une rupture d'égalité entre les justiciables.

50. – Que l'assignation soit rédigée par l'avocat lorsque la représentation est obligatoire, ou par le demandeur lui-même lorsqu'il n'est pas représenté, les nouvelles modalités de rédaction de l'acte introductif d'instance obligent à détenir une adresse électronique et un numéro de mobile.

Or tel n'est pas le cas car de nombreux justiciables, mais aussi de nombreux avocats, qui ne possèdent pas de tels équipements.

³⁴ Cons. const., 25 mars 2014, n° 2014-693, spéc. cons. n° 10, production ; article 8 de la CEDH ; article 9 du code civil.

³⁵ V. *supra*, n° (sur l'absence de consultation préalable de la CNIL).

Malgré les réserves émises par le Défenseur des droits³⁶ et la CNCDH³⁷ au projet de loi de programmation³⁸, le pouvoir réglementaire subordonne l'accès au juge à la détention d'une adresse électronique et d'un numéro de mobile, et ce quelle que soit la juridiction saisie.

51. – Comme démontré, les conséquences en sont immédiates.

52. – Les avocats qui ne sont pas détenteurs de l'un et de l'autre ne pourront exercer leur profession consistant, on le rappelle, à accompagner et défendre les intérêts du justiciable.

53. – Par ailleurs, lorsqu'ils en possèdent, d'autres problèmes peuvent survenir.

D'abord, cette disposition a pour effet de transmettre au défendeur les coordonnées de l'avocat du demandeur, ce qui peut occasionner un phénomène de harcèlement³⁹.

Ensuite, et dans le même sens, l'avocat qui ne possède pas de téléphone portable dédié à son activité professionnelle et distinct d'un téléphone qui serait « personnel » (c'est-à-dire une immense majorité), se trouve exposé à une gêne considérable liée à l'absence de barrière avec son activité professionnelle.

Enfin, l'identification d'une ligne de téléphone portable peut poser des difficultés dans des cabinets disposant de plusieurs collaborateurs qui, par définition, connaissent d'une mobilité importante entre plusieurs structures.

³⁶ M. Toubon insistait notamment sur le risque de « renforcer des facteurs d'inégalité déjà existants » : J. TOUBON, « Le chantier de la justice Numérique : réaction du Défenseur des droits », *Gaz. Pal.*, 6 février 2018, p. 72, production.

³⁷ La CNCDH a rappelé qu'il convenait de tenir compte de « l'inégale aptitude » des justiciables à se saisir des nouveaux outils et nouvelles technologies : CNCDH, « Les chantiers de la justice Numérique et Procédure civile : réaction de la CNCDH », *Gaz. Pal.*, 6 février 2018, p. 73, production.

³⁸ En réalité, l'ensemble des acteurs consultés ont tous souligné le même risque, signe d'une particulière homogénéité de l'ensemble des professions de magistrat ou d'auxiliaires de justice. V. *Premières réactions aux chantiers de la justice. Transformation numérique, Amélioration et simplification de la procédure civile et Adaptation du réseau des juridictions*, préc., *Gaz. Pal.*, 6 février 2018, pp. 66-87.

³⁹ Alors même que le harcèlement téléphonique est pénalement sanctionné depuis une loi du 4 août 2014 (article 222-16 du code pénal).

54. – *A fortiori*, les justiciables s'exposent à des gênes considérables en portant à la connaissance de leur adversaire non plus seulement l'adresse de leur domicile mais des moyens de communication directs, potentiellement intrusifs.

Par ailleurs, dans bien des cas, et notamment en ce qui concerne les personnes âgées, de nombreux justiciables ne disposent pas d'une ligne mobile ou d'une adresse électronique (ni même parfois d'un accès à internet).

55. – Enfin, il sera rappelé que l'exigence de ces mentions obligatoires se justifiait, initialement, par la mise en place concomitante d'un système informatique destiné à informer l'avocat ou le justiciable en temps réel.

Compte tenu du report de ce dispositif dans l'attente d'un arrêté du garde Sceaux précisant les modalités de fixation de date ayant date certaine, l'exigence de ces formalités est devenue sans objet et injustifiée.

Elle est donc disproportionnée car elle ne répond plus à l'objectif initialement poursuivi.

56. – Ces deux ruptures d'égalité, entre les avocats d'une part, et entre les justiciables d'autre part, sont des moyens de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité du dispositif.

- La représentation obligatoire (article 4)

57. – L'article 4 du décret attaqué contient une double erreur matérielle.

58. – D'une part, il modifie notamment l'article 761 du code de procédure civile.

Telle que modifiée par le décret, cette disposition prévoit les dispenses de représentation obligatoire par exception à l'article précédent (760, tel que modifié par le décret) qui prévoit une constitution obligatoire par les parties devant le tribunal judiciaire.

Cette disposition est entachée d'une erreur matérielle.

59. – L'erreur tient à ce que le 1° de l'article 761 nouveau semble dispenser les parties de constituer avocat pour toutes les matières relevant de la compétence du juge de l'exécution.

Pourtant, l'article 10 du même décret, qui porte réforme du code des procédures civiles d'exécution, modifie l'article R. 121-6 en fixant le seuil prévu à l'article L. 121-4 du même code à la somme de 10 000 euros.

Il ressort de cet article 10 que la volonté du pouvoir réglementaire a été de rendre obligatoire la représentation devant le juge de l'exécution pour des litiges dont le montant est supérieur à 10 000 euros.

Il existe donc une contrariété entre l'article 4 et l'article 10 du décret puisque les parties sont complètement dispensées de représentation dans un cas, et en sont partiellement obligées dans l'autre.

60. – En réalité, l'article 4 du décret aurait dû viser, à l'article 761 nouveau, la compétence du juge du contentieux de la protection et non celle du juge de l'exécution.

C'est seulement devant ce juge, pour des raisons qui tiennent à la précarité potentielle des justiciables concernés, que la représentation n'est pas obligatoire.

61. – Comme énoncé, cette erreur manifeste provoque une extrême urgence dès lors qu'à partir du 1^{er} janvier 2020, des personnes en situation de vulnérabilité devront impérativement constituer avocat pour accéder au juge du contentieux de la protection.

Dès son entrée en vigueur, le dispositif produira des effets inverses de ceux recherchés.

62. – D'autre part, une seconde erreur matérielle figure à l'article 761 tel qu'issu du décret attaqué.

En son dernier alinéa, il prévoit que :

« l'Etat, les départements, les régions, les communes et les établissements publics peuvent se faire représenter ou assister par un fonctionnaire ou agent de leur administration ».

63. – Cette disposition devrait figurer dans l'article 762 et non 761.

64. – En effet, il ne s'agit pas ici de prévoir une dispense générale à l'obligation de constituer avocat telles que celles prévues à l'article 761.

Il s'agit plutôt de désigner une personne qui, comme représentant, doit justifier d'un pouvoir spécial comme l'indique l'article 762, alinéa 2.

La nuance est d'importance car lorsqu'un avocat assigne l'Etat ou tout autre personne publique, cela implique de savoir s'il convient de mentionner la possibilité pour eux d'être représenté ou assisté par un fonctionnaire ou un agent de leur administration.

65. – Ces deux dispositions devraient donc être rectifiées ou, à défaut, immédiatement suspendues dans leurs effets.

B / L'instance

- La procédure orale : l'ordonnance de référé (article 4)

66. – L'article 4 du décret attaqué a modifié les articles 834⁴⁰ et 835⁴¹ relatifs aux ordonnances de référé.

Ces deux dispositions contiennent une erreur matérielle.

En effet, les deux articles évoquent le juge « du » contentieux de la protection au lieu d'évoquer le juge « des » contentieux de la protection.

L'erreur sera rectifiée ou, à tout le moins suspendue.

- Dispositions diverses : l'injonction de payer (article 29)

67. – L'article 29 du décret attaqué modifie des dispositions diverses du code de procédure civile. Parmi elles, l'article 29 22° apporte une modification à l'article 1406 du code de procédure civile qui est relatif à la procédure d'injonction de payer.

⁴⁰ Il dispose que : « Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal judiciaire ou le juge du contentieux de la protection dans les limites de sa compétence, peuvent ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

⁴¹ Il dispose que : « Le président du tribunal judiciaire ou le juge du contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. / Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, ils peuvent accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

La modification apportée à l'article 1406 du code est, là encore, entachée d'une erreur matérielle.

68. – Dans son ancienne rédaction, l'article 1406 prévoyait que la demande d'injonction de payer était « portée, selon les cas, devant le tribunal d'instance ou devant le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce, dans la limite des compétences d'attribution de ces juridictions ».

Or on sait que le décret n° 2019-912 du 30 août 2019 a prévu la fusion des tribunaux d'instance et de grande instance au profit d'un tribunal judiciaire.

Ainsi, dans le code de l'organisation judiciaire, les mentions de « tribunal de grande instance » sont remplacées par la mention du « tribunal judiciaire » et celles relatives aux « tribunaux d'instance » par « chambre de proximité ».

69. – Le décret attaqué, en son article 29 22°, tire les conséquences de cette fusion.

Cependant, plutôt que de remplacer les mots « tribunal d'instance » par les mots « chambre de proximité », le décret les remplace par « le juge des contentieux de la protection ».

En réalité, le juge du contentieux de la protection, s'il reprend un certain nombre des anciennes compétences du tribunal d'instance, n'a pas de compétence spécifique en matière d'injonction de payer.

Le pouvoir règlementaire aurait donc dû viser les « chambres de proximité ».

70. – Cette erreur matérielle, bien qu'étant temporaire dans l'attente d'une compétence unique et nationale d'une juridiction spécialisée au 1^{er} janvier 2021, n'en est pas moins problématique pour les contentieux introduits entre le 1^{er} janvier 2020 et le 31 décembre 2021.

Elle devrait donc être immédiatement rectifiée ou à tout le moins suspendue dans ses effets.

C / La fin de l'instance : l'exécution provisoire de droit

71. – La légalité des dispositions relatives à l'exécution provisoire de droit des décisions de première instance ne peut qu'être mise en doute.

D'une part, et à titre principal, le principe même de l'abandon du principe de l'effet suspensif de l'appel au profit d'une exécution provisoire de droit pose des difficultés de deux natures tenant à la compétence et à l'erreur manifeste d'appréciation.

D'autre part, et à titre subsidiaire, à supposer que le principe même de l'exécution provisoire de droit ne soit pas entaché d'un doute sérieux sur sa légalité, les conditions dans lesquelles l'exécution provisoire de droit est octroyée aux décisions de première instance, et surtout les conditions dans lesquelles le justiciable peut solliciter son renversement, s'exposent-elles aussi à la critique, notamment en ce qu'elles traduisent une incompétence négative du pouvoir réglementaire.

- A titre principal, le principe de l'exécution provisoire de droit (article 3)

A titre liminaire, sur la contrariété entre les textes

72. – L'article 3 du décret attaqué transforme l'exécution provisoire de droit en principe et l'effet suspensif de l'appel en exception.

73. – Toutefois, il existe une contrariété patente entre les textes.

Le nouvel article 514 issu du décret disposera 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 ».

Pourtant, l'article 539 du code de procédure civile, qui n'est pas modifié par le décret attaqué, dispose que :

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

74. – L'article 539 du code figure parmi les dispositions générales sur les voies de recours et est applicable à toutes les juridictions⁴².

Il n'est ainsi pas concerné par les exceptions textuelles qu'évoque le nouvel article 514 du code.

⁴² Comme faisant partie du Livre Ier du code de procédure civile.

75. – Il existe donc une contrariété entre les textes qui devra être rectifiée, ou à tout le moins neutralisée par une suspension de l'entrée en vigueur de l'article 3 du décret.

76. – Une autre contrariété tient à la condition de demande de mise à l'écart de l'exécution provisoire devant le juge de première instance (l'exécution provisoire est incompatible avec la nature de l'affaire : futur article 514-1 du code de procédure civile).

Cette condition est en inadéquation avec le critère de recevabilité de la demande d'arrêt de l'exécution provisoire devant le Premier président de la cour d'appel : le justiciable sera irrecevable à en demander l'arrêt devant le Premier Président s'il n'en a pas demandé le retrait devant le juge de première instance (futur article 514-3 alinéa 2) sauf s'il justifie d'un moyen sérieux d'annulation ou de réformation et de circonstances manifestement excessives qui se sont révélées postérieurement à la décision de première instance.

77. – Or devant le juge de première instance le justiciable ne peut exciper de l'existence de conséquences manifestement excessives, de sorte que s'il en existait, le texte ne lui permet pas d'en faire état devant le juge pour demander le retrait de l'exécution provisoire.

78. – Le texte attaqué sanctionne donc par une irrecevabilité un recours sur la base de l'absence d'un précédent recours qu'il était impossible au justiciable d'engager faute de condition identique requise pour ce faire, le critère de l'incompatibilité de l'exécution provisoire avec l'affaire ne se confondant pas avec les circonstances manifestement excessives. En tout cas, les auteurs du texte ne l'ont pas précisé au titre de cette condition (cf. infra). Si l'incompatibilité englobait la notion de conditions manifestement excessives, la condition de demande de retrait en première instance reste floue, imprécise et sans la moindre garantie ni sécurité pour le justiciable.

79. – Les textes privent donc le justiciable, à la fois :

- de la possibilité de demander un retrait de l'exécution provisoire s'il y a des conséquences manifestement excessives liées à ce que l'exécution provisoire soit de droit en première instance;
- de la possibilité de saisir de manière recevable le Premier Président d'une demande d'arrêt de l'exécution provisoire puisque le critère de circonstances manifestement excessives postérieures à la décision de première instance est en inadéquation avec une condition similaire antérieure, car inexistante dans le texte, s'agissant de la première instance.

80. – Au-delà, le fait que la condition de demande de retrait de l'exécution provisoire devant le juge de première instance se limite à son incompatibilité avec la nature de l'affaire, sans autre précision, constitue une carence en ce que le pouvoir réglementaire n'a pas pris le soin de définir précisément les cas dans lesquels cette condition aurait vocation à être retenue.

Sur la compétence

81. – Il n'est acquis aucun droit au double de degré de juridiction. Néanmoins, il est essentiel, lorsque l'appel est ouvert, que les règles permettant au justiciable de l'exercer préservent le droit à un procès équitable⁴³, et en particulier le droit au juge.

82. – Cela n'interdit pas, par principe, au pouvoir réglementaire de définir les règles de procédure, et notamment celle organisant la procédure d'appel.

En revanche, il en va tout autrement des règles qui régissent le pouvoir d'exercer une voie de recours. Celui-ci n'étant « *qu'une espèce d'action* »⁴⁴, et constituant à ce titre une faculté ouverte au justiciable d'exercer son droit d'agir, seul le législateur est compétent pour y apporter des restrictions.

La solution découle du caractère fondamental du droit d'agir qui tombe, *in fine*, dans le domaine de la loi tel que défini par l'article 34 de la Constitution⁴⁵.

83. – Par ailleurs, le Conseil constitutionnel garantit l'exercice effectif d'une voie de recours, celui-ci étant une composante des droits de la défense.

⁴³ CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c/ Belgique*, série A n° 11.

⁴⁴ G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, 1996, n° 86, p. 382 *sq.*, production.

⁴⁵ Sur le caractère fondamental du droit d'accès au juge qui implique, pour les restrictions qui y sont apportées, une intervention législative et non réglementaire : CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, série A n° 18 ; 2 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, série A n° 32.

Les droits de la défense constituent une liberté fondamentale qui dépasse largement le domaine du droit pénal. En effet, le Conseil constitutionnel a admis que malgré l'absence de garantie explicite dans la Constitution, ils appartenaient aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »⁴⁶.

Par la suite, il a considéré que le principe des droits de la défense devait être rattaché à l'article 16 de la DDHC⁴⁷.

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.

Enfin, dans une décision tout à fait en lien avec le sujet de l'exécution provisoire, le Conseil constitutionnel a rattaché la nécessité d'un sursis à l'exécution d'une décision rendue par le conseil de la concurrence aux droits de la défense⁴⁸.

84. – Il s'en déduit que les droits de la défense ressortent du domaine législatif en ce qu'ils constituent 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.

Or, en l'absence de toute disposition législative sur l'exécution provisoire de droit et les garanties de recours y attachées dans la loi de programmation du 23 mars 2019, il n'appartenait pas au pouvoir réglementaire de généraliser l'exécution provisoire de droit, le décret en cause devant être un décret d'application de la loi et non un décret "légiférant" à sa place.

85. – En définitive, le décret attaqué instaure une mesure que le pouvoir réglementaire n'était pas compétant pour édicter, celle-ci portant atteinte à des garanties fondamentales qui relèvent du domaine législatif.

⁴⁶ Cons. const., 2 décembre 1976, n° 76-70 DC, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, spéc. cons. n° 2, production.

⁴⁷ Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535, *Loi pour l'égalité des chances*, spéc. cons. n° 24, production.

⁴⁸ Cons. const., 23 janvier 1987, n° 86-224, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, spéc. cons. n° 22.

86. – C'est d'ailleurs pour cette raison que l'effet non-suspensif des recours en contentieux administratif est une règle de nature législative⁴⁹ et que l'effet non-suspensif de l'appel⁵⁰, qui en est une déclinaison, dispose ainsi d'une base légale qui fait défaut au décret attaqué.

87. – Au vu du doute sérieux et manifeste que constitue ce moyen d'incompétence, il convient de suspendre le décret attaqué.

Sur l'erreur manifeste d'appréciation

88. – Au-delà de l'illégalité manifeste liée à l'incompétence du pouvoir réglementaire, l'instauration de l'exécution provisoire de droit et, par effet incident, de la suppression de l'effet suspensif de l'appel, se heurte à une erreur manifeste d'appréciation.

89. – On rappellera qu'au début des années 2000, devant de fortes oppositions des professionnels du droit et de la doctrine, le gouvernement avait renoncé à instaurer une exécution provisoire de droit.

Il avait été concédé que son instauration devait être précédée d'une étude approfondie.

90. – Les termes du débat sont aujourd'hui clairement identifiés.

91. – D'un côté, l'exécution provisoire de droit permet d'éviter des appels purement dilatoires.

Prétendument nombreux, ces appels ne seraient pas interjetés en raison de la perte du seul avantage qu'ils procuraient mais aussi dans l'espoir de retarder l'exécution de la condamnation.

Par une assertion fort discutable, il est régulièrement affirmé que cette suppression renforcerait l'autorité du juge de première instance et éviterait que la première instance ne soit utilisée que comme un « *tour de chauffe* »⁵¹.

⁴⁹ Article L. 4 du code de justice administrative.

⁵⁰ Article R. 811-14 du code de justice administrative.

⁵¹ Rapport de l'IHEJ, *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^e siècle*, Mai 2013, p. 140, production.

92. – D'un autre côté, le travers fondamental du développement de l'exécution provisoire est le risque de faire immédiatement exécuter une décision fautive ou infondée.

Dès lors qu'une décision est exécutée, le danger est immense que la situation de fait devienne irréversible et qu'en cas de réformation en appel la restitution ne puisse être obtenue.

Autrement dit, en règle générale, exécuter une décision revient dans les faits à la rendre définitive et surtout irrévocable.

93. – 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.

94. – Ce cadre n'était cependant pas absolu.

Le législateur a admis des exceptions textuelles propres à certains types de décisions. C'est le cas de l'ordonnance de référé, immédiatement exécutoire. Cela se justifiait compte tenu de la nature de la décision rendue. Bien souvent, le référé est rendu pour faire face à l'urgence ; cette nécessité imposait alors l'exécution immédiate.

Le législateur a également placé sa confiance dans le juge pour peser, dans le contentieux de droit commun, s'il y avait lieu ou non à exécution provisoire.

La faculté pour le juge de prononcer l'exécution provisoire par exception résulte de l'idée que le juge est le mieux placé pour estimer si le renversement du principe ne présente pas des risques irrévocables pour la partie condamnée.

95. – Au concret, ce principe de l'effet suspensif de l'appel devait garantir la qualité de la décision de première instance face à une autre réalité, plus prosaïque, et que l'on désigne à l'accoutumée sous l'expression de « crise de la justice ».

Cette crise n'a cessé de croître depuis de nombreuses années.

96. – Le souci de bonne justice implique l'exécution mais seulement à partir du moment où la décision rendue est d'une qualité suffisante.

Or les conditions dans lesquelles la décision de première instance est rendue s'est substantiellement dégradée depuis la fin des années 1990.

Les effectifs de magistrats en première instance est largement insuffisant et leurs conditions de travail de cessent de se dégrader ainsi que l'illustre, de manière symptomatique, la généralisation du juge unique.

97. – En réalité, le nombre d'appels contre les jugements de première instance s'explique bien davantage par une diminution de la qualité de la décision plutôt que par une volonté d'effectuer un appel dilatoire qui, dans les faits, est perçue par le juge de première instance qui prononce dans ces cas l'exécution provisoire.

À titre d'information, la justice civile (hors juridiction prud'homale, cours d'appel et Cour de cassation) a rendu en 2018 un total de 1 891 070 décisions⁵². Le taux d'appel est généralement élevé : par exemple, 23,3% en 2018 contre les jugements rendus par le tribunal de grande instance⁵³.

98. – Pour instaurer l'exécution provisoire de droit, la Chancellerie a invoqué la crédibilité de la décision de première instance⁵⁴. Elle en sortirait grandie si l'effet suspensif de l'appel était par principe abandonné.

99. – En réalité, ce n'est pas la crédibilité de la décision de première instance qui en ressort renforcée mais seulement son autorité.

En revanche, sa qualité, elle, n'a pas changé.

À cet égard, il aurait été de bonne administration de la justice d'appuyer l'inversion du principe en faveur de l'exécution provisoire sur une étude rationnelle et documentée sur le taux d'infirmité des décisions de première instance en appel⁵⁵.

La Chancellerie, bien qu'en possession de ces chiffres, a toujours refusé de les communiquer. Le bien-fondé de sa réforme devrait pourtant l'y conduire spontanément.

⁵² *Les chiffres clés de la Justice 2019*, p. 11, production.

⁵³ *Ibid*, p. 12.

⁵⁴ En se fondant sur un rapport préparatoire : N. MOLFESSIS et F. AGOSTINI, *Amélioration et simplification de la procédure civile*, rapport 2018, p. 15, production.

⁵⁵ Comme cela était d'ailleurs suggéré par un rapport de l'inspection générale de la justice ayant précédé l'édiction du décret attaqué : Inspection générale de la justice, *Bilan des réformes de la procédure d'appel en matière civile, commerciale et sociale et perspectives*, rapport 2019, p. 39, production.

Le seul argument valable pour porter une telle inversion du droit positif serait un taux d'infirmité faible des décisions de première instance.

100. – Pour autant que l'on puisse le savoir en l'absence de toute transparence sur ces statistiques, ce taux n'est pas faible. Au contraire, il est même très important.

L'expérience de l'avocat lui démontre que les jugements de première instance purement confirmatifs sont en réalité assez peu nombreux (les jugements des conseils de prud'hommes mis à part, on imagine autour des 40%⁵⁶).

C'est pourquoi les justiciables, pertinemment conseillés, interjettent appel. Non pour exercer un appel dilatoire (il y en a peu) mais pour faire valoir leurs droits.

En d'autres termes, à défaut d'une décision de première instance de qualité suffisante (c'est-à-dire qui ne soit pas, statistiquement, exposée à une forte probabilité d'infirmité), la conservation de l'effet suspensif de l'appel demeure indispensable.

101. – C'est ce même argument qui a récemment conduit la commission Nallet, chargée de réfléchir à la réforme de la Cour de cassation, à abandonner un filtrage substantiel des pourvois.

Devant les chambres civiles, le taux de cassation dépasse parfois les 30%. Face à ce constat, il est apparu à la commission indispensable de garder une ouverture du pourvoi suffisante pour conserver une qualité des décisions de justice au fond⁵⁷.

Paradoxalement, le décret va en sens inverse.

102. – En droit comparé, les pays qui ont renoncé à l'effet suspensif de l'appel sont ceux qui disposent déjà d'une qualité d'écoute et de rédaction du jugement suffisante.

Si tel n'était pas le cas, l'instauration de l'exécution provisoire s'est accompagnée d'une hausse des exigences pour la justice de première instance.

Tel est le cas en Angleterre, en Italie ou encore en Espagne.

⁵⁶ Ce qui supposerait que 60% des jugements contre lesquels un appel a été interjeté sont réformés, au moins partiellement.

⁵⁷ H. NALLET (dir.), *Pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile*, Rapport, 2019, pp. 8-9, production.

103. – En somme, le décret attaqué contient une double erreur manifeste d'appréciation.

104. – D'une part, sur les justifications du dispositif existant avant le décret. Celles-ci n'ont pas changées ; elles se sont même aggravées avec le temps.

Il était déjà nécessaire de rehausser la qualité de la décision de première instance en offrant aux juges les possibilités matérielles de rendre une décision éclairée au terme d'un débat satisfaisant.

C'est encore plus vrai aujourd'hui que les conditions de travail des juges de première instance sont préoccupantes.

105. – D'autre part, le décret n'apporte aucune crédibilité à la décision de première instance en intégrant l'exécution provisoire de droit.

C'est d'ailleurs tout l'inverse qui se produira car le justiciable ne comprendra pas que justice a été rendue s'il doit immédiatement exécuter une décision qu'il sait pertinemment fautive et prise à la suite d'une procédure au terme de laquelle il n'a pas été écouté.

106. – Pour finir, l'exécution provisoire de droit n'est pas une question corporatiste. Il est ici question de qualité de la justice et de service rendu au justiciable.

Si la décision de première instance était de grande qualité, l'exécution provisoire de droit ne poserait pas, en elle-même, de difficulté.

On en veut pour preuve l'absence totale de transparence de la Chancellerie sur les statistiques de réformation des jugements de première instance malgré des sollicitations répétées.

Pourtant, si l'exécution provisoire de droit se justifiait, elle aurait opportunément communiqué ces statistiques.

Or l'abstention et le secret qui entourent ces statistiques, qui sont en réalité le seul élément décisif et justifiant une réforme de l'exécution provisoire de droit, font penser que la justification de l'article 3 du décret se trouve ailleurs : **décourager le justiciable de faire appel en le rendant économique inutile dans une perspective de diminution des flux judiciaires devant les cours d'appel.**

107. – Par cette double erreur manifeste d'appréciation, le décret attaqué remet gravement en cause la principale source de garantie pour le justiciable d'obtenir une décision de justice qui traduise ses droits.

Une bonne appréciation aurait, à l'inverse, conduit le pouvoir réglementaire à admettre que justice n'est pas qu'autorité ; elle est aussi faite par qualité.

108. – Il reviendra donc au juge des référés de suspendre l'entrée en vigueur de cette disposition dont les effets immédiats auront de graves conséquences pour les justiciables et constituent, à ce stade de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité du dispositif.

Sur l'opportunité d'une mesure d'instruction ou d'une mesure d'injonction

109. – Les données relatives au taux d'infirmité des décisions de première instance constituent une information capitale.

Elle est non seulement d'intérêt général mais également utile au cas particulier pour comprendre l'économie de la réforme envisagée par le décret quant à l'exécution provisoire de droit.

Il apparaît donc opportun de faire usage du pouvoir que tient le juge des référés de l'article L. 521-3 du code de justice administrative.

Il est donc sollicité du juge des référés du Conseil d'Etat d'enjoindre au Ministère de la Justice de produire aux débats les statistiques relatives aux décisions des cours d'appel en ce qu'elles confirment ou infirment les décisions qui leur sont déférées, et plus précisément les proportions de confirmations et d'infirmités (totales ou partielles) mises en rapport avec le nombre de décisions rendues.

A titre subsidiaire, il sera suggéré au juge des référés du Conseil d'Etat d'ordonner une mesure d'instruction aux fins d'établir ces statistiques.

- A titre subsidiaire, les conditions de l'arrêt de l'exécution provisoire de droit (article 3)

110. – A titre subsidiaire, à supposer que le juge des référés du Conseil d'Etat écarte cette erreur manifeste d'appréciation, il devra néanmoins suspendre l'efficacité de l'article 3 du décret en ce que qu'il contrevient aux objectifs d'intelligibilité de la norme et de proportionnalité.

111. – D'une part, le Conseil constitutionnel a consacré l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme⁵⁸.

Le Conseil d'Etat considère que cet objectif s'impose aux actes réglementaires⁵⁹, et peut fonder leur annulation contentieuse⁶⁰.

112. – D'autre part, 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* ».

Une restriction incompatible avec ces exigences entraîne une violation de l'article 6§1⁶¹.

A 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.

Ainsi, 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 certaine⁶².

113. – Le dispositif prévu par le décret ne répond pas à ces exigences normatives.

114. – L'article 3 du décret porte atteinte au principe de proportionnalité. En effet, les mesures imaginées par le décret ne sont pas proportionnelles à l'objectif recherché.

L'objectif recherché par l'article 3 du décret est, cela a été dit, de limiter le nombre de décisions déferées à la cour d'appel.

⁵⁸ Cons. const., 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, n° 99-421 DC ; 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir à l'école*, n° 2005-512 DC.

⁵⁹ CE, 8 juillet 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN CFDT*, n°s 266900, 266944, Tab. 708 ; CE, Ass. 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, n°s 288460, 288465, 288474, 288485, Rec. 154.

⁶⁰ CE, 29 octobre 2013, *Association « les amis de la rade et des calanques »*, n°s 360085, 360152, 360353, Tab. 413 ; CE, 11 décembre 2015, *Polynésie française*, n° 378622.

⁶¹ CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c/ Royaume-Uni*, série A n° 93, §57 ; 14 décembre 1999, *Khalifaoui 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.

⁶² CEDH, 16 décembre 1992, *de Geouffre de la Pradelle c/ France*, n° 12964/87.

Or si l'exécution provisoire de droit va certainement limiter le nombre d'appel de manière considérable, les dispositions qui concernent la demande de son renversement vont en revanche provoquer l'apparition d'un nouveau contentieux numériquement massif.

115. – Au surplus, l'article 514-4 prévu par le décret donne la possibilité (nouvelle) de solliciter le rétablissement d'une demande d'exécution qui a déjà été écartée, soit par le juge de première instance lui-même, soit par le premier président de la cour d'appel ou le conseiller de la mise en état.

Le décret prévoit donc une dérivée de recours centrés sur l'exécution provisoire qui va venir parasiter le début de l'instance d'appel, et va donner lieu à des renvois, multiplier les demandes, engorger la première présidence de la cour d'appel et, *in fine*, allonger les délais de procédure.

Par voie de conséquence, les stocks des cours d'appel vont encore s'alourdir.

116. – L'article 3 du décret, alors pourtant qu'il poursuit un objectif de limitation du nombre d'appels, va provoquer une compensation de ceux-ci par une augmentation considérable du nombre de recours devant le premier président ou le conseiller de la mise en état.

Ces mesures seront préjudiciables aux cours d'appel elles-mêmes, et par extension aux justiciables qui verront leurs délais de jugement s'allonger.

Disproportionné quant à l'objectif poursuivi, l'article 3 du décret s'expose déjà à la suspension.

117. – Plus encore, les conditions d'arrêt de l'exécution provisoire en cas d'appel sont inintelligibles, et ce à plusieurs égards.

118. – Le pouvoir règlementaire se borne d'abord à soumettre la possibilité pour une partie de solliciter du juge qu'il écarte l'exécution provisoire à une condition pour le moins sommaire.

L'article 514-1 tel qu'issu du décret dispose en effet 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 ».

Le décret n'offre aucune autre précision aux parties pour, le cas échéant, fonder des observations sollicitant une non-application de l'exécution provisoire. Cela s'apparente à une compétence négative du pouvoir règlementaire.

Ce refus d'apporter des précisions au dispositif pour en faciliter la compréhension par le justiciable ou son conseil laisse donc apparaître un doute sérieux de légalité.

119. – Par ailleurs, il existe une incompatibilité entre les alinéas 1 et 2 de l'article 514-3 tel qu'issus du décret.

L'alinéa 1^{er} dispose qu'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 ».

Quant à l'alinéa 2, il dispose que la recevabilité de la demande d'une partie comparante en première instance est conditionnée lorsqu'elle est formée en appel.

Si elle n'a pas fait valoir d'observations sur l'exécution provisoire en première instance, elle doit, pour être recevable, démontrer l'existence d'un moyen sérieux d'annulation ou de réformation et démontrer que son exécution est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives qui se sont révélées que postérieurement à la première instance.

120. – Le texte implique donc, *a contrario*, que le justiciable est insusceptible de faire valoir d'éventuelles circonstances manifestement excessives devant le juge de première instance puisque le seul critère est celui de l'incompatibilité.

121. – Pourtant, le pouvoir règlementaire a cru opportun d'imposer que la demande d'arrêt d'exécution provisoire présentée en appel soit nécessairement fondée (sous peine de recevabilité) sur des circonstances manifestement excessives révélées postérieurement à la décision de première, c'est-à-dire des circonstances nouvelles.

122. – Par conséquent, il faut en déduire que 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.

Sauf à ce que le pouvoir règlementaire ait souhaité intégrer les circonstances manifestement excessives dans le critère d'incompatibilité, ce qui n'est pas précisé dans le décret.

Ces nouvelles incohérences et inexactitudes font d'autant plus apparaître un doute sérieux de légalité.

123. – Il existe enfin une erreur matérielle à l'article 3 du décret en ce qu'il prévoit, à l'article 514-6 du code de procédure civile, que le premier président statue en référé lorsqu'il est saisi par des demandes fondées sur les articles 514-3 et 514-4 du code de procédure civile.

En réalité, le premier président ne peut statuer en référé dans le cas de l'article 514-4. Ou alors, alternativement, l'article 514-4 peut n'être utilisé qu'en cas de décision du juge de première instance de ne pas prononcer l'exécution provisoire.

124. – L'ordonnance de référé se définit comme « une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires »⁶³.

Cette ordonnance est munie d'une autorité de chose jugée au provisoire bien qu'elle soit démunie d'autorité de chose jugée au principal⁶⁴.

125. – Dès lors, le premier président ou le conseiller de la mise en état serait dans l'impossibilité de statuer sur une demande présentée en application de l'article 514-4 puisqu'il serait tout simplement lié par la première ordonnance d'arrêt de l'exécution provisoire rendue après appel.

Encore une fois, on doute de la légalité de l'article 3 du décret attaqué.

*

⁶³ Article 484 du code de procédure civile.

⁶⁴ Article 488 du code de procédure civile : « l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. / Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles ».

IV – SUR LES DISPOSITIONS FINALES

126. – Les exposants souhaitent enfin rappeler que le changement des règles de procédure dans des 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 suffisant⁶⁵.

127. – Il convient de rappeler que la profession d'avocat, comme beaucoup de professions judiciaires, subissent depuis plusieurs années déjà d'incessantes réformes majeures.

Ces réformes, toujours plus techniques, contraignent les opérateurs à absorber une quantité considérable d'informations en un temps souvent restreint, voire dérisoire.

Ces informations, qui ont une influence sur la pratique, ont par extension des incidences sur la qualité de la défense des justiciables.

128. – Au cas présent, le gouvernement avait déjà été alerté sur l'extrême urgence dans laquelle allait se retrouver le Ministère pour concevoir le décret d'application lorsqu'elle a prévu une entrée en vigueur de la loi de programmation au 1^{er} janvier 2020⁶⁶.

Cet avertissement fut sans incidence puisque le pouvoir réglementaire a persisté dans sa démarche.

Il en est résulté une préparation d'un décret d'application, pourtant présenté comme d'une importance fondamentale et censé simplifier la procédure civile, une préparation hâtive et confuse.

L'ensemble des remarques précédentes ont pu attester de cette confusion. De nombreuses erreurs matérielles ont été recensées et, sans doute, de nombreuses autres ont été masquées par l'ampleur du texte.

129. – Il en résulte que le pouvoir réglementaire a commis une erreur manifeste d'appréciation quant au dispositif de droit transitoire du décret.

Rien ne justifie une entrée en vigueur de l'essentiel des mesures au 1^{er} janvier 2020.

⁶⁵ CE, Ass. 24 mars 2006, *Sté KPMG*, n° 288460, Rec. 154, *RFDA* 2006, 463, concl. Y. Aguila, *AJDA* 2006, 1028, chron. C. Landais et F. Lenica.

⁶⁶ Communiqué du 22 novembre 2019, production.

L'intérêt du justiciable et l'impératif de sécurité juridique doit 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** »⁶⁷.

Au besoin, il était loisible au pouvoir réglementaire de neutraliser l'ensemble des mesures prévues dans le décret afin de laisser un temps suffisant aux auxiliaires de justice d'intégrer cette réforme de plus.

130. – Pour l'ensemble de ces raisons, il revient au juge des référés du Conseil d'Etat de suspendre l'exécution dudit décret dans sa globalité.

*

⁶⁷ T. ANDRIEU, « Une politique au service du justiciable », in AMRANI-MEKKI (dir.), *Et si on parlait du justiciable du 21^e siècle ?*, Dalloz, 2019, p. 207, production.

PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, déduire, ou suppléer, au besoin d'office, les requérants concluent à ce qu'il plaise au juge des référés du Conseil d'État :

- **SUSPENDRE** l'exécution du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile ;

- **METTRE A LA CHARGE** de l'Etat une somme de 5.000€ au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

SCP NICOLAÏ – de LANOUELLE – HANNOTIN

Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation