



**RECUEIL
DES CONTRIBUTIONS
DE DROIT & PROCÉDURE
SUR LES CHANTIERS
DE LA JUSTICE**

Juillet 2018

DROIT & PROCÉDURE

www.droitetprocedure.com

SOMMAIRE

Proposition n° 13 : Instaurer dès la première instance un principe de concentration des moyens **3**

1. Analyse de la proposition n° 13.....	6
2. L'obligation pour les parties d'exposer l'ensemble des moyens pouvant venir à l'appui d'une même demande.....	7
2.1 Naissance de cette obligation.....	7
2.1.1 La codification de cette obligation.....	8
2.1.2 Si la condition de la codification était remplie, comment intégrer le CPC dans cette obligation ?.....	8
3. Est-il possible de transposer en première instance la solution des articles 910-4 et 914 du CPC ?.....	10

Proposition n° 19 : Favoriser la mise en état conventionnelle **13**

1. Présentation sommaire de la position de Droit & Procédure.....	15
2. Présentation complète de la position de Droit & Procédure sur ces propositions....	18
2.1 Le constat.....	18
2.2 Le rapport Agostini / Molfessis.....	18
3. La position des institutions.....	19
4. Analyse et propositions de Droit & Procédure.....	20
4.1 Première proposition : un simple calendrier conventionnel.....	21
4.2 Seconde proposition : la revitalisation de la procédure participative de mise en état.....	21
4.2.1 La présentation de la convention participative de mise en état.....	22
4.2.2 Le contenu de la convention de mise en état conventionnelle.....	22
4.3 L'homologation de la convention participative de mise en état.....	24
4.4 Les effets de la procédure participative de mise en état.....	24
4.5 Les sanctions du non-respect de la convention de procédure participative de mise en état.....	24
4.5.1 Le fait générateur de la fin de la procédure participative de mise en état.....	25
4.5.2 Le renvoi à la phase de jugement / mise en état judiciaire.....	25
5. Les problèmes résiduels à l'instauration d'une mise état conventionnelle obligatoire.....	27
6. Les recommandations de Droit & Procédure.....	28

Proposition n° 23 : Le principe de loyauté procédurale **29**

1. Constat et analyse des dysfonctionnements.....	31
1.1 Les comportements déloyaux visés.....	32
1.2 L'insuffisance des règles déontologiques pour prévenir et sanctionner les comportements déloyaux.....	32
1.3 L'insuffisance du recours aux règles procédurales pour prévenir et sanctionner les comportements déloyaux.....	33
1.3.1 Les textes relatifs à la loyauté procédurale.....	34
1.3.2 La jurisprudence relative à la loyauté procédurale.....	35
2. La position des institutions représentatives de la profession.....	37
3. Propositions.....	37
3.1 Ne pas utiliser la notion de loyauté.....	37
3.2 Améliorer le régime de prévention et de sanction des comportements qualifiés de déloyaux.....	38
3.2.1 Le respect des délais.....	38
3.2.2 Le traitement des exceptions de procédure et fins de non recevoir.....	39
3.2.3 La sanction de la tardiveté de production des pièces.....	40
3.2.4 La sanction des moyens contraires aux faits connus par la partie qui les invoque.....	41
3.2.5 L'audience ne doit plus être l'occasion de comportement déloyaux... ..	41
3.2.6 Sanctionner les notes en délibéré non sollicitées.....	41
3.2.7 Faciliter le recours à l'amende civile de l'article 32-1.....	41
3.2.8 Faire une meilleure application des dispositions de l'article 700.....	42
3.3 Adapter le contrat client avocat.....	42
3.4 Le plus difficile... ..	42

Proposition n° 24 : L'office du juge **43**

Proposition n° 25 : Instaurer un financement de la justice civile par les parties **49**

1. Présentation sommaire de la position de Droit & Procédure.....	53
2. Présentation complète de la position de Droit & Procédure sur ces propositions... ..	53
2.1 Le financement de la justice civile par les parties.....	54
2.2 La réforme de l'article 700 du CPC.....	54
2.2.1 Suppression de la référence à l' « équité ».....	55
2.2.2 Instauration de « lignes directrices ».....	55
2.2.3 Proposition de modification de l'article 700 du CPC.....	57
2.2.4 Autre piste de réflexion.....	58
2.3 Sur les mesures permettant le financement de l'aide juridictionnelle.....	59
2.3.1 Sur le timbre ou forfait judiciaire.....	59
2.3.2 Sur le prélèvement d'un pourcentage des sommes allouées au titre de l'article 700 du CPC.....	61

Proposition n° 30 : L'exécution provisoire de droit **63**



Proposition n° 13
du rapport du groupe de travail
dirigé par Mme Agostini
et M. Molfessis :

**Instaurer
dès la première instance
un principe
de concentration
des moyens**

**Observations
de l'Association Droit & Procédure
sur la proposition n° 13 du rapport
du groupe de travail dirigé par Mme Agostini et M. Molfessis :**

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

Proposition n° 13 : Instaurer dès la première instance un principe de concentration des moyens.	Votes du CNB sur les propositions transmises à la Chancellerie (AG CNB, 16 et 17 février 2018)	Position de Droit & Procédure
Les rapporteurs proposent d'instaurer un principe de concentration dès la première instance.	Le CNB dénonce l'impact de cette mesure qui restreint l'accès au juge et au droit.	Droit et Procédure partage la position du CNB.
		Droit et Procédure propose, à des fins de sécurité judiciaire, une codification de l'obligation résultant de l'arrêt Cesareo. Cette codification pourrait être intégrée au Titre IV : La demande en justice - Section I : La demande en matière contentieuse du Livre premier du CPC. Article 54-1 du CPC : « <i>En matière contentieuse, tous les moyens venant à l'appui des prétentions formées entre les mêmes parties, agissant en la même qualité, doivent être soulevés dans le cadre de l'objet du litige, sauf à être déclarés irrecevables.</i> »
Les rapporteurs proposent que l'obligation soit faite aux parties devant le tribunal de concentrer dès les premières conclusions les moyens à l'appui des prétentions.		Droit et procédure est totalement défavorable à la proposition des rapporteurs.

1. Analyse de la proposition n° 13

1. Un constat doit être fait : les rapporteurs semblent ignorer que cette obligation s'impose déjà aux parties depuis l'arrêt dit « Cesareo » rendu en assemblée plénière de la Cour de cassation le 7 juillet 2006.
2. En fait, en proposant « *d'instaurer dès la première instance un principe de concentration des moyens* », les rapporteurs visent, au-delà de la consécration de la jurisprudence Cesareo, à concentrer le procès en une seule véritable instance.
3. L'objectif est exprimé sans ambiguïté, **les parties ne devront plus avoir la possibilité d'avancer des moyens nouveaux en appel.**
4. Ainsi, en sortant du cadre de la mission qui était la leur : simplifier la procédure de première instance, ils empiètent sur un autre sujet : une énième réforme de la procédure d'appel.

S'ils étaient suivis dans leur proposition, alors, serait consacré le déni de justice.

La proposition n° 13 telle qu'elle est formulée ne peut donc pas être acceptée.

5. Pour autant, l'obligation faite aux parties de concentrer en un seul procès les moyens à l'appui de leur prétention consacrant ainsi la voie d'achèvement du procès ne peut être qu'approuvée.

Mais ne doit-elle pas être codifiée dans un souci de sécurité juridique, alors qu'en l'état elle reste prétorienne ?

*

6. Le terme de concentration en procédure civile est employé pour caractériser plusieurs situations procédurales, ce qui est une erreur, cause de confusions.
7. Les auteurs du nouveau code de procédure civile ont veillé à éviter que puisse naître ce type de difficulté « *Cependant le travail sur le langage du code est l'illustration la plus marquante de cette saisie globale. Qui voudrait voir une façon purement formelle dans cette approche linguistique qui met en cause les notions fondamentales de la procédure ? La force de ce lien a fait reconnaître qu'il fallait se prémunir contre les effets pervers des variations littéraires, et employer toujours le même mot pour désigner la même chose, au moins dans le code.* » G. Cornu in « *L'élaboration du code de procédure civile* », in revus d'histoire des facultés de droit et de la science juridique (pp. 241 à 257).
8. Dans un premier temps, ce terme a caractérisé l'obligation pour les parties d'exposer l'ensemble des moyens pouvant venir à l'appui d'une même prétention : c'est l'arrêt Cesareo.
9. Puis cette expression, par simplification de langage, a été reprise pour caractériser les obligations faites aux parties dans le cadre de la procédure d'appel, alors que ces obligations ne sont pas de même nature :
 - de soulever les moyens tendant à l'irrecevabilité de l'appel simultanément et à peine d'irrecevabilité de ceux qui ne l'auraient pas été (article 914 du CPC ; obligation autrement appelée « *concentration des moyens d'irrecevabilité* »).

- de présenter, à peine d'irrecevabilité, relevée d'office, dès les conclusions mentionnées aux articles 905-2 et 908 à 910, l'ensemble de leurs prétentions sur le fond (article 910-4 du CPC ; obligation encore désignée « *concentration des conclusions* »).
- et notons qu'il est aussi interdit d'interjeter un nouvel appel contre le même jugement et à l'égard de la même partie quand la déclaration d'appel a été frappée de caducité en application des articles 902, 905-1, 905-2 ou 908 ou quand l'appel a été déclaré irrecevable, la sanction étant étendue à l'appel incident ou provoqué (article 911-1 du CPC ; l'interdiction aussi nommée « *concentration des appels* »).

10. Les obligations résultant des dispositions des articles 910-4 et 914 du CPC peuvent-elles être transposées dans les règles de la procédure devant le tribunal de grande instance et si oui dans quelles conditions ? (2.2), mais dans un premier temps, il convient de réfléchir aux conditions d'une codification de l'obligation, en l'état purement jurisprudentielle, qui résulte de l'arrêt *Cesareo*. (2.1)

2. L'obligation pour les parties d'exposer l'ensemble des moyens pouvant venir à l'appui d'une même demande

2.1. Naissance de cette obligation

11. Elle est le fruit d'une longue évolution dont les prémices doivent être recherchées dans la réforme portée par le décret-loi du 30 octobre 1935 relatif à la procédure civile :

Antérieurement à 1935, le procès était enfermé dans les règles d'une immutabilité absolue du litige.

12. Le décret-loi du 30 octobre 1935 a desserré l'étau et a autorisé, sous certaines conditions, les demandes additionnelles, reconventionnelles voire nouvelles.

Cette réforme a ouvert une réflexion sur la nature du procès qui a conduit à l'idée que le litige né entre les parties, devait trouver sa solution dans un seul procès.

Cet objectif fut consacré dans l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendu le 7 juillet 2006, connu sous le nom d'*arrêt Cesareo*.

13. C'est seulement depuis cette décision que l'on peut parler de voie d'achèvement, étant précisé qu'il s'agissait de rechercher la voie d'achèvement du procès, solution évoquée notamment pendant le colloque de droit judiciaire d'Aix en Provence des 22 et 23 février 1963 en ces termes : « *tout ce qui se rapporte à cette malheureuse faute soit « uni » au litige initial, même s'il semble étroit dans sa formulation juridique, pour trouver un point final en une décision « unique » dans le cadre de « l'unité d'objet »* ». (Conclusions du colloque)

14. Quand a été rendu l'arrêt du 7 juillet 2006, la doctrine quasi unanime, a condamné cette décision comme mettant en cause le principe de l'autorité de la chose jugée en consacrant l'implicitement jugé.

Pourtant, c'est le contraire qui découle de cette décision qui renforce l'autorité de la chose jugée en interdisant de contester la solution donnée au litige quand cette solution est devenue définitive, qu'elle soit rendue par le tribunal dans son jugement ou la cour d'appel dans son arrêt.

Traduit schématiquement l'axiome est le suivant : un litige, un seul procès, une solution définitive.

15. Les défenseurs de la voie d'achèvement ne peuvent qu'approuver cette solution.
16. Cependant, cette obligation, aujourd'hui prétorienne, doit être codifiée.

2.1.1. La codification de cette obligation

17. Il est incontestable qu'on gagnerait en sécurité judiciaire si cette obligation était intégrée dans une disposition du CPC mais une condition doit être mise à cette codification : que la possibilité de présenter des moyens nouveaux devant la cour d'appel ne soit pas remise en cause au profit d'un appel voie de simple réformation.
18. Il devrait être inutile de rappeler que l'appel est par nature une voie de réformation (cf. l'article 542 du CPC) mais aussi une voie d'achèvement en tant qu'ultime recours permettant que le litige exposé soit jugé en fait et en droit.
19. Si l'appel devait redevenir une voie de simple réformation alors il faudrait également revenir sur l'obligation de concentration faite aux parties.
20. En effet, si la solution consacrée par l'arrêt *Cesareo* était maintenue dans le cadre d'un appel voie de simple réformation, cela reviendrait à refuser de juger : il ne serait plus question de rejeter l'implicitement jugé (ce que l'arrêt « *Cesareo* » n'autorise pas contrairement à ce qui a été trop souvent soutenu) mais de consacrer le déni de justice.

2.1.2. Si la condition de la codification était remplie, comment intégrer dans le CPC cette obligation ?

21. Si codifier cette obligation paraît indispensable, la mise en forme se révèle plus compliquée qu'il pourrait y paraître.

Au-delà de la difficulté rédactionnelle (2.1.2.2), à quelle disposition du code la rattacher sans rompre la logique de celui-ci (2.1.2.1).

2.1.2.1. À quelle disposition du code rattacher l'obligation pour les parties d'exposer l'ensemble des moyens pouvant venir à l'appui d'une même demande, sans rompre la logique du CPC ?

22. La première question qui doit être tranchée est de savoir si l'on, doit faire de cette obligation un principe général du procès, voire l'insérer aux principes directeurs du procès.

S'agissant des principes directeurs du procès, la réponse semble ne pouvoir être que négative sauf à dénaturer le sens des principes directeur du procès.

23. Peut-on qualifier cette obligation de principe de procédure ?

La réponse semble devoir être également négative.

En effet, une réponse positive aurait pour conséquence d'imposer l'obligation dans les procédures dans lesquelles la présence de l'avocat ne serait pas obligatoire et imposerait de généraliser la procédure écrite.

Si l'on ne peut être que favorable pour que ces deux conditions soient remplies, nous savons que l'éventualité en est très incertaine...

24. La solution qui semble le moins poser préjudice à la logique du CPC serait donc d'intégrer cette obligation dans le Titre IV : La demande en justice - Section I : La demande en matière contentieuse du Livre premier du CPC.

2.1.2.2. La difficulté rédactionnelle

25. C'est pourtant au sein des principes directeurs du procès qu'il est proposé par certains auteurs d'intégrer au CPC cette obligation.

Le professeur Cadiet propose notamment d'intégrer cette obligation à l'article 4 du CPC.

Il suggère d'insérer un alinéa au sein de cet article qui disposerait :

« Il incombe aux parties de présenter, dès l'instance initiale, l'ensemble des moyens qu'elles estiment de nature, soit à fonder leur prétention, soit à justifier son rejet ».

Cette proposition ne peut pas être approuvée.

26. Certes, dans sa décision du 7 juillet 2006, la Cour de cassation reprend le terme d'instance pour motiver sa décision.

Mais il convient de s'interroger sur la signification procédurale de ce terme.

27. Les professeurs Cornu et Foyer dans leur ouvrage, Procédure civile, publié aux presses universitaires de France, définissaient ainsi l'instance : *« Le procès est animé d'une vie propre qui apparaît déjà dans son agencement simple... (Le procès naît de la demande introductive d'instance, il s'éteint avec le jugement), plus encore dans son agencement complexe, sous l'influence de faits ou actes divers. Les uns interrompent l'instance, d'autres la suspendent, d'autres l'éteignent... D'autres enfin, font naître, après un premier jugement, **une instance nouvelle** (l'instance d'appel, de cassation) ».*
28. Plus simplement, le professeur Thierry Le Bars (Droit judiciaire privé, Montchrestien in Thierry le Bars, Jacques Héron 1991) en donne cette définition : *« On appelle instance la période de temps qui commence avec la demande initiale et qui s'étend jusqu'au jugement ou jusqu'à la survenance d'un incident y mettant prématurément fin. »*
29. On voit bien que si le terme devait être retenu, il serait porteur d'un risque de grande confusion (Cf Cornu - L'élaboration du code de procédure civile *« se prémunir contre les effets pervers des variations littéraires, et employer toujours le même mot pour désigner la même chose, au moins dans le code. »*).
30. Il pourrait être soutenu que cette rédaction interdirait aux parties de faire valoir des moyens nouveaux dans le courant de l'instance d'appel. Le risque est donc très grand que l'emploi de ce terme ouvre la porte à l'appel simple voie de réformation.

31. La seconde raison est le choix d'intégrer l'obligation dans les principes directeurs du procès.

Certes, *Droit et procédure*, comme la profession est favorable à ce que la représentation obligatoire soit généralisée, mais nous savons que les conditions, (notamment financières), ne sont pas remplies pour cette généralisation.

32. Madame Aurélie Marque vient de soutenir une thèse intitulée « *Principe de concentration* », dans laquelle elle propose également d'insérer à l'article 4 du CPC un alinéa qui pourrait être :

« Il incombe aux parties, agissant en la même qualité, de concentrer dans un unique procès tous les moyens propres à fonder les prétentions qui tendent aux mêmes fins que celles précédemment jugées ou à justifier leur rejet, sous peine de forclusion ».

À la nuance près que la proposition d'insérer cette obligation aux principes directeurs du procès doit être écartée, la rédaction proposée paraît être une bonne base.

33. Une autre proposition serait d'insérer un article 54-1 au CPC dans le Titre IV : La demande en justice - Section I : La demande en matière contentieuse du Livre premier du CPC qui pourrait être ainsi rédigé :

« *En matière contentieuse, tous les moyens venant à l'appui des prétentions formées entre les mêmes parties, agissant en la même qualité, doivent être soulevés dans le cadre de l'objet du litige, sauf à être déclarés irrecevables.* »

34. Autre proposition légèrement différente :

« *En matière contentieuse, tous les moyens venant à l'appui des prétentions formées entre les mêmes parties, agissant en la même qualité, doivent être soulevés au sein d'un même procès, sauf à être déclarés irrecevables.* »

3. Est-il possible de transposer en première instance la solution des articles 910-4 et 914 du CPC ?

35. Il est proposé dans le rapport relatif à la simplification de la procédure civile « *d'instaurer dès la première instance un principe de concentration des moyens. Les parties devront ainsi soumettre au juge un litige clairement circonscrit dès le premier jeu d'écritures. Cette exigence cependant n'impose pas dès ce stade de la procédure une concentration des demandes sur laquelle le groupe demeure réservé, pour ne pas interdire par exemple des demandes additionnelles qui s'avèreraient nécessaires en cours d'instance.* »

On ne peut qu'être opposés à cette proposition qui aurait pour effet nécessairement d'ouvrir la porte à l'appel simple voie de réformation.

36. L'obligation résultant de l'article 914 et l'obligation de soulever simultanément tous les moyens relatifs à l'irrecevabilité de la demande ne sont pas transposables en 1^{ère} instance.

37. Si cette obligation se conçoit devant la cour d'appel, elle ne semble pas pouvoir être transposée en première instance sauf à ce que soient transcrites dans le CPC les propositions faites dans le rapport sur la simplification de la procédure civile de requalifier les nullités de fond en fin de non-recevoir.

On ne peut enfin pas être favorable avec cette proposition pour la simple raison que cela aggraverait le risque de sinistralité pour les professionnels.

En effet, en dehors de tout débat doctrinal sur le bien fondé de cette proposition, il convient de relever que le bénéfice des dispositions de l'article 2241 du CC ne profite qu'à l'acte déclaré nul pour vice de forme ou de fond mais pas aux actes déclarés irrecevables.

(Pour mémoire l'article 2241 du CC dispose : « *La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion. Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure.* »)

38. Il est notamment proposé dans ledit rapport que « *l'acte de procédure irrégulier en raison d'un vice affectant la représentation de la partie ne serait plus nul, mais deviendrait irrecevable.* »



Proposition n° 19
du rapport du groupe de travail
dirigé par Mme Agostini
et M. Molfessis :

**Favoriser la mise en état
conventionnelle**

**Observations
de l'Association Droit & Procédure
sur la proposition n° 19 du rapport
du groupe de travail dirigé par Mme Agostini et M. Molfessis :**

Favoriser la mise en état conventionnelle

1. Présentation sommaire de la position de droit & procédure

1. Dans leur rapport au Ministre de la Justice intitulé "Amélioration et simplification de la procédure civile", Madame Frédérique Agostini et Monsieur Nicolas Molfessis ont exprimé une proposition visant à favoriser la mise en état conventionnelle et repenser la mise en état (proposition n° 19).
2. Lors de ses assemblées générales des 16 et 17 février 2017, le Conseil National des Barreaux (CNB) a exprimé un avis sur cette proposition.
3. Le tableau suivant récapitule les propositions du rapport Agostini / Molfessis et la position du CNB et la position de Droit & Procédure.

Proposition n° 19 : Favoriser la mise en état conventionnelle	Votes du CNB sur les propositions transmises à la Chancellerie (AG CNB, 16 et 17 février 2018)	Position de Droit & Procédure
<p>Pages 22/23 du rapport :</p> <p>Amélioration de la mise en état des affaires passe par un changement de perspective inversant le rapport des parties au temps judiciaire. C'est la date de l'examen au fond de l'affaire qui devrait conditionner le rythme de la mise en état du dossier et non pas l'inverse.</p> <p>Dès lors, l'audience d'orientation devrait être l'occasion pour le juge d'envisager avec les parties la date à laquelle l'affaire sera examinée, selon qu'elles expriment le choix de se mettre en état par la voie conventionnelle ou sous le contrôle du juge.</p>	<p>LE CNB est favorable au développement d'une mise en état conventionnelle qui prendrait la forme de la procédure participative aux fins de mise en état.</p> <p>Elle précise qu'il n'est pas préconisé de rendre obligatoire dans l'immédiat cette mise en état conventionnelle qui doit rester une démarche volontaire des parties.</p>	<p>Droit & Procédure partage l'avis du CNB que la mise en état sous forme de procédure participative de mise en état doit rester optionnelle.</p> <p>Toutefois, elle suggère que cette dernière soit proposée dès l'engagement de la procédure par le demandeur et annexée à l'acte introductif d'instance pour être portée à la connaissance du défendeur par voie de signification par huissier en même temps que l'acte de saisine.</p> <p>Dans ce cas, la juridiction serait saisie non plus par la remise au greffe de la copie de l'assignation (actuel article 757 du code de procédure civile) mais (projet de réécriture de l'article 757 du code de procédure civile) :</p>

		<p><i>Le tribunal est saisi, à la diligence de l'une ou l'autre partie, par la remise au greffe de la signification de la demande en justice à laquelle est annexée la proposition de convention de procédure participative.</i></p> <p><i>Cette remise doit être faite dans les quatre mois de l'assignation, faute de quoi celle-ci sera caduque, à moins qu'une convention de procédure participative ne soit conclue avant l'expiration de ce délai. Dans ce cas, le délai de quatre mois est suspendu jusqu'à l'extinction de la procédure conventionnelle.</i></p> <p><i>La caducité est constatée d'office par ordonnance du président ou du juge saisi de l'affaire.</i></p> <p><i>À défaut de remise, requête peut être présentée au président en vue de faire constater la caducité.</i></p>
<p>Si l'affaire n'est pas en état d'être jugée et que les parties informent le juge qu'elles s'engagent dans la procédure conventionnelle de mise en état, à savoir la procédure participative d'ores et déjà prévue par le code civil et le code de procédure civile, le juge et les parties conviennent d'une date de clôture et de plaidoirie, selon un calendrier prioritaire, et l'affaire est retirée du rôle.</p>	<p>Le CNB privilégie l'instauration d'un dispositif incitatif avec l'octroi d'un avantage procédural aux parties.</p>	<p>Droit et Procédure est d'accord la proposition qui consiste à prévoir un avantage aux parties qui concluent une convention participative de mise en état en leur octroyant un calendrier prioritaire de clôture et de plaidoirie.</p> <p>Toutefois, il est nécessaire d'envisager également les modalités de la passerelle entre la PPMEC et le juge judiciaire qui n'est pas envisagée aujourd'hui par les textes. : proposition d'une passerelle vers une mise en état judiciaire stricte et encadrée par des délais de procédure, sanctionnés par l'irrecevabilité</p>

		<p>Il semble aussi possible de suggérer que la convention participative de mise en état ne soit signée que par les avocats, par dérogation à l'article 1544 du CPC alors que la procédure participative portant sur le fond doit continuer à être signée des parties.</p> <p>Il faudrait envisager enfin d'intégrer la conclusion d'une procédure participative de mise en état comme cause interruptive du délai de péremption de l'instance ce qui n'est pas le cas actuellement.</p>
<p>À l'inverse, si l'affaire n'est pas en état d'être jugée mais que les parties refusent de s'engager dans une procédure conventionnelle de mise en état, le juge statue sur les exceptions et fins de non-recevoir qui auront été relevées ou qu'il aura relevé d'office, et il organise le déroulement des phases écrites et orales de procédure en fonction de la date de clôture et de plaidoiries qu'il détermine.</p> <p>Un dispositif limitant le nombre d'échanges entre les parties doit être envisagé. Il concilierait le besoin de souplesse et l'exigence de rationalisation des échanges qu'impose l'instance.</p> <p>Ainsi, il pourrait être envisagé, dans la procédure judiciaire de mise en état, que la requête et le mémoire en défense soient uniquement suivis d'une réplique du demandeur et d'une réplique du défendeur.</p>		<p>Droit & Procédure n'est favorable ni au nombre limité des écritures, ni à la limitation du nombre de pages.</p>

<p>Les améliorations apportées à la structuration des écritures par les réformes récentes pourraient être prolongées par une réflexion sur la longueur maximale des écritures. Le dispositif imposant une longueur maximale est connu devant les juridictions internationales et pourrait utilement être envisagé devant les juridictions civiles.</p>		
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--

2. Présentation complète de la position de Droit & Procédure sur ces propositions

2.1. Le Constat

4. Le juge consacre aujourd'hui trop de temps à la gestion de la mise en état dont l'objet principal consiste à administrer des stocks de dossiers, à en canaliser le flux et à adapter leur traitement aux capacités fonctionnelles d'audience de la juridiction de fond.

Elle est vécue comme frustrante par le juge, qui placé comme arbitre voire comme censeur des demandes répétitives et contradictoires des parties (délais de remise d'actes, de communication de pièces, d'injonctions, de clôture) accomplit un rôle peu gratifiant ou étranger à son office (discipline et doléances déontologiques).

Elle est également déconsidérée par les avocats qui subissent les effets de sa lenteur, sans autre recours que de demander des calendriers de procédure, qui ne résistent souvent pas au temps et à la surcharge incompressible de l'audience.

Elle est enfin incomprise des justiciables qui n'en mesurent pas l'intérêt et demeurent impuissants à assister à la succession des délais, qui les laissent perplexes et insatisfaits du service de la justice (selon un sondage IFOP réalisé en 2017, 63 % des français pensent que le système judiciaire fonctionne mal et 71 % ajoutent que les juges n'ont pas les moyens de faire leur travail).

2.2. Le rapport Agostini/Molfessis

5. Selon les auteurs du rapport, l'amélioration de la mise en état nécessite un changement de perspective par l'inversion de la relation des parties au temps judiciaire : c'est la date de l'examen de l'affaire qui devrait conditionner le rythme de la mise en état et non l'inverse (page 22 du rapport).
6. Pour recentrer le rôle du juge sur sa stricte fonction juridictionnelle, contentieuse et gracieuse, il est proposé de « déjudiciariser » la mise en état et d'instaurer une mise en état conventionnelle qui redonnerait aux parties un pouvoir sur le rythme de la procédure et leur conférerait la responsabilité de la conduite du procès.

7. La proposition du rapport porte sur une mise en état conventionnelle optionnelle : Le rapport Agostini préconise que l'audience d'orientation soit l'occasion pour les parties d'exprimer leur choix entre une mise en état conventionnelle ou une mise en état judiciaire (page 23 du rapport).
- Si les parties, s'engagent dans la voie conventionnelle, le juge fixe une date de clôture et de plaidoirie selon un calendrier prioritaire et l'affaire est retirée du rôle,
 - Si les parties ne s'engagent pas dans la voie conventionnelle, le juge « *organise le déroulement des phases écrites et orales de procédure en fonction de la date de clôture et de plaidoirie qu'il détermine* ». Dans le cadre de cette mise en état judiciaire, il est prévu que puisse être mis en place un dispositif limitant le nombre d'échanges entre les parties (requête/mémoire en défense/mémoire en réplique du demandeur, mémoire en réplique du défendeur), imposant la structuration des écritures (mention des points d'accord et de désaccord), limitant le nombre des pages.

3. La position des institutions

8. Le Conseil National des Barreaux a exprimé son choix en faveur d'une mise en état conventionnelle présentant ce caractère optionnel et volontaire (devant toutefois être favorisée par un dispositif incitatif avec « *l'octroi d'un avantage aux parties* ») :

« Le CNB est favorable au développement d'une mise en état conventionnelle avec la procédure participative de mise en état. Il n'est cependant pas préconisé de rendre obligatoire dans l'immédiat cette mise en état conventionnelle qui doit rester une démarche volontaire des parties. Le CNB privilégie plutôt l'instauration d'un dispositif incitatif avec l'octroi d'un avantage procédural aux parties ».

9. Cette liberté de choix et l'incitation sont toujours politiquement préférables mais la question se pose de savoir quelles sont concrètement les incitations pour les plaideurs à emprunter la voie conventionnelle lorsque l'intérêt du demandeur et du défendeur sont par essence contradictoires, l'un à obtenir une décision rapidement, l'autre à la retarder.
10. La volonté de maintenir un libre choix se heurte à la circonstance que ce dernier existe déjà concrètement dans le paysage procédural sous la forme de la procédure participative de mise en état, mais qu'il n'a jamais été vraiment utilisé par les plaideurs, ces derniers préférant déléguer à un tiers (le juge) le soin d'être l'arbitre de leurs rythmes judiciaires.
11. Il convient dès lors, qu'elle soit optionnelle ou non, de réfléchir à des mécanismes incitatifs, chacune des parties devant avoir un intérêt à cette mise en état conventionnelle :
- Le demandeur à s'y engager et à y consacrer du temps s'il sait que le non-respect de la convention donnera lieu au retour à une mise en état canalisée ou accélérée.
 - Le défendeur à la respecter s'il anticipe que le non-respect l'expose à des sanctions.

4. Analyse et propositions de Droit et Procédure

12. La généralisation d'une mise en état conventionnelle ne peut heurter la culture du procès tant elle rejoint en substance un principe fondateur de la procédure civile, le principe dispositif selon lequel « *l'instance civile est la chose des parties* », que l'actuelle mise en état judiciaire a en partie dévoyé.

Elle a déjà existé puisqu'avant la création du juge de la mise en état, l'instruction du dossier était jadis (avant 1935) confiée aux parties.

13. Droit et procédure est d'accord avec l'idée que c'est la date de l'examen de l'affaire qui devrait conditionner le rythme de la mise en état et non l'inverse (page 22 du rapport).

Ainsi, c'est la date qui serait donnée par le tribunal pour plaider l'affaire qui entrainerait le rythme de la mise en état : la date étant fixée à une échéance prioritaire comme les suggèrent les rapporteurs (par exemple à 6 mois ou un an, selon la difficulté de l'affaire), la mise en état pourrait être fixée sous forme de rétro-programmation.

14. En revanche, si le caractère optionnel de la mise en état conventionnelle doit être pérennisé, force est de constater que cette forme de mise en état existe déjà dans les textes sous une forme dérivée, celle de la convention de procédure participative puisque depuis le 6 mai 2017, l'article 1543 dispose que la procédure participative :

*(Elle) se déroule selon une procédure conventionnelle de recherche d'un accord, suivie, le cas échéant, par une procédure aux fins de jugement. Elle peut aussi se dérouler dans le cadre de l'instance, **aux fins de mise en état.***

Et l'article 1544 du CPC poursuit :

*« Les parties, assistées de leurs avocats, œuvrent conjointement, dans les conditions fixées par convention, à un accord mettant un terme au différend qui les oppose **ou à la mise en état de leur litige** ».*

15. Cette mise en état conventionnelle n'a jamais été accueillie par les praticiens.

Dès lors, proposer de la laisser optionnelle alors qu'elle l'est déjà, invite à la réflexion quant aux avantages consentis à ceux qui accepteront à l'avenir de s'en emparer.

16. Face à un simple choix processuel, le risque est en effet de voir les parties, par habitude ou par facilité, emprunter la voie la plus éprouvée et de faire le constat que la mise en état conventionnelle, continue à être délaissée.

17. Pour orienter les plaideurs vers une mise en état conventionnelle, il faudrait donc imaginer qu'elle soit différente :

- soit sous forme d'un calendrier conventionnel,
- soit sous la forme d'une procédure participative fortement revitalisée,

ces deux formes étant aménagées par les avocats, qui en seraient les auteurs, et les gardiens (à défaut d'en être les ardents militants).

18. Quelle que soit sa forme, elle relèverait de la responsabilité de l'avocat, ce qui, à la lumière de la réforme envisagée est congruent avec la proposition 22 du rapport qui vise à l'élargissement de la représentation obligatoire par avocat (page 28 du rapport) ainsi qu'avec la proposition 16 qui propose une généralisation de l'écrit et sa pénétration dans les procédures traditionnellement orales (page 20 du rapport).

4.1. Première proposition : un simple calendrier conventionnel

19. La première idée consiste à laisser aux parties une liberté d'organisation de leurs délais sans cadre formel, dans le cadre d'un calendrier conventionnel élaboré par les avocats de façon rétroactive à partir de la date de clôture et de plaidoirie fixées par le juge de la mise en état lors de l'enrôlement.
20. À l'intérieur de ce délai, les parties pourraient prévoir un calendrier conventionnel, d'échanges de conclusions intermédiaires et récapitulatives, de communication de pièces, tout en prévoyant que les conclusions récapitulatives ne pourraient contenir aucune prétention, demande, moyen qui n'auraient été entièrement développés dans les écritures intermédiaires ; de même, aucune pièce nouvelle ne pourrait être versée aux débats et listée dans les dernières conclusions si elle n'a pas été communiquée avec les conclusions intermédiaires.
21. Les parties conviendraient également d'une pré-clôture qui aurait les mêmes effets entre-elles que l'ordonnance de clôture : aucune pièce ou échange de conclusions ne pourrait intervenir postérieurement à cette date, sauf accord express des deux parties. Afin d'éviter toute difficulté, cette pré-clôture devrait être fixée au plus tard 1 mois avant la date de clôture et de plaidoirie arrêtée par le tribunal.
22. Ce calendrier prévoirait des sanctions conventionnelles pour prévenir les dérives et excès (rejet des échanges tardifs). Ces sanctions pourraient être entérinées par le tribunal qui arbitrerait toutefois les cas de motifs graves et légitimes.
23. Pendant le temps du déroulement du calendrier conventionnel, l'affaire serait retirée du rôle avec effet suspensif des délais de prescription et de péremption. Ce retrait interviendrait dès que les parties auraient informé le juge de la fixation conventionnelle d'un calendrier et au plus tard lors de l'audience d'orientation (audience permettant de connaître les dates définitives de clôture et de plaidoirie).

Parallèlement, le Juge de la mise en état pourrait être saisi, comme actuellement, sur simples conclusions comportant une demande de rétablissement ou aux fins de trancher les incidents que les parties n'auraient pas pu régler entre elles.

4.2. Seconde proposition : la revitalisation de la procédure participative de mise en état

24. Droit et procédure partage le point de départ de l'analyse du Conseil National des Barreaux qui propose que la mise en état conventionnelle prenne la forme d'une « *convention de procédure participative aux fins de mise en état* ».
25. En effet, si la procédure participative dans sa version initiale prévoyait qu'elle s'inscrive dans une phase pré-judiciaire, il est désormais acquis à l'article 2062 du Code civil dans sa version en vigueur depuis le 18 novembre 2016 qu'elle peut avoir pour objet la mise en état :

« La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige ».

4.2.1 La présentation de la convention participative de mise en état

26. La proposition de convention participative de mise en état, préparée par l'avocat du demandeur pourrait intervenir dès la saisine de la juridiction dématérialisée (page 19 du rapport Agostini), être annexée à l'acte introductif d'instance et ensuite portée à la connaissance du défendeur par voie de signification par huissier en même temps que l'acte de saisine.
27. Dans ce cas, la juridiction serait saisie non plus par la remise au greffe de la copie de l'assignation (actuel article 757 du code de procédure civile) mais de la proposition de procédure participative : voici le projet de réécriture de l'article 757 du code de procédure civile :

« Le tribunal est saisi, à la diligence de l'une ou l'autre partie, par la remise au greffe de la signification de la demande en justice à laquelle est annexée la proposition de convention de procédure participative.

Cette remise doit être faite dans les quatre mois de l'assignation, faute de quoi celle-ci sera caduque, à moins qu'une convention de procédure participative ne soit conclue avant l'expiration de ce délai. Dans ce cas, le délai de quatre mois est suspendu jusqu'à l'extinction de la procédure conventionnelle.

La caducité est constatée d'office par ordonnance du président ou du juge saisi de l'affaire ».

À défaut de remise, requête peut être présentée au président en vue de faire constater la caducité.

4.2.2 Le contenu de la convention de mise en état conventionnelle

28. Le contenu de la mise en état conventionnelle est déjà prévu par l'article 2063 du Code civil qui prévoit que :

« La convention de procédure participative est, à peine de nullité, contenue dans un écrit qui précise :

1° Son terme ;

2° L'objet du différend ;

3° Les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend ou à la mise en état du litige et les modalités de leur échange.

4° Le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État ».

29. S'agissant du contenu, l'article 1545 du CPC précise quant à lui :

« Outre les mentions prévues à l'[article 2063 du code civil](#), la convention de procédure participative mentionne les noms, prénoms et adresses des parties et de leurs avocats ».

30. La communication des pièces et informations entre les parties se fait par l'intermédiaire de leurs avocats, selon les modalités prévues par la convention ; ceux-ci les portent à la connaissance des intéressés par tous moyens appropriés. Un bordereau est établi lorsqu'une pièce est communiquée.

La convention fixe également la répartition des frais entre les parties sous réserve des dispositions de l'article 123-2 du décret n° [91-1266](#) du 19 décembre 1991 lorsque l'une des parties bénéficie de l'aide juridictionnelle. À défaut de précision dans la convention, les frais de la procédure participative sont partagés par moitié.

31. Il est aussi possible recourir dans cette convention de procédure participative à des actes contresignés par avocats. Ces actes sont inspirés de l'acte de procédure d'avocat promu par le rapport Delmas Goyon (proposition 26) dans lequel il est défini comme un acte d'administration de la preuve dont l'objectif est « *de donner aux parties et à leurs conseils la possibilité d'avoir un rôle plus actif dans le déroulement du procès civil* ».

L'acte de procédure d'avocat avait été conçu initialement comme un support de mode conventionnel d'administration de la preuve (mesures conventionnelles d'instruction : actes de constatation matérielle, de certification de pièces, d'enquête, de désignation, etc.).

Mais, les actes contresignés par avocats sont conçus plus largement : ils ne se limitent pas à la seule administration de la preuve : ils peuvent être accomplis tant avant toute action en justice (notamment dans le cadre d'une procédure participative, pour aider à la recherche d'une solution amiable) qu'ultérieurement, en cas d'exercice de la voie judiciaire pour en faciliter l'issue.

Ils permettent, par un cheminement ponctué d'étapes, d'administrer conjointement et de bonne foi la preuve ; de définir son objet, ses modes d'établissement, ses effets. Il résulte de l'article 1546-3 qu'ils sont intégrés à la convention participative (celle-ci étant une sorte de dossier qui contient divers actes contresignés par avocats).

32. L'acte contresigné par avocats a été accueilli dans notre droit positif le 6 mai 2017 et est inscrit désormais à l'article 1546-3 du CPC :

« Par actes contresignés par avocats précisés dans la convention de procédure participative, les parties peuvent notamment :

- 1° Constater les faits qui ne l'auraient pas été dans la convention ;*
- 2° Déterminer les points de droit auxquels elles entendent limiter le débat, dès lors qu'ils portent sur des droits dont elles ont la libre disposition ;*
- 3° Convenir des modalités de communication de leurs écritures ;*
- 4° Recourir à un technicien ;*
- 5° Désigner un conciliateur de justice ou un médiateur ».*

33. Le principe et les modalités de la procédure participative de mise en état existent donc déjà pour permettre aux parties de définir dès l'engagement de la procédure :

- Les demandes principales/reconventionnelles,
- Les points de droit à trancher,
- Les incidents/ le fond : chacune de ces phases pouvant conduire à un calendrier successif de dates,
- Le mode de communication des échanges au fond :
 - o leur nombre prévisible (par exemple, acte introductif, mémoire en défense, mémoire en demande, second et dernier mémoire en défense), sauf élément nouveau,
 - o Leur délai : 3 mois/2 mois/1 mois selon l'importance du litige ou un calendrier conventionnel,
 - o leur longueur (par exemple 20 pages/30 pages/40 pages) selon l'importance du litige,

- Le mode d'établissement et de communication des preuves : pièces, attestations :
 - o Authentification des pièces et attestations remises au procès,
 - o Désignation d'expert/techniciens et mode de rémunération (partage, à titre d'avance...)
- Les sanctions du non-respect des délais

34. Par pragmatisme, on pourrait suggérer que cette convention participative de mise en état ne soit signée que par les avocats, par dérogation à l'article 1544 du CPC alors que la procédure participative portant sur le fond doit continuer à être signée des parties.

4.3. L'homologation de la convention participative de mise en état

35. Il serait possible de demander au juge lors de la première audience d'orientation d'homologuer cette convention pour la doter de la force exécutoire.

36. Cette « homologation » qui en tant que telle n'apparaît pas absolument nécessaire, le contrat étant revêtu de sa propre force obligatoire, aurait pour intérêt :

- d'informer le juge dès la première audience du canevas choisi par les parties pour orchestrer leurs délais et autres mesures : incident/ fond, expertise...
- mais aussi de fixer :
 - o une éventuelle audience de « purge » d'incidents :
- et enfin de confirmer
 - o la date de clôture
 - o la date des plaidoiries au fond.

L'article 764 du CPC devrait être complété à cette fin.

37. Lors de cette audience d'orientation et après homologation de la convention participative de mise en état, un retrait du rôle pourrait être ordonné, conformément aux dispositions de l'article 1546-1 du code de procédure civile.

4.4. Les effets de la procédure participative de mise en état

38. Si les textes actuels prévoient que la conclusion d'une procédure de mise en état entraîne le retrait du rôle (article 1564-1 du code de procédure civile) et l'interruption des délais pour conclure et faire appel incident devant la Cour d'appel et ce jusqu'à l'information donnée au juge de l'extinction de la procédure participative (article 1546-2 du Code de Procédure civile), la décision de recourir à une procédure participative n'interrompt pas le délai de péremption de l'instance.

Il faudrait donc envisager d'intégrer la conclusion d'une procédure participative de mise en état comme cause interruptive du délai de péremption de l'instance, ce qui n'est pas le cas actuellement et pourrait s'avérer létal surtout lorsque la convention est établie après plusieurs mois de procédure « classique ».

4.5. Les sanctions du non-respect de la convention de procédure participative de mise en état

39. Le plus difficile est de prévoir la sanction du non-respect des modalités prévues par la convention de procédure participative et d'envisager la suite du procès.

4.5.1. Le fait générateur de la fin de la procédure participative de mise en état

40. En dehors de l'hypothèse de l'accord permettant de vider le litige, le fait générateur de la fin de la procédure conventionnelle pourrait être soit la violation du principe de bonne foi, visée expressément par l'article 2062 du Code Civil, soit le non-respect des engagements expressément définis dans la convention et plus précisément des délais.

4.5.2. Le renvoi à la phase de jugement/ mise en état judiciaire

41. C'est ici que se situent la pierre angulaire de la réflexion et la nécessité d'aborder deux optiques, dont le choix sera politique : une optique incitative ou une optique dissuasive.

42. L'article 1555 du CPC prévoit que la procédure conventionnelle s'éteint par :

1° L'arrivée du terme de la convention de procédure participative ;

2° La résiliation anticipée et par écrit de cette convention par les parties assistées de leurs avocats ;

3° La conclusion d'un accord mettant fin en totalité au différend ou au litige ou l'établissement d'un acte constatant la persistance de tout ou partie de celui-ci. Lorsqu'un accord au moins partiel a pu être conclu, il est constaté dans un écrit établi par les parties, assistées de leurs avocats. Il énonce de manière détaillée les éléments ayant permis la conclusion de cet accord.

43. Le rapport Guinchard prévoyait déjà dans une proposition 47 en cas d'échec partiel ou total de la « négociation », une passerelle vers une saisine simplifiée de la juridiction pour permettre un traitement accéléré de l'affaire.

44. L'article 1564-1 du CPC prévoit qu'à l'issue de la procédure conventionnelle :

L'affaire est rétablie à la demande de l'une des parties afin que le juge, selon le cas, homologue l'accord et statue sur la partie du litige persistant ou statue sur l'entier litige. La demande de rétablissement est accompagnée de la convention de procédure participative conclue entre les parties, des pièces prévues à l'article 2063 du code civil, le cas échéant, du rapport du technicien, ainsi que des pièces communiquées au cours de la procédure conventionnelle.

45. Trois hypothèses peuvent alors se présenter :

- l'accord total : article 1564-2 du CPC

Lorsque la mise en état a permis de parvenir à un accord total, la demande tendant à l'homologation de l'accord des parties établi conformément à l'article [1555](#) est présentée au juge par la partie la plus diligente ou l'ensemble des parties.

Lorsque l'accord concerne un mineur capable de discernement, notamment lorsqu'il porte sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, la demande mentionne les conditions dans lesquelles le mineur a été informé de son droit à être entendu par le juge ou la personne désignée par lui et à être assisté par un avocat.

- L'accord partiel : article 1564-3 du CPC

Lorsque la mise en état a permis de parvenir à un accord partiel, la demande de rétablissement indique les points faisant l'objet d'un accord entre les parties, ainsi que

les prétentions respectives des parties relativement aux points sur lesquels elles restent en litige, accompagnées des moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée, avec l'indication pour chaque prétention des pièces invoquées.

- L'absence d'accord : article 1564-4 du CPC

Lorsque le litige persiste en totalité, le juge en connaît selon les modalités prévues à l'article 1564-1.

46. La difficulté majeure est qu'en cas d'échec total, la procédure participative de mise en état peut se révéler un immense temps perdu. Dans cette hypothèse, les plaideurs vont pouvoir en effet redéployer toutes leurs demandes et tous leurs moyens devant le juge de la mise en état judiciaire. On décèle donc tout de suite :

- le possible effet pervers d'une rétention de demandes ou de moyens en phase conventionnelle.
- mais surtout la question de l'utilité d'une telle phase préalable qui pourrait donner à l'une des parties un outil dilatoire supplémentaire et aboutirait à différer la mise en état judiciaire, qui n'en serait nullement allégée mais seulement retardée.

47. Il est évident qu'un parallèle est à mener à ce stade de la réflexion avec les mécanismes prévus au sujet de l'issue de la procédure participative avant saisine du juge qui privilégient une optique relativement coercitive, puisque l'article 1559 prévoit à titre général le renvoi en phase de jugement et à titre exceptionnel à la mise en état judiciaire :

*« Devant le tribunal de grande instance et à moins que l'entier différend n'ait été soumis à la procédure de droit commun, l'affaire est directement appelée à une audience de jugement de la formation à laquelle elle a été distribuée.
L'affaire ne peut être renvoyée devant le juge de la mise en état que dans les cas prévus au deuxième et au troisième alinéa de l'article 1561 ».*

48. Ainsi, le renvoi à la mise en état judiciaire est circonscrit à deux hypothèses prévues par les alinéas 2 et 3 de l'article 1561 du CPC :

« Les parties ne peuvent modifier leurs prétentions, si ce n'est pour actualiser le montant d'une demande relative à une créance à exécution successive, opposer un paiement ou une compensation ultérieure ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait postérieur à l'établissement de l'accord.

Les parties ne peuvent modifier le fondement juridique de leur demande ou soulever de nouveaux moyens qu'en vue de répondre à l'invitation du juge de fournir les explications de fait ou de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige ».

49. Il peut sembler peu constructif, si la mise en état conventionnelle doit être encouragée, de devoir limiter le retour à la mise en état aux seules conditions de l'article 1561 (actualiser le montant d'une demande relative à une créance à exécution successive, opposer un paiement ou une compensation ultérieure ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait postérieur à l'établissement de l'accord) : en effet, si la procédure participative n'a pas porté ses fruits et que le défendeur n'a pas conclu ou le demandeur répliqué, la mise en état conventionnelle peut avoir été pauvre et insuffisante.

50. Pour autant cette solution a une vertu : celle d'encourager les parties à développer extensivement dans le cadre de la procédure participative toutes leurs demandes et moyens.

En revanche il faut s'interroger sur le point de savoir si canaliser à ce point le renvoi à la mise en état judiciaire ne revient pas à consacrer indirectement le principe de la concentration des demandes : il s'agirait même alors d'une concentration des demandes et des moyens !

51. En l'absence de texte, il faut envisager de prévoir (ce qui n'a pas été anticipé jusqu'à présent par les rédacteurs du décret) l'hypothèse dans laquelle la phase conventionnelle n'a abouti à aucun accord et peut donc s'être révélée totalement inutile et représente une perte de temps pour le demandeur.
52. Il est donc possible d'envisager une seconde solution, celle d'une mise en état judiciaire très cadrée pour ne pas dire coercitive, à l'instar de celle prévue devant la cour d'appel (dont on sait qu'elle est redoutable) :

- Soit en instaurant dans les textes par exemple 1 ou 2 ou 3 mois de délai pour produire le mémoire en défense / 1 ou 2 ou 3 mois pour le mémoire en demande sur demande reconventionnelle, ces délais étant prévus à peine d'irrecevabilité. Cette mesure risque toutefois d'être très impopulaire. Les avocats ont mal vécu l'application des décrets MAGENDIE qui a donné lieu à une grande sinistralité sans pour autant résorber les stocks de dossiers qui tardent à être audiencés.
- Soit en permettant au juge de les instaurer sous la même sanction. À vrai dire, cette solution, moins brutale, permettrait au juge d'adapter les délais à la spécificité de l'affaire (complexité, nombre de parties).

53. Droit et Procédure est plutôt favorable à la seconde option qui permet davantage de souplesse, les délais étant non impératifs mais laissés à la discrétion du juge de la mise en état en fonction de la spécificité de l'affaire. Il serait alors possible d'adapter l'article 1564-4 du code civil de cette manière :

« Lorsque le litige persiste en totalité, le juge en connaît selon les modalités prévues à l'article 1564-1.

Saisi par l'une ou l'autre des parties d'une demande rétablissement, le juge de la mise en état fixe un calendrier strict de procédure à peine d'irrecevabilité des écritures signifiées hors délai. Il fixe également la date de l'audience de clôture et de plaidoirie ».

5. Les problèmes résiduels à l'instauration d'une mise en état conventionnelle obligatoire

54. Plusieurs problèmes résiduels émergent d'un principe de généralisation d'une mise en état conventionnelle :

- Quid de l'intervention des tiers si la mise en état conventionnelle est en cours et que le juge est dessaisi comme le prévoit actuellement l'article 1546-3 du CPC ? Il faudrait que les parties puissent prévoir une convention participative modificative avec ce tiers et par voie de conclusions demander le rétablissement pour que le juge apprécie l'opportunité de maintenir ou modifier les dates de clôture et de plaidoirie initialement fixées.

- Quid des incidents actuellement tranchés par le juge de la mise en état ? Il est actuellement envisagé que le juge de la mise en état, à défaut de procédure participative de mise en état, fixe en début de l'instance une audience de purge des incidents.

55. Si le litige revient partiellement ou totalement devant le Juge de la mise en état après une mise en état conventionnelle et que l'une des parties soulève une exception ou fin de non-recevoir, 2 hypothèses paraissent envisageables :

- o La jonction au fond
- o La purge en cours d'instance selon un calendrier spécifique, avec le même choix que celui vu précédemment :
 - Soit en instaurant dans les textes un délai par exemple d'un, deux ou trois mois pour produire un mémoire en demande et en défense, ces délais étant prévus à peine d'irrecevabilité,
 - Soit en permettant au juge de les instaurer sous la même sanction en les adaptant à la spécificité de l'affaire (complexité, nombre de parties).

Il est possible d'ailleurs de considérer que cette phase de purge soit purement écrite, sans audience.

6. Les recommandations de Droit et Procédure

56. La procédure participative de mise en état telle qu'envisagée par les pouvoirs publics pour matérialiser la mise en état conventionnelle, alternative à la mise en état judiciaire, mérite d'être revitalisée pour que les praticiens se l'approprient (proposition au stade de l'engagement de la procédure en annexe de l'acte introductif d'instance, mesure incitative d'un calendrier prioritaire de clôture et de plaidoirie, instauration de mesures limitatives en cas de retour du litige dans son intégralité à la mise en état judiciaire : passerelle vers une mise en état judiciaire stricte et encadrée par des délais de procédure, sanctionnés par l'irrecevabilité) mais aussi davantage simplifiée (signature par les avocats seulement) et protégée (instauration d'un motif de péremption à la signature d'une procédure participative de mise en état).



Proposition n° 23
du rapport du groupe de travail
dirigé par Mme Agostini
et M. Molfessis :

Le principe de loyauté procédurale

**Observations
de l'Association Droit & Procédure
sur la proposition n° 23 du rapport
du groupe de travail dirigé par Mme Agostini et M. Molfessis :**

Le principe de loyauté procédurale

Proposition n° 23 : Consacrer le principe de loyauté procédurale	Votes du CNB sur les propositions transmises à la Chancellerie (AG CNB, 16 et 17 février 2018)	Position de Droit & Procédure
« Le groupe de travail considère également que la consécration d'un principe de loyauté et de coopération à la charge des parties à une instance civile s'impose aujourd'hui. »	Le CNB constate que le principe de loyauté est déjà un principe du procès civil, à l'aune des textes existants et de la jurisprudence française le consacrant comme tel. Il ne faut pas ouvrir la voie aux procédures anglo-saxonnes inadaptées à notre système judiciaire.	Droit et Procédure estime que la proposition des rapporteurs est inutile et introduirait dans les principes procéduraux une notion floue, impropre à permettre la sanction des comportements procéduraux que les rapporteurs dénoncent.
		Droit et Procédure propose de modifier les règles de procédure de manière à dissuader certains comportements spécialement visés comme déloyaux, plutôt que s'appuyer pour cela sur la notion vague de loyauté.

1. Constat et analyse des dysfonctionnements

1. Le rapport du groupe de travail dirigé par Mme Agostini et M. Molfessis sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile (ci-après le « *Rapport* »), contient une proposition n° 23 ainsi libellée : « *Consacrer le principe de loyauté procédurale* »¹.

La présente note examine les éléments d'appréciation de cette proposition et exprime une suggestion pour atteindre les objectifs qu'elle vise.

¹ Rapport, p. 11.

1.1. Les comportements déloyaux visés

2. La proposition de consécration d'un principe de loyauté procédurale formulée dans le Rapport a pour objet explicite de contrer des comportements procéduraux considérés comme déloyaux.
3. Le Rapport cite le rapport du groupe de travail piloté par M. Delmas-Goyon, qui visait en tant que comportements déloyaux les manœuvres dilatoires et les dissimulations de preuves. Le Rapport reprend cette perspective en la précisant. Il cite en tant que comportements déloyaux : 1) les stratégies dilatoires, 2) la production fragmentée des éléments de preuve, 3) l'expression de moyens dont le plaideur sait qu'ils sont contraires à des éléments de preuve qu'il détient et s'abstient de produire.
4. Un bref sondage aléatoire parmi quelques confrères confirme la perception répandue selon laquelle de nombreux adversaires se comportent parfois de manière considérée comme déloyale. Les confrères interrogés citent le plus souvent comme comportement déloyal : la communication tardive de pièces ou écritures, le non-respect du calendrier de procédure, la production d'écritures récapitulatives successives sans signaler les changements d'une version à l'autre, les demandes de renvois injustifiées et les notes en délibéré non autorisées.
5. L'on observe donc une certaine convergence entre les avocats consultés et le Rapport en ce qui concerne la définition des comportements qualifiés de déloyaux.
6. Au-delà de ces comportements identifiés, le Rapport énonce que « *l'affirmation du principe de loyauté et sa mise en œuvre doivent permettre à la « prestation judiciaire » de « gagner en crédibilité »* ». Ce point de vue est peut-être exact, mais il nous paraît hors de propos.

En effet, l'on peut concevoir que l'objectif poursuivi à travers l'élaboration de textes de procédure soit l'amélioration du fonctionnement de l'institution judiciaire, mais il ne peut en revanche être question d'affirmer des principes dans le but de plaire au public afin d'améliorer « la crédibilité » de l'institution.

Cette crédibilité, nous semble-t-il, ne devrait être que la conséquence du bon fonctionnement de l'institution, non un objectif parallèle, distinct de celui-ci.

7. Dans cet esprit, les présentes observations ne s'attachent qu'aux comportements procéduraux considérés comme déloyaux aux termes du Rapport, et proposent des règles susceptibles de les prévenir ou de les sanctionner. Elles n'examinent pas la question de savoir si la consécration d'un principe de loyauté procédurale aurait ou non un effet d'affichage positif pour l'institution judiciaire.

1.2. L'insuffisance des règles déontologiques pour prévenir et sanctionner les comportements déloyaux

8. Les règles déontologiques de la profession d'avocat, en ce qu'elles érigent le principe de loyauté en principe essentiel, devraient suffire à réprimer les comportements déloyaux. Cependant, et en pratique, ces règles s'avèrent trop souvent inefficaces tant dans la prévention que dans la sanction des comportements dont il est ici question.

9. Ainsi, l'article 1.3 du Règlement Intérieur National impose à l'avocat d'exercer ses fonctions en respectant notamment « les principes d'honneur, de loyauté, de désintéressement ».
10. L'on retrouve cette exigence à l'article 5.1 qui prévoit que *l'avocat « se comporte loyalement avec la partie adverse »*², en précisant que « *la communication mutuelle et complète des moyens de fait, des éléments de preuve et des moyens de droit se fait spontanément, en temps utile* ». La commission des règles et usages du CNB a d'ailleurs souligné que « la communication mutuelle et complète des moyens de fait, des éléments de preuve et des moyens de droit est une obligation procédurale qui s'impose devant toutes les juridictions »³.
11. Les dispositions du Barreau de Paris, indépendantes du RIN, prévoient notamment que l'avocat « *doit être exact aux audiences et se comporter en loyal auxiliaire de justice* »⁴.
12. L'on peut douter toutefois que ces dispositions suffisent à prévenir ou sanctionner les comportements qualifiés de déloyaux dans le Rapport, pour trois raisons :
- D'une part, aucune des dispositions signalées ne vise explicitement ces comportements, si ce n'est que la communication des moyens de fait et de droit, et la communication des éléments de preuve, doit se faire spontanément et en temps utile ;
 - D'autre part, les décisions rendues par le Conseil de l'Ordre des avocats de Paris sanctionnant un avocat pour avoir eu ces comportements, que ce soit au visa des textes susvisés ou sur une autre base textuelle, sont pour ainsi dire inexistantes. Par conséquent la valeur dissuasive des dispositions susvisées paraît faible ;
 - Et enfin, il paraît impossible de voir selon quel mécanisme une sanction disciplinaire intervenant le plus souvent plusieurs mois après le fait répréhensible pourrait prévenir ou réparer la déloyauté procédurale commise par un avocat.
13. L'on parvient ainsi à la conclusion suivante : la loyauté figure bien parmi les règles qui s'imposent à l'avocat dans l'exercice de sa profession, mais il n'est pas aisé de relier, d'une part, cette obligation de loyauté et, d'autre part, les comportements que le Rapport voudrait faire interdire ; et même si l'on parvenait à relier le principe de loyauté à ces comportements (par exemple, sur la base d'interprétations des règles actuelles que le CNB pourrait publier), cela ne déboucherait pas sur un moyen efficace de les sanctionner en cours de procédure.

1.3. L'insuffisance du recours aux règles procédurales pour prévenir et sanctionner les comportements déloyaux

14. L'on trouve pareillement dans le Code de procédure civile plusieurs textes générateurs d'obligations qui semblent correspondre à ce que le Rapport laisse entendre par loyauté. Toutefois, l'examen de la jurisprudence issue de ces textes laisse sceptique sur la vigueur avec laquelle les comportements qualifiés de déloyaux sont sanctionnés.

² Voir aussi l'article 16 du décret n°2005-790 du 12 juillet 2005.

³ Avis 26 novembre 2002.

⁴ Art. P.34.

1.3.1. Les textes relatifs à la loyauté procédurale

15. Selon le Rapport, les articles 3, 9, 10 et 24 du Code de procédure civile permettent déjà d'imposer aux parties un comportement loyal. D'autres textes peuvent également être cités.
- L'article 3 Code de procédure civile prévoit que : « *Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires* ».
 - L'article 9 énonce que : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».
 - L'article 10 dispose que : « *Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles* ».
 - L'article 15 prévoit que : « *Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense* ».
 - L'article 16 énonce que : « *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* ».
 - L'article 24 prévoit que : « *Les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice. Le juge peut, suivant la gravité des manquements, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer les écrits, les déclarer calomnieux, ordonner l'impression et l'affichage de ses jugements* ».
16. Aux termes de l'article 32-1 du CPC : « *Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés* ».
- L'article 135 du CPC dispose que : « *Le juge peut écarter du débat les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile* ».
 - L'article 783 du CPC dispose qu'« *après l'ordonnance de clôture, aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite aux débats, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office* ».
17. Pour autant, le principe de loyauté procédurale n'est pas explicitement mentionné par le Code de procédure civile au titre des principes directeurs du procès⁵.
18. En revanche l'article 763 du CPC prévoit que : « *L'affaire est instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre à laquelle elle a été distribuée. Celui-ci a mission de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces* ». L'on retrouve ici l'idée

⁵ L. Miniato, L'introuvable principe de loyauté en procédure civile, D. 2007. Chron. 1035.

présente dans le rapport selon laquelle la loyauté s'exprimerait particulièrement à travers la ponctualité des échanges et la communication des pièces. L'on souligne que pour la doctrine, cet article a pour objectif de préserver l'égalité des armes et l'effectivité des droits de la défense en permettant de censurer les comportements abusifs »⁶.

19. L'article 10 alinéa 1^{er} du Code civil a également servi de fondement à des décisions relatives au principe de loyauté⁷.

Cet article dispose en effet que : « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* ».

20. Enfin, la jurisprudence fait parfois référence à l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme lequel dispose que : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle...* ».
21. Pour ce qui est des références directes au principe de loyauté, l'article 1464 alinéa 3 du Code de procédure civile prévoit qu'en matière d'arbitrage « *Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure* ».
22. L'on dispose donc d'un ensemble de textes épars dont le sens général peut être interprété comme interdisant les comportements qualifiés de déloyaux par le Rapport.
23. Toutefois, l'expérience des procédures enseigne que, comme pour les règles déontologiques existantes, ces règles ne semblent pas déboucher de manière cohérente sur la sanction des comportements que l'on entend prévenir ou sanctionner.

1.3.2. La jurisprudence relative à la loyauté procédurale

24. En matière de production tardive de pièces, l'on trouve des décisions ayant sanctionné un comportement déloyal par l'irrecevabilité de la production tardive :
25. Ainsi, le 8 juillet 2004, la deuxième chambre civile a-t-elle par exemple jugé : « *Qu'après avoir rappelé que M. et Mme X... avaient été invités, par un premier arrêt du 3 juillet 1998, à produire les documents fondant leurs demandes, la cour d'appel relève qu'ils ont attendu le 3 février 2000 pour produire les pièces réclamées et qu'ils ont ainsi mis leurs adversaires dans l'impossibilité de les examiner et d'y répondre compte tenu de la date de clôture prononcée le 8 février 2000 à la suite d'un premier report ; que la cour d'appel a ainsi caractérisé les circonstances particulières ayant empêché le respect du principe de la contradiction et retenu un comportement contraire à la loyauté des débats »⁸.*

⁶ F. Ferrand, *La preuve* Rép. Dalloz de procédure civile § 486 et suivants.

⁷ Voir Cass. Civ, 1^{ère}, 7 juin 2005 n°05-60.044.

⁸ Cass. Civ 2^{ème}, 8 juillet 2004 n°00-17.615. Non publié au bulletin. Pour des conclusions tardives : Cass. Civ 2^{ème}, 4 mars 2004 n°02-15.270. Publié au bulletin. Voir également Cass. Civ 2^{ème}, 23 octobre 2003 n°01-00.242 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que M. X... avait déjà précédemment, le jour même pour lequel la clôture de l'instruction était annoncée, déposé des conclusions et communiqué des pièces dont l'irrecevabilité pour cause de tardiveté avait été soulevée, l'arrêt retient qu'en réitérant ce comportement par le dépôt de conclusions récapitulatives à huit jours de l'ordonnance de clôture, il a, sans motif légitime, empêché son adversaire de faire valoir ses moyens en temps utile ; que la cour d'appel a ainsi caractérisé un comportement contraire à la loyauté des débats et légalement justifié sa décision* ».

Dans cette décision, la deuxième chambre civile approuvait donc la cour d'appel qui avait écarté des débats des éléments tardivement transmis.

26. Dans une décision plus récente du 23 juin 2016⁹, la deuxième chambre civile a également suivi une cour d'appel ayant déclaré irrecevables comme tardives, des conclusions et pièces.
27. La question de savoir si les pièces ont été ou non communiquées en temps utile relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, ainsi que le relevait la chambre mixte le 3 février 2006 : « *Mais attendu qu'il résulte des constatations souveraines de l'arrêt que les pièces n'avaient pas été communiquées en temps utile au sens des articles 15 et 135 du nouveau Code de procédure civile...* »¹⁰.
28. Cependant, si cette appréciation appartient souverainement au juge, ce dernier doit, en motivant sa décision, caractériser les circonstances particulières qui empêchent la partie adverse de répondre.

C'est ainsi que la première chambre civile, dans une décision du 22 novembre 2017 a cassé un arrêt de cour d'appel ayant déclaré irrecevable des conclusions signifiées quatre jours avant l'ordonnance de clôture au motif « *qu'en se déterminant ainsi, sans expliquer, même sommairement, en quoi ces conclusions n'avaient pas été déposées en temps utile, empêchant ainsi la banque d'y répondre, la cour d'appel n'a pas donné de base légale sa décision* »¹¹.

29. Néanmoins, c'est au nom du même principe de loyauté des débats que la jurisprudence a pu autoriser la production tardive de pièces. Ainsi, dans un cas où une partie avait produit en cours de délibéré un élément de preuve obtenu après clôture des débats, mais détenu depuis plusieurs mois par son adversaire, cet élément de preuve a-t-il pu être exceptionnellement admis aux débats, sur le fondement de ce même principe de loyauté.
30. Dans un arrêt remarqué du 7 juin 2005, la première chambre civile a rappelé au visa des articles 10, alinéa 1er du Code civil¹² et 3 du Code de procédure civile que : « *Le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats. [...] Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que la lettre du président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés envoyée à M. X...*

le jour même de l'audience des plaidoiries et faisant état d'une délibération de cet organisme antérieurement adressée au bâtonnier, reçue par lui le 25 novembre 2004 et cependant non communiquée avant la clôture des débats, comportait des éléments susceptibles de modifier l'opinion des juges quant à la confidentialité du scrutin au regard, notamment, des modalités adoptées dans l'utilisation d'identifiants personnels, la cour d'appel a violé les textes susvisés »¹³. Sur le fondement du principe de loyauté, la Cour de cassation censure donc ici une cour d'appel qui avait déclaré irrecevables des éléments de preuve transmis après la clôture des débats hors des cas prévus par l'article 445 du Code de procédure civile.

⁹ Cass, Civ 2^{ème}, 23 juin 2016 n°15-10.831.

¹⁰ Cass. Mixte, 3 février 2006 n°04-30.592. Publié au bulletin.

¹¹ Cass. Civ 1^{ère}, 22 novembre 2017 n°16-22.127.

¹² Article 10 du Code civil " Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ".

¹³ Cass. Civ 1^{ère}, 7 juin 2005 n°05-60.044. Publié au bulletin.

31. L'on voit ainsi que le principe de loyauté, en tant qu'il s'applique à la production des pièces, semble permettre de justifier des décisions opposées. En outre, en ce qui concerne les autres comportements qualifiés de déloyaux, il ne semble pas que l'on trouve une activité jurisprudentielle notable permettant de conclure que les tribunaux sont déjà en mesure de sanctionner efficacement les comportements que l'on entend prévenir.
32. À titre d'exemple, l'amende civile prévue à l'article 32-1 du Code de procédure civile qui permet de sanctionner les comportements abusifs ou dilatoires n'est que très rarement prononcée¹⁴.

La pratique nous conduit ainsi à affirmer que le plus souvent, les juges n'appliquent pas les textes qu'ils ont pourtant à disposition.

2. La position des institutions représentatives de la profession

33. Réagissant à la proposition n° 23 du Rapport, le CNB a émis l'avis suivant : « Le CNB constate que le principe de loyauté est déjà un principe du procès civil, à l'aune des textes existants et de la jurisprudence française le consacrant comme tel. Il ne faut pas ouvrir la voie aux procédures anglo-saxonnes inadaptées à notre système judiciaire »¹⁵.
34. Le barreau de Paris a adopté la résolution suivante : « A l'unanimité des votants, le Conseil vote que le barreau est bien sûr favorable au principe de loyauté mais vote CONTRE l'obligation de communication des pièces et de la concentration des moyens tels que prévus en l'état et rappelle les limites des règles de la responsabilité professionnelle de l'avocat ».

3. Propositions

3.1. Ne pas utiliser la notion de loyauté

35. Il ne semble pas souhaitable d'aborder l'amélioration des comportements processuels **par l'intermédiaire de l'énoncé d'une obligation de loyauté**, car le contenu de cette obligation serait trop vague.
36. Dans son commentaire de la décision du 7 juin 2005¹² précitée, Roger Perrot soulignait que : « la loyauté est essentiellement imprégnée d'une lourde connotation morale qui la distingue des autres principes directeurs inscrits dans le nouveau code de procédure civile. On peut délimiter objectivement les contours du principe de la contradiction ; on peut aussi, encore que plus difficilement, tracer les frontières de l'impartialité du juge. Mais la loyauté échappe à tout repère objectif »¹⁶.
37. L'on voit bien l'illustration d'un tel risque de dérive dans les réactions initiales à la proposition n° 23, où l'utilisation du mot « loyauté » a conduit le CNB, par exemple, à y voir une tentative d'importer dans la procédure française des « procédures anglo-saxonnes inadaptées à notre système judiciaire » (alors même que le Rapport

¹⁴ Voir néanmoins : Cass. Civ 2ème, 3 septembre 2015 n°14-11.676 et Cass. Soc 11 juillet 2002 n°00-44.407.

¹⁵ Chantiers de la Justice *Votes du CNB sur les propositions transmises à la chancellerie*, assemblée générale du Conseil national des barreaux du 16 et 17 février 2018.

¹⁶ R. Perrot, *La loyauté procédurale* RTD Civ. 2006 p. 151.

n'évoque pas cette possibilité...). Pour sa part, le barreau de Paris n'a pas vu dans le principe de loyauté une intrusion étrangère, mais il y discerne une « *obligation de communication des pièces et de la concentration des moyens* ».

Ces prises de position montrent que l'imprécision de la notion de loyauté n'est pas propice à un débat constructif sur la manière d'améliorer le fonctionnement du procès civil, puisque les personnes concernées ont des conceptions très diverses de ce qui constitue la loyauté, et des craintes également diverses sur ce que l'utilisation de cette notion pourrait annoncer comme évolutions futures des règles du procès civil.

3.2. Améliorer le régime de prévention et de sanction des comportements qualifiés de déloyaux

38. Plutôt qu'engager un débat au long cours sur les contours d'une obligation définie par un terme aussi général et protéiforme que celui de loyauté, il paraît plus efficace de réglementer en premier lieu les comportements qui, de l'avis des avocats comme selon le Rapport, sont les plus irritants pour les participants au procès civil.

3.2.1. Le respect de délais

39. La réflexion sur le respect des délais par les parties et leurs avocats doit s'appuyer sur une compréhension raisonnée de l'idée selon laquelle le procès serait la chose des parties. C'est bien le cas pour ce qui concerne ce que les parties entendent demander à la justice, mais cela ne peut pas être le cas pour le fonctionnement du procès, dès lors que pour celui-ci, les parties utilisent des ressources publiques (les juges, les greffiers, et tous les moyens de la justice) dont il paraît légitime que l'on prévienne l'utilisation abusive¹⁷.

40. Il serait donc opportun de faire inscrire dans le Code des règles selon les principes suivants :

- Toute procédure contentieuse donne lieu à l'établissement d'un calendrier de procédure, convenu entre les parties et la juridiction, ou à défaut fixé par la juridiction, pour la production par les parties de leurs écritures et pièces, et donnant lieu à une ordonnance prise par la juridiction saisie et notifiée aux avocats et aux parties (ce mécanisme serait distinct de celui relevant de la procédure participative, dès lors que l'établissement d'un calendrier ne serait pas laissé aux parties mais serait guidé par le juge et décidé par lui à défaut d'accord) ;
- Le non-respect des dates de procédure est sanctionné par l'irrecevabilité d'office des écritures et pièces ;
- Toute demande de modification du calendrier en cours de procédure doit être faite par un écrit justifiant la demande par un motif sérieux et légitime ;

¹⁷ « Le procès civil ne peut être ni la seule chose du juge, ni la seule chose des parties ; il est à la fois la chose du juge et des parties car s'il a pour objet de trancher des litiges d'intérêt privé, cette solution mobilise le service public de la justice et est au demeurant destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général : la paix civile et le respect des lois », L. Cadet, Justice et Paix Civile, <http://www.ahjucaf.org/La-justice-dans-l-Etat-M-Loic-CADIET-professeur-a-l-Ecole-de-droit-de-la.html>.

41. Pour l'avocat, ces règles présenteraient les avantages suivants :

- D'une part, elles feraient échapper la tenue des calendriers de procédure à des considérations de confraternité. La confraternité intervient lorsqu'un avocat demande à l'avocat adverse d'accepter un renvoi, et place ainsi le second dans un conflit entre la confraternité et l'intérêt de son client, ou simplement l'intérêt de l'efficacité de la procédure. Il paraît donc important que seul le juge ait la maîtrise du calendrier, indépendamment de tout accord des parties pour le modifier, et que les avocats et leurs clients assimilent l'idée qu'il n'y aura pas de modification du calendrier de procédure initialement fixé, sauf de manière exceptionnelle dans des circonstances particulièrement sérieuses.
- D'autre part, ces règles feraient reposer sur le client le risque procédural associé à la découverte tardive de pièces pertinentes, que le client aurait pu remettre à son avocat à une étape antérieure de la procédure. Dans bien des cas en effet, les clients sont à l'origine de lenteurs de la procédure en raison de l'organisation défectueuse des dossiers qu'ils soumettent à leurs avocats, contraignant ces derniers à modifier les écritures ou solliciter des renvois simplement parce que des pièces nouvelles ont été découvertes et doivent être produites, alors que ces pièces auraient pu être découvertes et produites depuis longtemps. Les règles proposées donneraient aux avocats la possibilité de mettre en garde leurs clients dès leur engagement, en faisant explicitement peser sur les clients les risques liés aux évolutions du dossier initialement établi par le client. Il pourrait être envisagé que les modèles de conventions d'honoraires ou lettres d'engagement établis par la profession contiennent une clause dans ce sens.

3.2.2. Le traitement des exceptions de procédure et fins de non recevoir

3.2.2.1. Contestation de compétence

42. Supprimer l'article 80 du Code de procédure civile et les dispositions relatives à l'appel du jugement statuant exclusivement sur la compétence serait salubre :

- la possibilité donnée au juge de se prononcer distinctement sur sa compétence sans trancher le fond, à charge d'appel, permet trop souvent à la partie qui veut retarder la procédure au fond de la paralyser en soulevant une incompétence infondée et en exerçant les voies de recours contre la décision ayant tranché la seule question de compétence.
- lorsque la compétence du juge saisi est contestée, il paraît plus efficace et rapide que cette contestation soit tranchée avec le fond, et que si l'une des parties souhaite faire réexaminer cette décision sur la compétence, qu'elle la soumette à la cour d'appel avec l'ensemble de la décision sur le fond.

43. Il faudrait toutefois vérifier qu'une telle modification n'entraînerait pas des conséquences excessives dans certaines situations d'incompétence de la juridiction saisie en contraignant le défendeur à conclure au fond. Ce risque semble toutefois acceptable dès lors que, par hypothèse, le défendeur devra faire valoir ses moyens de fond devant la juridiction compétente. D'où l'idée que, lorsque la juridiction initialement saisie se déclare incompétente après avoir entendu les parties sur le fond, elle transmette le dossier en l'état à la juridiction désignée compétente afin que celle-ci puisse rendre la décision sans nouvelles écritures des parties ni nouvelle audience,

de sorte que la décision d'incompétence du juge saisi n'allonge pas de beaucoup le calendrier de la procédure.

44. Une autre possibilité serait de purger la question de compétence pendant la phase de mise en état du dossier, en respectant un calendrier de procédure strict, et sans possibilité de recours, sauf avec la décision sur le fond.

3.2.2.2. Litispendance et connexité

45. Pareillement, il conviendrait d'étudier l'éventualité de la suppression du recours sur la seule exception de litispendance ou de connexité, actuellement prévue par l'article 104 du CPC.

3.2.3. La sanction de la tardiveté de production des pièces

46. Dans la perspective de conduire les parties à faire une utilisation raisonnablement efficace des ressources de l'institution judiciaire, il paraîtrait souhaitable d'attendre d'elles qu'elles préparent leur dossier avec un soin suffisant pour disposer, dès le début du litige, des principaux éléments qu'elles entendent faire valoir. C'est particulièrement vrai pour le demandeur, qui dans la plupart des cas a la maîtrise de la date à laquelle il commence son action, et dont on peut attendre par conséquent qu'il ne la commence que lorsque son dossier est correctement constitué.

Cela suppose de définir ce qui est la tardiveté et de prévoir une procédure permettant de trancher les incidents nés de cette tardiveté, préalablement au fond.

3.2.3.1. Définir la tardiveté

47. Dans cette perspective, il serait proposé de qualifier de tardive toute production de pièce au soutien des prétentions originaires, non comprise dans les pièces produites au soutien de ces prétentions, et dont la production n'est pas justifiée par la nécessité de réfuter un moyen soumis par la partie adverse. Certes, le demandeur peut parfois être contraint de constituer son dossier à la hâte, par exemple en cas de prescription imminente (encore que l'on puisse attendre de lui qu'il ne retarde pas sa décision de saisir la justice jusqu'aux jours précédant la fin de la période de prescription).
48. Si l'on estimait que cette situation devrait justifier un traitement particulier, il pourrait être envisagé que l'existence de circonstances indépendantes de la volonté du demandeur et justifiant l'insuffisance initiale d'un dossier puissent envisager une exception à la tardiveté de principe. Un semblable critère de tardiveté serait proposé pour le défendeur.

3.2.3.2. Prévoir une procédure permettant de faire trancher l'incident avant l'audience au fond

49. Il serait proposé que la tardiveté puisse être relevée d'office par le juge chargé de la mise en état, ou soulevée par l'adversaire, et que l'incident de tardiveté puisse être tranché avant le fond et sans recours autre qu'avec la décision au fond. Il pourrait être envisagé que la tardiveté soit tranchée avant les dernières écritures des parties, afin qu'au moment où les parties rédigent leurs dernières écritures, elles sachent si certaines pièces produites ont été ou non écartées par le juge.

3.2.4. La sanction des moyens contraires aux faits connus de la partie qui les invoque

50. Le fait de mentir délibérément au juge en lui présentant un moyen que l'on sait inexact au regard de pièces que l'on détient mais ne produit pas est, on l'espère, peu fréquent, mais c'est un des cas de déloyauté visés par le Rapport.

Cette déloyauté ne peut être mise au jour que si les pièces établissant l'inexactitude du moyen sont produites (par hypothèse par une autre partie) et s'il est établi que la partie ayant présenté le moyen disposait de ces pièces ou ne pouvait pas en ignorer le contenu.

Si ces conditions sont réunies, il paraît légitime que le moyen en question soit rejeté, mais il paraît aussi que cette seule sanction serait insuffisante pour dissuader des parties de se livrer à ce type de manœuvre (pourquoi ne pas mentir si le seul risque est que l'affirmation mensongère soit écartée ?).

Il est donc proposé de sanctionner ce type de comportement en donnant la possibilité au juge d'infliger une amende civile à la partie qui s'y est livrée. Comme il est à craindre que cette amende soit rarement infligée (à l'instar des dispositifs de sanction dont les juges disposent déjà actuellement), il paraîtrait souhaitable que son montant soit très dissuasif et assorti d'un minimum en fonction de la valeur en litige.

3.2.5. L'audience ne doit plus être l'occasion de comportements déloyaux

51. Pour prévenir les comportements considérés comme déloyaux à l'audience, les règles suivantes pourraient être proposées :

- Aucun renvoi d'audience de plaidoirie, sauf pour motif sérieux et légitime ;
- Donner au juge la possibilité d'indiquer aux parties, avant l'audience, les points sur lesquels il souhaite entendre leurs explications et la durée proposée pour la prise de parole de chaque partie.

3.2.6. Sanctionner les notes en délibéré non-sollicitées

52. Pour prévenir le comportement quasi unanimement considéré comme déloyal consistant à produire des notes en délibéré hors les cas prévus par l'article 445 du Code de procédure civile, il semble que le seul rejet des notes ainsi produites ne soit pas une sanction suffisamment dissuasive.

Il est donc proposé d'assortir la violation de l'article 445 d'une amende civile dont le prononcé serait notifié spécialement à l'avocat concerné et à la partie.

3.2.7. Faciliter le recours à l'amende civile de l'article 32-1

53. Le mécanisme de l'article 32-1 est délicat à mettre en œuvre car il mêle un aspect de sanction et un aspect indemnitaire. Pour éviter cela, il est proposé de limiter ce texte à la sanction des comportements abusifs.

Pour que cette sanction soit efficace et dissuasive, il faut augmenter le maximum actuellement fixé à 10 000 euros. Il est aussi proposé que cette sanction relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, et donc soit exclue du champ de l'examen de la cour de cassation.

3.2.8. Faire une meilleure application des dispositions de l'article 700

54. Voir sur le point la note de droit & Procédure sur la proposition n° 25 du groupe de travail dirigé par Mme Agostini et M. Molfessis.

3.3. Adapter le contrat client-avocat

55. Recommander des adaptations des modèles de conventions d'honoraires ou lettres d'engagement afin que la responsabilité de la construction des dossiers et du respect des délais repose sur les clients. Ainsi notamment, lorsqu'un client demande à son avocat d'engager une procédure alors qu'une prescription est imminente, il devait être convenu que le risque attaché à l'éventuelle insuffisance des pièces fournies par le client repose sur lui seul, et que l'avocat ne saurait être inquiété si la juridiction saisie rejette une production ultérieure de pièces que le client n'a pas remises à son avocat avant le début de la procédure.

3.4. Le plus difficile...

56. Faire en sorte que les juges adhèrent à l'objectif d'une plus grande loyauté du déroulement du procès civil et n'hésitent pas à sanctionner lorsqu'ils constatent des comportements déloyaux.

D'expérience, bien souvent les magistrats semblent craindre les réactions des avocats ce qui, en présence de comportements déloyaux, se traduit souvent par des attitudes d'emportement donnant lieu à des remarques cassantes ou méprisantes ou à l'inverse, par une certaine passivité. Il convient donc d'éviter ces deux écueils et de faire comprendre aux magistrats que le barreau les soutient dans la lutte contre ces comportements, y compris lorsqu'ils les sanctionnent, et qu'il est important qu'ils utilisent ces pouvoirs de sanction fermement et sans crainte de contestation. C'est à ce prix que l'arsenal existant et celui proposé auront l'efficacité prophylactique et curative que tous espèrent.



Proposition n° 24
du rapport du groupe de travail
dirigé par Mme Agostini
et M. Molfessis :

L'office du juge

**Observations
de l'Association Droit & Procédure
sur la proposition n° 24 du rapport
du groupe de travail dirigé par Mme Agostini et M. Molfessis :**

L'office du juge

Proposition n° 24 : L'office du juge	Votes du CNB sur les propositions transmises à la Chancellerie (AG CNB, 16 et 17 février 2018)	Position de Droit & Procédure
Clarifier l'office du juge quant à la détermination de la règle de droit applicable	Cette proposition n'est pas satisfaisante, dans la mesure où elle fait sortir le juge de son impartialité structurelle. Une telle proposition, conjuguée à la concentration des moyens en première instance, aggraverait les effets de la réforme de la procédure d'appel qui restreindrait l'accès effectif au juge à raison de l'instauration de nouvelles obligations procédurales et de sa voie de réformation au détriment de la voie d'achèvement (D. 2017-1891 6 mai 2017).	<p>1. Réécrire l'article 12 CPC pour obliger le juge à dire le droit dans le respect du principe de la contradiction.</p> <p>2. Instituer un juge de la mise en état indépendant du juge du fond chargé de :</p> <ul style="list-style-type: none"> - statuer sur les exceptions et fins de non recevoir y compris celle jugées en première instance. - Orienter la mise en état des dossiers. - Donner son avis sur l'application de la règle de droit.

1. **La proposition n° 24** du rapport pour une justice modernisée¹⁸ préconise de *clarifier l'office du juge quant à la détermination de la règle de droit applicable*.
2. L'implication du juge dans le déroulement du procès est un sujet de débat chez les avocats qui sont attachés à la neutralité du juge dans la qualification des demandes, alors pourtant que le principe dispositif ne concerne que l'allégation des faits et la charge de la preuve et que la qualification a pendant longtemps été le monopole du juge traduite dans l'adage « *da mihi factu, dabo tibi jus* » (donne moi le fait, je te donnerai le droit).
3. Mais pour beaucoup d'avocats, le procès demeure un affrontement dans lequel il appartient uniquement aux parties, non seulement d'alléguer les faits (article 6 du CPC) d'en rapporter la preuve (article 9 du CPC), mais également de fournir les moyens de droit à l'appui de leurs prétentions, et l'intrusion du juge dans ce bel ordonnancement fausserait les termes du débat judiciaire ;

¹⁸ Rapport de Madame Frédérique Agostini et Monsieur Nicolas Molfessis à Madame le Garde des Sceaux

C'est la position exprimée par le CNB qui considère que « *cette proposition (n° 24) n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle fait sortir le juge de son impartialité structurelle* » ; en d'autres termes, selon cette opinion, l'intervention du juge dans « *la détermination de la règle de droit applicable* » serait contraire aux règles d'un procès équitable.

4. Il n'est pas certain cependant que cette opposition soit réaliste au regard de l'actuel droit positif ni qu'elle constitue un facteur d'amélioration de la qualité de la justice.
5. Il est vrai que les réformes successives ont contraint les parties à fournir dans leur assignation en justice et dans leurs conclusions les moyens de droit fondant la demande (articles 56, 753, 954 du CPC), mais elles n'ont pas privé pour autant le juge de son pouvoir de soulever d'office (sauf rares exceptions) des moyens de droit (dans le respect, bien sûr, du principe de la contradiction).

Mais la question s'est posée de savoir si le juge non seulement pouvait mais encore devait requalifier les faits conformément à la règle de droit qu'il estimait applicable.

6. On connaît la réponse de la cour de cassation qui a considéré « *que si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ; qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, qu'elle était saisie d'une demande fondée sur l'existence d'un vice caché dont la preuve n'était pas rapportée, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de rechercher si cette action pouvait être fondée sur un manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule conforme aux stipulations contractuelles, a légalement justifié sa décision de ce chef* »¹⁹.
7. Ainsi réforme après réforme un déséquilibre se crée entre d'une part les obligations toujours plus lourdes mises à la charge des parties sous forme d'obligations de qualification, mais également de concentration des moyens, des demandes, des exceptions, ou encore de délais contraints lourdement sanctionnés, et d'autre part la latitude laissée au juge quant aux délais pour juger et à l'obligation de qualifier les faits.
8. C'est sans doute ce déséquilibre (encore accru par les propositions de nouvelle concentration et d'atteinte à la voie d'achèvement du procès) que les rédacteurs du rapport ont voulu compenser en proposant de *clarifier l'office du juge* tout en se gardant de préciser les véritables contours de leur proposition.
9. **Une première piste** pourrait consister à *clarifier* l'article 12 du C.P.C. en obligeant le juge, non seulement à restituer aux faits leur exacte qualification, mais encore à dire le droit revenant à l'adage ancien et surtout au véritable sens de ce principe directeur car « *nous aimerions que l'on se pénètre bien de cette vérité première qui a eu tant de mal à s'imposer et qui consiste à déclarer que l'application de la loi est obligatoire pour le juge parce qu'il s'agit d'une règle de droit et non pas parce qu'il s'agit d'une règle d'ordre public et qu'il n'existe pas de différence de nature entre la requalification et la substitution d'une règle de droit non invoquée* »²⁰;

¹⁹ Arrêt n° 564 du 21 décembre 2007 Cour de cassation - Assemblée plénière

²⁰ Henri Motulsky : Prologomènes pour un futur code de procédure civile Dalloz 2012 Chronique XVII

Mais si cette obligation (qui rétablirait un plus grand équilibre entre les devoirs réciproques des parties et du juge) était la bienvenue pour la qualité de la justice, elle risque fort de se heurter - outre à l'opposition des avocats - à un argument qui apparaît diriment : le risque de multiplication des pourvois, et il est par conséquent peu probable qu'à une époque où on réfléchit à décharger la Cour de cassation de son pouvoir de contrôle disciplinaire elle puisse être favorablement accueillie.

10. **Une seconde piste** pourrait alors consister en une plus grande implication du juge dans l'instruction du litige pour clarifier la règle de droit applicable et faire du temps du procès un temps utile ;

Cette piste pourrait se coordonner avec les propositions 18²¹ et 19²² du rapport Agostini/Molfessis et reviendrait à instituer une juridiction des exceptions et de la mise en état, distincte de la juridiction du fond, pour ne pas encourir le grief de partialité en raison du rôle donné au juge dans la détermination de la règle de droit ;

Il faut en effet redonner plus de sens à l'office processuel du juge, ce qui passe par la restauration du dialogue avec les avocats parce que « *le souci de voir trancher, en conformité de l'impératif de justice les vrais problèmes posés par un procès même civil conduit, on l'a assez souligné à faire sortir le juge du mutisme. (...) Faut-il qu'il laisse la discussion se dérouler sur des bases qu'il croit erronées et à l'aide de facteurs qu'il estime imprécis ou insuffisants ? Si l'on pense, comme c'est notre cas que la valeur de Justice n'est jamais absente du prétoire et qu'une solution juste du procès ne peut souvent découler que d'une collaboration entre les parties et le juge la réponse ne peut être que négative*²³. »

11. Il ne faut plus attendre la fin du procès pour dire que ce dernier apparaît sans fondement mais susciter les explications, et tirer toutes les conséquences de l'attitude des parties et des réponses apportées par elles, en termes de dommages et intérêts, d'article 700 CPC, de dépens voire d'amendes civiles.

Il faut profiter du temps du procès pour communiquer la jurisprudence de la juridiction, les barèmes normalement appliqués, susciter les observations des parties et cesser de réserver le même sort, en termes de délais, à toutes les procédures.

12. Il convient enfin de restaurer et accroître la dialectique judiciaire au stade de l'instruction du procès : si les conclusions sont trop longues, insuffisantes, ou peu claires, si les pièces sont trop nombreuses, inutiles, ou insuffisamment visées dans les écritures, c'est bien entendu au stade de l'instruction que les échanges doivent se conduire avec le juge pour faire du temps du procès un temps utile à l'élaboration de la décision et plus largement à la résolution du litige.

13. Mais il faut aller encore plus loin ; la concentration des moyens dans un délai très contraint conduit nécessairement les avocats à balayer tous les champs possibles pour être bien certains de ne pas omettre un moyen qu'ils seraient ensuite forclos à invoquer, ce qui explique largement l'explosion volumétrique des écritures et des dispositifs dont se plaignent les juges.

²¹ Mettre fin aux exceptions d'incompétence et simplifier la gestion des fins de non recevoir et des exceptions de nullité.

²² Favoriser la mise en état conventionnelle et repenser la mise en état.

²³ Henri Motulsky La réforme du code de procédure civile et les principes directeurs du procès JCP 1966 I. 1996

14. Mais le juge ne peut faire grief à l'avocat d'un tel comportement, qui répond à des objectifs de sécurité et de responsabilité, sans accepter de participer lui-même à la délimitation, en droit, du champ du litige permettant de circonscrire ainsi les explications des parties.

15. **Une bonne réforme consisterait alors dans le rétablissement d'une audience d'orientation où le juge devrait non seulement se prononcer sur la procédure qui serait suivie mais également livrer *une première analyse*²⁴ et faire des recommandations sans pour autant que son impartialité à trancher ultérieurement le litige puisse être remise en cause puisqu'il ne participerait pas à la formation de jugement.**

²⁴ François Teytaud, l'opinion à première analyse du juge de la mise en état GP 2017



Proposition n° 25
du rapport du groupe de travail
dirigé par Mme Agostini
et M. Molfessis :

**Instaurer un financement
de la justice civile
par les parties**

**Observations
de l'Association Droit & Procédure
sur la proposition n° 25 du rapport
du groupe de travail dirigé par Mme Agostini et M. Molfessis :**

Instaurer un financement de la justice civile par les parties

1. Avant de s'en expliquer plus en détail (2), Droit & Procédure exprimera sous la forme d'un tableau synthétique, puis par une présentation sommaire, sa position sur les propositions du rapport Agostini / Molfessis et les observations qu'elles ont appelées du CNB lors de son Assemblée générale des 16 et 17 février 2017 (1).

Proposition n° 25 : Pour une contribution au financement de la justice civile	Votes du CNB sur les propositions transmises à la Chancellerie (AG CNB, 16 et 17 février 2018)	Position de Droit & Procédure
Le Groupe de travail considère que le rétablissement d'une justice civile de qualité en première instance doit s'accompagner d'une réflexion sur son financement.	Le CNB est <u>favorable au principe</u> de l'instauration d'une contribution du justiciable au financement de la justice civile, à l'instar de ce qui existe dans la majorité des pays européens, à l'exception des personnes bénéficiant de l'aide juridictionnelle.	Droit & Procédure est également favorable à ce principe, à la condition d'en préciser les finalités (tel le financement de l'aide juridictionnelle) et les modalités.
Plusieurs des pistes suivantes, suggérées lors des consultations, mériteraient d'être explorées. Ainsi, <u>faire du coût prévisible du procès une indication que le demandeur doit faire figurer dans son assignation</u> , permettrait de responsabiliser les parties, lors de l'introduction des demandes et à l'occasion de la recherche des preuves.	Le CNB est <u>opposé</u> au principe de faire figurer le coût du procès au stade de l'assignation.	L'indication, par le seul demandeur, des coûts du procès dès le stade initial de l'assignation apparaît en effet non-souhaitable.
Une modification des dispositions des articles 699 et 700 du code de procédure civile permettrait d'affirmer le principe que, <u>sauf circonstances particulières que le juge devrait motiver, la partie perdante paierait l'intégralité des frais d'avocats de son adversaire.</u>	Le CNB <u>approuve cette proposition à la condition qu'une exception soit prévue pour les justiciables éligibles à l'aide juridictionnelle et qu'il soit tenu compte, de manière générale, des facultés contributives de chacun.</u> Il convient de <u>maintenir la possibilité pour le juge, sur justification de circonstances particulières à déterminer, d'exonérer la partie</u>	Droit & Procédure est favorable à une réforme d'ensemble de l'article 700 du CPC, en supprimant de ce texte la référence à « l'équité » et en instaurant des lignes directrices afin que la condamnation de la partie à supporter les frais et honoraires de la partie gagnante ne dépende plus du pouvoir discrétionnaire du juge.

	<u>perdante</u> du paiement des frais du procès.	
À cet effet, la <u>production de la convention d'honoraires de l'avocat</u> , dont l'établissement est désormais obligatoire, <u>devrait devenir impérative</u> .	Le CNB est <u>opposé à la production de la convention d'honoraires qui reste soumise au secret professionnel</u> . Une solution de compromis serait de prévoir la production, à l'issue de la procédure, <u>d'une facture récapitulative</u> expurgée de tout élément soumis au secret professionnel, <u>voire la fourniture par l'avocat d'une attestation sur l'honneur</u> précisant le montant des honoraires effectivement versés par son client.	Droit & Procédure partage la position du CNB.
La prise en compte par les acteurs de la dimension financière du procès conduit quant à elle à <u>revenir sur le principe selon lequel l'allocation d'une indemnité au titre des frais non compris dans les dépens n'a pas à être motivée par le juge</u> .		Il convient en effet que la décision du juge d'allouer une indemnité à la partie gagnante au titre de l'article 700 du CPC soit spécialement motivée dès lors que le juge décide de lui allouer plus ou moins que ce qui est réclamé à ce titre par la partie perdante.
De façon plus ambitieuse, <u>le droit allemand pourrait constituer une source de réflexion</u> , en ce qu'il prévoit une contribution des parties aux frais de justice en proportion inverse du succès de leurs prétentions. Le montant en litige (<i>Gegenstandswert</i> ou <i>Streitwert</i>) est une notion clé du système allemand. C'est sur la base de ce montant que les frais de procédure et le montant minimum de la rémunération des avocats sont fixés. À cette contribution de base ainsi déterminée est appliqué un coefficient multiplicateur, lequel varie, entre autres, en fonction de l'instance.	Le système appliqué en Allemagne <u>n'est pas transposable en droit français</u> en raison de sa complexité. A titre de suggestion, <u>pourraient être instaurées deux tranches avec un montant plancher (selon les types de procédures), supporté automatiquement par la partie succombant, à l'exception des personnes bénéficiant de l'aide juridictionnelle, au-delà duquel le juge pourrait accorder une somme plus importante, cette fois-ci, sur le fondement de l'équité</u> , à la demande de l'autre partie et sur justification des frais réellement engagés.	La complexité et la rigidité du système allemand n'en font pas en effet un bon modèle, non plus que les rigueurs excessives du droit anglais.

Section 3 - Les mesures d'accompagnement	Votes du CNB sur les propositions transmises à la Chancellerie (AG CNB, 16 et 17 février 2018)	Position de Droit & Procédure
<p>Réflexions et de mesures concernant la prise en charge du coût de l'assistance par un avocat.</p> <p><u>Le développement de dispositifs de prise en charge par l'assurance de protection juridique doit être poursuivi.</u></p> <p><u>À ce titre, le produit d'un timbre ou d'un forfait judiciaire exigé lors de l'introduction d'une instance ou le prélèvement d'un pourcentage des sommes allouées au titre de l'article 700 du code de procédure civile pourraient permettre d'abonder le budget de l'aide juridictionnelle.</u></p>	<p>Il est renvoyé à la Commission accès au droit sur ces sujets.</p>	<p>Droit & Procédure renvoie sur ce point à une nécessaire réflexion, plus large, sur l'aide juridictionnelle et son financement.</p> <p>L'idée d'un « droit de timbre » ou d'un prélèvement, sous la forme d'un pourcentage, sur les indemnités allouées au titre de l'article 700 du CPC sont en effet des pistes pour le financement de l'aide juridictionnelle.</p>

1. Présentation sommaire de la position de droit & procédure

1. Dans leur rapport au Ministre de la Justice intitulé « Amélioration et simplification de la procédure civile », Madame Frédérique Agostini et Monsieur Nicolas Molfessis ont exprimé plusieurs propositions visant à instaurer un financement de la justice par les parties (leur proposition n° 25) et à contribuer au financement de l'aide juridictionnelle (mesures dites « d'accompagnement »). Lors de ses assemblées générales des 16 et 17 février 2017, le Conseil National des Barreaux (CNB) a exprimé des votes sur ces propositions.

Le tableau précédent récapitule les propositions du rapport Agostini / Molfessis et la position du CNB, sur lesquelles Droit & Procédure formulera sa position, avant de l'explicitier plus en détail dans une deuxième partie de ce memorandum.

2. Présentation complète de la position de Droit & Procédure sur ces propositions

2. L'on distinguera ci-après les trois propositions formulées par Madame Agostini et Monsieur Molfessis, qui ont trait :
 - au financement de la justice civile par les parties (2.1.) ;
 - à une réforme de l'article 700 du Code de procédure civile (CPC) (2.2.)
 - à des mesures propres au financement de l'aide juridictionnelle (2.3.).

2.1. Le financement de la justice civile par les parties

3. Le principe de l'instauration d'une contribution des parties au financement de la justice peut être admis, à la condition d'en préciser les finalités (tel le financement de l'aide juridictionnelle cf. *infra*) et les modalités.

Il ne faudrait pas en effet tomber dans la rigueur excessive du système anglais, où la condamnation du perdant à des frais très importants est de nature à dissuader les justiciables d'exercer en justice leurs droits, ni s'inspirer du système allemand dont la rigidité administrative et la complexité ne paraissent pas en faire un bon modèle.

4. L'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme garantit le droit à un procès équitable : le caractère effectif de ce droit serait contrarié par un coût prohibitif de la procédure civile au regard de la situation financière du justiciable, comme l'a jugé la Cour européenne des droits de l'Homme pour des frais de procédure trop élevés²⁵.
5. Cela n'impose pas la gratuité de la justice mais que les limitations à ce droit poursuivent un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé²⁶. Tel est le sens des décisions du Conseil constitutionnel²⁷.
6. La justice étant une fonction régaliennne de l'État, il lui appartient de consacrer des budgets suffisants pour garantir le droit à un procès équitable qui s'applique tant en matière pénale que civile.
7. Devant répondre à l'exigence européenne de proportionnalité entre le but poursuivi et les moyens employés, la contribution des parties au financement de la justice doit donc rester limitée.

Son principe peut néanmoins être accepté, à l'exception naturellement des personnes bénéficiant de l'aide juridictionnelle comme le souligne le Conseil National des Barreaux.

2.2. La réforme de l'article 700 du CPC

8. Le Conseil National des Barreaux approuve cette proposition à condition qu'une exception soit prévue par les justiciables bénéficiant de l'aide juridictionnelle – ce qui va de soi – et que, de manière générale, il soit tenu compte des facultés contributives de chacun, ce qui va également de soi.

Le Conseil National des Barreaux ajoute qu'il conviendrait de maintenir la possibilité pour le juge, sur justification de circonstances particulières à déterminer, d'exonérer la partie perdante du paiement des frais du procès.

Droit & Procédure propose que deux précisions soient apportées à cette réforme dont elle approuve le principe.

²⁵ Guide de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, « *Droit à un procès équitable* », décembre 2017, p. 27

²⁶ *ibid*, p. 23

²⁷ Conseil constitutionnel, 13 avril 2012, décision n°2012-231/234 QPC, sur le droit de timbre existant devant les Cour d'appel (instauré par la loi (n°2009-1674) du 30 décembre 2009 lequel a été considéré comme poursuivant un but d'intérêt général ne portant pas d'atteinte disproportionnée au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction garanti par l'article 6 de la CESDH dans la mesure où le législateur a posé des critères rationnels et pris en compte les facultés contributives des contribuables assujettis : Conseil constitutionnel, décision n°2011-198 QPC du 25 novembre 2011, sur les droits de plaidoirie collectés depuis 2013 aux termes des articles L.723-3 et R. 723-26 du Code de la sécurité sociale

2.2.1. Suppression de la référence à l'« équité »

9. Dans sa rédaction actuelle²⁸, l'article 700 du Code de procédure civile prévoit la prise en compte de « l'équité » pour allouer ou non à la partie gagnante une indemnité au titre des honoraires qu'elle a supportés pour faire valoir ses droits.

La Cour de cassation en a déduit un pouvoir **discrétionnaire** des juges du fond qui n'ont pas à motiver leur décision autrement que par le visa de ce texte, que ce soit sur le principe ou le montant des sommes allouées, ou non, à la partie gagnante²⁹.

Cela explique l'application très disparate de ce texte : certaines juridictions n'accordent que rarement le bénéfice de l'article 700 du Code de procédure civile ; d'autres l'accordent pour des montants sans rapport avec les honoraires réellement engagés par la partie gagnante ; rares sont les juridictions qui accordent des sommes plus substantielles à ce titre, quand bien même la situation économique des parties le permettrait³⁰.

10. La suppression, dans une réforme de l'article 700 du Code de procédure civile, de la prise en compte de l'équité serait de nature à remédier à ces disparités, qui ne sont pas satisfaisantes.

2.2.2. Instauration de « lignes directrices »

11. Droit & Procédure préconise de garder comme fil directeur le principe selon lequel la partie perdante est condamnée au titre de l'article 700 du Code de procédure civile à rembourser à la partie dont les demandes ont prévalu ses honoraires d'avocats et frais engagés pour le procès.

Il semble toutefois nécessaire que les juges puissent déroger à cette règle par une décision motivée lorsque les circonstances particulières d'une affaire le justifient. Il apparaît également essentiel que les montants alloués au titre de l'article 700 du CPC soient fixés selon des principes transparents afin d'être prévisibles pour les parties.

2.2.2.1. La première question posée au juge sera celle de la détermination de la partie gagnante.

12. Dans le cas d'un litige à l'issue duquel une partie voit ses demandes entièrement satisfaites sur le principe et sur le quantum, la situation ne présente pas de difficulté particulière.
13. Toutefois, il arrive souvent que les litiges soient complexes et les solutions nuancées. C'est le cas des décisions qui donnent gain de cause à chacune des parties sur certaines de leurs demandes. Lorsque le jugement ne prononce que des

²⁸ « Le juge condamne la partie tenue aux dépens ou qui perd son procès à payer :

1° A l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

2° Et, le cas échéant, à l'avocat du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle partielle ou totale une somme au titre des honoraires et frais, non compris dans les dépens, que le bénéficiaire de l'aide aurait exposés s'il n'avait pas eu cette aide. Dans ce cas, il est procédé comme il est dit aux alinéas 3 et 4 de l'article 37 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991.

Dans tous les cas, le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à ces condamnations. Néanmoins, s'il alloue une somme au titre du 2° du présent article, celle-ci ne peut être inférieure à la part contributive de l'Etat ».

²⁹ Bulletin d'information de la Cour de cassation, n° 610 du 15 décembre 2004, p. 10 et 11 ; Cass. 2^e civ., 8 mars 2012, n°11-10.679 ; Cass. 2^e civ., 6 décembre 2012, n°11-26.146

³⁰ Bulletin du Barreau de Paris, numéro 7, « L'article 700 un débat qui rassemble », 25 avril 2016, synthèse des tables rondes tenues le 15 avril 2016 à la Maison du Barreau de Paris, pp. 6 - 7

condamnations financières, la gagnante et la perdante pourraient être désignées en comparant les sommes finalement obtenues, directement ou au regard des montants initialement demandés. Lorsque la nature du jugement ne se prête pas à une appréciation exclusivement financière, il reviendrait alors au tribunal de déterminer la partie qui sera réputée gagnante en se référant par exemple au degré de succès de chacune dans ses demandes.

14. Une fois cette détermination faite, la solution de principe serait alors que la partie perdante supporte la charge des honoraires et frais supportés par l'autre partie, sauf à ce que cette solution soit écartée par le juge eu égard à la situation financière des parties ou toute autre raison spécialement motivée.

Il ne faudrait pas, en effet, qu'une appréciation trop systématique de cette règle de principe dissuade les plaideurs de faire valoir leurs droits en justice. Le procès et l'exercice des droits de la défense font avancer le droit, participent à sa construction et à son évolution. Ils sont nécessaires au bon fonctionnement d'un État de droit. Sans compter qu'il existe des cas où les juges hésitent à donner raison à l'une ou l'autre des parties.

2.2.2.2. La deuxième question posée au juge sera celle du montant alloué à la partie gagnante.

15. La proposition du rapport Agostini / Molfessis, selon laquelle, sauf circonstances particulières, la partie perdante paiera l'intégralité des frais d'avocats de son adversaire semble disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Il paraît nécessaire de laisser aux tribunaux un pouvoir d'appréciation sur le montant alloué à la partie gagnante en remboursement de ses frais et honoraires d'avocat.

16. Plutôt que de s'inspirer de la solution allemande dont la complexité a été soulignée par le Conseil national des Barreaux (et qui a conduit à l'élaboration de barèmes que n'a jamais souhaités la profession d'avocat en France), ou d'instaurer des seuils comme le propose le CNB, il semblerait opportun de retenir une règle de principe simple, selon laquelle le montant alloué à la partie gagnante serait celui réclamé par celle des parties qui, comme demandeur ou défendeur, aura formulé la demande **la moins élevée** au titre de l'article 700 du CPC.

Au-delà ou en deçà de ce montant, une motivation particulière s'imposerait. Pour que les décisions ne soient plus discrétionnaires et disparates³¹, des lignes directrices seraient posées, énumérant les circonstances particulières susceptibles de conduire à un montant supérieur ou moindre.

17. Sans que cette liste soit limitative, ces circonstances particulières pourraient être les suivantes :

- (i) La pertinence des explications et pièces fournies par la partie gagnante pour solliciter un montant supérieur, ou de celles fournies par la partie perdante à l'appui d'un montant moindre ;
- (ii) Le fait que la partie perdante ait eu gain de cause sur certaines de ses demandes ou que le résultat obtenu par la partie gagnante soit éloigné de ses demandes.
- (iii) Le comportement procédural des parties, notamment lorsqu'il a eu un impact direct sur la durée et le coût du procès.

³¹ Bulletin du Barreau de Paris, numéro 7, « L'article 700 un débat qui rassemble », 25 avril 2016, synthèse des tables rondes tenues le 15 avril 2016 à la Maison du Barreau de Paris, pp. 6 - 7

Il serait ainsi vérifié que chaque partie s'est attachée à garantir le bon déroulement de la procédure, en se comportant de façon diligente et efficace.

Si depuis le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017, les parties ont l'obligation de structurer leurs écritures en indiquant les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de leurs prétentions est fondée, ce texte n'est pas sanctionné à ce jour : ce critère aurait donc pour effet d'inciter les parties à respecter ces exigences.

Cela encouragerait en outre les parties à recourir à la procédure participative de mise en état des litiges.

(iv) Il pourrait enfin être tenu compte des tentatives de conciliation ou de médiation effectuées par les parties aux fins de tenter de parvenir à un règlement amiable du litige. Ce critère contribuerait à inciter les justiciables et leurs conseils à envisager une résolution amiable.

18. Les juges disposeraient ainsi (comme cela se pratique dans l'arbitrage international³²) d'une méthode leur permettant de condamner la partie perdante au paiement d'une somme objectivement fixée, sans avoir à s'en justifier, tout en conservant la liberté d'en moduler le montant si les circonstances le justifient, en se fondant sur des critères prédéfinis.
19. Lors d'un colloque, en avril 2016, sur l'article 700 du Code de procédure civile³³, il avait été relevé que les avocats ne justifient plus, ou très succinctement, du montant sollicité au titre de cette disposition. Nul doute que cette situation changerait et que des pièces justificatives seraient produites si le principe était posé d'une attribution des sommes allouées à ce titre au regard de critères objectifs.
20. Dans tous les cas, comme le propose le Conseil national des Barreaux, le principe du paiement par la partie perdante des frais d'avocat de son adversaire serait exclu pour les parties bénéficiaires de l'aide juridictionnelle et le juge prendrait toujours en compte les facultés contributives de chacun.

2.2.3. Proposition de modification de l'article 700 du CPC

21. La modification de l'article 700 du CPC pourrait ainsi être la suivante (les modifications du texte actuel sont repérées en caractère gras) :

« Le juge condamne la partie tenue aux dépens ou qui perd son procès à payer :

1° A l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

2° Et, le cas échéant, à l'avocat du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle partielle ou totale une somme au titre des honoraires et frais, non compris dans les dépens, que le bénéficiaire de l'aide aurait exposés s'il n'avait pas eu cette aide. Dans ce cas, il est procédé comme il est dit aux alinéas 3 et 4 de l'article 37 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991.

³² Voir notamment : Rapport de la Commission de la Chambre de commerce internationale, « *Decisions on costs in international arbitration* », ICC Dispute Resolution Bulletin, 2015, Issue 2, p. 9 et suivantes ; G. Born, « *International Commercial Arbitration* », 2nd éd., 2014, p. 3085 et suivantes ; J. Waincymer, « *Procedure and Evidence in International Arbitration* », 2012, p. 1191 et suivantes ; Chartered Institute of Arbitrators, « *International Arbitration Practice Guidelines, Drafting Arbitral Awards, Part III – Costs* », 8 juin 2016, p. 6 et suivantes ; ICC Arbitration Rules, article 38 ; Règles de l'International Bar Association sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, 2013 ; Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, articles 40 et suivants.

³³ Bulletin du Barreau de Paris, numéro 7, « *L'article 700 un débat qui rassemble* », 25 avril 2016, synthèse des tables rondes tenues le 15 avril 2016 à la Maison du Barreau de Paris

Dans tous les cas, le juge tient compte de la situation économique des parties, même si leurs ressources sont supérieures aux plafonds d'attribution de l'aide juridictionnelle. Il peut même d'office, au regard de cette situation ou de toute autre raison spécialement motivée, dire qu'il n'y a pas lieu à ces condamnations.

Néanmoins, s'il alloue une somme au titre du deuxième alinéa du présent article, celle-ci ne peut être inférieure à la part contributive de l'État.

Sauf circonstances particulières qu'il motivera, le juge allouera à la partie gagnante, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse principale, le montant demandé par celle des parties ayant, comme demandeur ou défendeur principal, formulé la plus basse demande au titre du présent article.

Le juge pourra condamner la partie perdante à un montant inférieur ou supérieur en retenant des circonstances particulières justifiant de se départir du principe posé à l'alinéa précédent, telles que :

- *La pertinence des explications et pièces fournies par la partie gagnante pour solliciter un montant supérieur, ou de celles fournies par la partie perdante à l'appui d'un montant moindre ;*
- *Le fait que la partie perdante ait eu gain de cause sur certaines de ses demandes, ou que le résultat obtenu par la partie gagnante soit éloigné de ses demandes ;*
- *Le comportement procédural des parties, dont le fait d'avoir contribué ou non à l'efficacité et à la célérité de la procédure ;*
- *Les tentatives de conciliation ou de médiation effectuées par les parties aux fins de tenter de parvenir à un règlement amiable du litige ».*

2.2.4. Autre piste de réflexion

22. Le rapport Agostini / Molfessis vise à encourager, par diverses mesures, la recherche de solutions amiables (p. 25 du rapport). Le CNB en approuve le principe (p. 16 de sa contribution). Droit & Procédure également.
23. Une mesure s'inspirant du système en vigueur notamment au Royaume-Uni serait d'encourager les solutions amiables par le mécanisme suivant :

« Si le demandeur refuse une offre transactionnelle faite par le défendeur avant l'issue du procès et que le jugement lui alloue une somme inférieure à cette offre transactionnelle, le demandeur (i) ne pourra pas obtenir du juge la condamnation du défendeur à lui rembourser ses frais de défense et (ii) remboursera les frais de défense supportés par le défendeur à partir du moment où l'offre a été refusée ».³⁴

Ce mécanisme supposerait qu'une offre transactionnelle soit officiellement formulée, la confidentialité des discussions transactionnelles, en particulier entre avocats, devant être préservée.

³⁴ Petites affiches, 3^e table ronde : « Améliorer l'indemnisation des préjudices économiques : le montant importe autant que le moment », 4 septembre 2017. Thibaud d'Alès propose un mécanisme similaire en cas d'offre transactionnelle trop faible de la part du défendeur, qui apparaît toutefois plus complexe.

2.3. Sur les mesures permettant le financement de l'aide juridictionnelle

24. Tout en relevant l'insuffisance de la rétribution des avocats par l'aide juridictionnelle et l'effet dissuasif des seuils de son attribution pour les justiciables ayant des revenus légèrement supérieurs à ces seuils, le rapport Agostini / Molfessis préconise (p. 30) :

- le développement de dispositifs de prise en charge de l'aide juridictionnelle par l'assurance de protection juridique ; et
- la recherche de financements complémentaires.

25. Deux pistes sont proposées à cet égard :

- l'instauration d'un timbre ou forfait judiciaire lors de l'introduction de l'instance ;
- le prélèvement d'un pourcentage sur les sommes allouées au titre de l'article 700 du CPC³⁵.

C'est un sujet vaste et important, dont le Conseil national des Barreaux a renvoyé l'examen à sa Commission « *Accès au droit* ».

26. Les deux pistes proposées appellent les réflexions suivantes.

2.3.1. Sur le timbre ou forfait judiciaire

27. Cette idée fut déjà avancée dans le rapport d'information n° 495 du Sénat du 4 avril 2017, sous la présidence de Monsieur Philippe Bas³⁶.

Ce rapport dont l'avant-propos souligne que « *la justice va mal* » et que « *nous sommes proches de l'embolie* », préconisait de nombreuses mesures (partiellement reprises dans le rapport Agostini / Molfessis) dont la recherche de nouvelles ressources pour contribuer au financement durable de l'aide juridictionnelle.

28. Le rétablissement d'un « droit de timbre » pour l'accès à la justice y était préconisé (proposition n° 103) ; les rapporteurs rappellent que la contribution pour l'aide juridique créée par la loi de finance pour 2011³⁷ et qui représentait annuellement 50 millions d'euros, avait été supprimée par la loi de finance pour 2014.

Cette suppression semblait avoir fait consensus au sein des professionnels du droit, mais des auditions effectuées par le Sénat, il apparaissait que ce n'était plus le cas : « *les personnes entendues ont été nombreuses à regretter sa disparition, estimant pour certaines que cette suppression avait peut-être été « dogmatique »* »³⁸.

29. Pour apporter une réponse simple et efficace au problème de financement de l'aide juridictionnelle, pour un coût modique pour le justiciable, il apparaissait aux rapporteurs du Sénat « *pertinent que les usagers de la justice participent au financement de son*

³⁵ Rapport à la Chancellerie, Proposition F. Agostini et N. Molfessis, « *Amélioration et simplification de la procédure civile* », p.30

³⁶ Président de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du Sénat et Président rapporteur, et Président de la délégation parlementaire au renseignement ; Site du Sénat, Travaux parlementaires, sur les commissions permanentes, « *Commissions des lois* » et informations « *vos sénateurs* »

³⁷ Loi de finance rectificative de 2011 a créé l'article 1635bis Q du Code général des impôts, prévoyant une contribution pour l'aide juridique (ou « droit de timbre ») d'un montant de 35 euros applicable à toute action devant les tribunaux civils, commerciaux, prud'homaux, ruraux et administratifs. Cette contribution pour l'aide juridictionnelle était due par la partie introduisant l'instance, dès le début de la procédure.

³⁸ Rapport du Sénat n°495 enregistré à la Présidence du Sénat le 4 avril 2017, p. 258

fonctionnement, à travers une contribution permettant à ceux qui ne disposent pas des ressources nécessaires de faire valoir leurs droits »³⁹.

Il était proposé, pour qu'elle ne dissuade pas les justiciables, que cette contribution soit modulée de 20 à 50 euros en fonction du type d'instance engagée. Certaines matières en seraient exclues et les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle n'en seraient pas redevables.

C'est cette idée de « timbre ou forfait judiciaire » que reprend le rapport Agostini / Molfessis (p. 30), sans la développer.

30. Bien qu'une partie du Barreau se soit montrée très réticente à cette idée, elle n'apparaît pas être déraisonnable. D'autant que la France est aujourd'hui, en Europe, l'un des très rares États à proposer une justice « gratuite », sans pour autant disposer ou vouloir y consacrer les budgets nécessaires.
31. Sa contrepartie devrait être d'une part, l'augmentation de la rétribution des avocats pour les missions d'aide juridictionnelle, et, d'autre part, le relèvement des seuils de son attribution, étant souligné que la France consacre actuellement à l'aide juridictionnelle l'un des budgets les plus bas d'Europe⁴⁰.

Comme cela a été rappelé ci-dessus, le Conseil constitutionnel a d'ores et déjà validé, à deux reprises, ce mécanisme dès lors qu'un but légitime est poursuivi (en l'occurrence le financement de l'aide juridictionnelle) et que ce droit de « timbre », dont le montant devrait rester limité, n'entrave pas le droit d'accès à la justice garanti par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

32. Ce droit de timbre serait versé lors de l'introduction ou au cours de l'instance pour ne pas pénaliser les professionnels (avocats, huissiers) amenés à en faire l'avance sans en avoir reçu provision. Rien n'empêcherait de prévoir son remboursement par la partie qui succomberait, au titre des dépens.
33. La disposition nouvelle du CPC pourrait être la suivante.

« À peine d'irrecevabilité, les demandes initiales, en première instance et en appel, sont assujetties au paiement de la contribution au financement de l'aide juridictionnelle prévu par l'article [] du Code général des impôts.

Les parties bénéficiaires de l'aide juridictionnelle sont dispensées du paiement de cette contribution.

Cette contribution sera versée lors de l'introduction ou au cours de l'instance.

Elle est répétable dans les conditions prévues à l'article 695 du Code de procédure civile relatif aux dépens ».

34. La modification subséquente de l'article 695 du CPC pourrait être (ci-dessous en caractères gras) :

« Les dépens afférents aux instances, actes et procédures d'exécution comprennent :

1° Les droits, taxes, redevances ou émoluments perçus par les secrétariats des juridictions ou l'administration des impôts à l'exception des droits, taxes et pénalités éventuellement dus sur les actes et titres produits à l'appui des prétentions des parties ;

³⁹ Rapport du Sénat n°495 enregistré à la Présidence du Sénat le 4 avril 2017, p. 258

⁴⁰ « The 2017 EU Justice Scoreboard », Figure n°33 présentant un exemple en matière de consommation ; Cf. Budget général, Annexe à la loi de finances initiale pour 2018, Mission ministérielle « Justice »

2° Les frais de traduction des actes lorsque celle-ci est rendue nécessaire par la loi ou par un engagement international ;

3° Les indemnités des témoins ;

4° La rémunération des techniciens ;

5° Les débours tarifés ;

6° Les émoluments des officiers publics ou ministériels ;

7° La rémunération des avocats dans la mesure où elle est réglementée y compris les droits de plaidoirie ;

8° Les frais occasionnés par la notification d'un acte à l'étranger ;

9° Les frais d'interprétariat et de traduction rendus nécessaires par les mesures d'instruction effectuées à l'étranger à la demande des juridictions dans le cadre du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale ;

10° Les enquêtes sociales ordonnées en application des articles 1072, 1171 et 1221 ;

11° La rémunération de la personne désignée par le juge pour entendre le mineur, en application de l'article 388-1 du code civil.

12° Le droit versé au titre de la contribution au financement de l'aide juridictionnelle lors de l'introduction de l'instance ».

2.3.2. Sur le prélèvement d'un pourcentage des sommes allouées au titre de l'article 700 du CPC

35. Cette seconde solution pourrait venir en complément de la précédente, pour non seulement financer l'aide juridictionnelle, mais aussi améliorer la situation des justiciables disposant de bas revenus et la rétribution de ceux qui les assistent en justice.

Cette contribution au financement de l'aide juridictionnelle serait instaurée sous la forme d'un pourcentage à déterminer (dont le chiffrage suppose une étude d'impact), prélevé sur les sommes allouées par les tribunaux au titre de l'article 700 du CPC.

36. Comme précédemment relevé, une réforme de ce texte est souhaitable pour faire en sorte que les montants alloués à ce titre ne soient plus symboliques et qu'ils ne dépendent plus du pouvoir discrétionnaire des juges.
37. L'un des mérites d'une contribution au financement de l'aide juridictionnelle prélevée sur les indemnités de l'article 700 serait que la parcimonie avec laquelle, aujourd'hui, de telles sommes sont allouées laisserait place à une application effective et raisonnée de ce texte, le juge devenant, à travers ses décisions, un acteur du financement de l'aide juridictionnelle⁴¹.

⁴¹ Jean-Pierre Grandjean et Denis Chemla, « Aide juridictionnelle : des solutions existent », Le Monde du Droit, 10 novembre 2015

38. Le nouveau texte pourrait être :

« Une contribution de [] % est prélevée sur les sommes allouées au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, pour le financement de l'aide juridictionnelle, conformément à l'article [] du Code général des impôts ».

39. Plus d'un million de décisions judiciaires sont rendues chaque année, en matière civile. Il existe donc ici une piste de solution pour le financement de l'aide juridictionnelle.

Si cette contribution était instaurée, en complément ou en substitution d'un droit de timbre, l'aide juridictionnelle pourrait être réformée, dans l'intérêt des justiciables, sans que cela ne dispense l'État de consacrer davantage de moyens à la justice civile, en lui allouant des budgets plus importants pour sortir de l'état « *proche de l'embolie* » décrit dans le rapport précité du Sénat.

Des mesures d'amélioration et de simplification de la procédure civile, quels que soient leur nombre et leur mérite, ne suffiront pas à ce que la France se dote d'une justice qui ne soit plus le parent pauvre de l'Europe.

La contribution des parties à son financement ne peut qu'être limitée, s'agissant d'une fonction régaliennne de l'État et le droit d'accès à la justice devant être garanti.

*

* *



Proposition n° 30
du rapport du groupe de travail
dirigé par Mme Agostini
et M. Molfessis :

L'exécution provisoire de droit

Observations
de l'Association Droit & Procédure
sur la proposition n° 30 du rapport
du groupe de travail dirigé par Mme Agostini et M. Molfessis :

L'exécution provisoire de droit

Proposition n° 30 : L'exécution provisoire de droit	Votes du CNB sur les propositions transmises à la Chancellerie (AG CNB, 16 et 17 février 2018)	Position de Droit & Procédure
Généraliser l'exécution provisoire de droit de la décision permettant au créancier de mettre à exécution la décision dès le jugement rendu, sauf si le juge l'a expressément écartée pour tout ou partie de la condamnation.	Contre	<ol style="list-style-type: none"> 1. Principalement opposition ferme à la proposition n° 30 2. Subsidiairement : <ol style="list-style-type: none"> a. Possibilité d'arrêt de l'exécution provisoire de droit pour conséquences manifestement excessives. b. Suppression pure et simple de l'article 526 CPC 3. Plus subsidiairement : possibilité d'invoquer « <i>les moyens sérieux à l'appui de l'appel</i> » pour éviter la radiation sur le fondement de l'article 526 CPC

1. **La proposition n° 30** qui tend à généraliser l'exécution provisoire de droit des décisions de première instance revient à supprimer l'effet suspensif de l'appel dont on a pu écrire qu'il était « *la matérialisation du double degré de juridiction* » ; la conjugaison de cette mesure avec celle qui consisterait à « *instaurer dès la première instance un principe de concentration des moyens* » risque de condamner la voie d'appel, ce qui semble bien être le but poursuivi.

Même si cette proposition revient rapport après rapport, en sorte qu'il paraît vraisemblable qu'elle soit cette fois-ci accueillie, il paraît impossible que les avocats ne la critiquent pas et ne cherchent pas par tous les moyens à y échapper.

2. **En premier lieu**, parce que le motif invoqué du renforcement de la décision de première instance ne paraît pas pertinent : si les juges entendent renforcer par ce biais l'autorité de leurs décisions, il leur appartient d'ordonner l'exécution provisoire et à l'inverse, priver les juges de ce pouvoir important diminuerait le rôle du juge et son autorité :
3. **En second lieu** parce que l'influence d'une telle proposition sur l'accès à la voie d'appel doit être appréciée en tenant compte de la jurisprudence habituelle très restrictive en matière d'arrêt de l'exécution provisoire des premiers présidents et des dispositions de l'article 526 du CPC qui permettent le retrait du rôle de la partie qui n'a pas exécuté la décision de première instance.
4. Malheureusement la défaillance avérée des raisons objectives risque de ne pas suffire dans la mesure où la véritable justification de cette proposition récurrente est subjective et repose sur le *pari* que la généralisation de l'exécution provisoire aurait un effet

psychologique faisant que *chacun se sente au pied du mur et ait conscience que l'essentiel doit se jouer au premier degré* et cette réforme procéderait en réalité de la volonté de *valoriser le premier degré de juridiction, et pour cela de « responsabiliser » les juges eux-mêmes, les justiciables et leurs conseils « en ancrant » dans l'esprit de chacun des acteurs la conviction que le vrai débat doit avoir lieu, non pas plus tard, mais maintenant, devant le juge du premier degré et « l'aventure mériterait d'être tentée » « parce que » le pire n'est jamais certain⁴².*

Il apparaît dans ces conditions impératif de prévoir un subsidiaire pour tenter d'atténuer les conséquences de la mesure pour le justiciable.

*

5. Les conséquences de la réforme proposée sur le double degré de juridiction varient suivant la nature de la réforme envisagée, en raison de la différence de régime entre l'exécution provisoire et l'exécution immédiate :

6. L'exécution **provisoire** peut être définie comme la faculté accordée à la partie qui a triomphé de poursuivre **à ses risques et périls** l'exécution **immédiate** de la décision judiciaire, malgré l'effet suspensif attaché au délai de la voie de recours ou à son exercice.

En d'autres termes, les restitutions ou le rétablissement du débiteur dans ses droits en cas d'infirmité ne seront pas les mêmes suivant que l'exécution sera immédiate, ce qui sera le cas dans une hypothèse de suppression de l'effet suspensif, ou en cas d'exécution provisoire de plein droit qui s'exercera, elle, dans les conditions de l'article L. 111-10 du Code de Procédure Civile d'Exécution *aux risques et péril* de celui qui exécute.

7. En l'état actuel, ce sont précisément ces risques d'exécution qui retiennent le plus souvent le créancier d'exécuter sur les conseils avisés de son avocat et font que l'exécution provisoire, même de droit, ne constitue pas un véritable obstacle à l'appel, ni n'entraîne un encombrement de la juridiction des premiers présidents :

L'importance de la sanction freine les vellétés d'exécution du créancier ce qui d'ailleurs limite les effets escomptés de la mesure envisagée. L'exécution immédiate permettrait en revanche, une exécution sans risque, mais alors c'est le principe même du double degré de juridiction qui serait en cause et une telle réforme ne peut s'envisager sans renforcement préalable de l'autorité et de la qualité des décisions de première instance.

8. Le document sur les *axes de la réforme* comme les déclarations du Premier Ministre laissent penser que l'on s'oriente vers la généralisation de l'exécution provisoire de droit et gageons que le texte à venir reprendra les propositions du rapport Magendie pour permettre dans l'article 524 CPC l'arrêt de l'exécution provisoire de droit dans tous les cas de *conséquences manifestement excessives*, ce qui nous semble préférable aux *moyens sérieux* ;

Mais pour autant, aura-t-on échappé totalement au spectre de l'exécution immédiate, si cette exécution continue de se conjuguer avec la radiation de l'article 526 du CPC ?

9. Rappelons que la radiation pour inexécution devant la Cour d'appel n'a été introduite que comme une alternative à la généralisation de l'exécution provisoire.

⁴² Rapport Magendie pages 56 et 57

Le cumul de cette généralisation et du maintien de la radiation pour inexécution est-elle envisageable, sans porter gravement atteinte au principe du double degré de juridiction ?

10. On sait que l'exécution aux risques et périls implique un acte d'exécution, mais que cet acte, suivant la jurisprudence de la Cour de Cassation, peut résulter d'une simple signification de la décision⁴³.

En revanche, selon la Cour de Cassation, la mesure de retrait du rôle prescrite par l'article 526 du CPC à l'encontre du débiteur condamné par une décision exécutoire qui régularise l'appel ne constitue « *ni la sanction d'un défaut de diligence, ni celle d'une irrecevabilité quelconque, mais une mesure d'administration et de régulation destinée (...) à faire assurer au bénéficiaire d'une décision de justice exécutoire la pleine effectivité de toutes les prérogatives qui lui auraient été reconnues par les juges du fond, sur quelque fondement juridique que ce soit, le tout conformément aux règles fondamentales de l'organisation judiciaire* »⁴⁴ ;

Il suit de là qu'il suffirait pour un intimé, sans prendre l'initiative d'un quelconque acte d'exécution (en ce compris la signification de la décision entreprise), de présenter une demande de retrait du rôle pour obliger son adversaire à exécuter *volontairement* la décision pour avoir accès au droit d'appel, sauf à être privé de tout droit d'appel.

11. Ainsi, la conjugaison des deux dispositions permettrait, par une alchimie procédurale perverse, de transformer une exécution provisoire aux risques et périls du créancier en une exécution immédiate sans aucun risque pour ce dernier, sauf bien entendu celui d'une restitution pure et simple, avec, s'agissant de sommes d'argent, des intérêts à compter seulement de la notification de l'arrêt de la cour⁴⁵.
12. Il n'est pas certain que la C.E.D.H. qui a déjà émis de sérieuses réserves à l'égard de la radiation, même si elle en a admis le principe,⁴⁶ accepte cette nouvelle entrave au droit d'appel dès lors qu'il est reconnu par notre droit :
13. Dans ces conditions **la généralisation de l'exécution provisoire doit s'accompagner de la suppression de la radiation de l'article 526 du CPC** puisque cet ersatz ne se justifie plus. À tout le moins, à défaut de suppression pure et simple (qui paraît pourtant la solution la mieux adaptée) conviendrait-il d'introduire la notion de « *moyens sérieux* » aux lieu et place des « *conséquences manifestement excessives* » pour faire échec à la radiation.

*

14. Résumé des propositions :

1. À titre principal : opposition ferme à la proposition n° 30.
2. À titre subsidiaire :
 - a. Possibilité d'arrêt de l'exécution provisoire de droit pour conséquences manifestement excessives.
 - b. Suppression pure et simple de l'article 526 CPC
 - c. Plus subsidiairement encore : possibilité d'invoquer « *les moyens sérieux à l'appui de l'appel* » pour éviter la radiation.

⁴³ Cas. ass. plénière 24 février 2006. D 2006.1085 obs. Perrot.

⁴⁴ Cass.24/01/1990 D. 1990 note 322 ; décision rendue sur l'application des dispositions de l'article 1009-1 du code de procédure civile peuvent sans doute être transposées à l'article 526 du même code qui en reproduit largement les termes

⁴⁵ Cass. ass. plénière, 3 mars 1995 D. 1995. 249 concl. Jéol

⁴⁶ CEDH 31 mars 2011 Chatellier c/ France D.2011.1089