

LE PROGRES TECHNIQUE DE LA PROCEDURE CIVILE¹

par Hervé CROZE

Agrégé des Facultés de Droit

Avocat

1 – Progresser c'est avancer, mais avancer ver quoi ? Le progrès technique est une notion factuelle, le progrès du droit est un progrès moral. Alors la notion de progrès technique en droit (ici en procédure civile) est-elle nécessairement un oxymore ? A moins d'admettre que le droit est aussi une technique en tout cas qu'il est possible de l'envisager sous un aspect technique. C'est le parti que l'on retiendra ici.

2 – Dans les procédures il y a des manifestations éclatantes du progrès technique, notamment dans le cadre de l'administration de la preuve : il y aujourd'hui une preuve scientifique, biologique notamment, comme il y a une « police scientifique ».

Plus modestement il y a aussi dans la procédure des procédés, voire des détails techniques car, dans sa réalité concrète, la procédure c'est du traitement de dossiers, de documents (écrits ou oraux), aujourd'hui matérialisés, demain dématérialisés, plus généralement du traitement d'information².

Ainsi quand on parle de progrès technique procédural confond-on souvent l'utilisation de la technique dans le cadre de la procédure et le progrès de la technique procédurale elle-même. C'est ce dernier point qui est le plus intéressant. La question du progrès technique de la procédure ne se réduit pas à celle de la mise en œuvre des techniques de communication électronique prévue au 1^{er} janvier 2009³.

¹ Texte révisé d'une conférence prononcée devant la Cour de cassation le 2 octobre 2008.

² Exemple de pris en compte de détails techniques, extrait du « Rapport Magendie 2 » (J-C Magendie, Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel, rapport au garde des sceaux, 24 mai 2008) p.55, note 119 « Des guides de bonnes pratiques pourraient localement déterminer les modalités de transmission des pièces : sous enveloppe, dans une chemise cartonnée, etc., en évitant de préférence l'envoi d'une liasse épaisse qui présente un inconvénient majeur au regard de la charge pondérale pour des juges soucieux de travailler les dossiers dans les meilleures conditions possibles. »

³ D.n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom (J.O 29 déc. 2005, p.20350), art.88. Premières mesures d'application : Arrêté du 17 juin 2008 portant application anticipée pour la procédure devant la cour de cassation des dispositions relatives a la communication par voie électronique (JO 26 juin 2008) - Arrêté du 25 septembre 2008 portant application anticipée pour la procédure devant le tribunal de grande instance des dispositions relatives à la communication par voie électronique : JO 9 octobre 2008).

3 – Les pouvoirs publics et le législateur contemporains tendent à assimiler progrès et modernité. On ne compte plus les « lois de modernisation »⁴ ; on modernise aussi les politiques publiques⁵ et même les institutions⁶.

L'idée de modernité est également très présente dans les récents rapports demandés par le Ministère de la Justice, qu'il s'agisse du « rapport Guinchard »⁷ ou du « rapport Magendie 2 »⁸. Plus cyniquement le Communiqué de presse de la Chancellerie du 10 juin 2008 annonçant formellement « la fusion des professions d'avocat et d'avoué »⁹, en réalité la suppression de cette dernière justifie cette décision par le désir de « simplification de la procédure d'appel pour les justiciables » : « aujourd'hui, les personnes qui font appel d'un jugement civil ou commercial auprès de la cour d'appel ont recours à un avocat et à un avoué. »... « Or, le développement des nouvelles technologies va faciliter la transmission des dossiers », autant dire que les avoués n'étaient bons qu'à transmettre les dossiers et que leur métier est tué par le progrès technique ! Conclusion du communiqué : « la simplification de la procédure d'appel s'inscrit dans l'action de la Garde des Sceaux pour moderniser le fonctionnement de la justice, la rendre plus accessible, plus lisible et plus compréhensible pour nos concitoyens.... ». Encore la modernité ou la modernisation, comme ou voudra.

Il faudrait s'interroger sur la question de savoir si la modernité est une valeur en soi. Etymologiquement est « moderne » ce qui est récent, actuel¹⁰, ce qui ne préjuge pas de la qualité du produit. Par rapport à la Justice d'hier, la Justice d'aujourd'hui est moderne par construction ; c'est une tautologie.

4 – Mieux vaut une Justice efficace qu'une Justice moderne. Des travaux ont été consacrés à l'efficacité de la Justice¹¹ et, dans le Rapport Magendie 2, on note que : « la question se concentre ainsi sur les moyens d'accélérer le cours des procédures. Raisonnant en termes

⁴ Exemples récents : L. n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail ; JO 6 juin 2008 p. 10224 - L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ; JO août 2008 p. 12471.

⁵ Il y a une Direction générale de la modernisation de l'État (DGME) et un Conseil de modernisation des politiques publiques qui a, à son programme, la simplification du droit (<http://www.modernisation.gouv.fr/>).

⁶ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République ; JO 24 juillet 2008 page 11890.

⁷ « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée » (2008) - La lettre de mission fait allusion à « la modernisation nécessaire de la justice » ; le Rapport lui-même n'est pas en reste et préconise « la constitution de blocs de compétence cohérents et modernisés. » ou encore la « modernisation en profondeur de la procédure orale », etc.

⁸ P.30 : « ...il es temps de passer à une procédure modernisée, accélérée... » : p.33 – « Une conception modernisée de la voie d'appel ». - p.53 : « Une procédure modernisée de la voie d'appel ».

⁹ <http://www.justice.gouv.fr>.

¹⁰ Etymologie du bas latin « modernus » (ce qui n'est pas très valorisant), dérivé de l'adverbe « modo » (seulement, naguère, peu après).

¹¹ Récemment : « L'efficacité au service de la justice » 4èmes entretiens du Palais, Paris 22 mars 2007, organisés par la Gazette du Palais.

d'efficacité, voire de rentabilité de la machine judiciaire, l'approche économique de la justice se trouve de plus en plus fréquemment sollicitée. » (p.29).

En latin classique, l'*efficacitas* c'est la force ou la vertu ; c'est déjà plus encourageant. Citant franchement ses sources Christophe Jamin remarque qu' « au sens le plus courant que lui donne le Robert, est efficace ce « qui produit l'effet que l'on attend ». »¹². Toute la question est de savoir ce que l'on attend de la Justice ; en ce domaine l'efficacité ne peut être que qualitative¹³. Comme on peut le lire dans le rapport Guinchard : « face à ces objectifs, et singulièrement celui d'une justice porteuse de sens, la Commission a pensé que le service de la Justice ne peut être modernisé que dans le respect de valeurs et de principes qui fondent l'État de droit, tels que l'égalité devant la loi et l'accès effectif à un juge, y compris et surtout pour les plus démunis. ».

5 – Finalement il y a lieu de s'interroger d'abord sur la possibilité même du progrès technique procédural (I), avant d'en envisager les modalités possibles (II).

I - LA POSSIBILITE DU PROGRES DE LA TECHNIQUE PROCEDURALE

6 - En première approche le progrès de la technique procédurale se confond avec le progrès des techniques. Mais s'il existe bien des liens entre eux (A), il n'empêche qu'il y a une spécificité du progrès de la technique procédurale (B).

A - LIENS ENTRE PROGRES DE LA TECHNIQUE PROCEDURALE ET PROGRES TECHNIQUE

7 - Tantôt le progrès technique se manifeste, grossièrement en quelque sorte, par le truchement d'un appareil, d'un élément matériel (1) ; tantôt il apparaît plus subtilement, de manière plus *soft*, en quelque sorte, au travers de la dématérialisation (2).

1) L'utilisation d'un matériel

8 – D'une manière générale, l'amélioration des outils techniques utilisés par le juriste praticien peut contribuer à l'accélération du traitement des dossiers, donc, d'une certaine manière, à un progrès de la technique procédurale. A ce compte, on mettrait au rang d'outils procéduraux, ou au moins d'assistance au traitement des procédures, le traitement de texte, le photocopieur, voire le téléphone ou, plus largement les outils de communication.

Mais ce matériel ne devient vraiment un objet d'attention pour le juriste que s'il est appréhendé par le droit. On en trouve des exemples, parfois anecdotiques mais toujours significatifs, dans le domaine des procédures civiles d'exécution.

¹² C.Jamin, Rapport de synthèse : Gaz.Pal. 20 et 21 avril 2007, p.2.

¹³Le rapport sur les Systèmes judiciaires européens de la Commission européenne pour l'efficacité de la Justice (2008) s'intitule précisément « :Efficacité et qualité de la justice » (http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/default_fr.asp).

9 – Premier exemple : l'utilisation du « sabot de Denver » pour immobiliser les véhicules automobiles. Aux termes de l'article 58 de la loi n°91-650 9 juillet 1991 : « l'huissier de justice chargé de l'exécution muni d'un titre exécutoire peut saisir le véhicule du débiteur en l'immobilisant, en quelque lieu qu'il se trouve, par tout moyen n'entraînant aucune détérioration du véhicule... » et l'article 170 du Décret du 31 juillet 1992 précise que « l'appareil utilisé pour immobiliser un véhicule... doit indiquer de manière très apparente le numéro de téléphone de l'huissier de justice » et encore qu' « une empreinte officielle, dont les caractéristiques sont déterminées par arrêté du garde des sceaux, figure sur l'appareil ». La mesure n'est techniquement possible que parce qu'il existe un dispositif relativement simple et peu encombrant permettant l'immobilisation physique du véhicule ; le droit n'intervient qu'ensuite pour réglementer et légitimer l'intervention. Une mesure d'ordre juridique est réalisée grâce à un procédé purement technique.

10 – Deuxième exemple : la mesure de la durée des enchères en saisie immobilière. L'article 78 du Décret n°2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble dispose que « les enchères sont arrêtées lorsque quatre-vingt-dix secondes se sont écoulées depuis la dernière enchère. Ce temps est décompté par tout moyen visuel ou sonore qui signale au public chaque seconde écoulée ». En fait il s'agissait de moderniser le procédé des bougies qui, si l'on ose dire, avait fait long feu. Il y a des procédés techniques plus pratiques et plus précis pour compter le temps. Ce n'est d'ailleurs pas une nouveauté depuis l'invention de la pendule. Preuve que si le droit accepte le progrès technique, il le fait à son propre rythme sans être à son service au risque d'être accusé de ringardise par les profanes.

2) La dématérialisation

11 – Aujourd'hui le progrès technique est plus dans la dématérialisation que dans l'utilisation d'un matériel. C'est là toute la nouveauté de la communication électronique qui mérite ainsi d'être qualifiée de révolutionnaire¹⁴.

Cette révolution juridique n'est possible que parce qu'elle a été précédée par un progrès des techniques de traitement de l'information documentaire, de sorte que dématérialisation a trouvé à s'appliquer simultanément et peut-être prioritairement dans le domaine des actes extra-judiciaires¹⁵.

12 – Ici la technicité réside principalement dans le codage (ou le cryptage) du document originel qui, quel que soit le procédé de codage, est nécessairement numérisé en une suite de 0 et de 1 sans signification pour celui qui ne connaît pas l'algorithme de décodage.

¹⁴ Ce qui conduit certains à suggérer la nécessité d'une révolution culturelle sur ce point : G.Didier et G.Sabatier, « Dématérialisation des procédures : une révolution culturelle est nécessaire » : JCP G 2008, I, 118.

¹⁵ Pour ne pas trop s'éloigner du monde judiciaire, on évitera les exemples tirés de l'informatisation de l'administration ou du droit des affaires et l'on citera seulement les avancées des professions d'huissiers de justice (certification des e-mails et procédure de dépôt électronique sur le site www.jedepose.com : communiqué de presse de la CNHJ, 17 novembre 2008) et de notaires (premier acte authentique sur support électronique – AASE - signé le 28 oct.2008 : JCP N 2008, act.723) dans le domaine particulièrement délicat de la dématérialisation de l'acte authentique.

Technique donc, mais technique *soft*, du XXI^{ème} siècle, par opposition à la technique matérielle et mécaniste du XIX^{ème}. Mais technique extérieure au droit par nature, qui peut lui apporter une aide, mais qui n'en devient pas pour autant une technique juridique, ni donc une technique « purement procédurale »¹⁶.

B - SPECIFICITE DU PROGRES DE LA TECHNIQUE PROCEDURALE

13 – Pour tenter de cerner les contours du progrès de la technique procédurale en elle-même, on raisonnera à partir d'exemples concrets de problèmes de technique procédurale : deux sont empruntés à la procédure civile et deux aux procédures civiles d'exécution.

1) Premier exemple : le dépôt au greffe de la constitution du défendeur par le demandeur devant le tribunal de grande instance

14 – On sait que l'article 756 du Code de procédure civile prévoit qu'une copie de l'acte de constitution de l'avocat du défendeur est remise au greffe, l'article 816 précisant que cette remise est faite dès la notification au demandeur si elle est postérieure à l'enrôlement et en même temps que l'enrôlement dans le cas contraire. Cette deuxième situation est de loin la plus fréquente en pratique car le demandeur attend l'expiration du délai de quinzaine pour enrôler. L'usage est alors que l'avocat du demandeur dépose au greffe la constitution de son adversaire en même temps qu'il remet une copie de l'assignation. Malheureusement il y a eu des manquements : de manière totalement déloyale, certains avocats ont « oublié » de déposer la constitution adverse de sorte que l'affaire a été jugée par défaut. Au terme d'importantes controverses jurisprudentielles, la Cour de cassation a refusé d'annuler le jugement rendu dans ces conditions, estimant strictement qu'il incombe à l'avocat du défendeur de déposer sa constitution au greffe¹⁷.

Fort bien. Mais comment *techniquement* déposer une constitution au greffe si l'affaire n'est pas enrôlée (à moins d'enrôler soi-même ce que le défendeur n'a pas nécessairement convenance à faire) ? Il y a bien là un problème de pure technique procédurale : il faut que la constitution du défendeur soit connue du greffe, mais pratiquement elle ne peut être déposée que si le demandeur a préalablement enrôlé, fait dont le défendeur n'est pas nécessairement informé. C'est un cercle vicieux qui ne pourrait être brisé que si, par exemple, les greffes pouvaient stocker les constitutions dans l'attente d'un enrôlement éventuel (et être alors certains de pouvoir les retrouver automatiquement et sans erreur).

¹⁶ Ainsi peut-on lire, dans le Rapport Guinchard : « Le cœur du métier du juge, dont la fonction traditionnelle est la sauvegarde des libertés, de l'égalité, des valeurs démocratiques, le rétablissement de la paix sociale par la « juris-dictio », doit bénéficier de la modernisation de l'institution judiciaire, notamment des apports des techniques de numérisation et de communication électronique ». La distance est bien posée : les techniques de communication électronique bénéficient au métier de juge, elles ne le transforment pas radicalement.

¹⁷ Cass.2^{ème} civ. 26 octobre 2006 ; Pourvoi n° K 05-10.356.

2) Deuxième exemple : le délai d'appel de la décision de sursis à statuer

15 – Nul n'ignore qu'aux termes de l'article 380 du Code de procédure civile : « la décision de sursis peut être frappée d'appel sur autorisation du premier président de la cour d'appel s'il est justifié d'un motif grave et légitime » ; dans ce cas le premier président est saisi par une assignation qui doit être délivrée dans le mois de la décision. En cas d'autorisation le premier président fixe la date de l'audience mais la cour doit être saisie comme en matière de procédure à jour fixe. Il s'en suit que la partie qui bénéficie de l'autorisation doit faire une déclaration d'appel, mais les textes ne disent pas dans quel délai.

La deuxième chambre civile a comblé cette lacune technique en jugeant que « la partie, autorisée à interjeter appel de la décision de sursis, est tenue d'effectuer la déclaration d'appel dans le mois de l'ordonnance du premier président »¹⁸. Solution qui en vaut une autre, mais solution utile à un problème qui est, ici encore, de pure technique procédurale.

3) Troisième exemple : l'information de l'huissier de justice de la contestation soulevée en matière de saisie-attribution

16 – En matière de saisie-attribution¹⁹, le saisi dispose d'un délai d'un mois pour élever des contestations. Donc le saisissant doit être en mesure de prouver l'absence de contestation dans le délai pour obtenir le paiement du tiers saisi.

A l'origine cette preuve ne pouvait résulter que d'un certificat de non-contestation délivré par le greffe du juge de l'exécution auprès duquel l'assignation en contestation était enrôlée. Le Décret n°96-1130 du 18 décembre 1996 a modifié l'article 61 du décret du 31 juillet 1992 pour autoriser l'huissier de justice à établir lui-même le certificat de non-contestation, ce qui suppose que la contestation doive nécessairement lui être notifiée, ce que prévoit l'article 66 modifié du décret de 1992 qui impose au débiteur, à peine d'irrecevabilité, de dénoncer la contestation à l'huissier le jour même où elle est formée, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Montage réglementaire technique astucieux qui laisse toutefois subsister une difficulté elle-même technique : puisque la contestation est formée par assignation, la seule solution est de dénoncer cet acte « le même jour » à l'huissier instrumentaire, ce que rappelle la deuxième chambre civile de la Cour de cassation²⁰ qui juge insuffisant l'envoi d'un simple projet d'assignation²¹. La pratique a heureusement trouvé une solution à ce dilemme qui est de signifier l'assignation en contestation à domicile élu chez l'huissier qui a diligenté la

¹⁸ Cass.2eme civ. 13 février 2003 : Bulletin 2003 II N° 35 p. 32 ; Juris- data n°2003 – 017578 ; JCP G 2003, II, 10074.

¹⁹ Un problème et des solutions identiques existent en matière de saisie des droits d'associés et valeurs mobilières.

²⁰ Cass. 2e civ., 15 déc. 2005 : pourvoi n° 03-20954.

²¹ Cass. 2e civ., 16 oct. 2003 : pourvoi n°01-16766.

saisie, pratique que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a validée²². Réponse technique à une question de pure technique procédurale.

4) Quatrième exemple : les délais de distance en matière de saisie immobilière

17 – Aux termes de l'article 38 du Décret n°2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble, l'assignation à l'audience d'orientation doit être délivrée dans un délai compris entre un et trois mois avant la date de l'audience. Comment concilier ce texte avec l'application du « délai de distance » supplémentaire de deux mois accordé à un débiteur demeurant à l'étranger²³ ? En pratique on choisira une date laissant un délai de comparution dépassant trois mois et donc on sera hors du délai maximal de l'article 38 et l'audience d'orientation sera tardive. Le problème est que le non-respect de ce délai maximal trimestriel est précisément sanctionné par la caducité du commandement (D.n°2006-936, art.12). Il ne saurait pour autant être question de réduire le délai de comparution allongé ce qui constituerait une atteinte aux droits de la défense²⁴.

Ici encore la pratique a dû dégager une solution technique utile sinon parfaite qui repose sur l'utilisation de l'article 646 du Code de procédure civile, texte qui permet au juge d'abrégé les délais de comparution « en cas d'urgence » : la solution (incertaine, il faut le dire) consisterait alors à demander au juge « l'autorisation de fixer une date d'audience à date donnée entre deux et trois mois de la délivrance de l'assignation afin d'éviter d'encourir la caducité et parer toute exception de nullité »²⁵.

18 – De ces exemples divers, on peut tenter d'extraire une problématique commune :

1) Le problème technique apparaît lors de l'application de la loi. C'est la réalisation concrète du scénario modélisé par cette dernière qui se révèle techniquement difficile, voire impossible. On peut souvent dénoncer une erreur de planification, de prévision de l'auteur de la norme appliquée. Les difficultés de la technique procédurale sont directement liées à la nature de la règle de procédure qui est une règle d'action pour le

²² « ...attendu que l'arrêt retient, à bon droit, que la formalité prévue par l'article 66 du décret du 31 juillet 1992 ayant pour seul objet d'informer l'huissier de justice ayant procédé à la saisie de l'existence d'une contestation, son omission n'entraîne pas l'irrecevabilité de celle-ci lorsque, comme en l'espèce, l'huissier de justice, informé de la contestation par l'assignation délivrée à domicile élu, est celui qui a procédé à la saisie ; » (Cass. 2e civ., 31 mai 2001 : pourvoi n°99-19367 : Bulletin 2001 II, n°109).

²³ CPC, art.643.

²⁴ Irrégularité qui, pour la Cour de cassation est plus qu'un « simple vice de forme » (Cass. 2e civ., 12 juin 2003 : Bull. civ. 2003, II, n° 196 ; D. 2003, inf. rap. p. 1943 ; JCP G 2003, IV, 2387 ; Procédures 2003, comm. 190, note R. Perrot ; Gaz. Pal. 7-8 avr. 2004, p. 21, obs. E.du Rusquec

²⁵ F.Alleaume, La fixation par le poursuivant de la date d'audience d'orientation en matière de saisie immobilière face à une prorogation des délais de comparution : Procédures 2008, prat. 5.

juge, les parties ou les auxiliaires de justice ; elles ont donc une forte spécificité au sein de l'ensemble plus général des difficultés de la technique juridique.

2) Les premières tentatives de résolution du problème de technique procédurale émanent généralement de la pratique qui s'y trouve confrontée la première. Ces essais sont, selon les cas, consacrés, invalidés ou rectifiés par la jurisprudence qui est aussi, d'une certaine manière, une forme de pratique judiciaire. Mais les problèmes de technique procédurale peuvent aussi être réglés par les textes et il n'est alors pas impossible que le règlement soit un outil mieux adapté que la loi pour résoudre ces difficultés purement technique.

II - LES MOYENS DU PROGRES DE LA TECHNIQUE PROCEDURALE

19 – Il est logique de penser que la progrès de la technique procédurale passe par l'amélioration de cette dernière (A), mais cela ne doit pas cacher que, paradoxalement, la suppression des difficultés de la technique procédurale résulterait inéluctablement de la suppression de cette dernière (B).

A – L'AMELIORATION DE LA TECHNIQUE PROCEDURALE

20 – Du point de vue de la gestion des contentieux, la procédure est une technique de communication (1) d'expression (2) et d'organisation (3). C'est dans ces trois domaines qu'il convient de rechercher un progrès.

1 – Les techniques de communication

21 – En procédure les notifications ne sont qu'une forme juridique de communication. Le progrès des communications devrait entraîner celui des notifications.

Il n'en a rien été pour la télécopie contre laquelle la jurisprudence civile manifeste une hostilité persistante fondée sur une lecture stricte des textes²⁶. Pour inverser la tendance, il faut une volonté politique d'imposer les nouveaux moyens de communication, volonté qui se manifeste actuellement dans la mise en place dirigiste de la communication électronique procédurale.

22 – Où l'on voit que la technique informatique doit se plier aux contraintes juridiques : l'étude des textes qui réglementent la communication électronique procédurale fait émerger plusieurs principes fondateurs.

²⁶ Une jurisprudence importante juge irrecevable un appel par télécopie : Cass. 3e civ., 19 juin 1996 : Bull. civ. III, N° 148 ; Juris-Data n° 1996-002536 ; JCP G 1997, II, 22751, note A. Bernard -. soc., 18 nov. 1998 : Juris-Data n° 1998-004384 ; JCP G 1999, IV, n° 1033 ; Bull. civ. V, n° 505 ; D. 1999. IR. 7 ; RJS 1999. 68, no 100 - Civ. 2e, 8 juin 1995: Bull. civ. II, no 180; D. 1995. IR. 165 ; Rev. Justices 1996, no 3, p. 366, obs. J.Héron; JCP G 1995. II. 22512, note Ammar. *Idem* pour les conclusions d'appel par télécopie : Civ. 2ème 13 juin 2002 : Bull. civ. n°127 ; Juris-Data n° 2002-014751 ; JCP G 2002, IV, n° 2324. *Contra* : pour la validité d'une déclaration de créance par fax : Cass. com. 17 décembre 2003 : Bull civ IV n°210.

Le principal nous semble être celui de la nécessité du consentement préalable du destinataire de la communication électronique²⁷. Il subsiste donc un droit à une notification classique utilisant notamment le support papier dont la primauté est d'ailleurs expressément consacrée²⁸ à la différence des règles existant en matière probatoire civile²⁹. Seule rançon à la nature des choses, la transmission électronique, qui est virtuelle, dispense de l'application des règles relatives à la pluralité d'exemplaires ou à la « restitution matérielle des actes, et pièces remis ou notifiés »³⁰ ; on ne restitue pas un *e.mail*.

Les autres dispositions tendent à garantir la fiabilité probatoire de la communication électronique ce qui démontre, s'il en était besoin, que l'administration de la preuve est le passage obligé entre le fait et le droit. L'article 748-6 du Code de procédure civile est le texte directeur puisqu'il fixe les objectifs : « les procédés techniques utilisés doivent garantir (...) la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité des documents adressés, la sécurité et la confidentialité des échanges, la conservation des transmissions opérées et permettre d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire »³¹, mais il cède aussitôt la place à d'autres dispositions réglementaires plus détaillées qui devront régler le quotidien de la communication électronique et qui risquent fort d'être contaminées par la pure technique informatique qui se substituera insidieusement à la technique procédurale³².

²⁷ CPC, art.748-2.

²⁸ « Lorsqu'un document a été établi en original sur support papier, le juge peut en exiger la production » (CPC, art.748-4) – « L'usage de la communication par voie électronique ne fait pas obstacle au droit de la partie intéressée de demander la délivrance, sur support papier, de l'expédition de la décision juridictionnelle revêtue de la formule exécutoire » (CPC, art.748-5).

²⁹ « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier... » (C.civ., art.1316-1) – « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier » (C.civ., art.1316-3).

³⁰ CPC, art.748-3, al.3.

³¹ En particulier la réception par le destinataire, élément-clé sur le plan probatoire, est établie par un avis électronique de réception qui « tient lieu de visa, cachet et signature ou autre mention de réception qui sont apposés sur l'acte ou sa copie lorsque ces formalités sont prévues par le présent code » (CPC, art.748-3).

³² En témoigne le vocabulaire employé dans les premiers textes d'application. Extraits de l'arrêt du 7 juin 2008 portant application anticipée pour la procédure devant la cour de cassation des dispositions relatives à la communication par voie électronique : il est prévu l' « utilisation d'un dispositif de certification permettant l'authentification des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation pour l'accès à un réseau intranet disposant d'un point d'accès sécurisé et, dans le cas où cet accès se fait via internet, par l'utilisation des moyens de cryptographie », celle d'un « applicatif de gestion fonctionnant sur un réseau intranet, dénommé « réseau privé virtuel justice » (RPVJ) » ou encore d'un « certificat électronique délivré par un prestataire de services de certification électronique ». On lit également que « l'accès des avocats au réseau intranet est établi au moyen d'une plate-forme sécurisée proposée par un prestataire de services de confiance qualifié » ou que « la liaison entre la plate-forme du prestataire de services de confiance et la société civile professionnelle ou l'avocat exerçant à titre individuel est sécurisée par l'utilisation du protocole HTTPS » !

2 – Les techniques d'expression

23 – On oppose classiquement la procédure écrite à la procédure orale. La communication électronique estompe cette frontière : elle montre qu'en réalité, par-delà la distinction entre l'écrit et l'oral, ce qui importe c'est la structuration éventuelle du discours procédural.

24 – Le Rapport Magendie 2 donne des exemples étrangers de structuration des écritures, dont les « conclusions à l'américaine » qui exploitent, semble-t-il, les technologies les plus récentes popularisées par l'Internet : ainsi les conclusions dématérialisées incluent-elles des liens hypertextes renvoyant à la jurisprudence citée (ce que l'on transposerait aisément en France) ou à des enregistrements vidéos des dépositions des témoins (où l'on reconnaît une spécificité de la *common law*)³³. Selon les auteurs du Rapport, cette modernité serait nécessairement liée à une « structuration extrêmement rigoureuse » des conclusions. Cette idée est reprise plus loin dans le Rapport où il est posé en principe, voire en postulat, que « la transmission électronique ne pourra s'effectuer que sur la base de documents uniformisés »³⁴ ; c'est confondre le fond et la forme : s'il est vrai que les documents transmis devront être écrits dans des formats lisibles par tous³⁵, en revanche la communication électronique n'impose rien en ce qui concerne la structure, le plan ou le contenu des conclusions.

Il est évidemment très souhaitable que les écritures des parties soient très claires et même qu'elles participent à la « mise en état intellectuelle » du dossier, constituant, par là même, une aide pour le juge, ce qui peut nécessiter une structuration distinguant les chefs de prétention, les moyens présentés à leur soutien, voire les moyens de droit et les moyens de fait, mais c'est une exigence de méthode générale qui n'est nullement liée à la dématérialisation et dont cette dernière ne renforce pas la nécessité.

Dans la mesure où l'on admet qu'en matière civile le jugement résulte d'une coopération entre le juge et les parties, alors il faut réfléchir à une structuration des conclusions³⁶. C'est alors une pure question de technique procédurale qui ne dépend pas de la technique informatique.

3 – Les techniques d'organisation

25 – Organiser la procédure c'est gérer les flux judiciaires. Dans ce domaine le progrès peut résider dans une accélération raisonnée du traitement de l'information. Il n'est guère lié à un progrès technique extérieur, même si l'informatisation peut en faciliter la

³³ Rapport « Magendie 2 », p.66 ; voir aussi p.67 pour les « conclusions à l'anglaise ».

³⁴ *Eod.loc.*, p.69.

³⁵ En tenant compte de la nécessité du cryptage pour des raisons probatoires.

³⁶ Un exemple achevé de structuration des écritures peut être trouvé dans la procédure de cassation, notamment dans l'article 978 du Code de procédure civile qui impose, à peine d'irrecevabilité, qu'un moyen ou élément de moyen 1) ne mette en œuvre qu'un seul cas d'ouverture, 2) indique : a) le cas d'ouverture, b) la partie critiquée de la décision, c) ce en quoi elle encourt le reproche allégué. On croirait un formulaire !

réalisation. Les techniques existent ; elles ont déjà largement été mises en œuvre par les textes.

26 – En présence d'un grand nombre d'affaires il est bon que l'attention du juge se concentre sur celles qui soulèvent de réelles difficultés, quitte à ce que les autres fassent l'objet d'un traitement simplifié. C'est le procédé du « traitement par exception » dont on connaît en procédure civile de nombreuses manifestations : ainsi les procédures d'injonction (de payer, de faire, de restituer) qui ne donnent lieu à débat que sur opposition, mais aussi tout le système de traitement des situations de surendettement qui repose sur l'évacuation des dossiers par la mission de conciliation de la commission de surendettement, ou encore l'organisation méticuleuse de la distribution de deniers en cas de vente d'immeuble³⁷ où la distribution amiable permet d'éviter la distribution judiciaire et où, à l'intérieur de la distribution amiable, on distingue le cas évident de l'unicité du créancier de l'hypothèse de la pluralité.

27 – Cette accélération des procédures se fait également au prix d'un ajournement des débats, ce que l'on a pu appeler un « contradictoire *a posteriori* ». C'est l'exemple déjà cité des procédures d'injonction, mais le modèle préexistait dans l'ordonnance sur requête avec réserve de référé ; il connaît aujourd'hui une variante avec le pouvoir de certain juge saisi sur requête de « décider de réexaminer sa décision ou les modalités de son exécution au vu d'un débat contradictoire »³⁸.

Rien qui ne soit là d'une très haute technicité : seulement des techniques de bonne gestion reposant sur le simple bon sens. Ce progrès là n'a nul besoin du secours des nouvelles technologies de l'information.

B - LA SUPPRESSION DE LA TECHNIQUE PROCEDURALE

28 – La technique procédurale est menacée d'absorption par la technique informatique (1). A cette menace externe s'ajoute une menace interne : l'émergence de nouveaux modes de règlements des conflits pourrait bien conduire à une indifférence à la technique procédurale (2).

1 – L'absorption par la technique informatique

29 – Avec l'arrivée de la communication électronique, la pratique procédurale deviendra l'utilisation d'un système de traitement automatisé d'informations. On assistera à une substitution de protocoles, le protocole juridique étant contaminé, si ce n'est absorbé, par le protocole informatique. La réglementation procédurale aura des allures de manuel d'utilisation d'un logiciel et les « décrets de toilette » auxquels les processualistes s'étaient habitués seront remplacés par des mises à jour.

Sans doute ne faut-il pas être exagérément alarmiste : tout cela ne concerne que la forme et non le fond, mais on connaît le lien entre les deux et la force contraignante insidieuse de

³⁷ D. n°2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble, art.112,s..

³⁸ L n°91-650 du 9 juillet 1991, art.69 – D.31 juill.1992, art.213.

toute informatisation. Il serait naïf d'accuser « les informaticiens » d'impérialisme mais il y a un risque de dérive de la part de ceux qui seront les maîtres du système. Il ne faudrait pas que demain un acte soit autorisé ou interdit selon que l'ordinateur permet ou ne permet pas de le faire. La technique procédurale pourrait bien être un rempart contre la technique informatique.

2 – Le règlement des conflits sans procédure

30 – En supprimant la procédure on supprime aussi la technique procédurale. Est-ce jeter le bébé avec l'eau du bain ? Il faut ici se garder de tout *a priori* : la déjudiciarisation est-elle un bien ou un mal ? Le règlement amiable des conflits (dont le principe est difficilement critiquable) peut-il s'accommoder d'une forme de technique procédurale ou faut-il, au contraire, laisser toute liberté au conciliateur ou au médiateur, y compris celle, effrayante, de s'affranchir du contradictoire ?

31 – Qu'attend-on de la procédure ? C'est ce qu'on attendra de la technique procédurale et, par là, on pourra dire ce qu'est son progrès. Il ne faut pas perdre de vue qu'un procédé ou une procédure n'est qu'un moyen au service d'une fin. Dans un monde idéal où les conflits s'apaisent naturellement il n'est plus besoin de procédure. Il est vrai qu'un tel monde apparaît actuellement plus virtuel encore que ceux que diffusent les ordinateurs.