

**DEMANDE D'AVIS N° M 1370005**

(Art. L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire)

(Art. 1031-1 à 1031-7 du code de procédure civile)

(Art. 706-64 et suiv. du code de procédure pénale)

COUR D'APPEL DE TOULOUSE**SEANCE du 9 septembre 2013 à 11 heures**

Conclusions de Monsieur l'avocat général
Pierre Mucchielli

Par ordonnance du 22 mars 2013, un conseiller de la mise en état de la cour d'appel de Toulouse a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante :

“L'envoi par la voie électronique de conclusions à l'avocat de l'autre partie constitue-t-il une notification directe régulière des dites conclusions au sens de l'article 673 du Code de procédure civile en l'absence de consentement exprès du destinataire à l'utilisation de ce mode de communication ?

L'adhésion au RPVA de l'avocat destinataire ou la signature d'une convention entre la juridiction et l'Ordre des avocats peuvent-elles pallier l'absence de consentement exprès prévu par l'article 748-2 du Code de procédure civile ?

L'obligation édictée par l'article 930-1 du Code de procédure civile en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013 constitue-t-elle une disposition spéciale imposant l'usage de ce mode de communication au sens de l'article 748-2 du même Code ? ”

*

Les faits et la procédure

Le tribunal de grande instance de Toulouse, saisi par la SA Axa France Vie (la société Axa), créancière de la succession de Jean Michel X..., a, par jugement du 6 juillet 2012, notamment ordonné la liquidation du régime matrimonial des époux X..., mariés sous le régime de communauté et, préalablement, la licitation de l'immeuble commun.

Mme Y..., veuve X..., a, par déclaration électronique adressée au greffe le 20 août 2012, interjeté appel de ce jugement, en intimant la seule société Axa. Elle a adressé ses conclusions, établies à son nom et pour le compte de ses deux enfants X..., par message électronique à la cour d'appel ainsi qu'au conseil de l'intimée.

Par requête du 14 décembre 2012, la société Axa a demandé au conseiller de la mise en état de dire irrecevable comme tardif l'appel des deux enfants, de déclarer irrecevables les pièces invoquées pour n'avoir pas été communiquées avec des conclusions et de prononcer la caducité de l'appel formé par Mme X..., faute de notification régulière de ses écritures d'appelante, leur envoi par la voie électronique n'étant pas régulier dès lors que le destinataire, son propre conseil, n'avait pas expressément consenti à l'utilisation de ce mode de communication.

Mme X... a conclu au rejet de ces demandes en soutenant que l'appel avait été interjeté par "les conjoints X...", que les conclusions avaient été régulièrement notifiées par la voie électronique par message du 20 novembre 2012, que le conseil de l'intimée les avait acceptées puisqu'il y avait répondu et que selon l'article 930-1 du Code de procédure civile tous les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique depuis le 1er janvier 2013.

Par la décision précitée du 22 mars 2013, le conseiller de la mise en état a débouté la société Axa de ses demandes tendant à voir dire que les deux enfants X... ont renoncé ou sont irrecevables ou forclos en leur appel incident, dit que la demande tendant à voir écarter des débats les pièces qui n'ont pas été communiquées simultanément aux conclusions ne relève pas de la compétence du Conseiller de la mise en état et, sur la demande de caducité de l'appel formé par Mme X..., sollicité de la Cour de cassation l'avis mentionné ci-dessus.

La régularité de la demande d'avis

La demande émane, comme le prescrit l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire, d'un juge judiciaire, au cas présent un conseiller de la mise en état de la cour d'appel de Toulouse.

*** Conditions de forme**

Le conseiller de la mise en état a, en application de l'article 1031-1 du Code de procédure civile, indiqué aux parties ainsi qu'au ministère public qu'il envisageait de solliciter l'avis de la Cour de cassation et recueilli leurs observations.

La décision sollicitant l'avis a été, conformément aux dispositions de l'article 1031-2, adressée au greffe de la Cour de cassation et notifiée aux parties par lettre recommandée avec accusé de réception.

Le procureur général de la cour d'appel de Toulouse a été informé.

En revanche, les pièces versées au dossier ne font pas apparaître que le premier président de la cour d'appel l'ait été. L'alinéa 3 de l'article 1031-2 dispose que le premier président et le procureur général sont avisés "lorsque la demande d'avis n'émane pas de la cour".

La Cour de cassation a jugé que lorsqu'une juridiction a pris une décision par laquelle elle demande son avis, la preuve doit être rapportée que le premier président de la cour d'appel a été avisé de cette question et qu'à défaut, il n'y a pas lieu à avis (14 février 1997, bull. 1997, avis n°1 ; 19 janvier 1998, bull. 1998, avis n°1 ; 23 mars 1998, bull. 1998, avis n°4).

Cependant, ces précédents concernent des avis sollicités par un tribunal d'instance et des tribunaux de grande instance. La Cour de cassation semble n'avoir rendu aucune décision ayant trait à une demande d'avis émanant, comme dans notre espèce, d'un conseiller de la mise en état. Le Code de procédure civile confère à ce magistrat des attributions propres. Et si certaines de ses ordonnances peuvent être l'objet d'un déféré devant la cour d'appel, il n'en demeure pas moins un magistrat de cette juridiction. L'on peut donc en déduire qu'il n'est pas tenu, au sens de l'article précité, d'aviser spécialement le premier président. Il n'est pas inutile toutefois d'observer sur ce point que la demande d'avis est du 22 mars 2013, donc postérieure à la convention signée le 20 mars 2013 entre la cour d'appel de Toulouse et les barreaux du ressort, laquelle mentionne que "pour la notification entre avocats des dits actes [notamment les conclusions], il a été convenu entre les signataires de la présente convention que l'adhésion de chaque avocat au RPVA, le rendant attributaire d'une adresse personnelle et d'une identification de nature à sécuriser les échanges, vaut consentement à l'utilisation de la voie électronique pour la signification des actes devant être obligatoirement adressés au greffe de la cour. La présente convention rend sans objet à son égard l'exigence de l'accord exprès visé à l'article 748-2 du Code de procédure civile".

*

*** Conditions de fond**

L'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire prévoit que la question posée à l'occasion de l'avis sollicité de la Cour de cassation doit être une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

En l'espèce, la question concerne, pour l'essentiel, la régularité de la notification de conclusions faite par voie électronique, lors d'une procédure d'appel avec représentation obligatoire, à l'avocat représentant la partie adverse, et plus particulièrement la condition du consentement exprès de ce dernier.

Il s'agit d'une **question de droit nouvelle** relative à des textes récents sur la communication électronique en procédure civile d'appel avec représentation obligatoire. Sont ainsi impliqués

le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, entré en application le 1^{er} janvier 2009, à l'origine du chapitre XXI du livre 1^{er} du Code de procédure civile intitulé "la communication par voie électronique" qui comporte l'article 748-2 selon lequel le destinataire des envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 doit consentir expressément à l'utilisation de la voie électronique à moins que des dispositions spéciales n'imposent l'usage de ce mode de communication, le décret du 9 décembre 2009 qui a créé l'article 930-1 du Code de procédure civile, dont certaines dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2011 et les autres, au plus tard le 1^{er} janvier 2013, ainsi que les divers arrêtés prévus par ces textes. La Cour de cassation n'a pas encore eu à se prononcer sur la question posée en ses trois développements. Un arrêt de la deuxième chambre civile du 16 mai 2013 (pourvoi n° 12-19.086) mérite toutefois d'être mentionné. Statuant sur un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 5 mars 2012 qui a jugé qu' « en adhérant au RPVA et en devenant attributaire d'une adresse personnelle dont le caractère spécifique résulte de l'identification par son nom et son prénom, précédé d'un radical unique constitué par son numéro d'affiliation à la Caisse nationale du barreau français, Me ..., avocat de la société ..., doit être présumé avoir accepté de consentir à l'utilisation de la voie électronique pour la signification des jugements à son égard » et qu'en conséquence il « n'est donc pas nécessaire de recueillir son accord exprès en application de l'article 748-2 du Code de procédure civile qui n'a pas vocation à s'appliquer entre avocats postulants adhérents au RPVA », il a rejeté le recours au motif que « l'irrégularité de la notification préalable à avocat est un vice de forme qui n'entraîne la nullité de la signification destinée à la partie que sur justification d'un grief » et qu'en l'espèce, il ne résultait « ni de l'arrêt ni des productions que l'appelante ait allégué devant la cour d'appel un grief tenant aux modalités de notification du jugement à son représentant ». Cette décision ne comporte aucun motif sur le consentement du destinataire de la notification préalable du jugement et n'a donc tranché aucune des difficultés soulevées par la demande d'avis.

La question peut être considérée comme présentant **une difficulté sérieuse**. Elle concerne le consentement exprès du destinataire de la communication électronique tel que prévu par l'article 748-2 précité du Code de procédure civile, consentement dont la nécessité et les modalités peuvent soulever de réelles difficultés et ont d'ailleurs donné lieu, un certain temps, à des appréciations divergentes.

Mais se pose-telle dans de **nombreux litiges** ? Cette condition est autonome par rapport aux deux autres, en particulier celle relative au caractère sérieux. La saisine pour avis de la Cour de cassation ayant "pour objectif d'assurer l'unité de la jurisprudence sans attendre le pourvoi en cassation, il paraît compréhensible que seules les questions susceptibles de diviser la jurisprudence, parce qu'elles ne se posent pas dans un seul litige, puissent faire l'objet d'une saisine pour avis"¹. L'article L 151-1 requiert de nombreux litiges. Une chronique fait état de la "nécessité d'un vaste mouvement contentieux"². La Cour de cassation, qui a décidé à

¹La saisine pour avis de la Cour de cassation, La Semaine juridique, ed. g., 8 avril 1992, AM Morgan de Rivery Guillaud

²La saisine pour avis de la Cour de cassation, D. 1992, chron. p. 249, F. Zenati.

plusieurs reprises³ qu'il n'y a pas lieu à avis au motif que la demande ne soulève pas une question de droit paraissant se poser dans de nombreux litiges, "privilégie une analyse dégagée des contraintes numériques"⁴. Les litiges pris en considération doivent être nés, ne pas être seulement potentiels et exister au moment de la saisine.

Qu'en est-il ici ?

La consultation de la banque de données de la jurisprudence judiciaire Legifrance et les recherches entreprises par le service de documentation, d'études et du rapport de la Cour de cassation font apparaître un nombre très restreint de décisions sur le consentement exprès de l'avocat destinataire d'une notification par la voie électronique de conclusions. Deux arrêts ont été rendus par la cour d'appel de Bordeaux (20 février 2013 ; 1^{er} mars 2013), deux par la cour d'appel d'Orléans (7 janvier 2013 ; 17 janvier 2013), un par la cour d'appel de Pau (19 mars 2013), trois par la cour d'appel de Paris (deux le 21 mars 2013, un le 11 avril 2013), un par la cour d'appel de Reims (27 novembre 2012), un par la cour d'appel de Riom (29 octobre 2012) un par la cour d'appel de Rouen (18 février 2013) et deux par la cour d'appel de Toulouse (5 septembre 2012 ; 4 décembre 2012). Ces décisions ont toutes, à l'exception d'une seule, celle du 4 décembre 2012 de la cour d'appel de Toulouse, admis que les conclusions peuvent être notifiées par voie électronique entre avocats malgré l'absence de consentement exprès du destinataire. Les motivations diffèrent. Certaines retiennent qu'en adhérant au RPVA et en devenant attributaire d'une adresse personnelle, l'avocat est présumé avoir accepté de consentir à l'utilisation de la voie électronique pour la notification des conclusions sans qu'il soit nécessaire de recueillir son accord exprès en application de l'article 748-2 qui n'a pas vocation à s'appliquer entre avocats adhérents au RPVA (Bordeaux) ou, plus simplement, que l'avocat étant attributaire d'une adresse électronique du RPVA a nécessairement consenti à l'utilisation de la voie électronique pour la signification des actes de procédure qui lui étaient destinés (Paris). D'autres, tout en reprenant l'argumentation relative aux conséquences de l'adhésion au RPVA, mentionnent aussi les effets de la convention passée entre la cour d'appel et les barreaux de son ressort (Riom, Rouen, Orléans et Pau, ces deux dernières précisant que la convention s'impose aux membres du barreau). La cour d'appel de Reims se fonde essentiellement sur la convention.

Ces arrêts, dont aucun n'a semble-t-il été l'objet d'un pourvoi en cassation, sont peu nombreux. Ils concernent surtout une période qui s'est achevée le 11 avril 2013. Depuis cette date, les recherches effectuées ne m'ont permis de déceler aucune autre décision.

³9 juillet 1993, n° 09-30.007 ; 29 novembre 1993, n° 09-30.013 ; 16 juin 1995, 09-50.009 ;

⁴La saisine pour avis de la Cour de cassation, GP du 4 décembre 1997, p. 1571, G. Keromnes

Cette observation doit être rapprochée des réponses apportées au SDER par ses correspondants auprès des cours d'appel qui mettent en évidence l'absence de contentieux actuel sur l'accord exprès de l'article 748-2. Le correspondant de la cour d'appel de Paris indique que les incidents survenus avant 2013 provenaient surtout de l'impossibilité de signifier les conclusions via e-barreau et qu'ils sont en forte diminution depuis l'entrée en vigueur de l'article 930-1 du Code de procédure civile et le vote, le 5 février 2013, par le conseil de l'ordre du barreau de Paris, d'un article du règlement intérieur prévoyant que devant les juridictions, quand la communication par la voie électronique est possible, l'avocat inscrit au RPVA consent expressément à son utilisation dans tous les échanges de courriers et actes de procédure avec l'avocat inscrit au RPVA.

Le tarissement des litiges sur le consentement exprès du destinataire de la notification est aussi la conséquence des dispositions, dont la portée juridique sera examinée ci-après, des conventions passées entre les différentes cours d'appel et les barreaux de leur ressort en application de l'article 88 du décret modifié du 22 mai 2008 qui prévoit les modalités et conditions d'échanges par voie électronique de données et de documents tant entre la juridiction et les avocats qu'entre ces derniers. Certaines, comme celle de la cour d'appel de Lyon, semblent comporter une obligation pour l'avocat de transmettre systématiquement et exclusivement les actes et documents au moyen d'un courrier électronique, en particulier les conclusions. D'autres (celles de Riom, Toulouse) mentionnent expressément, en des formulations différentes, que l'adhésion au RPVA de l'avocat emporte consentement de celui-ci à l'utilisation de la voie électronique au sens de l'article 748-2 du Code de procédure civile lorsque ce mode de communication n'est pas réglementairement obligatoire

Dans le même sens, un avenant à la convention signée le 16 juin 2010 entre le ministère de la justice et le conseil national des barreaux précise en son article 2, alinéa 3, que l'adhésion "à e-barreau", par son caractère volontaire, emporte pour l'avocat adhérent consentement exprès à recevoir les actes de procédures selon ce mode de communication conformément aux dispositions de l'article 748-2 du Code de procédure civile".

En autorisant les avocats de toutes les cours d'appel, à l'exception de celles de Nouméa et de Papeete, à transmettre par voie électronique leurs conclusions même s'il n'en résulte aucune obligation, l'arrêté du 30 mars 2011, modifié par ceux du 18 avril 2011 et 20 décembre 2012, a également contribué à la disparition de tout contentieux.

*

Au terme de cette analyse, il m'apparaît que la condition de fond exigée par la loi relative à l'existence de nombreux litiges n'est pas remplie en l'espèce et qu'en conséquence, il n'y a pas lieu à avis.

*

Dans l'hypothèse où la Cour de cassation estimerait qu'un avis doit être donné, les éléments de réflexion suivants peuvent être apportés.

Première interrogation : l'envoi par la voie électronique de conclusions à l'avocat de l'autre partie constitue-t-il une notification directe régulière des dites conclusions au sens de l'article 673 du Code de procédure civile en l'absence de consentement exprès du destinataire à l'utilisation de ce mode de communication ?

Cette question conduit à s'interroger d'une part sur les modalités de la communication électronique applicables à la procédure civile et, d'autre part, sur le consentement du destinataire de l'envoi électronique.

1 - Les modalités techniques de la communication électronique et sa régularité au regard des règles énoncées par le Code de procédure civile

La question telle que formulée ci-dessus évoque un envoi de conclusions entre avocats sans en préciser les modalités. Or, les échanges d'actes de procédure peuvent être effectués de diverses manières, notamment en ligne, d'une adresse internet à une autre. La communication électronique en matière de procédure civile⁵ obéit aux règles édictées par les articles 748-1 à 748-7 du Code de procédure civile. L'article 748-6 précise que les procédés techniques utilisés doivent garantir, dans les conditions fixées par arrêté du ministre de la justice, la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité 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. La régularité d'un échange électronique nécessite donc un arrêté technique fixant son régime juridique. Pour des raisons de sécurisation, les arrêtés déjà intervenus prévoient que l'accomplissement des échanges par voie électronique passe par une interconnexion de plate-formes sécurisées, le réseau privé virtuel justice (RPVJ) pour les juridictions, et le réseau privé virtuel avocat (RPVA) pour ces auxiliaires de justice. Les juridictions accèdent au RPVJ par les logiciels "ComCi-TGI" et "ComCi-CA", les avocats par l'interface sécurisée "e-barreau". La convention nationale conclue le 16 juin 2010 entre le ministre de la justice et le Conseil national des barreaux, comme les conventions locales signées entre les juridictions et leurs barreaux, se rapportent expressément à ces plates-formes. Il apparaît donc que le courrier électronique, pour produire un effet procédural, doit être adressé conformément aux dispositions du Code de procédure civile et, plus précisément, aux arrêtés qu'il prescrit. La régularité d'un envoi de conclusions entre avocats suppose donc qu'il soit effectué par le biais du RPVA, seul mode de transmission autorisé. La première interrogation, qui envisage une notification par voie électronique sans référence aucune au RPVA, pourrait, en raison de son imprécision, recevoir une réponse négative.

2 - Le consentement du destinataire : sa nécessité et ses modalités

** La nécessité du consentement*

Elle découle des textes relatifs à la communication par voie électronique. L'article 748-2 du Code de procédure civile dispose que le destinataire des envois, remises et notifications

⁵Cf sur cette question, "Communication électronique" par E. de Leiris, Rep. pr. civ. Dalloz

mentionnés à l'article 748-1 doit consentir expressément à l'utilisation de la voie électronique à moins que des dispositions spéciales n'imposent l'usage de ce mode de communication.

L'article 930-1 du même Code, figurant dans une section consacrée à la procédure d'appel avec représentation obligatoire, dispose qu'à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique. Ce mode de communication obligatoire concerne, selon les termes mêmes du texte, les actes émanant des parties, en ce compris sans doute leurs écritures, à l'intention de la juridiction. Mais les actes échangés entre les parties elles-mêmes, fondés sur les seuls articles 748-1 et suivants du Code de procédure civile et l'arrêté plusieurs fois modifié auquel ils renvoient, échappent à l'article 930-1 et relèvent du régime de la communication électronique facultative. Ainsi, la notification des conclusions entre avocats, en ce qu'elle n'est pas à l'intention du greffe de la cour d'appel ne peut être soumise qu'à ce régime facultatif. L'arrêté technique modifié du 30 mars 2011 qui régit la communication électronique dans les procédures avec représentation obligatoire, applicable devant toutes les cours d'appel régies par le Code de procédure civile en vertu d'un arrêté du 20 décembre 2012, autorise d'ailleurs, sans la rendre obligatoire, cette notification entre avocats. Selon l'article 2, modifié par l'arrêté du 18 avril 2012, de ce texte : "Peuvent être effectués par voie électronique entre auxiliaires de justice représentant une partie ou entre tel auxiliaire et la juridiction, les envois et remises des déclarations d'appel et des actes de constitution avec les pièces qui leur sont associées ainsi que les conclusions faits en application des articles 901, 903, 908, 909, 910, 911, 960 et 961 du Code de procédure civile". Par ailleurs, l'article 5 de l'arrêté du 30 mars 2011, complété par l'article 4 de l'arrêté du 18 avril 2012, dispose : " Les conclusions mentionnées à l'article 2 du présent arrêté sont communiquées en pièce jointe d'un message électronique. La réception de ce message génère un avis de réception à destination des ses expéditeurs. Cet avis tient lieu de visa par la partie destinataire au sens de l'article 673 du Code de procédure civile. L'envoi simultané au greffe et aux parties du fichier les contenant tient lieu de remise au greffe au sens de l'article 906 du Code de procédure civile." Cette disposition, qui instaure un mécanisme évitant aux avocats de procéder en deux étapes, la notification entre eux d'abord, puis la remise au greffe avec la preuve de la notification préalable, permet, par l'utilisation de la voie électronique, d'effectuer les deux opérations simultanément. N'ayant d'autre objet que fonctionnel, elle ne remet toutefois pas en cause le caractère facultatif de la notification des conclusions entre avocats et ne saurait donc dispenser du consentement exprès du destinataire.

** Les modalités du consentement.*

En dehors des formes traditionnelles prévues par le Code de procédure civile concernant la notification de conclusions entre avocats, c'est à dire la remise contre récépissé (article 673) et la signification par huissier de justice (article 672), lorsque la communication électronique est autorisée sans être obligatoire, le destinataire du courrier doit, selon l'article 748-2 modifié par le décret du 9 décembre 2009, consentir expressément à l'utilisation de la voie électronique. Comme l'a relevé un auteur, les modalités de ce consentement exprès sont mal délimitées par le décret précité⁶. Aucun formalisme n'est prévu malgré l'importance des enjeux, en particulier celui de savoir si des conclusions ont été régulièrement communiquées dans les

⁶C. Caseau-Roche, La Semaine juridique, ed. g, 27 mai 2013, doc. 622.

délais⁷. Rien ne s'oppose, en conséquence, à ce qu'un tel consentement soit donné par écrit ou verbalement, pour un acte déterminé, préalablement à sa notification ou lors de sa réception, pour l'ensemble des actes d'une instance donnée ou même pour tous ceux concernant l'activité judiciaire de l'avocat⁸.

Certains arrêts, déjà cités, ont cependant retenu, s'agissant de la notification de conclusions entre avocats représentant des parties lors d'une procédure avec représentation obligatoire, que l'article 748-2 n'avait pas vocation à s'appliquer entre avocats ayant souscrit au RPVA dès lors qu'en adhérant à cette plate-forme et en devenant attributaire d'une adresse personnelle l'avocat doit être présumé avoir consenti à l'utilisation de la voie électronique pour la notification des conclusions à son égard.

Cette solution, qui écarte l'application de l'article 748-2 en déduisant de la démarche d'inscription de l'avocat à la communication électronique une présomption de consentement, est celle énoncée par la cour d'appel de Bordeaux dans l'arrêt évoqué plus haut du 5 mars 2012 relatif à la notification préalable du jugement à l'avocat représentant une partie. Elle a été approuvée par plusieurs commentateurs. Ainsi, Mme Berrebi⁹ estime que la cour d'appel a "opportunément appliqué les principes généraux du droit des obligations en créant à l'égard de l'avocat adhérent à la plate-forme "e-barreau" une présomption de consentement exprès à l'usage de la communication électronique, confortant ainsi l'usage du RPVA comme un moyen de communication courant entre avocats répondant aux exigences déontologiques de la profession et notamment au principe du contradictoire". M. Gerbay¹⁰ observe que l'attendu de cet arrêt, ferme et explicite, doit être pleinement approuvé et qu'il est difficile d'imaginer un avocat postulant adhérent au RPVA décider que le recours à la communication électronique sera limitée aux seuls actes d'appel et de constitutions. Pour M. Moore¹¹, "tout est dit et bien dit par cet arrêt solidement motivé qui ne peut qu'être approuvé".

D'autres décisions rendues par des cours d'appel ont adopté une analyse voisine. Ainsi celle de Riom dont un arrêt du 29 octobre 2012 retient qu'un avocat destinataire d'une notification de conclusions par voie électronique est présumé avoir accepté de consentir à l'utilisation de ce mode de notification en adhérant au RPVA et en devenant attributaire d'une adresse

⁷S. Amrani-Mekki, La Semaine juridique, 29 avril 2013, doc. 519

⁸ Le conseil de l'ordre des avocats du barreau de Marseille permet à chacun de ses membres de remplir un formulaire, valable pour le temps de son inscription à "e-barreau" qui mentionne qu'il consent expressément en application de l'article 748-2 à tous envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 dans le cadre de toutes les instances dans lesquelles il est constitué devant le tribunal de grande instance de Marseille ou la cour d'appel d'Aix en Provence et que ce document, dont un exemplaire est conservé par l'ordre, peut, en cas de litige, être communiqué à toute partie à l'instance qui en ferait la demande.

⁹GP, 26 février 2013, n° 57, p. 19, "L'arrêt dangereux de la cour d'appel de Toulouse"

¹⁰La Semaine juridique, ed. g., 26 mars 2012, 350 "Notification électronique et adhésion au RPVA"

¹¹GP, 27 mars 2012, n° 87, p. 11

personnelle. Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 21 mars 2013 a également estimé que l'avocat contestant la régularité d'une notification par voie électronique était attributaire d'une adresse électronique du RPVA et qu'il avait nécessairement consenti à l'utilisation de la voie électronique pour la notification des actes de procédure¹².

Cette manière de voir, qui repose sur un consentement tacite ou présumé, ne paraît pas être en accord tant avec la lettre de l'article 748-2 qu'avec la notion de consentement exprès. L'article 748-2 prévoit clairement que le destinataire des envois, remises et notifications doit consentir, expressément, à l'utilisation de la voie électronique et n'envisage qu'une seule exception : lorsque des dispositions spéciales imposent l'usage de ce mode de communication. Tel n'est pas le cas, ainsi que développé ci-dessus, pour la notification des conclusions entre avocats. Dès lors, retenir que l'article 748-2 n'a pas vocation à s'appliquer conduit à ajouter au texte une condition qui n'est prévue ni par lui ni par aucun autre sur la communication électronique des actes de procédure.

Au surplus, si ce texte ne mentionne pas les modalités du consentement exigé, il le qualifie puisqu'il précise qu'il doit avoir été donné expressément. Le dictionnaire Robert définit ainsi le terme "exprès" : "qui exprime formellement la volonté de quelqu'un" et renvoie, s'agissant de l'adverbe "expressément", aux mots "explicitement" et intentionnellement". L'article 748-2, dépourvu de toute ambiguïté, ne nécessite donc, par sa clarté, aucune interprétation. Le consentement exprès prescrit exclut, comme cela a été observé¹³, tout consentement tacite tel celui résultant d'une inscription à "e-barreau" ou au RPVA. L'arrêt précité rendu le 4 décembre 2012 par la cour d'appel de Toulouse est en ce sens. Il comporte l'attendu suivant : "Dans l'état actuel du droit, le recours au RPVA ne peut se faire, s'agissant de la notification entre avocats de leurs conclusions, qu'en cas d'accord exprès et non tacite de l'avocat destinataire, étant relevé que cet accord ne peut en aucun cas être tacite ou se présumer et qu'il ne peut dès lors résulter de la seule inscription de l'avocat destinataire à "e-barreau" ou de l'inscription de ce dernier au RPVA, le seul fait de devenir attributaire d'une adresse personnelle ... étant insusceptible de caractériser une présomption d'acceptation de l'utilisation de la voie électronique". La solution ainsi énoncée a certes fait l'objet de critiques. Il lui a été reproché¹⁴, contrairement à celle dégagée par la cour d'appel de Bordeaux, de favoriser une prise de position contraire à 'l'environnement dématérialisé qui nous gouverne" et de méconnaître que de l'abonnement au RPVA découle logiquement un consentement à la notification par voie électronique. Mais d'autres auteurs ont admis que l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse, en appliquant littéralement l'article 748-2 et en refusant de déduire de

¹²Un arrêté du 21 juin 2013 portant communication par voie électronique entre les avocats et entre les avocats et la juridiction dans les procédures devant les tribunaux de commerce prévoit que l'envoi de conclusions entre avocats par le RPVA vaut notification directe indépendamment de toute acceptation de l'avocat destinataire. Un commentateur, Mme Blery, y a vu une reconnaissance implicite de ce que l'adhésion au RPVA vaut consentement à la notification par voie électronique.

¹³C. Lhermitte, "Les enjeux des actes de procédure via le RPVA", Rec. Dalloz 2012, p. 1664

¹⁴Cf note n°7

l'adhésion au RPVA un consentement tacite ou présumé, a "fait une interprétation stricte mais assez juste"¹⁵.

Au terme de cette analyse, j'incline à penser que l'existence même de l'article 748-2 du Code de procédure civile exclut tout consentement tacite et nécessite, au contraire, que l'échange de conclusions entre avocats soit consenti expressément. Il est cependant utile d'observer qu'aucune disposition n'impose que le consentement soit donné individuellement par l'avocat et que rien ne semble faire obstacle à ce qu'il puisse émaner d'un organisme représentant ce dernier, comme ce pourrait être le cas pour le conseil de l'ordre de son barreau.

En l'état de ces éléments, la réponse à la première interrogation me paraît devoir être négative. Une notification faite lors d'une procédure d'appel avec représentation obligatoire à l'avocat de la partie adverse ne peut être régulière en l'absence de consentement exprès de ce dernier.

Deuxième interrogation : l'adhésion au RPVA de l'avocat destinataire ou la signature d'une convention entre la juridiction et l'ordre des avocats peut-elle pallier l'absence de consentement exprès prévu par l'article 748-2 du Code de procédure civile ?

L'adhésion au RPVA :

Les conditions d'inscription au RPVA ou à "e-barreau" ne comportent aucune disposition selon laquelle cette inscription emporterait acceptation ou engagement à recevoir des conclusions par la voie électronique.

Il a en outre été indiqué ci-dessus que la seule adhésion au RPVA ne pouvait, en tant que telle, valoir consentement exprès. Une dérogation à cette affirmation pourrait toutefois être envisagée par la signature par l'avocat, lors de la souscription d'un abonnement au RPVA, d'un document comportant consentement exprès à la voie électronique tant pour la notification des conclusions que pour leur réception. Cette solution, qui s'analyserait comme une obligation contractuelle souscrite par l'avocat et consentie lors de son inscription au RPVA, respecterait ainsi les dispositions de l'article 748-2 du Code de procédure civile. C'est la démarche adoptée par le barreau de Marseille¹⁶.

Les conventions :

Des conventions prévues par le décret du 28 décembre 2005, modifié par le décret du 28 décembre 2010, sont intervenues entre les différentes cours d'appel et les avocats de leurs ressorts pour favoriser la mise en oeuvre de la communication par voie électronique. Plusieurs d'entre elles prescrivent à l'avocat de recourir à ce procédé (Rouen, Basse-Terre, Pau, Lyon dont la convention prévoit que la transmission par voie électronique des conclusions vaut notification). Certaines précisent que l'adhésion de l'avocat au RPVA vaut consentement exprès, au sens de l'article 748-2, à la voie électronique (Riom, Poitiers), ou qu'elle le fait

¹⁵C. Blery, "Pas d'acceptation tacite de la communication électronique pour l'avocat toulousain adhérent au RPVA", Semaine juridique, ed. g., n°4, 21 janvier 2013

¹⁶Cf note n°8

présumer ou qu'elle le rend sans objet (Toulouse). La convention signée entre cette dernière cour d'appel et les différents ordres d'avocats du ressort dispose, en outre, qu'elle sera intégrée dans le règlement intérieur de chacun des barreaux.

L'ensemble des conventions se réfère expressément à la convention nationale précitée, signée le 16 juin 2010, concernant la communication électronique entre les juridictions ordinaires du premier et second degré et les avocats. Un avenant à cet accord a été signé le 21 juin 2013. Même non encore publié, semble-t-il, il comporte des dispositions d'une grande importance au regard de la question traitée. Il dispose en effet que "conformément à l'article 748-1 du Code de procédure civile et en l'absence de dispositions spéciales imposant la voie électronique, l'adhésion à e-barreau n'emporte pas par elle-même l'obligation de recourir à ce mode de communication pour les envois, remises ou notifications" mais qu'une telle adhésion "par son caractère volontaire emporte néanmoins pour l'avocat adhérent consentement exprès à recevoir les actes de procédure selon ce mode de communication conformément aux dispositions de l'article 748-2 du Code de procédure civile".

Quelle est la portée juridique de cette clause relative au consentement à la notification de conclusions par la voie électronique figurant tant dans la convention nationale que dans des conventions locales ? Le Conseil national des barreaux dispose, en vertu de l'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971, d'un pouvoir réglementaire en vue notamment d'unifier les règles et les usages des barreaux. Le Conseil d'Etat a retenu que la communication électronique relevait des usages de la profession et a admis la légalité interne de la convention¹⁷. Pareillement, l'article 18 de la loi ci-dessus, modifié par la loi du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel, dispose que les conseils de l'ordre des avocats mettent en oeuvre les moyens appropriés pour régler les problèmes d'intérêt commun, comme la communication électronique. Ces éléments font apparaître que le Conseil national des barreaux peut légalement imposer à l'ensemble de ceux-ci une disposition relative à la communication électronique telle celle relative à l'accord exprès, mentionnée ci-dessus. De la même manière, le conseil de l'ordre, représenté lors de la signature de la convention locale par son bâtonnier, a compétence pour imposer une telle clause aux avocats inscrits au barreau de l'ordre. Il ne fait dès lors aucun doute que celle-ci, en particulier si elle est intégrée au règlement intérieur du barreau, s'impose aux avocats et que sa méconnaissance est susceptible d'entraîner pour les contrevenants une sanction disciplinaire.

Des arrêts ont ainsi admis que la convention conclue avec la cour d'appel contraint les membres du barreau (Orléans, 17 janvier 2013 ; Pau, 19 mars 2013). Il m'apparaît pourtant qu'aucune convention, qu'elle soit nationale ou locale, ne peut aller à l'encontre d'une disposition procédurale ou assortir ses prescriptions d'une sanction concernant la régularité de l'acte définie par une norme procédurale. Un auteur a relevé¹⁸ qu'une "convention instaure une obligation professionnelle dont la violation peut-être sanctionnée disciplinairement, et engager la responsabilité professionnelle de l'avocat du barreau concerné [mais] qu'elle ne

¹⁷CE, 6^o et 1^{ère} Ss réunies, 15 mai 2013, n^o 34200 et GP, 28 mai 2013, n^o 148, p.21, C. Berrebi, "Convention RPVA : beaucoup de bruit pour rien"

¹⁸N. Fricero, "Une nouvelle ère de la communication : la généralisation progressive de la voie électronique", Recueil Dalloz 2013, p. 269

peut contenir des dispositions *contra legem* ...”. Un arrêt du 18 avril 1961 de la première chambre civile concernant la méconnaissance de dispositions du règlement intérieur d’un barreau doit ici être mentionné. Il a jugé que les règles de déontologie, dont l’objet est de fixer les devoirs des membres de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et n’entraînent pas à elles seules l’annulation des contrats conclus en infraction à leurs dispositions¹⁹.

L’on est dès lors autorisé, au regard de ces éléments, à se demander si la clause conventionnelle faisant découler de la simple adhésion au RPVA l’accord de l’avocat à recevoir par la voie électronique des conclusions ne se heurte pas au texte de l’article 748-2. Le consentement issu de l’inscription au RPVA n’est en effet pas exprès. Il n’est pas libre non plus puisque l’avocat ne peut s’y opposer. L’inscription à “e-barreau” et au RPVA est impérative pour ce dernier représentant une partie à l’occasion d’une procédure avec représentation obligatoire devant la cour d’appel puisque l’article 930-1 le contraint, sous peine d’irrecevabilité, à adresser ses actes de procédure à la juridiction par la voie électronique. La clause conventionnelle, même si elle est impérative pour l’avocat, membre d’une profession réglementée, me paraît toutefois être sans effet au regard de la régularité procédurale de la notification, par voie électronique, de conclusions entre avocats dans une procédure d’appel avec représentation obligatoire. Cette analyse a bien sûr pour inconvénient de méconnaître le travail accompli par la profession et les juridictions pour développer la dématérialisation des actes de procédure. Elle peut aussi apparaître en opposition avec la pratique qui, du fait de l’existence de conventions contraignantes pour les avocats, a favorisé la notification électronique des conclusions. Elle se justifie néanmoins par l’existence même de l’article 748-2.

Troisième interrogation : l’obligation édictée par l’article 930-1 du Code de procédure civile en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013 constitue-t-elle une disposition spéciale imposant l’usage de ce mode de communication au sens de 748-2 du même Code ?

L’article 930-1 rend obligatoire, au plus tard le 1^{er} janvier 2013, la communication électronique des actes émanant des parties à l’intention de la cour d’appel. Tel que rédigé, ce texte ne concerne pas les actes échangés entre parties. Ceux-ci, assis sur les seuls articles 748-1 et suivants ainsi que sur l’arrêt modifié du 30 mars 2011, échappent au caractère obligatoire de l’article 930-1 et relèvent du régime de la communication électronique facultative. L’arrêt du 30 mars 2011, qui régit la communication électronique dans les procédures avec représentation obligatoire, prévoit ainsi en son article 2 que les conclusions peuvent être transmises par voie électronique entre auxiliaires de justice représentant une partie. Comme il a été déjà observé dans la partie consacrée au consentement du destinataire, la notification de

¹⁹Cet arrêt tirant les conséquences du principe énoncé a décidé que : “ Viole donc les articles 6 et 1134 du code civil, ainsi que le principe de l’indépendance de l’action civile et de l’action disciplinaire, l’arrêt qui, se fondant sur une décision du conseil de l’ordre des médecins, prononce la nullité d’une convention intervenue entre deux médecins en ce qu’elle tombe sous le coup de l’article 71 du code de déontologie et déclare qu’elle n’a pu produire aucun effet, donnant ainsi pour sanction à la méconnaissance des textes réglementaires sur l’exercice de la profession la nullité d’un contrat civil librement conclu entre les parties, sans relever que la convention litigieuse ait porté atteinte à l’ordre public”.

conclusions entre avocats est seulement rendue possible devant les cours d'appel²⁰ (arrêté du 20 décembre 2012) sans être, pour autant, devenue obligatoire. Le mode de communication électronique n'est dans ce cas pas imposé. La réponse à l'interrogation est négative.

*

Il est principalement conclu à ce que la Cour de cassation dise qu'il n'y a pas lieu à avis.

²⁰À l'exception des cours de Papeete et de Nouméa