



RAPPORT DE Mme JOLLEC, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

Arrêt n° 1147 du 8 décembre 2022 – Deuxième chambre civile

Pourvoi n° 21-14.144

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 17 décembre 2020

**- la société Fujitsu Technology Solutions
(SAS)**

C/

**- la SCI Sarmate
- la Société Générale (SA)
- le syndicat des copropriétaires de l'immeuble
situé [Adresse 4]**

La procédure paraît régulière.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Par une déclaration du 20 janvier 2020, la société Fujitsu Technology Solutions a relevé appel d'un jugement d'un juge de l'exécution du 24 octobre 2019.

Par ordonnance du 5 février 2020, le magistrat délégué du premier président de la cour d'appel l'a autorisée à assigner à jour fixe, pour l'audience du 27 mai 2020, la société Sarmate et les créanciers inscrits, à savoir la Société générale et le syndicat des copropriétaires de l'immeuble du [Adresse 4].

Par acte du 10 mars 2020, la société Fujitsu a assigné ces différentes parties pour l'audience du 27 mai 2020.

La société Sarmate a invoqué, à titre principal, l'irrecevabilité de l'appel.

Par arrêt du 17 décembre 2020, la cour d'appel de Paris a déclaré l'appel irrecevable.

C'est l'arrêt attaqué.

2 - Analyse succincte des moyens

- Premier moyen

La société Fujitsu fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable l'appel formé contre le jugement du 24 octobre 2019, alors :

1°/ que tous les actes de procédures peuvent être effectués par voie électronique dès lors que les procédés techniques utilisés garantissent, dans des conditions fixées par arrêté du garde des sceaux, la fiabilité de l'identification des parties, l'intégrité des documents adressés et la sécurité et la confidentialité des échanges ; qu'un arrêté technique du 30 mars 2011 fixe les conditions du recours à la communication électronique dans le cadre des procédures d'appel avec représentation obligatoire ; que cet arrêté n'exclut pas de son champ les actes destinés au premier président de la cour d'appel ; qu'en décidant le contraire pour considérer que la requête aux fins d'être autorisé à assigner jour fixe devait être présentée sur support papier, la cour d'appel a violé les articles 748-1 et 917 du code de procédure civile, l'article 1er de l'arrêté du 30 mars 2011, 2010, ensemble l'article R. 322-19 du code des procédures civiles d'exécution ;

2°/ que le droit d'accès au juge impose de garantir l'existence d'un droit de recours effectif soumis à des conditions claires et prévisibles ; que l'article 748-1 du code de procédure civile permet le recours à la communication électronique devant toutes les juridictions à la seule condition qu'un arrêté en fixe les modalités de nature à en garantir la fiabilité ; que l'arrêté du 30 mars 2011 fixant les modalités d'application de la communication électronique devant les cours d'appel n'exclut pas la juridiction du premier président ; qu'en retenant toutefois que l'exposante ne pouvait régulièrement saisir le premier président, par voie électronique, d'une requête aux fins d'être autorisé à assigner à jour fixe, la cour d'appel a violé l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

- Deuxième moyen

La société Fujitsu fait le même grief à l'arrêt, alors « que si le premier président autorise l'assignation à jour fixe, c'est qu'il a nécessairement vérifié, ou à tout le moins qu'il doit être regardé comme ayant nécessairement vérifié, les conditions de sa saisine ; que sa décision, qui dispose de l'autorité de la chose décidée et qui est insusceptible de recours, ne saurait être remise en cause ultérieurement ; que si le pouvoir réglementaire a décidé que la décision du premier président était sans recours, c'est qu'il a estimé que l'intervention du premier président, à raison des obligations que lui impose son office, garantissait suffisamment les droits des parties ; qu'en s'arrogeant le droit de vérifier la saisine du premier président, la cour d'appel a violé les articles 917 et 537 du code de procédure civile. »

- Troisième moyen

La société Fujitsu fait le même grief à l'arrêt, alors « qu'en égard à l'autorité qui s'attache à l'intervention du premier président quelles que soient les conditions de sa saisine, à l'objet du contrôle qu'il exerce pour délivrer ou refuser de délivrer l'autorisation d'assigner à jour fixe et à la croyance légitime que peut avoir l'auteur de l'appel, en la régularité de la procédure dès lors qu'il détient une autorisation de la part du premier président, le principe de proportionnalité s'oppose à ce que l'appel soit déclaré irrecevable, au prétexte que le premier président a été saisi par voie électronique et non au moyen d'un écrit ; qu'en décidant le contraire, les juges du fond ont violé les articles 917 et 537 du code de procédure civile, tels qu'ils doivent être mis en oeuvre en application du principe de proportionnalité. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Sous l'empire de l'arrêté technique du 30 mars 2011, la requête à jour fixe présentée au premier président d'une cour d'appel peut-elle être communiquée par voie électronique ou doit-elle l'être sur support papier (1^{ère} moyen)?

Si elle doit l'être sur support papier, le prononcé d'une sanction ne conduit-il pas à examiner la décision du premier président qui est pourtant insusceptible de recours (deuxième moyen) ?

Si elle doit l'être sur support papier, la sanction de l'irrecevabilité de l'appel n'est-elle pas disproportionnée (3^{ème} moyen) ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. Les textes

L'article R. 322-19 du code des procédures civiles d'exécution dispose que : « *L'appel contre le jugement d'orientation est formé, instruit et jugé selon la procédure à jour fixe sans que l'appelant ait à se prévaloir dans sa requête d'un péril* ».

La procédure à jour fixe devant la cour d'appel est quant à elle régie par les articles 917 à 925 du code de procédure civile : elle est l'une des procédures avec représentation obligatoire; l'article 920 du CPC exige notamment l'autorisation du premier président de la cour d'appel, saisi sur requête, d'assigner la partie adverse à jour fixe.

L'article 748-1 du code de procédure civile, qui figure dans les dispositions du CPC communes à toutes les juridictions statuant en matière civile, dispose que : « Les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles peuvent être effectués par voie électronique dans les conditions et selon les modalités fixées par le présent titre, sans préjudice des dispositions spéciales imposant l'usage de ce mode de communication ».

L'article 748-6, alinéa 1^{er}, du CPC dispose : « Les procédés techniques utilisés doivent garantir, dans des conditions fixées par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice, 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.»

Enfin, l'article 2 de l'arrêté du 30 mars 2011 relatif à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel, applicable au litige, énonce que : « Peuvent être effectués par voie électronique, entre auxiliaires de justice représentant une partie ou entre un tel auxiliaire et la juridiction, les envois et remises des déclarations d'appel et des actes de constitution faits en application des articles 901 et 903 du code de procédure civile, ainsi que des pièces qui leur sont associées ».

Pour être complet, il convient de préciser qu'un nouvel arrêté technique est intervenu le 20 mai 2020. Il a abrogé l'arrêté du 30 mars 2011 ainsi que l'arrêt du 5 mai 2010 relatif à la communication par voie électronique dans la procédure sans représentation obligatoire devant les cours d'appel. Il est entré en vigueur le 1^{er} septembre 2020.

Cet arrêt du 20 mai 2020, désormais applicable tant à la procédure avec représentation obligatoire qu'à la procédure sans représentation obligatoire, précise que la communication par voie électronique concerne les procédures devant le premier président.

4.2 Rappel des principes généraux

Dans le cas où un arrêté technique a été pris, la Cour de cassation a distingué l'obligation de procéder par la voie de la communication électronique et la faculté pour les parties d'y recourir.

S'agissant, en premier lieu, de l'obligation de recourir à la communication par voie électronique, elle résulte de l'article 930-1, alinéa 1er, du CPC qui dispose qu'«*A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique* ».

Cette disposition figure dans les dispositions communes au sein de la procédure avec représentation obligatoire. Elle est donc applicable à la procédure ordinaire, à la procédure à jour fixe et à la requête conjointe.

La Cour de cassation a déduit de cette disposition que la communication électronique est obligatoire pour tous les actes remis à la juridiction, la liste énumérée par l'article 2 de l'arrêté du 30 novembre 2011 n'étant ainsi pas limitative (Civ. 2^{ème} 1^{er} décembre 2016, n° 15-25.972 publié, pour une déclaration de saisine à la juridiction de renvoi; Civ. 2^{ème} 1^{er} juin 2017, n°16-18.361 publié, pour une requête en déféré).

S'agissant, en second lieu, de la faculté de recourir à la communication électronique, la Cour de cassation a subordonné son application à la prise d'un arrêté technique :

- Civ. 2^{ème} 10 novembre 2016 n°15-25.431 publié : « **Aucune disposition du code de l'expropriation n'exclut, devant la cour d'appel, la faculté pour les parties** d'effectuer par voie électronique l'envoi, la remise et la notification des actes de procédure, instituée par l'article 748-1 du code de procédure civile. **Cette faculté est toutefois subordonnée**, en application de l'article 748-6 du même code, à l'emploi de procédés techniques garantissant, dans des conditions fixées par arrêté du garde des sceaux, la fiabilité de l'identification des parties, l'intégrité des documents, ainsi que la confidentialité et la conservation des échanges et la date certaine des transmissions. Or, les dispositions liminaires, claires et intelligibles de l'article 1er de l'arrêté du garde des sceaux du 5 mai 2010, relatif à la communication électronique dans la procédure sans représentation obligatoire devant les cours d'appel ne fixent de telles garanties que pour l'envoi par un auxiliaire de justice de la déclaration d'appel, de l'acte de constitution et des pièces qui leur sont associées, à l'exclusion des écritures des parties. La restriction de l'usage de la communication électronique qui en découle est conforme aux exigences du procès équitable dès lors que, répondant à l'objectif de sécurisation de l'usage de la communication électronique, elle est dénuée d'ambiguïté pour un professionnel avisé comme un auxiliaire de justice lorsqu'il recourt à la communication électronique et ne le prive pas de la possibilité d'adresser au greffe les mémoires prévus par l'article R. 13-49 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique alors applicable dans les conditions fixées par ce texte. C'est par conséquent à bon droit qu'une cour d'appel, qui n'était pas saisie du mémoire de l'appelant qui avait été transmis par la voie électronique via le réseau privé virtuel avocat (RPVA), ayant constaté que celui-ci n'avait adressé son mémoire que par un courrier posté alors que le délai de deux mois prescrit par l'article R. 13-49 était expiré, a prononcé la déchéance de l'appel prévue par ce texte. »

- 2e Civ., 6 juillet 2017, n°17-01.695, publié : Il résulte des articles 748-1 et 748-6 du code de procédure civile, que les envois, remises et notifications des actes de procédure **peuvent** être effectués par voie électronique **lorsque les procédés techniques utilisés garantissent**, dans des conditions fixées par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la justice, 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 permettent d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire. En conséquence, est irrecevable la requête en récusation adressée par le réseau privé virtuel des avocats au premier président d'une cour d'appel, **sans que les modalités techniques permettant le recours à la transmission électronique aient été définies par un arrêté du garde des sceaux pour une telle procédure.**

Un avis du 27 juin 2019 (Avis Civ. 2^{ème} 27 juin 2019, n° 19-70.006 publié) rendu en matière de surendettement pose les mêmes principes : « en l'absence d'arrêté technique concernant la procédure de surendettement devant les tribunaux d'instance, les dispositions du titre XXI du livre premier du code de procédure civile relatif à la communication par voie électronique ne peuvent être mises en oeuvre devant ces juridictions. »

Toutefois, il a été jugé que cette communication électronique pouvait avoir lieu devant le directeur de l'INPI si ce dernier y a consenti :

- Com., 13 mars 2019, pourvoi n° 17-10.861 publié après avis de la 2^{ème} Chambre : « L'envoi ou la remise au greffe de la cour d'appel, en application de l'article R. 411-21 du code de la propriété intellectuelle, de la déclaration de recours formé contre la décision du directeur général de l'Institut national de la propriété industrielle (l'INPI) rendue à l'occasion de la délivrance, du rejet ou du maintien d'un titre de propriété industrielle, et, le cas échéant, de l'exposé des moyens déposé dans le mois suivant la déclaration, peuvent être effectués conformément aux dispositions du titre vingt et unième du livre premier du code de procédure civile relatives à la communication par voie électronique et au sens de l'arrêté du garde des sceaux du 5 mai 2010.

Pour la formalisation, dans le cadre de la mise en oeuvre de la communication électronique, du recours prévu par l'article R. 411-21 du code de la propriété intellectuelle, le destinataire de la déclaration de recours à laquelle est jointe la décision attaquée, et des moyens déposés dans le mois suivant la déclaration, est le greffe de la cour d'appel.

Sauf à ce qu'il ait consenti à son utilisation conformément à l'article 748-2 du code de procédure civile et dans les conditions posées par l'article 748-6 du même code, le directeur général de l'INPI ne peut pas recevoir par la voie électronique la déclaration de recours, les actes de constitution et les pièces qui leur sont associés. »

L'existence de deux arrêtés, l'un pour la procédure avec représentation obligatoire et l'autre pour la procédure sans représentation obligatoire ainsi la jurisprudence a été critiquée par la doctrine. Ainsi MM. Gerbay (Guide du procès civil en appel, §763) écrivent : « Cette dualité a engendré des perturbations importantes dans le quotidien de la communication électronique pratiquée par les avocats, à un point tel que son rapport d'activité pour l'année 2016, la Cour de cassation a estimé que les arrêtés techniques étaient fragmentaires et nuisaient à la lisibilité de la matière. Les textes étaient incomplets, approximatifs ou désuets, la communication électronique était tant facultative, tantôt obligatoire, tantôt interdite. Ces imprécisions avaient de quoi donner le tourni. »

4.3 Les procédures devant le premier président

4.3.1. La communication par voie électronique devant le premier président autorisant à assigner à jour fixe (premier moyen)

La Cour de cassation a retenu que les actes destinés au premier président ne relevaient pas de l'article 930-1 du CPC¹, dès lors que cet article ne visait que les actes devant être remis à la juridiction. Ainsi, pour la requête à fins d'être autorisé d'assigner à jour fixe :

- 2e Civ., 7 décembre 2017, pourvoi n° 16-19.336, Bull. 2017, II, n° 227: Il résulte des dispositions de l'article 930-1 du code de procédure civile que seuls les actes de procédure destinés à la cour d'appel doivent être remis par la voie électronique.

En conséquence, c'est à bon droit qu'une cour d'appel a retenu la validité de la remise au greffe de la requête établie sur support papier demandant au premier président de fixer le jour auquel l'affaire sera appelée par priorité et dit l'appel recevable.

¹930-1, alinéa 1^{er}, CPC : « A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique. »

Dans un commentaire de cette décision, M. Nicolas Hoffschir (Requête aux fins d'être autorisé à assigner à jour fixe peut être remise au premier président de la cour d'appel sur support papier Gaz. Pal. 15 mai 2018, n° 322w8, p. 77) écrit : « Mais voilà que c'est désormais la première condition tenant au champ d'application de l'article 930-1 du code de procédure civile qui suscite des difficultés. Ce qui questionne, c'est qu'il vise les actes devant être remis à la « juridiction ». Le terme est souple et pourrait désigner tous les actes devant être remis à la cour d'appel ou à l'un de ses membres. Mais on pourrait également soutenir que coexistent plusieurs juridictions au sein de la cour d'appel : la juridiction « ordinaire », celle du premier président, auquel cas il faudrait alors déterminer quelle est cette juridiction visée par l'article 930-1 du code de procédure civile. C'est sur ce point qu'invite à se pencher le présent arrêt rendu le 7 décembre 2017.

La Cour de cassation rejette le pourvoi ; après avoir énoncé qu'il « résulte des dispositions de l'article 930-1 du code de procédure civile que seuls les actes de procédure destinés à la cour d'appel doivent être remis par la voie électronique », elle souligne que « c'est dès lors à bon droit que la cour d'appel a retenu la validité de la remise au greffe de la requête établie sur support papier demandant au premier président de la cour d'appel de fixer le jour auquel l'affaire sera appelée par priorité, et a, en conséquence, dit l'appel recevable ».

Le cœur de l'arrêt réside dans le terme « seuls ». Il indique de manière sous-jacente qu'il faudrait distinguer pour déterminer le champ d'application de la remise électronique obligatoire les actes remis à la cour d'appel de ceux destinés au premier président. Bien que la procédure à jour fixe entre dans le champ de l'article 930-1 du code de procédure civile, la requête aux fins d'être autorisé à assigner à jour fixe, parce qu'elle est adressée au premier président, n'aurait pas à être remise par voie électronique ; cette solution devrait valoir que cette voie procédurale soit imposée, comme c'est le cas en matière d'appel d'un jugement statuant sur la compétence, ou simplement facultative, comme lorsque les droits d'une partie sont en péril. Mais on peut alors hésiter à aller plus avant et à dissocier également la cour d'appel du conseiller de la mise en état qui doit être saisi de conclusions qui lui sont spécialement dédiées. D'où la nécessité de comprendre les raisons justifiant de dissocier ainsi dans la procédure à jour fixe les actes destinés à la cour d'appel de ceux adressés au premier président. N'ayant pas visé l'arrêt du 30 mars 2011 dans sa décision, il ne semble pas que ce soit le contenu de cet arrêt qui pose difficulté. Peut-être est-ce la circonstance que l'autorisation d'assigner à jour fixe peut être demandée avant toute déclaration d'appel qui explique ce choix de continuer à pouvoir la présenter sous format papier (article 919 du CPC)?

Reste alors à déterminer si cette requête pouvait être transmise par voie électronique, question qui ne relève plus de la lettre de l'article 930-1 du CPC, mais du droit commun de la communication par voie électronique des articles 748 et suivants du même code, et qui oblige à rechercher si cette remise était possible en application de l'arrêt du 30 mars 2011. Or, celui-ci non seulement ne vise pas expressément les requêtes en vue d'être autorisé à assigner à jour fixe, mais en outre se réfère, à l'instar de l'article 930-1, aux remises et envois effectués à « la juridiction ». La requête aux fins d'être autorisé à assigner à jour fixe remise par voie électronique devrait donc être déclarée irrecevable. Mais la Cour de cassation ayant semblé écarter la lettre de l'arrêt dans certains arrêts, la solution est incertaine (Bléry C., note ss. Cass. 2e civ., 7 déc. 2017, n° 16-19336 : Dalloz actualité, 14 déc. 2017). En tout cas, ce ne serait pas une mauvaise chose qu'elle renoue, comme elle le fait dans certains arrêts récents, avec la tradition du XIXe siècle pour expliquer davantage ce qui justifie cette interprétation des textes...»

De la même façon, il a été jugé, avant l'arrêt technique du 20 mai 2020, s'agissant de la communication par voie électronique pour les procédures sans représentation obligatoire régies par l'arrêt du 5 mai 2010, que le recours formé devant le premier président ne relevait pas de la communication électronique, l'appel étant alors irrecevable :

- 2e Civ., 6 septembre 2018, pourvoi n° 17-20.047, publié :

Etant porté devant le premier président de la cour d'appel, le recours formé, en application de l'article 176 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, contre la décision du bâtonnier statuant en matière de contestations d'honoraires et débours n'entre pas dans le champ d'application de l'arrêt du garde des sceaux du 5 mai 2010, relatif à la communication électronique dans la procédure sans représentation obligatoire devant les cours d'appel, tel que fixé par son article 1^{er}.

Résumant la communication électronique devant le premier président, M. Edouard de Leiris (Répertoire de procédure civile, Communication électronique novembre 2021 §112C - Procédures devant le premier président) pose notamment la question de déterminer si la jurisprudence fondée sur l'article 930-1 du CPC perdurera sous l'empire de l'arrêté du 20 mai 2020 :

« Ainsi qu'il a été expliqué, la Cour de cassation a estimé que les arrêtés techniques de 2020 et 2011, qui régissaient la procédure avec représentation obligatoire par avocat et celle sans représentation obligatoire devant la cour d'appel, ne s'appliquaient pas aux transmissions intéressant le premier président de la cour d'appel. La Cour de cassation a en particulier retenu que seuls les actes destinés à la cour d'appel elle-même étaient embrassés par l'article 930-1, fixant l'étendue de la communication électronique obligatoire en appel : ainsi en a-t-elle jugé pour les requêtes en récusation ou en renvoi pour cause de suspicion légitime (Civ. 2e, 6 juill. 2017, no 17-01.695, Bull. civ. II, no 156 ; D. 2018. 692, obs. Fricero), de même que pour les requêtes tendant à être autorisées à assigner à jour fixe (Civ. 2e, 1er mars 2018, no 16-25.462, Bull. civ. II, no 38 ; D. 2018. 517 ; D. 2018. 1223, obs. Leborgne) ou les recours portés devant ce magistrat contre les décisions du bâtonnier en matière de contestation d'honoraires (Civ. 2e, 6 sept. 2018, no 17-20.047 , Bull. civ. II, no 165 ; D. actu. 14 sept. 2018, comm. Bléry). Cette solution, critiquée par une partie de la doctrine (V. BLÉRY, comm. préc.), était ainsi susceptible d'être étendue aux autres actes dont la connaissance est confiée au premier président, à l'exclusion toutefois de la procédure d'ordonnance sur requête, soumise, de façon obligatoire, à la communication électronique (C. pr. civ., art. 959). Désormais, à la différence des précédents arrêtés, l'arrêté de 2020 mentionne expressément les procédures devant le premier président (Arr. 20 mai 2020, art. 2). Cet arrêté ayant été pris en application de l'article 748-6, il rend donc applicable, devant ce magistrat, l'article 748-1 du code de procédure civile (V. supra, no 30, sur le mécanisme subordonnant la communication électronique à un arrêté technique). Par conséquent, les actes destinés au premier président peuvent désormais, depuis l'entrée en vigueur de cet arrêté, le 1er septembre 2020, lui être transmis par la voie électronique. En revanche, rien n'indique que la jurisprudence précédemment évoquée sera abandonnée pour ce qui est de l'obligation de communiquer par la voie électronique. En effet, cet arrêté n'est pas venu modifier l'article 930-1, dont la Cour de cassation a estimé qu'il n'embrassait pas les actes destinés au premier président. Ainsi, sauf évolution jurisprudentielle, en dehors des procédures d'ordonnances sur requête précédemment évoquées, la communication électronique des actes destinés au premier président pourrait demeurer purement facultative, même lorsque ces actes sont en rapport avec une procédure avec représentation obligatoire (requête en vue d'assigner à jour fixe, requête en récusation, etc.).»

Enfin, on précisera que l'exclusion de la communication électronique comme son obligation ont été jugées conformes à l'article 6,§1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

- 2e Civ., 1er décembre 2016, pourvoi n° 15-25.972, publié : Il résulte des articles 631 et 1032 du code de procédure civile qu'en cas de renvoi après cassation l'instance se poursuit devant la juridiction de renvoi, qui est saisie par une déclaration à son secrétariat. En application de l'article 930-1 du même code, régissant la procédure avec représentation obligatoire devant la cour d'appel, à peine d'irrecevabilité relevée d'office, les actes de la procédure sont remis à la juridiction par voie électronique. L'obligation, découlant sans ambiguïté de ces textes, de remettre par voie électronique la déclaration de saisine à la juridiction de renvoi ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable.

Doit en conséquence être approuvé l'arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir exactement retenu que la communication électronique était devenue obligatoire pour tous les actes de la procédure d'appel avec représentation obligatoire à compter du 1er janvier 2013, sans aucune distinction selon la date de la déclaration d'appel initiale, décide que la déclaration de saisine de la cour de renvoi après cassation faite par un courrier adressé à son greffe après cette date était irrecevable.

- 2e Civ., 10 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.431, publié : La restriction de l'usage de la communication électronique découlant de la disposition en cause est conforme aux exigences du procès équitable dès lors que, répondant à l'objectif de sécurisation de l'usage de la

communication électronique, elle est dénuée d'ambiguïté pour un professionnel avisé comme un auxiliaire de justice lorsqu'il recourt à la communication électronique et ne le prive pas de la possibilité d'adresser au greffe les mémoires prévus par l'article R. 13-49 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique alors applicable dans les conditions fixées par ce texte.

Qu'en est-il en l'espèce ?

L'arrêt attaqué ne se fonde pas sur l'article 930-1 du CPC mais sur l'absence d'arrêté technique.

Il retient que : « *S'il résulte de l'article 930-1 du code de procédure civile, que les actes de procédure destinés à la cour d'appel doivent être remis par la voie électronique, un arrêté du garde des Sceaux définit les modalités des échanges par voie électronique.*

«À la date de présentation de la requête, l'arrêté du 30 mars 2011, abrogé par l'arrêté du 20 mai 2020, ne concernait pas les requêtes présentées au premier président, son article 2 ne prévoyant la possibilité d'effectuer par la voie électronique que les envois et remises des déclarations d'appel et des actes de constitution faits en application des articles 901 et du code de procédure civile, avec les pièces qui leur sont associées, ainsi que les conclusions faites en application des articles 901, 903, 908, 909, 910, 911, 960 et 961 du code de procédure civile et les envois et remises au greffe de la cour des déclarations d'appel et des conclusions du ministère public en application de l'article 930-1 du code de procédure civile.

L'article 2 de l'arrêté définit son champ d'application qui concerne, dans le cadre d'une procédure avec ou sans représentation obligatoire devant la cour d'appel ou son premier président, les envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 du code de procédure civile et l'article 24 dispose que l'arrêté entre en vigueur à la date de sa publication à l'exception des dispositions de l'article 2, en ce qu'elles portent sur la transmission des actes de procédure au premier président près la cour d'appel, qui entrent en vigueur le 1er septembre 2020.

Il s'en déduit que jusqu'à cette date, la requête prévue à l'article 917 du code de procédure civile devait être présentée au premier président ou à son délégataire sur support papier.

N'étant pas discuté qu'elle n'a pas été remise au greffe sur support papier au plus tard dans les huit jours suivant l'appel, celui-ci est donc irrecevable.»

La Chambre appréciera la pertinence de la première branche du premier moyen à l'aune de ces motifs et des observations précédentes.

Quant à la seconde branche, elle apparaît nouvelle. Néanmoins, elle pourrait être de pur droit, et donc recevable.

4.3.2 La procédure devant le premier président (deuxième moyen)

L'article 918 du CPC dispose que « la requête doit exposer la nature du péril, contenir les conclusions sur le fond et viser les pièces justificatives. Une expédition de la décision ou une copie certifiée conforme par l'avocat doit y être jointe.

Copie de la requête et des pièces doit être remise au premier président pour être versée au dossier de la cour.»

L'article 919 du CPC énonce : «La déclaration d'appel vise l'ordonnance du premier président.

Les exemplaires destinés aux intimés sont restitués à l'appelant.

La requête peut aussi être présentée au premier président au plus tard dans les huit jours de la déclaration d'appel.»

L'article 920, alinéa 2, du CPC dispose : « Copie de la requête, de l'ordonnance du premier président et un exemplaire de la déclaration d'appel visé par le greffier ou une copie de

la déclaration d'appel dans le cas mentionné au troisième alinéa de l'article 919 du, sont joints à l'assignation.»

Aucun texte ne prévoit de sanction.

La jurisprudence a décidé, s'agissant du jour fixe en matière de saisie immobilière, que la sanction méconnaissance de l'alinéa 3 de l'article 919, en ce que le délai de huit jours pour présenter la requête au premier président avait été dépassé, était l'irrecevabilité de l'appel (Civ. 2^{ème} 7 avril 2016, pourvoi n° 14-22.181 ; Civ. 2^{ème}, 19 mars 2015, pourvoi n° 14-15.150). De même, dans un autre arrêt du 7 avril 2016, il a été décidé que la sanction de l'omission des conclusions de fond dans la requête, prescrite par l'alinéa 1er de l'article 918, était l'irrecevabilité de l'appel (Civ. 2^{ème}, 7 avril 2016, pourvoi n° 15-11.042, publié²). Enfin, il a été jugé que l'appel contre le jugement d'orientation, formé selon la procédure à jour fixe, est irrecevable dès lors que la copie de la requête n'est pas jointe à l'assignation (2^e Civ., 27 septembre 2018, pourvoi n° 17-21.833, publié).

Quant à l'ordonnance accueillant la requête tendant à une assignation à jour fixe, elle est une mesure d'administration judiciaire et n'est donc jamais susceptible de recours en rétractation. Il en est ainsi dans le cas de droit commun où l'autorisation du jour fixe est donnée par le premier président en considération d'un péril (2^e Civ., 24 juin 2004, pourvoi n°02-14.886, publié ; 2^e Civ., 25 février 2010, pourvoi n°09-10.403, publié). Il en est de même en cas de l'appel du jugement d'orientation, où le jour fixe est imposé (2^e Civ., 19 mars 2015, pourvoi n° 14-15.150, 14-14.926, publié; 2^e Civ., 17 mars 2016, pourvoi n° 15-10.865, publié : « L'ordonnance par laquelle le premier président de la cour d'appel fixe, en application de l'article 917, alinéa 1, du code de procédure civile, la date à laquelle une affaire sera appelée par priorité devant la cour d'appel constitue une mesure d'administration judiciaire qui n'est susceptible d'aucun recours et ne peut donner lieu à référé à fin de rétractation, peu important que le recours à la procédure à jour fixe soit imposé par l'article R. 322-19 du code des procédures civiles d'exécution pour former un appel contre un jugement d'orientation, dès lors que l'ordonnance fixant la date de l'audience est dénuée d'effet sur la recevabilité de l'appel.»).

Une partie de la doctrine était en faveur d'un tel recours en rétractation, estimant que l'ordonnance devait pouvoir être querellée si la requête avait été présentée hors délai ou était irrégulière (voir en ce sens MM. Gerbay, Guide du procès en appel, § 1215).

Sur ce point, la jurisprudence citée a retenu que l'irrecevabilité de l'appel peut être prononcée en cas d'absence de respect de la procédure à jour fixe ou en cas d'irrégularité de cette procédure, peu important l'ordonnance ayant fixé la date de l'audience prioritaire (voir déjà cité 2^e Civ., 7 avril 2016, pourvoi n° 15-11.042, publié).

Il conviendra d'apprécier le moyen à l'aune de ces observations.

4.3.3 Sur contrôle de proportionnalité (troisième moyen)

Le contrôle de proportionnalité est intégré dans les contrôles normatifs opérés par la Cour de cassation.

² - 2^e Civ., 7 avril 2016, pourvoi n° 15-11.042, publié : Il résulte des articles R. 311-7 et R. 322-19 du code des procédures civiles d'exécution qu'à peine d'irrecevabilité devant être prononcée d'office, l'appel du jugement d'orientation doit être formé selon la procédure à jour fixe dans les quinze jours suivant la notification de ce jugement. En application de l'article 918 du code de procédure civile, la requête tendant à voir fixer le jour auquel l'affaire sera appelée par priorité doit contenir les conclusions sur le fond et viser les pièces justificatives.

Encourt en conséquence la censure l'arrêt d'une cour d'appel qui déclare recevable l'appel dirigé contre un jugement d'orientation, alors que la requête de l'appelant tendant à être autorisé à assigner l'intimé à jour fixe ne contenait pas les conclusions sur le fond et ne visait pas les pièces justificatives, de sorte que le formalisme de l'article R. 322-19 du code des procédures civiles d'exécution n'avait pas été respecté, peu important que cette requête ait été accueillie par une ordonnance du premier président.

S'agissant des droits de procédure, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation contrôle, s'il y a lieu, les normes de procédure par un contrôle de proportionnalité *in abstracto*, à l'exclusion d'un contrôle *in concreto*. Elle a en effet jugé qu'un tel contrôle *in concreto* serait, par principe, incompatible avec les impératifs de prévisibilité et de sécurité juridiques que requièrent les règles de procédure civile (2e Civ., 24 septembre 2015, pourvoi n° 13-28.017; 22 mars 2018, pourvoi n° 17-12.049).

Ce contrôle *in abstracto* exclut donc une mise en balance des intérêts particuliers en présence, mais procède d'une mise en balance de l'atteinte au droit invoqué au regard de l'objectif poursuivi par la loi de procédure.

Ce contrôle opéré est inspiré de celui effectué par la Cour européenne, qui rappelle que les États jouissent d'une marge d'appréciation. La Cour européenne affirme ensuite que si le droit à l'accès à un tribunal peut être soumis à des limitations, celles-ci ne doivent pas restreindre l'accès à un tribunal offert à un individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. Enfin, de telles limitations ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi (CEDH, *Bellet c/ France*, 4 déc. 1995, n° 23805/94, § 31, série A, n° 333-B ; *Guérin c/ France*, 29 juill. 1998, n° 25201/94, § 37, Recueil des arrêts et décisions 1998, V ; *Sabeh El Leil c. France* [GC], 29 juin 2011, n° 34869/05, § 47).³

Ce contrôle de proportionnalité peut aboutir à écarter l'application de la règle chaque fois qu'une telle application empêche l'accès au juge.

Ainsi à titre d'exemples :

- 2e Civ., 19 mars 2020, pourvoi n° 18-23.923, publié : « Il résulte de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que le principe de sécurité juridique implique que de nouvelles règles, prises dans leur ensemble, soient accessibles et prévisibles et n'affectent pas le droit à l'accès effectif au juge, dans sa substance même.

Le dispositif mis en place par le décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016, abrogeant notamment l'article 38-1 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991, lequel prévoyait dans le cas particulier d'une procédure d'appel l'interruption des délais réglementaires que cette procédure fait courir, qui a créé une situation d'incertitude juridique, entraînant une confusion encore accrue par la publication de la circulaire d'application du décret du 27 décembre 2016, bien que celle-ci soit par nature dépourvue de portée normative, porte atteinte au principe de sécurité juridique. En cela, il a pour effet de restreindre, de manière disproportionnée au regard des objectifs de célérité et de bonne administration de la justice que ce texte poursuivait, le droit d'accès effectif au juge des requérants qui sollicitent l'aide juridictionnelle après avoir formé une déclaration d'appel.

Par conséquent, l'appelant qui a formé appel avant le 11 mai 2017, date d'entrée en vigueur du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, et sollicité, dans le délai prévu par l'article 908 du code de procédure civile, le bénéfice de l'aide juridictionnelle, puis remis au greffe ses conclusions dans ce même délai, courant à compter de la notification de la décision statuant définitivement sur cette aide, ne peut se voir opposer la caducité de sa déclaration d'appel.

- Avis de la Cour de cassation, Civ. 2e, 12 juillet 2018, n° 18-70.008 : « L'obligation faite à l'appelant de notifier la déclaration d'appel à l'avocat que l'intimé a préalablement constitué, dans le délai de dix jours de la réception de l'avis de fixation adressé par le greffe, n'est pas prescrite à peine de caducité de cette déclaration d'appel ».

Dans l'article précité en note 1, il est relevé que « Il a ainsi été retenu que la restriction apportée au droit d'accès au juge d'appel par la sanction de caducité prévue à l'article 905-1 du code de procédure civile ne poursuit pas un but légitime et qu'elle est disproportionnée au

³Agnès Martinel, *RJA* n°24, Le contrôle de proportionnalité.

regard du but poursuivi. En effet, dès lors que l'intimé a constitué avocat, l'objectif recherché par la signification de la déclaration d'appel à l'intimé par ce texte, qui est, en l'occurrence, de remédier au défaut de constitution de l'intimé à la suite du premier avis du greffe en vue de garantir le respect du principe de la contradiction, se trouve atteint. Par conséquent, la formalité prescrite par le texte est, en réalité, inutile. Dès lors, sanctionner l'absence de notification entre avocats de la déclaration d'appel dans le délai de l'article 905-1, d'une caducité de celle-ci, qui priverait définitivement l'appelant de son droit de former un appel principal en mettant fin à l'instance d'appel à l'égard de l'intimé et en rendant irrecevable tout nouvel appel principal de la part de l'appelant contre le même jugement à l'égard de la même partie (C. pr. civ., art. 911-1, al. 3), constituerait une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.»

A l'inverse, ce contrôle de proportionnalité peut également aboutir à dire la règle imposant notamment des délais de procédure sanctionnés par l'irrecevabilité de l'appel ou sa caducité, proportionnée.

A titre d'exemples :

- 2e Civ., 20 mai 2021, pourvoi n° 19-19.258, 19-19.259 publié : Dans la procédure avec représentation obligatoire par un avocat en appel contre un jugement d'orientation, l'assignation à jour fixe délivrée aux intimés doit notamment contenir une copie intègre de l'ordonnance du premier président.

Cette obligation est dénuée d'ambiguïté pour un avocat, professionnel avisé et sa sanction, par une irrecevabilité de l'appel, est proportionnée au but légitime que poursuit cette disposition, qui est, dans un souci d'une bonne administration de la justice, d'assurer la célérité et l'efficacité de la procédure d'appel contre un jugement d'orientation rendu en matière de saisie immobilière et le respect du principe de la contradiction, en permettant aux autres parties de prendre connaissance en temps utile des prétentions de l'appelant ainsi que de l'ensemble des pièces de cette procédure accélérée et de vérifier sa régularité. Cette formalité, nécessaire, ne procède d'aucun formalisme excessif.

C'est par conséquent à bon droit qu'une cour d'appel, qui constate que la copie de l'ordonnance sur requête annexée aux assignations à jour fixe n'est pas celle de l'ordonnance signée et datée par la présidente de la chambre figurant au dossier de la procédure, conformément à l'article 920 du code de procédure civile, en a déduit que l'appel était irrecevable.

- Civ. 2e, 21 février 2019, n° 17-28.285, publié : En application de l'article 916 du code de procédure civile la requête en déferé doit être formée dans les quinze jours de la date de l'ordonnance du conseiller de la mise en état déferée à la cour d'appel. Cette disposition poursuit un but légitime de célérité de traitement des incidents affectant l'instance d'appel, en vue du jugement de celui-ci dans un délai raisonnable et l'irrecevabilité frappant le déferé formé au-delà de ce délai ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge, dès lors que les parties sont tenues de constituer un avocat, professionnel avisé, en mesure d'accomplir les actes de la procédure d'appel, dont fait partie le déferé, dans les formes et délais requis.

Qu'en est-il en l'espèce ?

Le moyen, tout d'abord, est nouveau. La société Fujitsu ne l'a pas invoqué dans ses conclusions d'appel. Il conviendra de s'interroger néanmoins sur son caractère nouveau.

Sur le fond, ensuite, il est soutenu que l'autorité qui s'attache à l'intervention du premier président, qui délivre une ordonnance d'autorisation à assigner à jour fixe, implique la croyance légitime de l'appelant en la régularité de la procédure, de sorte que le prononcé de l'irrecevabilité de l'appel, au motif que le premier président a été saisi par voie électronique et non au moyen d'un écrit, n'apparaît pas proportionné.

La Chambre appréciera sous réserve de la recevabilité du moyen, son bien-fondé à l'aune des principes relatifs au contrôle de proportionnalité, qui ont été rappelés.

C'est à l'aune de ces observations que le pourvoi sera examiné.