

LES ESTIVALES DE LA FORMATION

Conférence du 8 juillet 2009

LA PROCEDURE CIVILE EN APPEL

Introduction :

"Errare humanum est" : cette citation justifie à elle seule la méfiance que le monde latin manifeste à l'égard de ses juges, quel que soit leur mode d'élection, de désignation ou de formation.

Cette méfiance traduite dans cet adage est renforcée par la prolifération dans la deuxième moitié du XX^e siècle du Juge unique, à tel point qu'il est parfois qualifié de juge inique.

Le temps de l'après-guerre a permis, après tant de violations horribles de la notion de justice, de réaliser, au moins dans les textes, et au moins dans une partie de l'Europe, un nouvel équilibre entre la puissance du collectif et les droits de l'individu.

Mais la bête rode toujours et l'excuse d'efficacité et de rapidité du règlement des litiges, combinée au sordide souci d'assumer au moindre coût la fonction régaliennne a multiplié les juridictions d'exception, le juge unique déjà cité, et même l'ersatz de juge dont proximité ne rime pas toujours avec qualité ; « *Perseverare autem diabolicum* » pour compléter la citation liminaire attribuée à Sénèque le Jeune.

Ce pourquoi la création des voies de recours par le code de procédure civile français et la reconnaissance par la Convention Européenne de Droits de l'Homme d'un procès équitable donnant un accès absolu au juge, sinon une deuxième chance au justiciable par la reconnaissance d'un contrôle juridictionnel de la décision primitive, qui ne résulte que de la Recommandation du Conseil de l'Europe du 7 février 1995 adoptée par le Conseil des Ministres ou de l'arrêt X. contre France de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 29 juillet 1998, sauf exceptions dument encadrées, étaient des réponses nécessaires.

Si la procédure pénale française a attendu plus de deux cents ans pour permettre le recours contre les peines les plus graves (mort et réclusion), la procédure civile, curieusement plus humaine a toujours connu la voie de recours ordinaire et extraordinaire permettant d'échapper à l'arbitraire ou à la mauvaise information du juge, voire la mauvaise formation de la défense.

La réformation de la décision critiquée a donc toujours été possible par la voie de l'appel qui représente la voix du perdant contre le premier juge, appelant le second à son secours.

Le lieu n'est pas ici d'envisager les autres recours ouverts dans des circonstances si exceptionnelles que l'on va les appeler extraordinaires, non pas qu'ils soient magiques mais parce que leurs conditions d'ouverture sont plus restreintes.

Le recours ordinaire en droit français est donc bien l'appel, non plus au suzerain ou au roi mais à la sagesse de la juridiction supérieure (mais non suprême) représentante du peuple au nom duquel sont rendues les décisions de justice.

Mais cette voie de recours en est-elle vraiment une lorsque l'on veut lui appliquer les recettes d'efficacité, de célérité, de rapidité (dévoreuses de qualité) voire d'évacuation du rôle de la première instance en favorisant le juge d'appel unique, en renforçant les pouvoirs du conseiller de la mise en état unique, en confisquant aux parties la maîtrise d'une procédure dont l'enjeu, contrairement à la matière pénale, ne met pas en péril la société ?

L'alchimiste législateur, l'impérieux exécutif cherchant la pierre philosophale de la fabrication de l'or judiciaire sans argent ont réduit progressivement le droit d'appel, la collégialité du juge d'appel et s'apprêtent à réduire les pouvoirs de conduite du procès des parties et de leurs représentants.

Le thème imposé de notre propos est la procédure d'appel.

Il est dicté par l'actualité puisque, d'une part, à la suite d'un deuxième rapport du Président Magendie (le premier relatif à la première instance l'ayant propulsé à la Cour de Paris), le gouvernement a préparé un avant-projet de décret réformant la procédure d'appel et, d'autre part, à la suite d'une Europe présentée toujours comme épouvantail et d'un rapport du soudain très libéral Attali, le même gouvernement a annoncé la suppression de la profession d'avoué à la Cour en présentant récemment un projet de loi de fusion avec les avocats.

La mise en place progressive d'une véritable informatisation des greffes après les retentissants échecs antérieurs, fort coûteux au demeurant, accompagné enfin d'une communication (limitée et très sécurisé) avec les Barreaux permettent d'accompagner et faciliter ces deux réformes.

Toutefois avant que d'étudier la nouvelle procédure d'appel, la fusion des professions et la communication électronique du mage Stéphane Gallo, les avocats que nous sommes Pascal Cermolacce et moi, fervents de la réincarnation positive puisque avoués ou fils d'avoué (de première instance) qui allons redevenir avoués (devant la Cour), devons rappeler quelques notions de base quant à la fonction de l'appel.

PREMIERE PARTIE : DE L'APPEL

Sans aucune prétention d'exhaustivité nous devons rappeler quelques principes généraux relatifs aux caractéristiques principales de l'appel avant que de nous intéresser au rôle et aux pouvoirs du juge d'appel.

I – Des caractéristiques de l'appel

I – I La limitation de l'appel :

- par le taux : l'intérêt social de petits litiges ne paraît pas si évident au législateur puisqu'il a limité le droit d'appel à ceux qui ont un enjeu supérieur à 4.000€ (R 211-13, R 221-4 du COJ).
- par la matière : l'intérêt social de décisions rapides et ne pouvant être remises en cause a conduit le même législateur à limiter le droit d'appel dans certaines matières à certaines décisions (décisions sur le fond ou sur incident mettant fin à l'instance) voire à certaines parties (procédures collectives; parquet) ou le soumettre à l'autorisation du Premier Président (sursis à statuer, décision ordonnant une expertise).
- par la partie : l'appelant peut toujours limiter son appel à certains chefs de la décision seulement (ART. 562 CPC). La Cour ne pourra alors statuer sur ceux-ci mais elle pourra statuer aussi sur tous les chefs visés par les appels incidents

I – II La nature de l'appel :

Voie de recours ordinaire donc et de droit commun l'appel tend en principe à la réformation de la décision de première instance.

Pour autant l'article 542 du Code de procédure civile énonce: "l'appel tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction de premier degré".

Une fois que l'on a prononcé ce mot de réformation il faut encore définir son contenu et le rôle que peut avoir le juge d'appel.

Réformer ce peut être restrictivement rejuger simplement le jugement en l'état des demandes, arguments, pièces présentés en première instance. C'est la tentation permanente de juger le juge mais pas le procès et Monsieur Magendie en a subi les affres.

Cette conception figée est celle qui a prévalu lors de la réforme de la procédure civile de 1972, déjà lors d'une fusion de professions.

Cependant la pratique a du tenir compte des délais de procédure et de plus en plus a du intégrer les éléments postérieurs à la décision dont appel; c'est pour les mêmes raisons que le juge a aussi tenu compte de l'évolution économique ou des rapports de force pour donner des coups de canifs sévères à l'immutabilité des contrats (la remise en cause de nos conventions d'honoraires nous rend sensibles à ce coup de canif).

La notion de voie d'achèvement du litige a eu et a une place grandissante dans les instances d'appel, permettant ainsi de tenir compte du temps écoulé et des événements postérieurs au premier jugement. L'équité en sort renforcée si la rapidité en est freinée.

L'appel permet donc, sinon des prétentions nouvelles, au moins des motivations et des pièces nouvelles.

Mais l'appel peut être aussi une voie de recours extraordinaire ouverte quand la voie ordinaire est fermée : c'est alors l'appel-nullité qui permet de sanctionner l'excès de pouvoir du premier juge mais plus, hélas!, son irrespect des principes fondamentaux de procédure; restera alors s'il est permis le pourvoi en cassation, bien lourd, long et onéreux pour la victime d'un irrespect flagrant de contradictoire par exemple.

I – III L'effet de l'appel :

Là aussi le degré de confiance réelle ou supposée dans la qualité des décisions du premier juge va déterminer la force exécutoire de sa décision et l'effet suspensif ou non du recours à son encontre.

Le principe du double degré de juridiction se manifeste en droit privé par l'effet suspensif (article 539 du Code de procédure civile).

Mais ce principe est battu en brèche par la nécessité de ne pas retarder l'exécution de la décision première par des recours dilatoires et le souci pragmatique de ne pas engorger les juridictions d'appel.

D'où l'invention de l'exécution provisoire dont la rigueur est tempérée par la possibilité d'un recours devant le *Premier Président pour en arrêter les effets ou consigner le montant de la condamnation.

D'où de plus fort la tentation de l'exécution immédiate de plein droit généralisée à laquelle les Présidents Coulon et Magendie n'ont pu résister, se défendant par un noble postulat : il faut défendre l'exécution immédiate "par un raisonnement qui s'appuie sur la valeur de la justice et le respect de ces décisions" (Jean-Marie Coulon "Les Petites Affiches, 24 juin 2002, n° 125, page 4; Jean-Claude Magendie : rapport sur la célérité et la qualité de la justice en cause d'appel, page 25).

D'où aussi pour ne pas retarder l'exécution des décisions de justice la suppression de l'effet suspensif de l'appel des décisions du juge de l'exécution (art. 29 et 30 du décret du 31 juillet 1992).

D'où encore la radiation sanction de l'appel (comme du pourvoi en cassation) pour défaut d'exécution (non suspendue) du jugement de première instance.

D'où aussi la caducité d'un appel non appuyé de conclusions dans les quatre mois (pour le moment).

Sans parler en cas de réformation de la prime à la première décision par la fixation du point de départ des intérêts dus sur la somme à restituer à compter non de son versement mais de la notification de la décision ouvrant droit à restitution (Cour de cassation, Assemblée plénière, mars 1995).

II - Du rôle du juge :

II – I Quel juge ?

Le recours contre la décision de première instance n'est pas toujours et n'a pas toujours été (bien que de plus en plus) attribué à la cour d'appel.

Le Code de l'organisation judiciaire prévoit même en son article R. 211-2 que par décret en Conseil d'Etat pris après avis du conseil de l'organisation judiciaire peuvent « être déterminées les matières ressortissant à la compétence du tribunal d'instance dont le tribunal de grande instance connaît en appel ».

En matière de tutelles le recours contre le juge des tutelles ou le conseil de famille peut jusqu'à la loi de simplification du droit être porté devant ledit tribunal de grande instance. (R 311-3 du COJ ancien avant le décret du 2 juin 2008). Le transfert des tutelles des mineurs par la loi de simplification du droit du 12 mai 2009 devant le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance change la donne (L.213-13-1 nouveau du COJ).

Pour les procédures collectives ouvertes avant le 15 février 2009 le recours contre les ordonnances du juge commissaire en matière de réalisation d'actifs était porté devant le tribunal de la procédure collective; pour celles postérieures la cour d'appel devient compétente.

Le recours contre le refus du greffier de donner force exécutoire au jugement étranger bénéficiant du règlement européen de reconnaissance et d'exécution des décisions de justice du 22 décembre 2000 (n° 44-2001) se fait devant le président du tribunal de grande instance. (sauf en matière matrimoniale régie par le règlement du 27 novembre 2003(n°2201-2003).

Pour le recours contre toutes les décisions du juge de l'exequatur la Cour d'appel est compétente (Cass. Civ. 1°, 25 nov. 2003).

II – II Quel rôle ?

La nature de l'appel, voie de réformation ou d'achèvement devrait déterminer le rôle c'est-à-dire les pouvoirs du juge par rapport à la décision qui lui est soumise et aux éventuelles demandes principales et reconventionnelles qui lui sont soumises, sans parler des interventions volontaires ou forcées, dites appel incidents ou provoqués.

Mais l'innombrable jurisprudence sur la recevabilité des demandes formées en appel ne rend pas si facile cette détermination.

Pour simplifier et ne pas charger trop des hors d'œuvre trop connus rappelons :

L'effet dévolutif : tout le litige mais rien que le litige soumis au premier juge est également soumis au juge d'appel.

Tout le litige c'est à dire toutes les prétentions des demandeurs et défendeurs puisque la cour de cassation considère solennellement que dès l'instance relative à la première demande le demandeur doit présenter l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci. (Assemblée plénière 7 juillet 2006); certes cela interdit une nouvelle instance même sur un autre fondement juridique mais pas de nouveaux moyens en appel.

Rien que le litige c'est-à-dire que les prétentions nouvelles sont irrecevables devant la cour (article 564 du CPC); reste à préciser la distinction entre moyens nouveaux et prétentions nouvelles, ce que la jurisprudence fait tous les jours. Reste à préciser l'exception en droit du travail vu la règle de l'unicité de l'instance issue de l'article R. 1452-6 du Code du travail.

L'effet dévolutif permet de remettre la chose jugée en question devant la cour d'appel pour qu'il soit statué en fait et en droit : (article 561 du CPC) ; cette bonne définition de l'appel réformation ne tient pas compte de l'évolution du litige, or celle-ci est proportionnelle au temps écoulé entre les deux décisions de première instance et d'appel; les titulaires du droit, et les circonstances peuvent changer, des pièces nouvelles peuvent apparaître.

. Déjà le code de procédure civile lui-même ouvre la voie à travers une brèche dans le principe d'immutabilité par la production permise de moyens, pièces et preuves nouveaux (art. 563).

. Et il agrandit la brèche en permettant des fondements juridiques nouveaux à la demande (1384 alinéa 1 puis 1382 du code civil, pour la responsabilité civile), voire en permettant d'expliciter des fondements virtuellement contenus dans les demandes et défenses soumises au premier juge, en ajouter des accessoires, consécutives ou complémentaires (art. 565).

. Pour n'être pas en reste dans la démolition du mur de la pure et dure réformation il permet les demandes reconventionnelles (art. 567), celles en compensation ou destinées à écarter les prétentions adverses.

. L'intervention d'un tiers volontaire ou forcée en appel autorise, comme la survenance ou la révélation d'un fait, de faire juger les questions qui y sont relatives (564).

Quant à l'application par la jurisprudence de l'interdiction de prétentions nouvelles, une journée ne suffirait pas pour l'étudier.

Toutefois il s'en dégage deux principes généraux :

1) la prétention est nouvelle en appel lorsqu'elle diffère de la prétention soumise aux premiers juges par son objet ou par les parties concernées ou les qualités de celles-ci ; il s'agit tant de l'objet de la demande que du droit invoqué.

2) en revanche, la prétention n'est pas nouvelle dès lors qu'elle tend aux mêmes fins que la demande originaire, même si son fondement juridique est différent de celui des prétentions initiales ;

A titre d'exemple : en matière de vente d'immeuble la demande en première instance faite de résolution de la vente n'empêche pas la demande faite en appel de diminution du prix.

L'effet d'évocation :

Si le jugement critiqué statue sur une mesure d'instruction ou un incident mettant fin à l'instance, la cour peut évoquer tout le litige et lui donner une solution définitive sur tous les points contestés ce qui nous renvoie à la relativité du double degré de juridiction. En outre l'évocation peut être utilisée en cas de contredit de compétence par la Cour si elle est juridiction d'appel de la juridiction compétente.

Le droit d'évoquer l'ensemble du litige est cependant facultatif, la Cour pouvant toujours renvoyer devant le premier juge afin justement de conserver le double degré de juridiction.

L'effet de rectification :

Si un appel ne peut viser seulement à rectifier l'erreur matérielle contenue dans un jugement car, dans ce cas, seule la juridiction de première instance est compétente pour le faire, bien entendu dans le cadre d'un appel au fond la Cour pourra être saisie de la rectification de cette erreur matérielle commise par le premier juge.

DEUXIEME PARTIE : DE LA PROCEDURE D'APPEL

Paraphrasant le titre d'un roman célèbre de Steinbeck l'on pourrait se limiter à aborder en deux temps "Des souris et des hommes" puisque l'actualité c'est la communication électronique et la fusion des professions d'avoué et d'avocat mais ce serait nier le troisième point crucial de cette actualité qu'est le projet de décret de réforme de la procédure d'appel consécutif au rapport Magendie II qui nous renvoie à un autre ouvrage du même auteur: "Les raisins de la colère".

I – Des formes de procéder

Traditionnellement la progression de toute instance se fait par des actes enfermés dans des délais échangés entre les parties ou leurs représentants.

Ce ne serait rien si des obligations relatives au contenu et à la transmission des actes au juge ne s'y étaient rajoutées.

Les exigences nouvelles vont s'appliquer essentiellement à la procédure ordinaire devant la Cour; mais c'est l'occasion de rappeler qu'il y a trois procédures possibles d'appel avec représentation obligatoire. Et de signaler que la procédure sans représentation obligatoire ne change pas ni au niveau des délais et sanctions ni au niveau de la communication entre la juridiction et les parties.

I – I Les trois procédures d'appel :

La procédure ordinaire :

C'est celle dont le rythme procédural a été considérablement raccourci et les obligations des représentants obligatoires (donc corvéables à merci) des parties renforcées.

C'est celle qui va faire l'objet à court ou moyen terme de l'obligation d'une part de communiquer et d'autre part de transmettre les actes par voie électronique.

Elle suppose un échange d'écritures et de pièces avant qu'un Maître absolu ne



la fin de la partie et prononce la clôture en fixant la date des plaidoiries ou en prononçant la radiation d'office.

Elle existe en deux variantes :

- la procédure ordinaire proprement dite (avec allongement des délais de distance d'un et deux mois).
- et la procédure abrégée de l'article 910 du CPC pour laquelle une fixation rapide est demandée par l'une des parties ou imposée d'office par le Président de la chambre saisie, la clôture intervenant à l'audience et les articles relatifs au circuit court devant le Tribunal de grande instance étant applicables (760 à 762 CPC).

Cette procédure rapide ou abrégée est de mise pour les appels d'ordonnances de référé, les ordonnances du juge de la mise en état énumérées aux 1° à 4° de l'article 776 du CPC * ou les appels des décisions du juge de l'exécution statuant en matière de saisie immobilière (sauf depuis le 12 février 2009 pour les jugements d'orientation).

* ce sont celles qui :

1° statuent sur un incident mettant fin à l'instance, si elles ont pour effet de mettre fin à celle-ci ou elles en constatent l'extinction ;

2° statuent sur une exception de procédure ;

3° ont trait aux mesures provisoires ordonnées en matière de divorce ou de séparation de corps ;

4° Dans le cas où le montant de la demande est supérieur au taux de compétence en dernier ressort, ont trait aux provisions qui peuvent être accordées au créancier au cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable

La procédure à jour fixe :

L'existence d'un péril pour les droits d'une partie peut justifier de solliciter du Premier Président ou du Conseiller de la mise en état la fixation de l'affaire.

Dans certaines matières c'est la loi qui prévoit elle-même ce type de procédure : appel des jugements d'orientation en matière de saisie immobilière depuis le décret du 12 février 2009 modifiant le décret du 27 juillet 2006 par exemple.

La requête contenant les conclusions au fond avec toutes les pièces doit être présentée au Premier Président avant ou dans les huit jours de la déclaration d'appel.

La demande peut être formée aussi dans le cadre d'un référé devant le Premier Président ou d'un incident relatif à l'exécution provisoire devant le conseiller de la mise en état. (917 al.2)

L'appelant doit assigner l'intimé pour la date fixée en lui joignant copie de l'ordonnance sur requête et l'avertissant qu'il peut consulter les pièces au greffe (une confraternité bien assumée ou la restitution desdites pièces par certains greffes permettent de les communiquer au confrère).

Il doit l'avertir d'avoir à constituer avoué avant l'audience et porter son assignation au rôle sous peine de caducité.

L'intimé lui-même peut dans les deux mois de la déclaration d'appel solliciter un jour fixe.

Le Président d'audience s'assure que les intimés ont eu temps suffisant pour préparer leur défense et peut renvoyer à la mise en état.

La procédure sur requête conjointe :

L'appel doit être fait par toutes les parties présentes en première instance par requête conjointe déposée au Greffe.

Le Premier Président désigne la Chambre devant laquelle l'affaire sera appelée et fixe la date des plaidoiries.

La procédure se poursuivra comme en matière de procédure ordinaire abrégée de l'article 910 du CPC.

I – II Les actes et délais de la procédure ordinaire :

ACTE	DELAI SANCTION	SUPPORT 2010	SUPPORT 2011 obligatoire	SUPPORT 2013 obligatoire
CONSTITUTION	NEANT	ACTE PALAIS	ELECTRONIQUE	ELECTRONIQUE
ASSIGNATION Retour lettre notification greffe Ou défaut constit. dans le MOIS	UN MOIS CADUCITE APPEL	ACTE HUISSIER	ACTE HUISSIER	ACTE HUISSIER
CONCLUSIONS APPELANT	TROIS MOIS CADUCITE APPEL	ACTE PALAIS	ELECTRONIQUE	ELECTRONIQUE
CONCLUSIONS INTIME Y compris appel incident	DEUX MOIS IRRECEVABILITE D'OFFICE	ACTE PALAIS	ACTE PALAIS	ELECTRONIQUE
CONCLUSIONS INTIME A UN APPEL INCIDENT OU PROVOQUE	DEUX MOIS IRRECEVABILITE D'OFFICE	ACTE PALAIS	ACTE PALAIS	ELECTRONIQUE
CONCLUSIONS intervenant forcé	TROIS MOIS IRRECEVABILITE D'OFFICE	ACTE PALAIS	ACTE PALAIS	ELECTRONIQUE
EXAMEN PAR CME	QUINZE JOURS AUCUNE SANCTION			
FIXATION	AUCUN DELAI AUCUNE SANCTION	BULLETIN PAPIER	ELECTRONIQUE	ELECTRONIQUE
DEPOT DOSSIERS (pièces visées et numérotées dans conclusions)	QUINZE JOURS AVANT AUDIENCE AUCUNE SANCTION			
ARRET	AUCUN DELAI AUCUNE SANCTION	PAPIER	?	ELECTRONIQUE

II – Des hommes pour procéder

Le respect du contradictoire combiné à la recherche d'une certaine célérité de l'instance a entraîné la certitude des pouvoirs publics que cette procédure devait être surveillée par un juge de la mise en état des causes.

Le Guide (suprême) en appel est le Conseiller de la mise en état.

Et comme il est question de mise il faut la doubler : ce personnage est à la fois doté d'un pouvoir juridictionnel et d'un pouvoir directionnel.

La complexité des procédures et la nécessité d'un interlocuteur professionnel pour assurer la représentation des individus a amené la création d'un autre personnage longtemps incontournable parce que pourvu de la vertu de proximité : l'Avoué à la Cour.

Mais l'évolution du Royaume vers la République, de la Nation France vers l'Europe sans frontière, de l'abattage des arbres-papier vers l'élevage des puces intelligentes ont entraîné la disparition programmée de cet Avoué au profit de l'homme à tout (savoir?) faire nouveau depuis 1974 et 1990 qu'est l'avocat.

La Constitution française a légué au projet de fusion des professions ce mot détestable de cohabitation qui fait que pendant un an au moins existera "l'avocavoué".

"L'avocavoué" hybride transitoire est darwinien : il représente un nouveau stade de l'homo processus personnage obligatoire de la procédure civile en appel comme en première instance.

II – I Le conseiller de la mise en état :

Le pouvoir juridictionnel :

C'est le plus noble, encore qu'il relègue la collégialité au rang des vieux costumes de l'opéra.

C'est le plus classique : un juge est fait pour juger.

Ce rôle est spécifique au conseiller de la mise en état ou transposé de celui du juge de la mise en état.

1 – Le rôle spécifique :

Il est double :

Premièrement, c'est celui de juger exclusivement désormais de l'irrecevabilité de l'appel et de toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel.

Exception à la compétence : si la cause d'irrecevabilité se révèle ultérieurement à son dessaisissement (clôture et fixation).

Les ordonnances du conseiller de la mise en état en la matière ont autorité de la chose jugée.

Deuxièmement, c'est celui de statuer exclusivement sur la suspension de l'exécution provisoire des jugements improprement qualifiés en dernier ressort ou désormais contre lesquels l'appel n'a pas d'effet suspensif, et d'exercer les pouvoirs qui lui sont conférés en matière d'exécution provisoire (articles 523 et suivants du CPC) :

- aménagement,
- prononcé (qu'elle soit refusée ou demandée ou non en première instance), de l'exécution provisoire.

2 – Le rôle transposé :

Il calque les pouvoirs du juge de la mise en état octroyés par l'article 771 du CPC ci-dessous reproduit:

Lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour :

1°. Statuer sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance *ainsi que sur les sursis légaux qui s'imposent au juge (nouveau)*; les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge ;

2°. Allouer une provision pour le procès ;

3°. Accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Le juge de la mise en état peut subordonner l'exécution de sa décision à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522 ;

4°. Ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires, à l'exception des saisies conservatoires et des hypothèques et nantissements provisoires, ainsi que modifier ou compléter, en cas de survenance d'un fait nouveau, les mesures qui auraient déjà été ordonnées ;

5°. Ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction.

Il ne pourra pas statuer sur les irrecevabilités selon la Cour de cassation (*Cass. avis, 13 nov. 2006 : [JurisData n° 2006-035898](#) ; JCP G 2006, IV, 3433 ; Procédures 2007, comm. 8, obs. R. Perrot*).

Ses ordonnances ne sont susceptibles d'aucun recours indépendamment de l'arrêt sur le fond.

Exception : elles peuvent être déferées devant la Cour dans les QUINZE JOURS de leur prononcé par simple requête :

- si elles mettent fin à l'instance,
- si elles en constatent l'extinction,
- si elles ont trait à des mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps,
- si elles statuent sur une exception de procédure ou un incident mettant fin à l'instance,
- *si elles statuent sur l'irrecevabilité de l'appel (nouveau).*

Le pouvoir directionnel :

Ce pouvoir de direction est double :

1- Le pouvoir d'enjoindre :

. Délais :

D'office le conseiller de la mise en état peut impartir des délais plus courts pour l'échange des pièces et conclusions.

Après avis des avoués il peut au contraire fixer un calendrier plus long si l'affaire nécessite de nouveaux échanges de conclusions après les écritures de l'appelant et des intimés.

. Actes :

Le rapport Magendie II avait lourdement préconisé une structuration des écritures en élaborant même un schéma de présentation des faits, jugement appelé, critique de celui-ci, arguments et prétentions.

Le projet de décret ne va pas si loin mais les avoués et avocats bien informés savent que la Chancellerie travaille à un futur protocole de procédure calqué sur celui signé par le Président Magendie avec le Barreau de Paris.

Non seulement les conclusions doivent présenter les prétentions et moyens des parties et indiquer les pièces invoquées mais le dispositif doit contenir le récapitulatif des prétentions (**nouveau**), la Cour ne devant statuer que sur celles-ci.

Le conseiller de la mise en état peut enjoindre aux Avoués de mettre leurs écritures en conformité avec les dispositions de l'article 954 alinéa 1 et 2 du CPC créés par le projet qui reprennent ces exigences (article 913-1 nouveau).

2 – Le pouvoir de sanctionner : -----

Parce que le pessimisme ne mène à rien sans l'optimisme nous allons aborder successivement la sanction positive et la sanction négative.

. La sanction positive :

Le conseiller de la mise en état examine l'affaire dans les quinze jours suivant l'expiration des délais (légaux ou imposés après avis – allongement – ou non – raccourcissement -) et **FIXE LA DATE DES PLAIDOIRIES** ou fixe un calendrier si l'affaire le nécessite.

Le nouvel article 912 oublie la clôture mais le nouvel article 907 renvoie pour l'instruction de l'affaire aux articles 763 à 787 donc à l'article 779 qui donne le pouvoir de clôturer au juge de la mise en état

. La sanction négative :

Si le représentant de la partie n'a pas accompli les actes de la procédure dans le temps imparti, le conseiller de la mise en état **ORDONNE LA CLOTURE** à son égard, d'OFFICE ou à la demande d'une autre partie, sauf refus motivé de sa part.

Les régimes abjects refont surface : copie de l'ordonnance est adressée à la partie "défaillante" : délation légale que la cause de la défaillance provienne de la partie (passe encore) ou de son représentant.

Seule la réponse par le défaillant à des arguments nouveaux soulevés par les autres parties ou une cause grave et légitime peut lui permettre de solliciter la rétractation de cette ordonnance.

Le régime institué en première instance par l'article 781 du CPC : radiation sanction, dont les conséquences sont moins graves car on peut toujours réenrôler, est inversé sans raison véritable.

II – II L'avoué et/ ou l'avocat soit "l'avocavoué"

La motivation d'une fusion :

Le Conseil des Ministres du 3 juin 2009 a approuvé le projet de loi présenté par la Ministre de la Justice portant fusion des professions d'avocat et d'avoué qui reprend dans ses grandes lignes l'avant-projet présenté aux professionnels en avril 2009 après l'annonce brutale de la suppression des avoués qu'elle avait faite le 9 juin 2008.

Cependant depuis le dépôt du rapport de la commission Attali préconisant une libéralisation des services pour la libération de la croissance cette mesure était annoncée (proposition 213).

Et puis lorsqu'a été envisagée la création d'une grande profession d'avocat en 1971 la suppression de tous les avoués était dans le projet; seules des raisons financières ont limité la réforme aux avoués de première instance dont l'indemnisation a été financée par une taxe parafiscale.

La mission confiée à Maître Jean-Michel Darrois de réfléchir à une seule grande profession du droit aurait pu parachever l'œuvre libérale mais la résistance des corps constitués l'a repoussée à plus tard; la France met toujours vingt ans de plus à se moderniser ses structures.

Les raisons de la décision de fusion sont tirées de l'Union Européenne, de la simplification du droit et de l'accès au droit, et de la cherté prétendue de celui-ci.

Mais si certains avocats dans la région capitale se réjouissent de cette décision elle n'est pas sans impact sur la notion même de représentation en justice et de rémunération des actes de procédure; d'autre part elle rejoint après un parcours parallèle la réforme de la procédure devant les Cours d'appel.

Il ne nous appartient pas sur la décision inéluctable du Gouvernement de supprimer une catégorie d'officiers ministériels seuls aptes jusque là à représenter les parties devant la Cour lorsque c'était obligatoire et offrant pour le moins le confort de la proximité aux magistrats mais, loin des satisfactions de façade, et apportant un modeste réflexion sur ce projet, il convient d'apporter quelques commentaires du point de vue de la profession d'avocat sur quelques articles de ce projet législatif.

La fusion et la postulation :

Article 1 II :

Le I de cet article introduit la fusion des professions par modification de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions juridiques.

Le II transpose la multipostulation instaurée en première instance devant la Cour d'appel de Paris pour les avocats des barreaux de Paris, Bobigny et Créteil et de Versailles pour les avocats du barreau de Nanterre qui ont postulé devant les tribunaux de grande instance de ces villes.(à noter qu'ils peuvent postuler devant chacun de ces quatre tribunaux de grande instance : distorsion de régime entre première instance et appel).

Demeure l'exception historique – très ancien avoué – des saisies immobilières, partages et licitation qui exclut la multipostulation.

Article 3 :

Il consacre la fusion.

L'élargissement de la postulation devant les cours d'appel à tous les avocats des barreaux de leur ressort territorial va surmultiplier les interlocuteurs de ces juridictions en les éloignant pour la plupart; ce n'est pas sans conséquence sur la procédure (d'où en partie la dématérialisation des échanges et des actes prévue par ailleurs).

Ce n'est pas sans conséquence non plus sur l'avenir en raison de la distorsion de zone de compétence exclusive de l'avocat représentant la partie devant la Cour ou le Tribunal; cela préfigure une future multipostulation de tous les avocats du ressort d'une cour devant tous les tribunaux de grande instance qui en dépendent toujours à partir d'un support dématérialisé de transmission. Il ne faut pas négliger les conséquences sur les relations entre les avocats des très grands barreaux et les autres; mais les premiers risquent comme les autres la suppression de la représentation par avocat devant quelque juridiction que ce soit ou peuvent avoir la chance de l'extension de celle-ci si la communication sécurisée avec clé électronique fonctionne réellement et améliore les procédures.

La fusion et la rémunération :

Article 5 :

Le rajout à l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 lequel prévoit que l'avocat est rémunéré par des honoraires et un tarif de postulation est complété par les mots "devant le tribunal de grande instance".

Cet article scélérat manifeste l'intention de ne pas rémunérer devant la Cour (demain devant le Tribunal sans doute) la fonction responsable spécifique de la postulation alors que dans le même temps la procédure devient plus stricte quant aux délais et exigences de formalisme tout en étant de plus en plus inquisitoriale (à l'inverse de la libéralisation souhaitée pour libérer la croissance).

Moins d'Etat pour protéger plus d'Etat pour imposer car en même temps on demande aux avocats un effort considérable et coûteux d'informatisation dont on ne sait encore s'il sera spécifique ou identique à la première instance.

La mauvaise réponse faite que les honoraires rémunèreront l'auteur des actes de procédure devant la Cour élude l'aide juridictionnelle, l'assurance de protection juridique, les barèmes d'honoraires imposés par la bancassurance, les organismes locatifs et certaines grandes firmes.

Le tarif était répétable entièrement sur le perdant, l'honoraire ne l'est pratiquement pas soumis qu'il est à l'aléatoire judiciaire de l'article 700 du CPC d'une part et à la révision des conventions par la Cour de cassation d'autre part.

L'aumône annoncée d'une répétabilité forfaitaire calquée sur l'aide juridictionnelle, dont le système a montré les limites atteintes par le système de protection sociale français qui cause en partie la cessation de paiement de l'Etat, lequel n'assume même pas comme il faut sa fonction régaliennne de justice en déjudiciarisant à outrance et en transférant le poids qu'il ne peut porter sur les professionnels, n'assure pas une égalité d'accès à la justice si souvent prônée.

Un tarif unique intermédiaire entre la vieille lune de celui des avoués de première instance et le confortable vilipendé de ceux de cour, tel que proposé par plusieurs composantes de la profession et porté par les représentants du CNB auprès du Ministère a été brutalement écarté, montrant par là le dédain de ceux qui ont la sécurité envers ceux qui entreprennent.

Les italiens dont le tarif des avocats avait été légalisé plusieurs fois par la Cour de Justice des Communautés l'avaient abandonné et viennent de le reprendre en constatant les dégâts de la libéralisation sur le coût des procès; la France est-elle plus intelligente que l'Italie?

La fusion et la gouvernance :

Article 6 :

Les ordres des avocats deviennent les garants de l'organisation de la postulation et de la communication électronique.

Article 7 :

Un peu de Darrois dans un monde de brutes.

Pour le confort des chefs de Cour, pour commencer à calquer l'organisation des barreaux sur celle des juridictions, après les écoles du droit régionales, après les conseils de discipline régionaux voici le Bâtonnier de Cour élu par ses pairs pour les représenter sur les questions relatives à la cour notamment à la postulation et à la communication électronique.

Pourquoi n'a-t-on pas prévu une délibération commune des Ordres sur ces questions pour lui permettre de représenter sa profession au lieu de gratter sa couture de pantalon avec son petit doigt?

Se profile à l'horizon le super barreau régional voire l'ordre national sans que les intéressés n'en puissent discuter.

La fusion et la reprise par l'absorbant :

Article 8 :

Les obligations de la CAVOM organisme de retraite et de prévoyance des Avoués seront reprises par la Caisse Nationale des Barreaux Français mais à quel prix car elle couvre aussi d'autres professions et ne sera pas dissoute; une soule est prévue mais par décret en cas de désaccord entre les deux caisses.

Le régime des avocats semblant plus favorable quel impact aura cette réforme sur les ressources et dépenses de leur caisse de retraite; il y a là un motif d'inquiétude légitime qui demande vigilance; l'Etat non seulement ne s'engage pas mais prélève par la grande compensation une masse considérable de fonds au prétexte de la solidarité; si une charge supplémentaire s'ajoute – le problème de la légitimité des droits des avoués ne se pose pas – les avocats les plus jeunes peuvent être préoccupés.

Article 9 :

La convention collective des avocats devient applicable à partir du 1^{er} janvier 2012 au personnel des anciens avoués et si d'ici là les avoués fusionnent ou s'associent avec des avocats les salariés de ces derniers bénéficient de leur convention collective (disparité dans les cabinets?) ou, à défaut (à défaut de quoi?) de celle des personnels des cabinets d'avocat.

Ensuite seule la convention des avocats est applicable mais le texte envisage la conclusion d'une nouvelle convention collective certainement plus favorable aux salariés, alignée a minima sur celle des deux qui est la plus favorable actuellement et renchérissant le coût des procédures pour les professionnels au moment où on leur supprime le tarif de postulation en appel, sans revaloriser ni adapter aux nouvelles procédures (pouvoirs accrus du conseiller de la mise en état, saisie immobilière, distribution de prix) et aux nouvelles exigences (dépôt du dossier en double avant les plaidoiries par exemple).

La fusion et l'indemnisation de l'absorbé :

Article 13 :

Il n'est pas cynique pour les avocats de se pencher sur les conditions d'indemnisation de l'expropriation des avoués.

Avocats ils se doivent de défendre tout le monde contre toutes les injustices et n'indemniser que 66% des études d'Avoués près la Cour est à la fois une injustice, une inégalité et une illégalité.

Injustice parce que le mode de nomination a été fixé par l'expropriant et nécessitait l'achat de tout ou partie d'un office pour exercer une activité monopolistique; en supprimant le monopole et la charge on se doit de les payer intégralement.

Inégalité parce qu'en 1971 les avoués de première instance ont été indemnisés intégralement de leur office supprimé.

Illégalité parce que le principe de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (protocole additionnel numéro 1 relatif à la propriété) dont la France est signataire interdit toute expropriation et si elle l'autorise pour des raisons impérieuses c'est en contrepartie d'une indemnisation intégrale.

Le principe de réparation intégrale de tout préjudice même causé par une autorité publique est de droit français.

Ce qui est valable pour les offices est valable pour le personnel des offices qui ne pourra être conservé.

Que l'on ne dise pas que les Avoués peuvent devenir Avocats : en 1971 ceux de première instance le pouvaient aussi et l'office ce n'est pas la fonction. Parmi les Avoués de première instance non titulaires de clientèle comme dans le Sud de la France peu d'entre eux n'ont pas eu à repartir de zéro même si dans d'autres régions ils constituaient le pivot de beaux cabinets.

Les avoués de Cour sont plus souvent loin d'une clientèle apportée par les avocats : ceux-ci seront heureux de les accueillir avec certains membres de leur personnel malgré les problèmes économiques actuels mais cela ne compensera rien.

La fusion et l'intégration-passerelle :

Art. 21 :

Il prévoit l'ouverture aux avoués renonçant à devenir avocats des professions d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, notaires, commissaire-priseur judiciaire, greffier de tribunal de commerce, huissier de justice, administrateur judiciaire et mandataire judiciaire en renvoyant un peu trop les modalités à un décret.

Pour les collaborateurs d'avoué les dispenses sont aussi renvoyées à un décret.

Ce flou est ahurissant pour les intéressés comme pour les professions concernées.

Art. 22

C'est la reproduction des règles applicables aux collaborateurs d'avoué de première instance titulaire du diplôme de leur profession pour le premier alinéa et de l'article 12-1 de la loi actuelle pour les collaborateurs d'avocat.

Il n'a rien à dire même au plan de la justice sociale sauf que l'état numérique et économique du barreau ne facilitera pas la réussite de leur intégration.

Art. 23

Les stagiaires avoués depuis un an peuvent s'inscrire à la formation des théorique et pratique des avocats sans autre formalité; ce la ne pose pas de difficultés vu leur niveau.

Art 24

Cet article comporte deux aspects :

- les avoués deviennent avocat, c'est la conséquence légitime d'une fusion (de professions pas de fonctions puisque celle d'avoué est transférée à celle d'avocat).
- Mais ils le deviennent dès le 1^{er} janvier 2010 ce qui serait normal si n'était pas créée une période transitoire que l'on doit rejeter (voir ci-dessous article 34).

La fusion et le statu quo :

Art. 27

Là également deux mesures différentes :

Les avoués qui ne renoncent pas à la nouvelle profession vont pouvoir rester un an constitués dans les dossiers dans lesquels ils l'étaient à l'entrée en vigueur de la loi, les avocats conservant la fonction d'assistance dans ces mêmes dossiers, sauf décision contraire de la partie intéressée, démission, décès de l'un d'eux. Les avoués gardent pendant ce temps leur tarif.

Les avoués qui renoncent à devenir avocat avisent la partie, trois mois avant le 1^{er} janvier 2010, qu'il lui appartient de choisir l'avocat qui se constituera comme postulant, ou, en cas d'aide juridictionnelle le Bâtonnier qui désignera cet avocat. L'avoué dessaisi est rémunéré selon le tarif en vigueur.

Pour la première disposition il paraît anormal que l'avoué avise la partie et non l'avocat et invite celle-ci à choisir un avocat et non celui-là déjà assistant pour devenir représentant.

Même si cela se comprend par le fait que ne pourront postuler devant la Cour que les avocats auxquels auront été délivrés le certificat électronique de transmission sécurisée avec la Cour (par qui? Leur bâtonnier, le Bâtonnier élu par ses pairs pour les représenter devant la Cour?), cela n'est pas acceptable car l'avocat doit être informé de ce fait soit qu'il ait déjà ce certificat soit qu'il le demande dans l'intérêt de son ou de ses clients.

Art. 28

Les sanctions disciplinaires antérieurement prononcées demeurent et les infractions antérieures sont régies par les anciennes règles et soumises à la même juridiction disciplinaire maintenue à cet effet.

Les infractions nouvelles suivent le sort de la nouvelle profession d'avocat.

Art. 29

La Chambre nationale des avoués reste en fonction comme exécuter des basses (mais humainement hautes) œuvres relatives au reclassement des personnels et à sa liquidation.

Son patrimoine ne serait donc pas affecté à la nouvelle profession d'avocat mais à chaque avoué qu'il renonce ou non à exercer la profession d'avocat ce qui pourrait constituer un complément d'indemnisation à prendre en compte mais dont l'auteur de ces lignes ne connaît pas l'importance. Est-ce une (modeste) compensation d'une indemnisation indigne?

La fusion et la compensation par autrui :

Art. 30

Intégration légitime des administrateurs avoués de la CAVOM à la CNBF (sous réserve de décret).

Art. 34

Bien caché au fond du texte projeté, rejeté après de nombreuses modifications de textes aux articles le précédant, il contient la disposition critiquable de **droit transitoire** suivant laquelle le chapitre 1^{er} et les articles 32 et 33 (abrogations et mises en conformités) de celui-ci seront applicables le 1^{er} janvier 2011.

Critiquable en raison de la coexistence avec l'article 24 qui permet aux avoués de devenir avocats en restant avoués pendant un an alors que les avocats ne le pourront que pour les affaires dans lesquelles les avoués auront manifesté l'intention de ne pas rentrer dans la profession d'avocat, et encore ils ont plusieurs mois pour le faire.

Critiquable car permettant auxdits avoués de continuer à percevoir leur tarif adapté à l'avancement des instances d'appel, lequel tarif est injustement (inconstitutionnellement sans doute, illégalement peut-être) refusé aux avocats pour la même procédure, voire même une procédure plus exigeante si le projet de décret issu du rapport Magendie II, vu ci-avant, aboutit en l'état.

De qui se moque-t-on ? Des avocats car pour permettre à l'Etat de n'indemniser que 66% des offices d'avoués on leur donne la carotte d'une année supplémentaire d'exercice (ce délai n'est pas choquant en lui-même, le groupe UMP à l'Assemblée Nationale prévoyait jusqu'à cinq ans dans son rapport déposé en janvier 2009),

Critiquable car le texte donne aux avoués la possibilité de devenir déjà avocats pour de nouveaux dossiers.

Certes ils devront comme les avocats percevoir sur les clients la taxe destinée à les indemniser sur chaque affaire civile portée devant les tribunaux de grande instance, les cours et la cour de cassation hors aide juridictionnelle (exposé des motifs du projet de loi); les justiciables devant constituer un avocat ou un avocat aux conseils vont payer la réforme mais non les autres justiciables comparaisant en personne ou par représentant non professionnel (qui encombre souvent bien plus la justice) mais non l'Etat lui-même pour le secteur aidé. Ce seront les professionnels du judiciaire déjà soumis à contraintes procédurales et d'équipement électronique qui seront les percepteurs bénévoles.

Comment mécontenter au moins en grande partie tous les acteurs concernés sans laquelle la justice française déjà bien malade serait moribonde, tel est le résultat de ce projet dont la motivation réelle est la suppression du tarif devant la Cour...pour l'instant.

Alain PROVANSAL
Avocat au Barreau de Marseille