



HAL
open science

Le lien procédural numérique

Emmanuel Jeuland

► **To cite this version:**

Emmanuel Jeuland. Le lien procédural numérique. Rencontres de procédure civile, Cour de cassation 2015, Dec 2015, Paris, France. hal-02084734

HAL Id: hal-02084734

<https://hal.science/hal-02084734v1>

Submitted on 29 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

In rencontres de procédure civile, Cour de cassation, L'avenir des liens procéduraux (publié IRJS, 2016 dir. L. Flise et E. Jeuland).

Le lien procédural numérique.

Emmanuel Jeuland, École de droit de la Sorbonne.

Pour tenter de mettre à jour un avenir possible du lien d'instance et du lien du procès, il me faut faire un détour préalable par le passé. N'étant pas devin, je suivrai ainsi un mouvement en spirale partant du présent pour retourner dans le passé avant de pouvoir explorer un avenir possible. Je pourrais certes creuser les notions déjà proposées et évoquées lors des rencontres précédentes de lien expertal¹, qui est le lien procédural entre les parties sous l'égide d'un expert, ou de lien de médiation qui est le lien procédural ou contractuel sous l'égide d'un médiateur. Il s'agit, me semble-t-il, déjà du présent. Je voudrais surtout évoquer le développement d'un lien procédural numérique. La justice en France s'est informatisée depuis 40 ans mais le premier président Cathala a pu le souligner lors d'un séminaire², l'usage des nouvelles technologies (NT) a seulement été conçu comme pouvant répondre aux mêmes usages que le papier. Les NT n'ont pas changé la procédure. Pourtant depuis quelques années la procédure en est changée au point qu'apparaît un nouveau lien procédural. Pour le montrer il faut repartir du XIX^e siècle.

¹ La notion d'expertise et autres mécanismes proches, in La pluralité de parties, dir. L. Cadiet et D. Loriferne, 3^e rencontres de procédure civile, IRJS éd. 2013, pp. 103-106.

² Séminaire de recherche Paris 1, Panthéon-Sorbonne, printemps 2016.

1.- Retour à l'origine.

Le lien d'instance a commencé son parcours avec Bülow en 1850 en Allemagne³. La qualification d'action en justice en un droit avait déjà été proposée par la doctrine allemande, des études avaient été menées sur la notion d'acte juridique dont les actes processuels constituent une branche, mais il est admis que la conceptualisation du droit processuel ne s'est véritablement cristallisée qu'avec Bülow et la notion de lien d'instance. Le droit processuel en tant que science du procès n'a pu se développer que parce qu'il y avait cet ensemble de concepts susceptibles de traduire ce qui n'était alors, pour une grande part, que des pratiques judiciaires.

Le concept de lien d'instance a alors connu une fortune internationale quoique toujours en demi-teinte. Tout d'abord il a été contesté en Allemagne. Bülow y voyait un lien public entre les parties et le juge. A la fin du XIX^e siècle, Kolher y voit un lien privé entre les parties sous l'égide du juge⁴. En 1920, Goldschmidt a beau jeu de se moquer de ces atermoiements notant qu'au fond il vaut mieux s'en tenir à une notion générale de situation juridique appliquée au procès⁵. Qu'ajoute de plus en effet la notion de lien de droit à la connaissance du procès ? Cet auteur peut recomposer la doctrine processuelle à partir de la seule notion de situation juridique qui regroupe un ensemble de liens entre les parties et les gens de justice.

³ E. Jeuland, Le procès comme opération juridiques à trois personnes. Parcours germanique, in Mél. D. Martin, LGDJ, Lextenso, 2015, p.253-266.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

Goldschmidt entre les deux guerres est contraint de quitter l'Allemagne et d'émigrer pour des raisons politiques. Il va exposer ces idées en Amérique du Sud où il écrit des ouvrages en espagnol. Pendant ce temps, la notion de *Prozess Rechtsverhältnis*, de rapport procédural, est passée de l'Allemagne à l'Italie par le biais de Chiovenda. Il est question de *rapporto processale*. La notion est reprise par d'autres italiens et passe en France grâce notamment à Henry Vizioz et ses *Études de procédure*. On parle alors de lien d'instance en France et l'on oublie quelque peu que des auteurs français au XIX^e siècle parlaient de contrat judiciaire à propos du procès. La notion a continué de se répandre tout en étant freinée par des auteurs qui l'estiment peu claires et peu utiles. Il faut dire que plus généralement la notion de lien de droit ou de rapport de droit reste assez énigmatique. Le lien de droit peut être vu comme une représentation symbolique (on pense à l'image d'une corde) d'une distance invisible entre personnes juridiques. Par une liaison métaphorique, cette notion exprime en réalité un espace spatio-temporel ou de cadre judiciaire. La notion de situation peut tout à fait rendre compte de cette réalité. Cependant, cette notion de situation processuelle défendue par des auteurs allemands contemporains comme B. Hess⁶ comporte un défaut : elle est si vague et si générale qu'elle n'entraîne pas un régime précis. Il n'y a guère de différence entre la situation procédurale et le procès, voire ce que l'on a appelé le lien procédural. L'avantage de la notion de lien d'instance est d'articuler techniquement l'instance comprise comme une série d'actes de procédure et juridictionnelle et les droits et devoirs des parties et du

⁶ Ibid.

juge. Le lien d'instance conçu comme un lien d'obligation ou un lien contractuel appliqué au procès peut justement se définir techniquement par l'ensemble des droits et des devoirs des parties. Un auteur allemand contemporain Wassermann estime d'ailleurs que le principe de coopération était en germe dans la notion de lien d'instance de Bülow⁷. Dès lors qu'il existe des droits et des devoirs réciproques pour les parties et des pouvoirs du côté du juge, on voit poindre une relation juridique à trois personnes, organisée conduisant à un résultat. Certes, le principe de coopération ne doit pas être conçu de manière idéaliste, il s'agit d'une coopération forcée fondée sur des charges et des obligations.

Il se peut que la notion de lien d'instance n'ait pas encore achevé de rendre des services. On sait que le droit est une construction, mais que celle-ci n'est pas faite n'importe comment. Il est un peu facile de noter comme le faisait Goldschmidt que personne n'a jamais rencontré un lien d'instance. Personne non plus n'a jamais rencontré un État et pour autant la notion d'État est utile et pertinente quoique forcément discutable. Cette notion de lien d'instance peut permettre de penser et de prendre ses distances avec des phénomènes qui ont transformé et transforment encore le droit du procès. J'ajouterai avant de présenter l'usage futur que nous pourrions faire des liens du procès, un point de doctrine. Je pense avec la majorité de la doctrine française que le lien d'instance unit les parties entre elles sous l'égide d'un juge. Le juge n'y est pas parti. Il paraît dès lors nécessaire d'ajouter entre les parties et le juge un autre type de lien plus administratif

⁷ Ibid.

que je propose d'appeler un lien statutaire. De même dans l'arbitrage, il existe un lien d'instance entre les parties, issu de la convention d'arbitrage et un lien contractuel entre les parties et les arbitres qui prend la forme d'un contrat d'arbitre. Un procès implique donc trois rapports de droit en principe, un lien litigieux qui concerne le fond - il peut s'agir notamment d'un lien délictuel, d'un lien contractuel ou d'un lien de famille - un rapport processuel, le lien d'instance entre les parties et un lien statutaire entre les parties et le juge. Il paraît d'ailleurs possible de rattacher les trois défenses à ces trois rapports : les défenses au fond au lien litigieux, les exceptions de procédure se rapportent au lien d'instance qu'elles éteignent ou suspendent et les fins de non-recevoir qui dénie le droit d'obtenir du juge qu'il se prononce sur le bien-fondé de la demande et qui se rattache au lien statutaire entre les parties et le juge.

Armé de cet ensemble conceptuel, je voudrais aborder l'avenir du lien d'instance et du lien du procès que pourrait prendre la forme de ce que l'on peut appeler un lien procédural numérique.

2.- Vers le lien procédural numérique ?

Au cours des deux derniers colloques ici mêmes l'année dernière et l'année d'avant est apparue l'hypothèse de l'émergence d'une nouvelle procédure qu'il a été proposé d'appeler une procédure numérique. A côté de la procédure orale et de la procédure écrite viendrait prendre place une procédure numérique. Alors que ce qui compte pour la première est l'audience, pour la seconde l'écrit, ce qui compterait pour la 3^o serait le calcul et la fragmentation. La jurisprudence de la 2^o chambre civile est

confronté à des questions qui mêlent justement des questions de procédure écrite et des questions liées à l'utilisation du numérique : l'avocat qui adhère à un RPVA s'est-il engagé à recevoir tous les actes par voie électronique ? Si les pièces n'ont pas été envoyées simultanément avec les conclusions le juge ne doit-il pas les écarter des débats ?

La notion de lien procédural peut contribuer à approfondir la conceptualisation de cette procédure numérique en mettant à jour le concept de lien procédural numérique. Il s'agirait d'une forme de lien procédural appelant un régime propre. Je distinguerai donc la notion de lien procédural numérique et son régime. N'ayant pas encore beaucoup d'éléments dans la procédure française, j'emprunterai quelques éléments de régime à des droits étrangers.

a.- La notion de lien procédural numérique.

Le point de départ de la réflexion doit être l'adjectif numérique. On connaît la distinction entre l'analogique et le numérique en matière de télévision. Dans l'analogique, une image est transformée par son analogue sous forme d'ondes ; ces ondes peuvent ensuite se transporter et être retransformées en image. C'est une méthode analogique car l'onde est analogue à l'image avec cette conséquence qu'il y a un analogue continu (les ondes). Ce point est important car il permet de distinguer l'analogique du numérique. Dans le numérique, une image est transformée en millions de chiffres représentant eux-mêmes des toutes petites briques de couleur qui permettent de reconstituer l'image sur le poste de télévision. Or, cette transformation

de l'image en chiffres implique une discontinuité entre les chiffres, puis entre les briques de couleur. Ce qui caractérise le numérique ce n'est pas tant de passer par des chiffres que de passer par des sortes d'atomes distincts les autres des autres et donc discontinus. Pour reconstituer l'image, il faut des milliers de briques de couleur.

Le même phénomène peut être observé en matière de procédure. La procédure écrite peut être considérée comme analogique : l'écrit est l'analogue de l'oral et des arguments que l'on souhaiterait présenter au tribunal. L'écrit se retransforme en oral au moment de l'audience en une sorte de synthèse de tous les arguments qui auront été échangés par écrit. L'écrit est l'analogue de l'oral et présente des arguments dans une certaine continuité de raisonnement. En ce sens c'est une méthode analogique.

La procédure numérique s'oppose de ce point de vue à la procédure analogique. Transformant par les nouvelles technologies les documents du procès en chiffres discontinus elle peut aboutir à une audience orale qui fait la synthèse des toutes ces petites briques de pièces et d'actes procéduraux.

Dans notre Centre de Recherche Justice et Procès nous avons mené une recherche empirique sur ces questions (voir en annexe). Nous sommes allés dans plusieurs tribunaux interrogés différents magistrats, greffiers et huissiers (une vingtaine de personnes dans différentes tailles de tribunaux et de cours) puis nous les avons réunis à l'université afin de les faire discuter entre eux. L'évolution des différents métiers de la justice traduits

cette fragmentation discontinue de la procédure. C'est particulièrement clair pour le travail du greffier lorsqu'il scanne un dossier puisqu'il doit « patcher » le dossier, c'est-à-dire prévoir des séparateurs numériques entre les différentes pièces et acte du dossier. Il doit donc qualifier et en quelque sorte fragmenter le dossier.

Le lien d'instance numérique se caractérise donc, par sa nature même, par une représentation discontinue des arguments en fait et en droit. Qu'est-ce que cela a pour conséquence et quel régime peut-on en tirer ?

b.- Le régime du lien procédural numérique.

Il convient de suivre l'ordre chronologique d'un procès. L'acte introductif d'instance pourrait devenir unique comme la réforme actuelle de la procédure hollandaise le prévoit. Il n'y aura peut-être plus de distinction entre les procédures gracieuses et les procédures contentieuses, entre la requête et l'assignation. Il faut un seul point d'entrée dans le système informatisé pour des raisons techniques, affirme les hollandais qui présentent leur projet. Il ne s'agit plus d'avoir un acte qui serait l'analogue de la demande comme dans la procédure écrite ou orale traditionnelle, mais de numériser la demande quelle qu'elle soit. Le contenu n'est plus relié à la forme de l'acte car ce qui compte est de transformer en une série de chiffres discontinus la demande en justice. Cette demande initiale est un formulaire unique précisant déjà la demande et les raisons de fait et de droit de la demande. Il s'opère donc une standardisation de la procédure. A l'entrée du procès

On ne distingue plus, dès lors, entre un lien d'instance qui implique un litige et un lien procédural gracieux qui implique seulement un lien statutaire avec un juge. Le lien numérique opère une fusion du lien statutaire et du lien d'instance.

Concernant la notification de cet acte introductif d'instance, la réforme hollandaise innove également proche traditionnellement de notre système. Elle prévoit une transmission électronique avec une demande d'accusé de réception et si le destinataire ne répond pas dans les 15 jours le recours à l'huissier. L'huissier et donc la signification n'interviennent qu'en second lieu et cette signification dans le système français peut être électronique. Là encore il s'opère une fusion des modes de transmission dans un premier temps, dans un second temps on revient au système de la signification par huissier.

Dans la réforme belge du 29 octobre 2015, il est exigé des parties qu'elles numérotent leurs arguments et qu'elles les présentent dans l'ordre d'importance. On assiste ainsi à une fragmentation des arguments de manière discontinue. On peut comparer cette innovation avec les exigences de structuration des écritures qui existent en France et qui sont issues des protocoles entre les barreaux et les tribunaux. Il est clairement affirmé que c'est nécessaire pour la mise en œuvre des nouvelles technologies.

On peut penser que les nouvelles technologies ont un impact limité sur la procédure en générant seulement quelques documents standard et une structuration des écritures. Mais si l'on poursuit l'étude du régime du lien

procédural numérique on s'aperçoit que c'est un régime cohérent et nouveau qui se met en place.

Il faut bien sûr numéroter les pièces, ce qui existe déjà dans la procédure écrite en France mais pas forcément de manière systématique. Il y a une exigence de liste des pièces. Un des problèmes qui apparaît est la transmission d'une très grande masse d'information par le biais de longs documents. On se souvient que dans le décret du 9 décembre 2009 les parties doivent indiquer pour chaque prétention les pièces invoquées et donc sans doute les numéroter. Il peut même exister une tactique qui existait déjà avec le papier mais pas à ce point qui peut consister à noyer son adversaire et le juge sous la masse d'information pour cacher ou ensevelir des informations défavorables (ce qui se pratique dans la *discovery* américaine). Comment traiter ces informations ? Dans la réforme belge il est demandé aux parties de mettre en évidence les points les plus importants en soulignant notamment les passages clefs. Cela se faisait dans la procédure écrite mais pas comme une exigence imposée aux parties et à leurs avocats. Une nouvelle obligation apparaît dans ce lien numérique.

Le lien procédural numérique permet ou conduit également à une fragmentation du temps. Il est plus facile que par écrit de prévoir des durées précises et courtes de manière standard. Ainsi le décret Magendie n'aurait pas été viable sans le décret parallèle ayant organisé la communication électronique dans la procédure d'appel. Il a été jugé par la 2^o chambre civile, par exemple, que l'envoi des conclusions au greffe dans le délai de trois mois est valable même si l'envoi fait l'objet d'un avis de refus pour

défaut de numéro au rôle⁸. La procédure hollandaises et belge récemment réformée mettent en place dès la première instance une série de délais légaux qui doivent conduire à restreindre la procédure à une durée de six Mois. Les parties doivent transmettre leurs conclusions dans des délais contraints, l'oral doit avoir lieu 15 semaines après l'acte introductif d'instance, le jugement rendu dans un certain délai également. Des notifications sont plus rapides et on peut mettre en place des alertes quand les délais arrivent à leur terme. La question de la vitesse de transmission d'éléments discontinus pose la question de l'instantanéité. La Transmission instantanées des pièces et des conclusions a donné lieu à un bel arrêt d'assemblée plénière le 5 décembre 2014⁹. Cette procédure numérique ne doit pas être soumise à la technique, mais restée soumise aux principes procéduraux et donc au contradictoire. Je ne pense pas que la technique soit neutre en procédure et elle ne doit pas conduire à la violation des principes.

Dans la procédure polonaise et espagnole notamment, l'audience orale est enregistrée, la réforme belge l'envisage également. Cela pose un problème de gestion de la masse d'information, réécouter ou transcrire un enregistrement oral prend beaucoup de temps, ce qui pourrait accroître la charge de travail des greffes. En Pologne, le greffe note en marge de l'enregistrement les mots clefs qui permettront ensuite aux parties, aux avocats et aux juges de retrouver les passages pertinents de l'audience. La phase orale de la

⁸ Cass. 2^o civ. 24 sept. 2015, JCP n^o1304 note S. Amrani-Mekki

⁹ N^o13-19674.

procédure elle-même et donc également fragmentée. La notion de fragmentation n'est pas péjorative.

Le fait que tout est transformé en de longues séries de chiffre permet aussi la mise en place d'algorithmes. Ce mot qui n'appartient pas au droit veut seulement dire que l'on peut mettre en place une procédure qui sera suivie pas à pas pour aboutir à un certain résultat. Une recherche par mot clef dans un dossier se fait par un algorithme. Les magistrats travaillent de plus en plus avec deux écrans l'un avec l'affaire, le jugement en cours et l'autre leur permettant de chercher des informations. De même, le juge pourra s'aider de logiciel leur permettant de calculer des e et intérêts en tenant compte de la jurisprudence rendue en France dans des affaires similaires.

Cela suppose que tous les jugements soient mis en ligne au moins dans Jurinet ce qui n'est pas encore le cas. Mais le premier président de la Cour de cassation évoquait cette possibilité la semaine dernière dans ces mêmes lieux. Un autre élément de régime du lien procédural numérique pourrait donc être l'utilisation d'algorithme permettant de calculer des dommages et intérêts voire une somme qui pourrait donner lieu à une transaction. Ce serait une utilisation des barèmes encore plus efficace. Il faudrait évidemment que le juge ne soit pas lié par ces calculs et n'omette pas de faire une analyse particulière à chaque cas¹⁰, on irait sinon vers ce qui a été appelé une régulation algorithmique, un abattement fiscal pour ceux qui arrête de fumer, le tout contrôler par ordinateur et en tenant

¹⁰ v. M Baccache, in *Le procès est-il encore la chose des parties ?* L. Flise et L. Jeuland (dir.), IRJS 2015.

compte du nombre de pas fait par jour. On peut, semble-t-il, imaginer des fins de non-recevoir automatique générée par ordinateur, une prescription peut certainement être calculée automatique. La demande pourrait ainsi être rejeté automatiquement. Il sera sans doute plus difficile de calculer automatiquement qu'une affaire a déjà été jugée. Il y a 40 ans on imaginait des jugements assistés par ordinateur mais cela n'a pas abouti sauf pour les contraventions car il faut une intervention humaine pour juger toute affaire. On voit apparaître dans le régime du lien procédural numérique une complémentarité du juge et de la machine, un agencement ou un dispositif.

Les charges et les obligations des gens de justice et des parties pourraient évoluer. Le juge qui répondra à une série fragmentée d'argument cherchera peut-être moins un raisonnement d'ensemble qu'une série de solutions, la collégialité sera réinstaurée d'une manière inédite puisque les magistrats uniques pour chaque affaire pourront se faire aider au sein de la plateforme des juges compétents pour des affaires similaires comme c'est le cas de manière spontanée aujourd'hui.

Les avocats devront apprendre à hiérarchiser leurs arguments de manière très analytique et fragmentée et à les mettre en évidence pour augmenter leur chance de succès. Le greffe n'enregistrera peut-être plus directement mais entrera des mots clefs, remplira des trames de jugement, anonymisera des décisions et alimentera des bases de données.

Les voies de recours peuvent être elles-mêmes fragmentées et donc filtrer. La réforme belge prévoit un

appel en deux phases, une phase exclusivement en droit pour vérifier que le jugement ne comporte pas une illégalité et si c'est le cas une phase de réexamen des faits, mais si le jugement est légal et a donc bien respecté la loi et les principes fondamentaux alors les faits ne seront pas examinés. Une possibilité de cassation sera éventuellement ouverte seulement en droit. De même en France les délais Magendie préfigurent peut-être une série de délais pouvant aller du début de la première instance jusqu'à la cassation en passant éventuellement par le conseil constitutionnel. Les voies de recours ne seraient peut-être plus dans cette perspective des instances séparées et continues à l'intérieur d'elle-même comme l'instance d'appel, l'instance de cassation ou l'instance faisant suite à une question préjudicielle, il s'agirait peut-être plutôt d'un même lien du procès s'affinant successivement mais aussi de manière discontinue au long de nombreuses vannes comme sur le canal de Nantes à Brest. Le rapport de la Cour de cassation prévoit ainsi une formalisation du déféré en précisant « notamment par ce que la procédure est dématérialisée », de même la fusion proposée du contredit et de l'appel entre dans une même logique de rationalisation même si la numérisation n'est pas invoquée parce que la procédure est encore orale. La réforme future de l'appel devra prendre en compte ce lien procédural numérique en limitant le contrôle au droit sauf fait postérieur au jugement dans le cadre d'un calendrier un peu assoupli avec la possibilité plus nette pour la cour d'appel de juger par adoption de motif si le jugement de première instance est confirmé.

En conclusion : on peut regretter l'émergence d'un lien procédural numérique ou nier sa spécificité, on peut

estimer que les nouvelles technologies remplacent seulement le papier de manière commode, le risque est alors de ne pas se concentrer sur ce qui est vraiment nouveau et qui appelle des décisions juridiques au regard des principes fondamentaux de la procédure. La rigidité de la procédure numérique dans la fixation des dates, le déséquilibre qu'elle peut générer en faveur des pouvoirs du juge et au détriment des marges de manœuvre des parties doivent pouvoir être compensés par un nouveau rôle à l'audience orale en termes de synthèse d'éléments fragmentés (principe de présence), par des possibilités de faire dévier une procédure en fonction des caractéristiques du lien litigieux vers des procédures plus souples. La forme du lien litigieux doit toujours commander la forme du lien procédural. Il est vrai que si les liens de fond sont de plus en plus numériques en raison du développement du commerce électronique, il ne sera pas illogique que le lien procédural soit lui-même numérique. On peut penser, par exemple, à un contrat électronique comportant des conditions générales de vente accessible par un clic comprenant une clause attributive de juridiction, l'acceptation se fait par le clic et le contrat et les conditions générales peuvent être conservées (CJUE 21 mai 2015). Il conviendra sans doute de conserver des procédures plus traditionnelles pour quelques années encore notamment en matière familiale ou de tutelle.