

**La contractualisation du procès**  
**- Essai sur le contrat processuel -**



## LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ contrat - Actualité juridique contrat  
AJ famille - Actualité juridique famille  
AJ pénal - Actualité juridique pénal  
AJDA - Revue actualité juridique de droit administratif  
AJFP - Actualité juridique fonctions publiques  
al. - Alinéa  
ant. ou anc. - antérieur / ancien  
APD - Revue Archives de philosophie du droit  
Art. ou art. - Article  
B. - Bulletin de la Cour de cassation  
c. ou c/ - Contre  
C. civ. - Code civil  
C. conso. - Code de la consommation  
C. Constit. - Conseil constitutionnel  
C. trav. - Code du travail  
CA - Cour d'appel  
CAA - Cour administrative d'appel  
Cah. Conseil constit. - Cahiers du Conseil constitutionnel  
Cah. justice - Cahiers de la justice  
Cass. ass. plén. - Assemblée plénière de la Cour de cassation  
Cass. civ. - Chambre civile de la Cour de cassation  
Cass. com. - Chambre commerciale de la Cour de cassation  
Cass. crim. - Chambre criminelle de la Cour de cassation  
Cass. req. - Chambre des requêtes de la Cour de cassation  
Cass. soc. - Chambre sociale de la Cour de cassation  
C. cass. ou Cass. - Cour de cassation  
CE - Conseil d'Etat  
CEDH - Cour Européenne des droits de l'Homme  
CEPEJ - Commission européenne pour l'efficacité de la justice  
CESDH - Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales  
CCC - Contrats concurrence consommation  
ch. - Chambre  
ch. mixte - Chambre mixte de la Cour de cassation  
chap. - Chapitre  
chron. - Chronique  
CJAMP - Cahiers de jurisprudence d'AQUITAINE et de MIDI-PYRENEES  
CJCE - Cour de justice des Communautés européennes  
CJUE - Cour de justice de l'Union européenne  
CNB - Conseil national des barreaux  
COJ - Code de l'organisation judiciaire  
comm. - Commentaire  
concl. - Conclusions  
Contra. ou contra. - En sens contraire  
CPC - Code de procédure civile  
CPCE - Code des procédures civiles d'exécution  
CRPA - Code des relations entre le public et l'administration  
D. - Décret  
D., - Recueil DALLOZ  
DC - Décision du Conseil constitutionnel  
déc. Décembre  
dir. - Sous la direction de  
doctr. - Doctrine  
Dr. soc. - Revue de droit social  
ENAP - Ecole nationale de l'administration publique  
éd. - Édition  
ex. - Exemple

Fasc. - Fascicule  
fév. - Février  
Gaz. Pal. - Gazette du palais  
HCJP - Haut comité juridique de la place financière de PARIS  
Ibid. - *Ibidem*, même endroit  
IGJ - Inspection générale de la Justice  
IGSJ - Inspection générale des services judiciaires  
IHEJ - Institut des hautes études sur la Justice  
in - Dans  
n- Plus loin  
IRJS - Institut de recherche Juridique de la Sorbonne  
janv. - Janvier  
JCP - JurisClasseur périodique  
JCP E. - La Semaine juridique entreprise et affaires  
JCP G. - La semaine juridique générale  
JCP N. - La semaine juridique notariale et immobilière  
Jo - Journal officiel de la République française  
JCL Resp civ. et assurances - JurisClasseur responsabilité civile et assurances LexisNexis  
JCL Civil - JurisClasseur civil LexisNexis  
JCL Dr. international - JurisClasseur de droit international LexisNexis  
JCL Proc. civ. - JurisClasseur de procédure civile LexisNexis  
JDA - Journal de droit administratif  
JDI - Journal de droit international  
juill. - Juillet  
Justices - Revue générale de droit processuel  
L. - Loi  
LEBON - Recueil Lebon  
LGDJ - Librairie générale de droit et de jurisprudence  
LPA - Les petites affiches  
Mél. - Mélange  
N° ou n° - Numéro  
NBP - Note de bas de page  
Not. ou not. - Notamment  
nov. - Novembre  
obs. - Observations  
oct. - Octobre  
op. cit. - *Opus citatum*, œuvre déjà citée  
O. - Ordonnance  
p. - Page  
Pan. - Panorama  
préc. - Précité  
PUAM - Presses Universitaires AIX-MARSEILLE  
PUF - Presses Universitaires de FRANCE  
PULIM - Presses Universitaires de LIMOGES  
RDC - Revue des contrats  
RDI - Revue de droit International et de droit comparé  
RDT - Revue de droit du travail  
réed. - Réédition  
Rép. contentieux admin. - Répertoire DALLOZ de contentieux administratif  
Rép. dr. civ. - Répertoire DALLOZ de droit civil  
Rép. droit européen - Répertoire DALLOZ de droit européen  
Rép. droit international - Répertoire DALLOZ de droit international  
Rép. pén. et proc. pén. - Répertoire DALLOZ de droit pénal et de procédure pénale  
Rép. proc. civ. - Répertoire DALLOZ de procédure civile  
Rev. - Revue  
Rev. arb. - Revue de l'arbitrage  
Rev. dr. ouvrier - Revue de droit ouvrier  
RDA - Revue de droit d'ASSAS  
RDP - Revue du droit public  
RFAP - Revue française d'administration publique

RGDA - Revue générale du droit des assurances  
RIDC - Revue internationale de droit comparé  
RIEJ - Revue interdisciplinaire d'études juridiques  
RLDA - Revue Lamy droit des affaires  
RLDC - Revue Lamy droit civil  
RPDS - Revue pratique de droit social  
RPVA - Réseau privé virtuel des avocats  
RPVJ - Réseau privé virtuel justice  
RRJ - Revue de la recherche juridique  
RSC - Revue de science criminelle et de droit pénal comparé  
RTD civ. - Revue trimestrielle de droit civil  
RTD com. - Revue trimestrielle de droit commercial  
s. - Et suivants  
sect. - Section  
sept. - Septembre  
spéc. - Spécialement  
STPO - Strafprozeßordnung  
supra - Plus haut  
t. - Tome  
TA - Tribunal administratif  
TGI - Tribunal de grande instance  
TC - Tribunal de commerce  
TJ - Tribunal judiciaire  
V. ou v. - Voir  
vol. - Volume  
ZPO - Zivilprozessordnung



## **REMERCIEMENTS**

Je tiens à remercier bien sincèrement :

- Les professeurs Catherine Ginestet et Marc Nicod, pour leur soutien indéfectible et leurs conseils avisés ;
- Les relectrices de la thèse, qui se reconnaîtront ;
- Anaïs, pour sa patience.





# **SOMMAIRE**

*Une table des matières figure à la fin de l'ouvrage*

## **Introduction générale**

## **Première partie - L'existence du contrat en droit processuel**

### **Titre 1 - La notion de contrat processuel**

Chapitre 1 - La relativité du contrat : transposition difficile de la notion en droit processuel

Chapitre 2 - Les catégories de contrats processuels

### **Titre 2 – La normativité du contrat processuel**

Chapitre 1 - Le contrat : source du droit processuel

Chapitre 2 - Les fonctions normatives du contrat processuel

## **Seconde partie - L'intégration du contrat processuel dans l'ordre juridique**

### **Titre 1 - La validité du contrat processuel**

Chapitre 1- La validité matérielle du contrat processuel

Chapitre 2 - La validité positive du contrat processuel

### **Titre 2 - Les effets juridiques des contrats processuels**

Chapitre 1 - Les effets du contrat processuel individuel

Chapitre 2 - Les effets du contrat processuel collectif

## **Conclusion générale**

## **Annexe (propositions normatives)**



**À mes parents**



## INTRODUCTION GÉNÉRALE

**1. Le mystère des couples.** Au commencement de « L'insoutenable légèreté de l'être<sup>1</sup> », M. Milan KUNDERA s'en réfère à NIETZSCHE et PARMENIDE pour qui l'univers est divisé en couples de contraires, le clair/l'obscur, le bon/le mal, l'être/le non-être... Dans son roman, l'auteur tchèque, naturalisé français, sonde la contradiction permanente du couple léger-lourd en se demandant s'il vaut mieux vivre légèrement ou dans la pesanteur de l'être. Le léger est-il vraiment positif, le lourd n'est-il que négatif ? Cette question est insoluble et le problème reste mal posé<sup>2</sup>. La quête du vrai, du bon et du juste repose sur l'harmonie de ces forces, avec leur contraire, le faux, le mal et l'injuste. La compréhension des couples de contraires ne résulte pas de leur attirance ou de leur opposition, mais de la relation dialogique qui s'installe d'un pôle à l'autre.

Notre étude tente de comprendre une infime partie de la relation d'un couple supplémentaire, le couple contrat-procès<sup>3</sup>. La référence au couple est d'ailleurs fréquente : le contrat et le procès s'opposent « comme l'eau et le feu<sup>4</sup> », l'un étant accord, l'autre désaccord. Il est fréquemment soutenu que le contrat serait légèreté et positif quand le procès serait pesanteur et négatif. Une chose est sûre, le procès est de plus en plus contractuel<sup>5</sup> et l'opposition entre le contrat et le procès se réduit de manière corrélative, les deux éléments du couple étudié n'étant finalement

<sup>1</sup> M. KUNDERA, « L'insoutenable légèreté de l'être », *Éditions GALLIMARD*, 1984, rééd. 2019, p. 13, s.

<sup>2</sup> La pensée de NIETZSCHE dévoile d'ailleurs le sens d'une des plus mystérieuses contradictions de la philosophie concernant le couple sensible-intelligible. Si pour PLATON le sensible ne se conçoit que grâce à l'intelligible qui représente le vrai, pour NIETZSCHE, l'attraction entre ces deux pôles contraires et lointains dévoile la réduction, voire le renversement de la pensée platonicienne. L'intelligible fait aussi partie du monde sensible, le monde réel. L'intelligible n'est pas plus vrai et bon, ou faux et mauvais que le sensible qui n'empêche pas la quête de vérité, la quête du juste.

<sup>3</sup> L. CADDIET, « Liens d'obligation, liens du procès » in « Obligations, procès et droit savant », Mél. J. BEAUCHARD, *LGDJ*, 2013, p. 25 ; v. pour une perspective différente du sujet sur la formation, l'exécution et l'extinction du contrat par le juge, A. ENGEL-CREACH, « Les contrats judiciairement formés », *Economica*, 2002 ; D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat, variations optimistes autour d'un couple illégitime » in « Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit », Mél. J.-L. AUBERT, *DALLOZ*, 2005, p. 235 et « La place du juge en droit des contrats », *RDC*, 1<sup>er</sup> juin 2016, n° 2, p. 353 ; F. ANCEL, « Quel juge pour le contrat au XXI<sup>ème</sup> siècle ? », *D.*, 2017, p. 721 ; Il faut encore évoquer la processualisation du contrat qui fait de la procédure de formation et d'exécution du contrat, un atout qualitatif pour la gestion des rapports contractuels. La processualisation représente en outre la transposition des principes du modèle du procès équitable aux processus contractuels de règlement des litiges, comme le contradictoire, v. J. JOLY-HURARD, « Conciliation et médiation judiciaires », *PUAM*, 2012, p. 154, n° 218. On peut enfin évoquer, la stratégie procédurale en matière de contentieux contractuel, M. REVERCHON-BILLOT, « La question litigieuse en matière contractuelle », *DALLOZ*, 2017.

<sup>4</sup> Y. GAUDEMET, « La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? » in « Réforme de la justice, réforme de l'État », L. RICHER, L. CADDIET (dir.), *PUF*, 2003, p. 212 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « La philosophie du procès, propos introductif » in « Le procès », *APD*, n° 39, 1994, p. 19, *spéc.* p. 21.

<sup>5</sup> P. DELEBECQUE, F. COLLART-DUTILLEUL, « Contrats civils et commerciaux », 11<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2019, p. 3, n° 1, rappelant encore la formule de JOSSERAND qui, déjà en 1937, constatait le développement contractuel : « Nous vivons de plus en plus contractuellement ». Plus que jamais la formule de JOSSERAND s'avère pertinente ».

pas si différents, en ce qu'ils participent tous deux à l'œuvre de justice. Le contrat est, en soi, une œuvre de justice et le procès permet de la rendre en cas de rupture d'équité<sup>6</sup>.

L'analyse se concentrera sur une fraction de la relation du couple étudié, qui représente le phénomène croissant d'absorption du procès par le contrat. L'objectif est d'expliquer ce phénomène. Le point de départ de l'analyse est donc la contractualisation du procès, le « contrat » étant perçu comme un instrument pouvant se substituer aux règles qui gouvernent les procès<sup>7</sup>. Le point d'arrivée, s'il existe, est un procès contractuel, dans lequel le contrat est devenu un outil permettant de définir des normes de procédure. L'étude nous conduira donc à confronter, au sein du procès, la loi et le contrat en tant que sources de comportements processuels. Afin de pouvoir saisir les contours et les enjeux de la contractualisation - du procès -, au XXI<sup>ème</sup> siècle, il convient de se replonger dans ses origines.

**2. Les fondements de la contractualisation.** La contractualisation représente la conquête du contrat dans des pans du droit qui ne le connaissent pas, ou peu, voire qui y sont naturellement réfractaires<sup>8</sup>. Avec la contractualisation, le contrat devient l'instrument préféré à la loi pour régir les rapports juridiques entre les individus<sup>9</sup>. La contractualisation repose sur des soubassements juridico-politiques, économiques, sociaux et philosophiques, faisant montre d'une baisse significative et constante de l'interventionnisme étatique au lendemain de la Seconde Guerre mondiale<sup>10</sup>.

La contractualisation consiste, à l'origine, dans le fléchissement de la méthode traditionnelle de *régulation* des rapports de droit appartenant au pouvoir décideur central. L'État établit toujours des règles de manière unilatérale, mais il accepte l'organisation des rapports sociaux au moyen de l'outil contractuel. Il délègue alors une partie de son pouvoir normatif ou devient

---

<sup>6</sup> L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, « Théorie générale du procès », 2<sup>ème</sup> éd., PUF, 2013, p. 208, n° 49, s. ; L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre » in « Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle », Études offertes à J. GHESTIN, *LGDJ*, 2001, p. 177.

<sup>7</sup> Comme PLATON qui connaît réellement la chaise parce qu'il pense le concept de chaise, même s'il n'en voit que deux pieds et un dossier, la doctrine juridique connaît la contractualisation du procès parce qu'elle voit l'essence du contrat pour organiser le procès, dès qu'elle aperçoit l'accord entre volontés, si dégradé soit-il, et quelques modifications juridiques processuelles, si peu perceptibles soient-elles.

<sup>8</sup> Il n'y a qu'à noter le suffixe dynamique du mot qui traduit un mouvement de progression et d'absorption, C. JARROSSON, « La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? » in « Réforme de la justice, réforme de l'État », *op. cit.*, p. 185.

<sup>9</sup> J.-J. ROUSSEAU, « Discours sur l'économie politique », 1755 : « Si vous voulez qu'on obéisse aux lois, faites qu'on les aime, et que pour faire ce qu'on doit, il suffise de songer qu'on le doit faire ».

<sup>10</sup> J. CHEVALLIER « L'État post-moderne », 5<sup>ème</sup> éd., *Droit et société*, 2017, p. 125, n° 35 où l'auteur évoque la dérèglementation, la fin du *Welfare State*, la décentralisation, la multiplication des entités publiques locales, etc.

lui-même partie à un contrat en vue de régler les situations juridiques autrefois régies par des actes unilatéraux, tels que la loi ou le règlement.

Doter le peuple d'une capacité contractuelle à se régir lui-même est à la fois la cause et la conséquence du changement de paradigme juridique traduisant le passage d'un État moderne dont l'ordre juridique est un système organisé, hiérarchisé et monolithique<sup>11</sup>, vers un État post-moderne, dans lequel le Droit n'apparaît plus comme l'incarnation de *la* raison suprême<sup>12</sup>. L'État évolue, le droit aussi<sup>13</sup>. Le fétichisme de la loi unilatérale et contraignante qui repose sur l'uniformité du droit propre au modèle étatique légicentriste se délite. En effet, dans l'ère post-moderne, la loi ne permet plus de satisfaire l'ensemble des attentes particulières, ou moins universelles<sup>14</sup>. Le pluralisme juridique dévoile une nouvelle architecture juridique complexe, dans laquelle les normes étatiques doivent s'articuler avec d'autres normes issues de nouvelles sources du droit et dont la création est plus souple, flexible et négociée<sup>15</sup>. La production normative contemporaine repose ainsi sur une nouvelle raison juridique, appelée communication, et sa mise en œuvre se réalise au moyen du contrat, l'un de ses attributs<sup>16</sup>.

**3. L'apparition de la contractualisation<sup>17</sup>.** La contractualisation provient de ce droit post-moderne, vu comme un réseau de normes où les acteurs publics et privés interagissent pour créer du droit. La contractualisation est apparue dans le champ des politiques publiques et de l'action publique<sup>18</sup>. L'administration a privilégié le contrat à l'acte juridique unilatéral qui

<sup>11</sup> J. CHEVALLIER, « Introduction générale » in « Les transformations de la régulation juridique », G. MARTIN (dir), *LGDJ*, 1998, p. 21, *spéc.* p. 25.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 28 : « Le droit a perdu les attributs de systématisme, généralité et stabilité, qui caractérisent le droit moderne ».

<sup>13</sup> J. CHEVALLIER, « L'état post-moderne », 4<sup>ème</sup> éd., *Droit et société*, 2014, *spéc.* p. 99 qui évoque un changement de paradigme.

<sup>14</sup> D. de BECHILLON, « Qu'est-ce qu'une règle de droit », *Éditions Odile JACOB*, 1997, p. 32 : « Ce n'est pas la généralité de la loi qui est en danger ici mais plutôt son universalité alors, sa capacité de régler un maximum de situation ».

<sup>15</sup> J. CHEVALLIER, « Introduction générale » in « Les transformations de la régulation juridique », *op. cit.*, p. 32 : le pluralisme ne signifie pas désordre normatif, le nouvel ordre juridique étant fondé « sur la diversité plutôt que sur l'uniformité : la rigidité fait place à la souplesse, la verticalité à l'horizontalité, la hiérarchie à la coordination », la négociation étant à l'origine de nouvelles normes, p. 34 : « ce consensus suppose que les destinataires soient partie prenante à son élaboration : la concertation préalable, la participation à la définition de la règle devient la caution de son bien-fondé ; le droit devient ainsi un droit négocié, qui est le fruit d'une délibération collective. À une légitimité intrinsèque, fondée sur la représentation du droit comme incarnation de la Raison, succède une légitimité procédurale, attestée par ses modes d'élaboration ».

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 37 : la communication traduit « un spectaculaire renouveau, au point d'apparaître comme emblématique de la post-modernité juridique : le contrat illustre pleinement en effet le passage d'un droit de commandement à un droit reposant sur le libre accord des volontés » ; S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation » in « La contractualisation de la production normative », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *DALLOZ*, 2008, p. 3, *spéc.* p. 36, n° 66.

<sup>17</sup> Sur les origines et les causes de la contractualisation v. la très complète contribution de S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation », *op. cit.*, *spéc.* p. 6, n° 7, s.

<sup>18</sup> La gouvernance coopérative remplace la gouvernance monolithique étatique basée sur l'unilatéralité, la rigidité et la contrainte de l'action, J. CHEVALLIER, « Contractualisation(s) et action publique », *RFDA*, 2018, p. 209 ; L. RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 2003, p. 973 ; J. CAILLOSSE, « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration » in « Le droit contemporain des contrats », L. CADIEU (dir.), *Economica*, 1987, p. 89 ; CE, « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », étude annuelle, 2008.

est pourtant l'outil de gouvernance naturel. À l'origine, les auteurs publicistes ont parlé de contractualisme ou de consensualisme<sup>19</sup>.

L'objectif de la contractualisation de l'action publique est double : rechercher l'adhésion du destinataire de la norme et décentraliser les prérogatives et les missions de la puissance publique. La méthode est aussi double. Le premier objectif se satisfait d'une procédure contractuelle (consentement, discussion, adhésion) pour l'élaboration d'un acte unilatéral dont la portée normative peut être incertaine<sup>20</sup>, quand le second recèle de vrais contrats (concessions, délégations de service public, notamment)<sup>21</sup>. La contractualisation est donc, à l'origine, ce phénomène qui consiste à donner à tout concours de volontés évident le nom de contrat, en désignant par ce même terme des mécanismes qui n'en sont pourtant pas<sup>22</sup>.

Le contrat gagne de plus en plus de terrain dans la régulation des situations privées et même dans des domaines fortement statutaires, voire d'ordre public<sup>23</sup>. Sans évoquer le procès, le droit de la famille est de plus en plus contractuel<sup>24</sup>. Le contrat retrouve une place et/ou se diffuse en réalité dans tous les domaines du droit. Droit des sociétés<sup>25</sup>, droit du travail<sup>26</sup>, droit fiscal<sup>27</sup>,

---

<sup>19</sup> L. RICHER, F. LICHERE, « Droit des contrats administratifs », 10<sup>ème</sup> éd., *LGDJ*, 2016, p. 50, n° 63 : Le contractualisme recouvre un terme plus neutre que le pan-contractualisme, l'« illusion contractualiste et l'idéologie du contrat ». Il est « un phénomène politico-juridique qui consiste, d'une part, à voir des contrats dans de nombreuses relations en apparence étrangères à l'idée d'accord de volontés, d'autre part à introduire effectivement le contrat dans des domaines où il n'avait pas pénétré antérieurement ».

<sup>20</sup> P. COSSALTER, « Les modèles de contractualisation », *RFDA*, 2018, p. 15 ; B. SEILLER, « Acte administratif : identification », *Rép. contentieux admin.*, 2015, n° 266 : « car la contractualisation consiste plus à utiliser une technique contractuelle que l'instrument contractuel lui-même. Cela signifie qu'il n'en résulte pas nécessairement la signature d'un contrat, mais qu'un acte unilatéral est parfois le fruit de l'élaboration concertée, négociée », not. à propos de « l'aménagement du territoire (anciens contrats de plan, contrats de ville...), l'action sociale (contrats prévention-insertion, conventions ville-enfant...), la fonction publique (protocoles d'accord en divers domaines) ou la sécurité publique (contrats locaux de sécurité) offrent un terrain privilégié à ce phénomène », *spéc.* n° 52, s. pour des actes unilatéraux consensuels.

<sup>21</sup> M. AMILHAT, « Contractualisation, négociation, consensualisme : nouvelles approches du droit public », *RFDA*, 2018, p. 1 : « Le support utilisé est alors un véritable contrat, entendu comme un acte matérialisant un accord de volontés et créant des obligations, mais il intervient dans un domaine où les obligations étaient auparavant imposées de manière unilatérale », contrairement à la « contractualisation "CANADA dry". Elle repose sur l'utilisation de procédés contractuels au service de l'édition d'actes unilatéraux » ; P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, « Traité de droit administratif », t. 2, *DALLOZ*, 2011, p. 218 ; R. DENOIX DE SAINT-MARC, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 970 : « C'est dans cet ensemble de mécanismes, de régimes juridiques et d'institutions qu'il faut rechercher les véritables contrats et détecter les trompe-l'œil » ; F. JULIEN-LAFERRIERE, « La contractualisation du service public » in « Contrat ou institutions : un enjeu de société », B. BASDEVANT (dir.), *LGDJ*, 2004, p. 47.

<sup>22</sup> L. DUGUIT, « Traité de droit constitutionnel », t. 1 « La règle de droit - le problème de l'État », 3<sup>ème</sup> éd., 1927, *Ancienne Librairie FONTEMOING*, p. 378 : « Ainsi se passent les choses toutes les fois qu'il y a concours de volontés sans qu'il y ait contrat ».

<sup>23</sup> V. *in globo*, G. CHANTEPIE, « La contractualisation du droit privé », *RFDA*, 2018, p. 10.

<sup>24</sup> Ce droit est en retouche permanente depuis 1965 (contrat de mariage, modification conventionnelle du régime matrimonial, dissolution conventionnelle du mariage, plus ou moins judiciaire, administration de l'exercice de l'autorité parentale, PACS, etc., v. S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La contractualisation du droit de la famille » *RTD civ.*, 2016, p. 773 ; « La contractualisation du droit de la famille », P. DE VAREILLES-SOMMIERES, D. FENOUILLET (dir.), *Economica*, 2002.

<sup>25</sup> M. GERMAIN, « La contractualisation du droit des sociétés » in « Regard sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966 », I. URBAIN-PARLEANI (dir.), *DALLOZ*, 2018, p. 33.

<sup>26</sup> G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, « Droit du travail », *DALLOZ*, 2019, p. 22.

<sup>27</sup> A. ROSA, « La contractualisation et le contribuable », *RFDA*, 2018, p. 236.



droit de l'environnement<sup>28</sup>, droit de la protection sociale<sup>29</sup>, droit des libertés<sup>30</sup>, droit des personnes<sup>31</sup>, droit des biens<sup>32</sup>, droit de la propriété intellectuelle<sup>33</sup> et même, en exagérant, en droit du contrat civil<sup>34</sup>. La frénésie contractuelle est telle que nos sens sont en quête perpétuelle de contrat. La moindre figure consensuelle suffit souvent à faire revivre notre chère liberté contractuelle, alors que l'existence du contrat n'est pas si évidente<sup>35</sup>. Le contrat fascine, car il permet tout, ou presque ; la contractualisation puise dans cette apparence séduisante.

**4. Conception(s) de la contractualisation.** La contractualisation est une notion fonctionnelle qui se conçoit par le but que chacun lui assigne, selon la démonstration envisagée<sup>36</sup>. Malgré les définitions données<sup>37</sup>, la contractualisation est par nature insaisissable. En tant que phénomène observé, elle se laisse facilement retranscrire dans toutes les nuances qu'elle comporte, au regard de la teneur contractuelle de l'accord étudié et de ses conséquences

<sup>28</sup> V. MONTEILLET, « La contractualisation du droit de l'environnement », *DALLOZ*, 2017.

<sup>29</sup> P. JACQUES, « De la distinction des genres : contrat légalement formé et législation contractuellement présentée », *RTD civ.*, 2007, p. 503 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs », *RTD civ.*, 2004, p. 594.

<sup>30</sup> R. DJOUX, « La contractualisation des droits fondamentaux », *L'Harmattan*, 2012.

<sup>31</sup> J. EXBRAYAT, « La contractualisation en droit des personnes », thèse, TOULOUSE, 2018.

<sup>32</sup> On songe à la création du contrat de fiducie en droit français par la L. n° 2007-211 du 19 févr. 2007, *C. civ.*, art. 2011, s.

<sup>33</sup> P-D. CERVETTI, « Du bon usage de la contractualisation en droit de la propriété littéraire et artistique », *PUAM*, 2015.

<sup>34</sup> V. par ex. *C. civ.*, art. 1111 sur le contrat-cadre qui pose les caractéristiques générales des relations contractuelles futures et, de manière moins directe, les nouvelles actions interrogatoires, E. JEULAND, « Les actions interrogatoires en question », *JCP G.*, n° 26, 27 juin 2016, 737 ; L. MAYER, « Défense des "actions interrogatoires" introduites par la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.*, 29 nov. 2016, n° 42, p. 47.

<sup>35</sup> P. LOKIEC, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale » in « La contractualisation de la production normative », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), p. 95, *spéc.* p. 107 : « Si la tendance existe à assimiler contractualisation et décision concertée, c'est en raison de la proximité des registres : accord, consentement, participation, consultation, négociation, avis, volonté. La proximité du vocabulaire masque la coexistence de deux registres bien distincts : d'un côté celui de l'accord (consentement, négociation, volonté), de l'autre celui de la décision (consultation, avis participation). La confusion tient au fait que la procéduralisation des décisions conduit à y associer de plus en plus les destinataires de la décision, mais les finalités diffèrent : d'un côté l'acceptation de l'action, de l'autre son acceptabilité (...). Contrairement à la négociation qui relève d'une logique de contrat, la consultation n'a pas pour finalité la conclusion d'un accord, mais l'expression d'un avis dans le cadre d'une décision prise par autrui » ; v. la thèse de l'auteur, « Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé du rapport contractuel », *LGDJ*, 2004, p. 249, n° 342, s. : « Tout comme le contrat naît d'un accord de volonté, la décision unilatérale résulte d'une procédure, entendue comme "l'ensemble des actes successivement accomplis pour parvenir à une décision". Elle est ainsi soumise à un certain nombre d'exigences procédurales visant à pallier l'absence de consentement de l'assujéti ».

<sup>36</sup> M. AMILHAT, « Contractualisation, négociation, consensualisme : nouvelles approches du droit public », *op. cit.* : la contractualisation est celle « qui consiste à établir des relations contractuelles entre des parties qui auparavant n'entretenaient aucune relation entre elles », celle « qui vise à renforcer ou à adapter des relations contractuelles déjà existantes », mais aussi celle « qui aboutit à substituer, en tout ou en partie, des relations contractuelles à des relations antérieures non contractuelles » ; V. MONTEILLET, « La contractualisation du droit de l'environnement », *op. cit.*, *spéc.* p. 12, n° 9 : « l'on emploie sans jamais en définir le sens, puisque dépourvue a priori de contenu ». Dans sa thèse, l'auteur choisit d'adopter la formule la plus large possible à des fins de révéler la présence du contrat dans un domaine inexploré, le droit de l'environnement, ce qui se justifie, mais qui ne l'est pas dans notre étude où la théorie du procès connaît déjà la contractualisation.

<sup>37</sup> « Vocabulaire juridique », G. CORNU (dir.), 12<sup>ème</sup> éd., *PUF*, 2018, « Contractualisation » : « Choix de politique juridique en faveur d'un traitement contractuel des questions (...) ; plus préc., substitution d'un mode conventionnel de règlement fondé sur la concertation et la négociation à un mode unilatéral de décision procédant d'une autorité (administration, juge), la recherche consensuelle d'un accord entre les intéressés n'excluant pas, pour sa perfection, une phase finale de vérification (not. un contrôle de juridiction gracieuse) » ; A. JEAMMAUD, « Judiciarisation/Déjudiciarisation » in « Dictionnaire de la justice », L. CADIEP (dir.), *PUF*, 2004, évoquant la contractualisation comme : l'« intrusion et (...) rôle croissant du contrat (...) dans des domaines de la vie sociale qui étaient traditionnellement regardés comme échappant au libre jeu des volontés privées pour être soumis à des règles impératives, et/ou pour relever de décisions unilatérales de la puissance publique ne supposant pas l'accord des personnes intéressées ».

juridiques dans le domaine envahi. Même s'il conviendra de la rejeter, cette contractualisation, dite phénoménale, esquisse le commencement des recherches et doit être structurée pour plus de clarté.

Plus précisément, la contractualisation est le phénomène de progression de l'instrument contractuel dans un domaine qui ne le connaît pas, ou peu. Le mouvement de progression est à sens unique : son point de départ est le contrat et la cible est un pan du droit objectif ou subjectif. Le mouvement d'absorption peut être plus ou moins fort selon que le domaine juridique concerné connaît déjà ou non le contrat<sup>38</sup>. La contractualisation repose sur plusieurs facettes contractuelles<sup>39</sup>. La première facette est le vrai contrat<sup>40</sup>, la deuxième, la convention<sup>41</sup> et la troisième, la procédure contractuelle<sup>42</sup>. Le phénomène contractuel est principalement soutenu par cette troisième facette qui contient les vecteurs de son essor<sup>43</sup>. Ces vecteurs sont les substrats contractuels qui ont pour noyau dur l'accord des volontés<sup>44</sup>, dont la catachrèse se retrouve dans

---

<sup>38</sup> La contractualisation ne se perçoit pas comme un mouvement inverse tel que l'intrusion du statut dans le contrat, V. MONTEILLET, « La contractualisation du droit de l'environnement », *op. cit.* p. 105, n° 140, qui évoque la pénétration des « obligations environnementales » légales ou conventionnelles dans le champ du contrat ; E. SERVERIN, « Introduction. Contexte et implicite de l'emploi du terme "contractualisation" » in « Approche critique de la contractualisation », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *LGDJ*, 2007, p. 95, *spéc.* p. 96 : « En droit du travail on l'emploie pour désigner le passage dans le contrat de travail des règles issues d'un accord collectif, d'un usage ou d'une décision unilatérale ».

<sup>39</sup> G. CHANTEPIE, « La contractualisation du droit privé », *op. cit.*, p. 10, qui reprend la définition de P. ANCEL rédigée dans le Dictionnaire de la Justice : « Au sens qui lui est le plus couramment donné, la contractualisation désigne l'utilisation du contrat ou de la convention "dans des domaines de la vie sociale qui étaient traditionnellement regardés comme échappant au libre jeu des volontés privées pour être soumises à des règles impératives, et/ou pour relever de décisions unilatérales de la puissance publique ne supposant pas l'accord des personnes intéressées" » ; P. ANCEL, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », *op. cit.*, p. 18, n° 5, évoquant « les phénomènes de contractualisation consistant dans le développement ou le renouveau de l'utilisation de figures identifiées a priori comme contractuelles », de vrais contrats donc, « et ceux qui reposent sur des formes atypiques d'accords de volonté dont la nature contractuelle est précisément en débat » ; S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation » *op. cit.*, p. 38, n° 71 : « Dire que la contractualisation est un phénomène graduel n'est pas seulement une facilité en ce qu'il évite de se prononcer sur la nature juridique des mécanismes à l'œuvre. Il s'agit plutôt, au contraire, d'essayer de rendre compte de la diversité des manifestations juridiques du phénomène global de contractualisation repérant des constantes qui en forment l'unité et des variantes qui en constituent la diversité ». Les auteurs évoquent le contrat (strate n° 1), la convention (strate n° 2) et la procédure contractuelle (strate n° 3).

<sup>40</sup> Le vrai contrat est entendu comme le contrat auquel chacun peut songer spontanément, de manière intuitive, c'est-à-dire le contrat civil, créateur d'obligations et contraignant, dans le but d'opérer un transfert de valeur entre patrimoines.

<sup>41</sup> V. *infra* n°42

<sup>42</sup> La première forme se matérialise par la prise de vrais contrats civils, des manifestations de volontés juridiques productrices d'obligations pour des transferts de valeur entre patrimoines. Les deux dernières formes portent sur l'image dégradée du contrat, la physionomie d'une procédure contractuelle de formation du contrat et des conséquences juridiques pouvant en découler.

<sup>43</sup> S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation », *op. cit.*, p. 47, n° 89 à 92 : « certains mécanismes peuvent faire apparaître une procédure contractuelle sans pour autant consister en un contrat, c'est-à-dire qu'ils peuvent s'inspirer du mode de création des normes que constitue le contrat sans pour autant en reprendre tous les éléments ».

<sup>44</sup> S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, « Introduction » in « Approche critique de la contractualisation », *op. cit.*, p. 9, *spéc.* p. 14 et 15.

la négociation (discuter la norme), le consentement (adhérer à la norme) et les bribes de l'autonomie de la volonté (l'innovation et la liberté contractuelles<sup>45</sup>).

La contractualisation ne dévoile donc pas forcément de vrais contrats, mais de simples normes fabriquées selon une procédure assimilable à celle du contrat et faisant jouer les ressorts de l'accord des volontés et du consentement. L'illusion contractuelle se propage ainsi facilement, surtout lorsque des volontés sont amenées à jouer un rôle dans des domaines traditionnellement très statutaires<sup>46</sup>. La contractualisation est alors un instrument de révélation, avant d'être un instrument de compréhension. La contractualisation en tant que phénomène observé peut donc être dangereuse, car elle risque de troubler les sens et les sentiments. La rencontre des vecteurs contractuels, dans des domaines qui échappent à toute entente, suffit à déclencher les *stimuli* qui catalysent la présence du contrat, sans se livrer à une quelconque opération longue et risquée de qualification contractuelle<sup>47</sup>.

**5. La contractualisation du procès et les autres mouvements.** Déclinée en droit du procès, la contractualisation est le constat du recours croissant à l'outil contractuel pour la gestion du règlement du différend. L'accord processuel vient s'intercaler entre la *loi* de procédure et son application par les acteurs du conflit. Autrement dit, le phénomène de contractualisation dévoile l'intrusion spontanée ou imposée du contrat et des processus contractuels dans le champ du procès, aux côtés des normes étatiques, pour réguler les comportements juridiques des acteurs du conflit. La contractualisation se différencie des mouvements adjacents avec lesquels elle peut se combiner, tels que la déjuridictionnalisation (réduction de la matière juridictionnelle)<sup>48</sup>, la déjudiciarisation (réduction de la matière

<sup>45</sup> D. LAMETHE, « L'innovation contractuelle », *D.*, 2008, p. 1152 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, « Droit civil. Les obligations », t.1, « L'acte juridique », *Sirey*, 16<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 88, n° 101 : « Il en résulte, en premier lieu, que le nombre et le genre des contrats qui peuvent être conclus ne sont pas limités. Sans doute, le code règlementa-t-il les plus usuels. Mais les particuliers sont libres d'en imaginer d'autres, qui ont la même valeur ».

<sup>46</sup> G. CHANTEPIE, « La contractualisation en droit privé », *op. cit.* : « Bien souvent, la contractualisation désigne simplement l'utilisation plus fréquente ou le renouveau de formes contractuelles préexistantes ».

<sup>47</sup> D. FENOUILLET, « La contractualisation de la famille » in « Contrat ou institution : un enjeu de société », *op. cit.*, p. 105 et 110 : dire qu'il y a un contrat résulte selon l'auteur des trois erreurs suivantes. La première tient à la tradition et au rôle de l'habitude de voir dans tout accord de volonté, le contrat outil légué du droit romain qui est si familier au juriste comme au non-juriste. La seconde tient à la paresse et en ce que l'accord de volonté pose sans doute les mêmes problèmes que le contrat (validité, effets). La troisième raison relève de l'individualisme libéral qui a fait du contrat l'« alpha et l'oméga de la vie sociale », « C'est le mythe contractuel qui est ici à l'œuvre ».

<sup>48</sup> S. AMRANI-MEKKI, « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.*, 5 juin 2008, n° 157, p. 2 ; J. THERON, « Le recul du juge : déjudiciarisation ou déjuridictionnalisation ? » in « L'avenir du procès civil », *JCP G.*, supplément au n° 14, 8 avr. 2019, p. 44 ; « Les enjeux de la déjudiciarisation », S. CIMAMONTI et J.-B. PERRIER (dir.), *Mission de recherche Droit et justice*, 2018, p. 299, n° 395 : « La déjudiciarisation renvoie à un ensemble de procédés permettant d'éviter le règlement du litige par le juge lui-même, soit en imposant aux parties de tenter de conclure un accord avec ou sans l'aide d'un tiers, soit en permettant à l'une des parties de proposer à l'autre un mode de règlement non juridictionnel, soit enfin en permettant aux parties de choisir une voie consensuelle ou en reconnaissant l'accord conclu par elles ».

institutionnelle judiciaire)<sup>49</sup>, la privatisation (valorisation des centres d'intérêts privés dans le règlement des conflits)<sup>50</sup> ou la processualisation (théorie de la décision unilatérale à partir du modèle processuel<sup>51</sup>).

**6. La contractualisation du procès, phénomène cyclique.** Les accords de la contractualisation post-moderne du procès reposent, en partie, sur des mécanismes qui existent depuis très longtemps, comme la transaction, qui a traversé les âges<sup>52</sup>. L'Homme n'a jamais attendu les constructions du droit processuel pour résoudre lui-même les conflits et connaître la justice grâce à l'entente.

L'arbitrage est le témoin particulier d'une justice spontanée, en marge de la justice du chef, du souverain ou de l'État. L'arbitrage a évolué au fil des siècles, au gré des lois qui l'ont imposé ou interdit<sup>53</sup>. Ce mode de règlement des différends est décelé en MÉSOPOTAMIE<sup>54</sup>, révélant ainsi son caractère permanent au cours de l'histoire<sup>55</sup>, de la GRECE antique au droit romain<sup>56</sup>, en

---

<sup>49</sup> Le « contrat » est d'ailleurs devenu un outil au service de la déjudiciarisation, qui, *stricto sensu*, est une politique publique juridictionnelle qui envisage de retirer au juge l'examen de situations substantielles qui n'ont plus lieu d'être soumises à son contrôle. *Lato sensu*, la déjudiciarisation s'apparente à l'évitement du juge, donc même aux situations juridictionnalisables devant le juge étatique, mais qui ne donnent pas lieu, en pratique, à la saisine du juge ou à l'exercice complet de son office.

<sup>50</sup> Y. JOSEPH-RATINEAU, « la privatisation de la répression pénale », thèse, AIX-MARSEILLE, 2013, p. 21, n° 16, s. : l'auteur explique que, comprise de manière large, la privatisation ressemble à la déjudiciarisation et à la contractualisation en ce qu'elle porte le désinvestissement étatique. La privatisation n'est pas seulement le délestage de l'action de la puissance publique pour la détermination des intérêts du secteur privé, par le secteur privé. Elle est également une dynamique qui transcrit le déplacement du pôle public vers la défense des intérêts privés, ce qui ne traduit pas forcément un recul de l'appareil étatique. En somme, il s'agit d'une hausse de l'action des intérêts privés dans des milieux d'intérêt général ou d'intérêt public.

<sup>51</sup> H. CROZE, « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision » in « Justice et droits fondamentaux », Mélanges J. NORMAND, *LITEC*, 2003, p. 125 ; S. DIABATE, « Les procédures contractuelles », thèse, PARIS, 2021, p. 98, n° 130, s. ; il doit être souligné que l'objet de la processualisation est également incertain. En effet, on pourrait parler de processualisation des modes amiables de règlement des différends, dans la mesure où l'on s'interroge sur l'intérêt de leur appliquer les principes et garanties du procès.

<sup>52</sup> S. GABORIAU, « Déjudiciarisation et administration de la justice - Promouvoir la "juridiversité" », *LPA*, 14 juin 2012, n° 119, p. 3 : « Le 7 juillet 1790, Louis PRUGNON, député à l'assemblée constituante, déclarait : "Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès c'est la première. Il faut que la société dise aux parties pour arriver au temple de la justice passez d'abord par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez" » ; E-N. PIGEAU, « Introduction à la procédure civile », *EBERHART*, 1811, p. 1, qui expose dans le livre 1<sup>er</sup> de son cours « des moyens de prévenir le procès », « des offres », « de la transaction », « du compromis » et « du préliminaire de conciliation ». Le plan de PIGEAU était naturel en ce que le code de procédure civile de 1806 commençait par un livre 1<sup>er</sup> intitulé « De la justice de paix ». Notre code de procédure civile apparaît en réalité anachronique, contrairement au code de procédure civile français de 1806 et au code de procédure civile québécois depuis 2016, v. art. 1, s.

<sup>53</sup> C. JALLAMION, « Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire », *Gaz. Pal.*, 17 janv. 2009, n° 17, p. 3 ; C. JARROSSON, « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2001, p. 5, *spéc.* p. 9 et 10.

<sup>54</sup> Même si cet arbitrage en MÉSOPOTAMIE, pour des litiges commerciaux, ressemblait parfois à la conciliation, les arbitres étant tournés vers la recherche d'un accord autant que vers une solution qui s'imposent aux commerçants, v. S. LAFONT, « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.* 2000, p. 557.

<sup>55</sup> E. LOQUIN, « Arbitrage - aperçu historique - aperçu de droit comparé », *JCL Proc. civ.*, fasc. n° 1010, 2015, n° 1 : « Les traces de l'arbitrage se perdent dans la nuit des temps. Il semblerait qu'à toutes époques et dans toutes civilisations, les hommes aient ressenti le besoin de confier leurs litiges à des juges privés en marge de la justice officielle du souverain. En effet, s'il n'est pas certain que l'arbitrage ait précédé la justice de l'État, quelle qu'en soit la forme, il a toujours coexisté avec elle ».

<sup>56</sup> *Ibid.*, n° 2, s. : « ATHENES promulgue en 403-402 avant J.C. une loi sur l'arbitrage. DEMOSTHENE en décrit le contenu : lorsque des particuliers sont en discussion pour des conventions privées et veulent prendre un arbitre, ils ont le droit de prendre qui ils veulent ; mais ils doivent s'en tenir à la décision de cet arbitre et ne pourront plus soumettre ensuite à un autre tribunal le même litige. La décision de l'arbitre sera sans appel », n° 7, l'auteur du fascicule soulignant que, vers le II<sup>ème</sup> siècle avant J.C., l'*arbitrator* était choisi par les parties au moyen d'un pacte, nommé compromis, auquel les parties devaient ajouter une *stipulatio*, afin de le rendre obligatoire.

passant par le Moyen-Âge<sup>57</sup>, jusqu'à la fin de l'Époque moderne durant laquelle, en FRANCE, l'arbitrage a pu constituer le mode commun de règlement des différends en matière familiale<sup>58</sup>. Dans la période contemporaine, l'arbitrage a été relégué à la fin du code de procédure civile de 1806 (CPC, art. 1003, s.), limitant le compromis aux droits dont les parties ont la libre disposition. La clause compromissoire, interdite par la Cour de cassation le 10 juillet 1843<sup>59</sup>, puis par le code civil en 1972<sup>60</sup>, a retrouvé une pleine vigueur normative en 2001<sup>61</sup>, et son efficacité a été élargie en 2016<sup>62</sup>.

D'autres mécanismes de justice contractuelle, qui sont aujourd'hui impulsés par les pouvoirs publics, existent en réalité depuis très longtemps. Il en va ainsi de la conciliation préalable à la saisine du juge. En effet, si l'article 750-1 du code de procédure civile impose désormais aux parties, en certaines matières, à peine d'irrecevabilité de l'action en justice, de tenter un mode amiable de règlement du différend, l'article 48 du code de procédure civile de 1806 imposait lui aussi une conciliation devant les juges de paix avant la saisine des tribunaux de première instance<sup>63</sup>.

On peut enfin évoquer la mise en état consensuelle externalisée, proche de notre convention de procédure participative, afin de mettre l'affaire en état d'être jugée en dehors du contrôle du juge civil (CPC, art. 1543). M. le professeur CLAY rappelle que, d'une certaine manière, les

<sup>57</sup> *Ibid.*, n° 11, s., l'arbitrage intéressant surtout, au xv<sup>ème</sup> siècle, les marchands et bourgeois, qui constituaient l'essentiel des litigants, étant souligné que, dans certaines provinces, l'arbitrage était imposé à tout le monde, notamment en PROVENCE, avant d'être généralisé par les ordonnances d'août 1560 et de février 1566 en matière commerciale et de partage des biens composant une succession.

<sup>58</sup> La loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire débutait par six articles, en faveur de l'arbitrage, le premier disposant que : « L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer, soit la faveur, soit l'efficacité des compromis ». L'article 12 du titre X de cette loi a fait de l'arbitrage, le seul moyen de régler les différends familiaux : « S'il s'élève quelque contestation entre mari et femme, père et fils, grand-père et petit-fils, frères et sœurs, neveux et oncles, ou entre alliés aux degrés ci-dessus, comme aussi entre pupilles et leurs tuteurs pour choses relatives à la tutelle, les parties seront tenues de nommer des parents, ou, à leur défaut, des amis ou voisins pour arbitres, devant lesquels ils éclairciront leur différend, et qui, après les avoir entendus et avoir pris les connaissances nécessaires, rendront une décision motivée ».

<sup>59</sup> E. LOQUIN, « Arbitrage - aperçu historique - aperçu de droit comparé », *op. cit.*, n° 29, s. ; sauf en certaines matières commerciales, v. L. du 31 déc. 1925 modifiant l'article 631 du code de commerce.

<sup>60</sup> L. n° 72-626 du 5 juill. 1972, art. 13, C. civ., art. 2061 : « La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi ».

<sup>61</sup> L. n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 126 : « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

<sup>62</sup> L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, art. 11 ; T. CLAY, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI<sup>ème</sup> siècle », *JCP G.*, n° 48, 28 nov. 2016, 1295.

<sup>63</sup> V. CPC, art. 750-1 issu du D. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019 réformant la procédure civile *versus* art. 48 CPC de 1806 : « Aucune demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger, et sur des objets qui, peuvent être la matière d'une transaction, ne sera reçue dans les tribunaux de première instance, que le défendeur n'ait, été préalablement appelé en conciliation devant le juge de paix, ou que les parties n'y aient volontairement comparu ». Le mécanisme était déjà très évolué, il prévoyait notamment des exceptions (art. 49 : « Sont dispensées du préliminaire de conciliation (...) ») et des sanctions pécuniaires (art. 56, amende pécuniaire de dix francs), la citation en conciliation interrompant la prescription (art. 57). La procédure devant le tribunal de commerce était également dotée d'une phase conciliatoire pour certains litiges (Cpc, art. 429).

avoués devaient auparavant (avant que ne soient créés le juge chargé de suivre la procédure et, plus tard, le juge de la mise en état des causes) procéder à une mise en état des affaires portées devant la juridiction<sup>64</sup>.

Au-delà des mécanismes civils qui viennent d'être invoqués, il doit être ajouté que les mécanismes de transaction et de composition pénales sont assez proches de la composition pécuniaire acceptée, qui s'est substituée à la vengeance, le prix du sang, durant l'Antiquité et le Moyen-Âge. En effet, évoquant la loi salique, M. le professeur CARBASSE explique que le procès, en droit franc, était accusatoire, et que la partie lésée pouvait décider de se venger ou d'accepter une composition pécuniaire. Cette composition pécuniaire « constitue le prix de la renonciation à la vengeance. Autrefois négociées librement entre les parties, les compositions sont désormais fixées par la loi ; mais cela n'interdit pas aux parties, dans un contexte où le recours au tribunal est facultatif, de s'accorder sur une composition différente de celle prévue par la loi, le tarif légal n'étant d'*ordre public* qu'en l'absence d'accord des parties. C'est la raison pour laquelle les formulaires de l'époque proposent des modèles de transaction pénale (...). Qu'elle soit conventionnelle ou légale, dès lors qu'elle se substitue à la vengeance, la composition est en tout cas considérée comme la contrepartie du dommage subi : c'est le *prix du sang*<sup>65</sup> ».

De manière plus originale, même les conventions collectives de procédure conclues entre une juridiction et un barreau sont le fruit d'un « localisme » qui n'est pas nouveau<sup>66</sup>. Ces conventions, qui prévoient des aménagements de procédure dans un ressort donné, pourraient être assimilées aux édits des préteurs romains chargés d'établir la procédure applicable devant eux. L'édit de ce magistrat contenait plusieurs dispositions de procédure indiquant dans quelles conditions l'action en justice serait accordée, ainsi que la formule de l'action envisagée. Ces édits étaient, en général, repris et améliorés d'un préteur à l'autre, de sorte que ces règles de procédure étaient tout de même assez stables. Après avoir entendu les parties, le préteur décidait

---

<sup>64</sup> T. CLAY, « La mise en état conventionnelle et la césure du procès », *JCP G.*, supplément au n° 13, 26 mars 2018 p. 49, *spéc.* p. 51, n° 11, s.

<sup>65</sup> J-M. CARBASSE, « Histoire du droit pénal et de la justice criminelle », 3<sup>ème</sup> éd., *PUF*, 2014, p. 103, n° 48.

<sup>66</sup> V. *infra* n° 131.

de l'opportunité d'un procès et, le cas échéant, délivrait une action en justice et désignait un juge<sup>67</sup>.

Ainsi, contrat et procès se marient et se désunissent au fil des siècles, selon la puissance et le rôle confiés à l'État et à la justice institutionnelle : la doctrine a tantôt prétendu que le procès civil, plus particulièrement l'instance, était constitué par des contrats, voire des quasi-contrats, tantôt tout l'inverse, le procès étant alors vu comme un pur rapport de droit imposé par la loi, rapport d'abord tripartite (parties + juge), puis bipartite (les parties, sous le contrôle plus ou moins fort du juge)<sup>68</sup>. Pour la vision contractuelle, il s'agit là d'un héritage de la *litis contestatio* romaine à laquelle on prêta la nature d'une novation qui opérerait une mutation du rapport de fond vers le rapport procédural accepté par les litigants à la fin de la phase de *l'in iure*. Le demandeur offrait le procès, le défendeur le recevait et l'acceptait par des formules sacramentelles devant le magistrat, les parties manifestant la volonté de s'assujettir au juge ensuite désigné. La glose sur la nature contractuelle ou presque contractuelle (quasi-contrat) a ainsi longtemps perduré à partir des passages de commentaires d'ULPIEN qui semblait évoquer la *contrahere* après la *litis contestatio* et le *iudicio contrahere* (contrat judiciaire), alors qu'en réalité il s'agissait seulement d'accord et pas de contrat (*stipulatio*). Cette vision contractuelle a été réactivée par les penseurs allemands (BÜLOW et KOHLER) puis français (GLASSON, GARSONNET, CEZAR-BRU) à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>69</sup>. Puis, le contrat fut de nouveau largement

<sup>67</sup> J. GAUDEMET in *Encyclopaedia Universalis*, « Édit » : « Au sens premier du terme, l'édit (*edictum*) est une déclaration solennelle, une proclamation (*ex-dicere*). Les magistrats romains avaient, à raison de leur pouvoir (*potestas*), le droit de promulguer des édits dont ils assuraient l'observation », l'édit « contenait une série de dispositions indiquant dans quelles conditions le préteur accorderait une action en justice et joignait à cette promesse la formule de l'action envisagée. Il appartenait au préteur d'indiquer les actions qu'il était ainsi disposé à accorder, et l'édit n'était valable que pendant la durée de ses fonctions, soit une année. Il s'agissait donc là de mesures de nature très précaire, mais, en fait, les préteurs successifs reprenaient plus souvent dans leurs édits les actions promises par leurs prédécesseurs, se contentant d'y ajouter parfois des promesses d'actions nouvelles en fonction de situations et de besoins nouveaux. Ainsi les dispositions édictales présentaient une assez grande stabilité » ; N. ROULAND, « Introduction historique au droit », *PUF*, 1998, p. 80, n° 33, s. : « Lors de leur entrée en charge, les magistrats (à ROME, ce terme désigne non pas les juges mais les personnages qui occupent certaines fonctions dirigeantes) prenaient un édit, déclaration publique où étaient formulées certaines prescriptions qui avaient valeur juridique. L'édit du préteur consistait essentiellement en des promesses d'actions en justice. Le procès obéissait en effet à des règles très différentes des nôtres. Le magistrat écoutait les parties et décidait souverainement si la situation qu'elles invoquaient pouvait être prise en compte, et donner lieu à jugement. Dans l'affirmative il délivrait une action aux parties : il transformait ainsi une prétention en un droit. Ensuite, il désignait un juge qui tranchait le litige, mais dans un cadre très strictement défini auparavant par le magistrat qui en fait jouait le rôle le plus important dans le procès ».

<sup>68</sup> E. JEULAND, « Droit processuel général », 4<sup>ème</sup> éd., *LGDJ*, 2018, p. 72, n° 33, s. ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, « Procédure civile », *DALLOZ*, 33<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 417, n° 323 ; H. VIZIOZ, « Études de procédure », *DALLOZ*, rééd., 2011, p. 46 et p. 151 ; E. DI BERNARDO, « La natura contrattuale della *litiscontestatio* classica e la teoria del contratto giudiziario gli albori della concezione pubblicistica del processo e della funzione sociale dell'agiustizia », *Vergentis*, 7, déc. 2018, p. 147, citant la phrase d'ULPIEN qui constitue la source de l'assimilation erronée du contrat au procès.

<sup>69</sup> E. JEULAND, « Le procès comme opération juridique à trois personnes. Parcours germanique » in « *Liber Amicorum* », Mél. D. R. MARTIN, *LGDJ*, 2015, p. 253.

oublié pour concevoir le procès au début et au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>70</sup>, au moment de la création des théories positivistes<sup>71</sup>.

**7. La contractualisation contemporaine du procès.** La contractualisation que nous mettrons en lumière repose donc sur le renouveau du discours contractuel, dans nos sociétés post-modernes, encore légicentristes et judiciairisées, où l'État s'est emparé du pouvoir de rendre la justice, de redonner à chacun le sien, pour réparer la rupture d'équité établie (*suum cuique tribuere*, selon ULPIN<sup>72</sup>). La contractualisation du procès est la redécouverte du contrat comme moyen de résoudre les conflits dans un système de droit où la loi prévoit un schéma juridictionnel classique, chaque protagoniste (parties au conflit + juge) devant agir par des actions et des actes unilatéraux en vue de faire progresser la procédure de règlement du différend.

Plus concrètement, la contractualisation du procès, dynamique contractuelle révélée par la doctrine à l'orée du XXI<sup>ème</sup> siècle, repose aujourd'hui sur l'accélération du recours à certains outils consensuels déjà bien connus, la mise en lumière d'autres outils existants, mais moins connus, et l'apparition de nouveaux outils très innovants, dans des procédures plutôt vierges de tout contrat, comme le procès pénal<sup>73</sup>. La contractualisation demeure avant tout ce phénomène

---

<sup>70</sup> A. CABRAL, « Les conventions sur la procédure en droit processuel brésilien », *RIDP*, vol. 68, n° 3, 2016, p. 629, *spéc.* p. 631.

<sup>71</sup> Sur l'histoire de la procédure civile française, v. plus généralement, « Itinéraires d'histoire de la procédure civile. I. Regard français », L. CADIET, S. DAUCHY, J-L. HALPERIN (dir.), *IRJS*, 2014.

<sup>72</sup> C'est un précepte du droit avant d'être un précepte du procès, v. J. HILAIRE, « Adages et maximes du droit français », 2<sup>ème</sup> éd., 2015, *DALLOZ*, p. 113 : « Les préceptes du droit sont : vivre honnêtement, ne léser personne, rendre à chacun ce qui lui est dû ».

<sup>73</sup> L. CADIET, E. JEULAND : « Droit judiciaire privé », 10<sup>ème</sup> éd., *LexisNexis*, 2017, p. 14, n° 17 : « depuis une trentaine d'années, le droit judiciaire privé connaît même un important phénomène de contractualisation de la justice et du procès » ; E. VERGES, « La procédure pénale hybride », *RSC*, 2017, p. 579.



observable qui ne cesse de se déployer et de gagner du terrain dans toutes les procédures<sup>74</sup>, très souvent de manière inopinée<sup>75</sup>. Le constat est similaire à l'étranger.

**8. La contractualisation du procès, phénomène international.** La plupart des pays connaissent la transaction comme mode de règlement des conflits. Elle empêche le recommencement du procès, puisqu'elle est dotée de l'autorité de chose transigée, notamment en ESPAGNE et dans les pays d'AMERIQUE latine<sup>76</sup>.

Nombreux sont également les pays qui connaissent la justice conciliatoire, et ce depuis longtemps, comme l'ITALIE et la BELGIQUE<sup>77</sup>. Par exemple, en droit allemand, l'article 278 du code de procédure civile (ZPO) prévoit des audiences de conciliation et même la possibilité pour le juge de renvoyer les parties vers un juge-conciliateur. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international propose, depuis 1980, un règlement de conciliation des

<sup>74</sup> L. CADIEU, « Propos introductifs : "faire lien" » in « La contractualisation de la production normative », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *DALLOZ*, 2008, p. 169, *spéc.* p. 171 : « le phénomène de la contractualisation n'a pas cessé de se développer et de se diversifier, alimentant un discours doctrinal, dont on pourrait se demander s'il n'a pas contribué à constituer le phénomène autant qu'à le révéler », du même auteur, « Le développement de la procédure participative », *Procédures*, n° 3, mars 2020, étude 5, n° 2, à propos des articles 12 et 13 du D. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019 qui consolident « la politique publique de contractualisation des modes de règlement des conflits » en développant la convention de procédure participative, n° 7 : « ces nouvelles dispositions contractualisent, *mutatis mutandis*, les mesures d'instruction (...). C'est une administration contractuelle de la preuve qui se met ainsi en place à côté de la traditionnelle administration judiciaire de la preuve » ; A. BERGEAUD-WETTERWALD, « Vers un nouveau paradigme de la justice ? » in « Quelles mutations pour la justice pénale du XXI<sup>ème</sup> siècle ? », S. PELLE (dir.), *DALLOZ*, 2020, *spéc.* p. 14, n° 13 : « En matière pénale, la logique de contractualisation se retrouve avec les formes de justice négociées fondées sur un aveu de culpabilité » ; F. STASIAK, « La privatisation de la lutte contre la corruption », *Dr. pénal*, n° 6, juin 2019, doss. 2, n° 3, évoquant le rôle du parquet : « Ces prérogatives peuvent d'abord porter sur la sanction de comportements infractionnels et se rattacher ainsi à un mouvement de contractualisation du droit pénal puisque l'application de la peine va nécessiter le consentement du prévenu : tel est le cas, classiquement, de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou, plus récemment, de la convention judiciaire d'intérêt public qui s'avère plus spécifique aux délits de corruption et de trafic d'influence » ; J. SAISON-DEMARS, « Contractualisation et règlement des litiges administratifs », *RFDA*, 2018, p. 230 : « La contractualisation du règlement des litiges administratifs peut ainsi se définir comme le processus par lequel les parties recherchent une solution juste, par un accord passé en dehors du juge. Ce processus ne se confond qu'en partie avec les modes amiables de règlement des litiges (MARL). Y échappent ainsi l'arbitrage, pour lequel la solution demeure juridictionnelle, mais également les recours administratifs préalables obligatoires, qui permettent à l'administration de revenir de façon unilatérale sur sa position. Seules la médiation et la conciliation, dont la finalité commune est la recherche d'une transaction, relèvent du processus de contractualisation du règlement des litiges administratifs ».

<sup>75</sup> B. NURET, « La médiation en droit public : d'une chimère à une obligation ? », *JCP A.*, 4 mars 2019, n° 9, 2060, qui évoque l'illusion de la conciliation, puis, du jour au lendemain, l'obligation de tenter un mode amiable à peine d'irrecevabilité de la demande.

<sup>76</sup> Y. NOUVEL, « L'autorité de la chose jugée attachée à la transaction », *Procédures*, n° 8-9, août 2007, étude 18, citant notamment le MEXIQUE, le VENEZUELA et l'ARGENTINE : « Quant aux droits étrangers, une disposition très semblable figure dans le droit espagnol. Elle a largement essaimé en Amérique latine où nombre de droits nationaux confèrent à la transaction l'autorité de la chose jugée. Un principe approchant se dégage en common law où introduire une instance sur la chose transigée constitue un abus du pouvoir d'agir en justice ».

<sup>77</sup> Pour un aspect historique de la conciliation au XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles, v. C. BIGLIA, L.P. SPINOSA, « Le rôle de la conciliation en matière de procédure civile » in « Techniques de médiation et de conciliation », *Bulletin international des sciences sociales*, vol X, n° 4, 1958, p. 641 ; H. TOUSSAINT, « La procédure de conciliation en République fédérale d'ALLEMAGNE, en SUISSE, en AUTRICHE, en SCANDINAVIE, en ANGLETERRE et aux ÉTATS-UNIS d'AMERIQUE » in « Techniques de médiation et de conciliation », *Bulletin international des sciences sociales*, vol X, n° 4, 1958, p. 654 : « Le préliminaire de conciliation qui précède les procès ordinaires a été introduit dans la législation des cantons suisses dès le début du XIX<sup>ème</sup> siècle. Dans la plupart des cantons, la tentative de conciliation incombe aux juges de paix ».

différents qui détaille précisément le processus. L'arbitrage est aussi une justice alternative très répandue<sup>78</sup>, comme en CHINE<sup>79</sup>, avec la célèbre institution arbitrale qu'est la CIETAC<sup>80</sup>.

Il est coutume de parler d'américanisation du droit français en évoquant les accords - négociés - en matière pénale. En effet, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) et la convention judiciaire d'intérêt public seraient respectivement issues du *plea bargaining* et du *deferred prosecution agreement* (DPA) et *non prosecution agreement* (NPA). Le premier suppose seulement l'aveu et l'acceptation de sanctions pénales minorées<sup>81</sup>. Le second implique, en matière de délinquance économique, une coopération du mis en cause, justifiant la suspension des poursuites, ou l'absence de déclenchement de l'action publique si un accord transactionnel est déjà trouvé<sup>82</sup>. Les accords entre l'autorité de poursuite et le mis en cause ne sont donc pas une exclusivité française, comme les éventuelles conventions pouvant être conclues entre l'auteur de l'infraction et la victime (code de procédure pénale allemand, dit STPO, art. 155).

Si les diverses justices conciliatoires et arbitrales sont largement admises, en revanche, seules quelques législations connaissent l'aménagement du procès devant le juge par voie de convention. Ainsi, au BRESIL, le code de procédure civile régit les conventions processuelles générales et spéciales pour aménager le déroulement des procédures, bien que les textes renvoient pour partie aux articles du code civil<sup>83</sup> : les parties peuvent prévoir des modifications de procédure pour l'adapter aux spécificités de l'affaire et convenir de charges procédurales, pouvoirs, facultés et devoirs, avant ou pendant le processus (CPC, art. 190). De manière plus classique, en SUISSE et en ALLEMAGNE, les parties peuvent aménager les règles de compétence (CPC suisse, art. 17), notamment lorsque la convention est expresse et que les parties contractantes sont des commerçants, des personnes morales de droit public ou des fonds spéciaux de droit public (ZPO, art. 38, 29). Les accords sur la compétence sont d'ailleurs les plus fréquents (CPC italien, v. art. 28, s.), comme les accords sur - l'administration de - la

---

<sup>78</sup> V. plus globalement, P. FOUCHARD, « Arbitrage commercial international - sources », *Jcl Droit international*, fasc. n° 702, 1993.

<sup>79</sup> J. EL AHDAB, K. FAN, R. STACKPOOL-MOORE, « Un point (de vue) actuel sur l'arbitrage en CHINE et à HONG KONG : toujours un pays, deux systèmes », *Rev. arb.*, 2014-4, p. 831.

<sup>80</sup> [www.cietac.org](http://www.cietac.org).

<sup>81</sup> S-M. CABON, « La négociation en matière pénale », *LGDJ*, 2016, n° 9, s.

<sup>82</sup> A. MIGNON-COLOMBET, F. BUTHIAU, « Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée. Punir, surveiller prévenir ? », *JCP G.*, n° 13, 25 mars 2013, doctr. 359, concernant le DPA : « il s'agit d'un accord passé avec les autorités américaines par lequel une société objet d'une enquête pour délinquance économique accepte de s'acquitter de sanctions financières, de reconnaître des éléments de fait et de se soumettre à des mesures destinées à prévenir la commission d'infractions futures, en cotnrepartie de l'extinction des poursuites à son encontre ».

<sup>83</sup> CPC du BRESIL, art. 190, v. *infra* n° 344.

preuve : en SUISSE, les parties peuvent convenir d'une mesure d'expertise d'un commun accord : « Les parties peuvent convenir que des faits contestés soient établis par un expert-arbitre. La forme de la convention est régie par l'art. 17 al. 2 [écrit ou tout autre moyen de preuve]. Le tribunal est lié par les faits constatés dans le rapport lorsque les conditions suivantes sont réunies : a. le litige est à la libre disposition des parties ; b. aucun motif de récusation n'était opposable à l'expert-arbitre ; c. le rapport a été établi avec impartialité et n'est entaché d'aucune erreur manifeste » (CPC suisse, art. 189).

Le code judiciaire belge prévoit en outre le retrait du rôle sur accord des parties (art. 730), la faculté pour ces dernières de choisir la procédure de débats succincts (art. 735) ou une audience interactive avec le juge (art. 756 ter) et de définir un calendrier de procédure (art. 747). En matière de partage et de licitations, ce code judiciaire organise une « mise en état conventionnelle » avec le notaire-liquidateur (il s'agit sobrement de définir les délais de la procédure).

La coopération et le consensus en procédure civile semblent ainsi inhérents au règlement du litige judiciaire. Cette logique se retrouve en matière pénale allemande où le tribunal peut conclure un accord avec les parties à la procédure sur le déroulement ultérieur et l'issue de la procédure (notamment une sanction) (STPO, art. 257c). En procédure pénale suisse, les parties peuvent s'entendre pour basculer en procédure écrite devant la juridiction d'appel, lorsque la présence du prévenu aux débats n'est pas indispensable ou lorsque l'appel est dirigé contre des jugements rendus par un juge unique (CPP suisse, art. 406). Le code de l'instruction criminelle belge prévoit qu'avec l'accord des parties des conclusions peuvent être déposées après l'expiration des délais fixés à l'audience d'introduction (art. 152) ; s'il y a plusieurs accusés, ces derniers peuvent s'entendre d'un commun accord sur la manière d'exercer la récusation des jurés (art. 289).

Au-delà du cadre processuel individuel, nos protocoles de procédure français, qui envisagent l'aménagement du droit procédural étatique au sein d'un ressort, trouvent leur pendant moins local dans les *pre-actions protocols* anglais. Il s'agit de normes de procédure dictant la conduite à tenir avant le procès étatique régi par des *rules*. Par exemple, le *protocol* en matière de litige pour négligence professionnelle dispose qu'il s'agit d'un code de bonnes pratiques contenant

les étapes que les litigants doivent suivre avant d'engager une procédure judiciaire (art. 2.1)<sup>84</sup>. Le tribunal décide si des sanctions doivent être prononcées en cas de non-respect - majeur - du protocole (art. 3.1). Au QUEBEC, les tribunaux peuvent se doter de règlements de procédure applicables dans leur propre ressort<sup>85</sup>. Il n'est donc pas rare que les juridictions prévoient leur propre cadre procédural, même contraignant : c'est déjà le cas pour le Conseil constitutionnel français ayant reçu le pouvoir de créer la manière de procéder devant lui<sup>86</sup>.

**9. Le florilège d'accords en matière processuelle française.** Si le contrat pris pour régler les conflits va et vient dans le temps, avec plus ou moins d'ardeur et d'approbation étatique, aujourd'hui, en FRANCE, c'est une multitude d'accords processuels qui fleurissent dans le paysage normatif. Les accords touchent tous les pans du procès, de l'action en justice au jugement, et même la phase d'exécution postérieure. Il s'agit pour n'en citer que quelques-uns : des clauses pénales qui limitent l'office juridictionnel du juge<sup>87</sup>, de la composition pénale et de la convention judiciaire d'intérêt public<sup>88</sup>, de la transaction civile et administrative<sup>89</sup>, des accords sur la compétence de la juridiction<sup>90</sup>, des accords sur les qualifications juridiques ou sur la mission du juge de statuer en équité<sup>91</sup>, de la convention de procédure participative de mise en état (et tous les accords y afférents, notamment la faculté d'organiser une expertise conventionnelle)<sup>92</sup>, des calendriers de procédures définis par les avocats et le juge<sup>93</sup>, de la conférence criminelle de mise en état<sup>94</sup>, du retrait du rôle<sup>95</sup>, de l'acquiescement aux demandes et du désistement accepté en matière civile et administrative<sup>96</sup>, des accords visant à renoncer aux audiences<sup>97</sup>, des accords sur la motivation du jugement<sup>98</sup>, des contrats judiciairement formés<sup>99</sup>, des renonciations communes aux voies de recours<sup>100</sup>, de la procédure simplifiée de

---

<sup>84</sup> L'article 2.2 poursuit en expliquant que le but du protocole est de comprendre et d'identifier les questions en litige et partager les informations et documents pertinents, de tenter de régler le litige sans procédure ou de réduire l'objet du litige à ce qui est essentiel, d'éviter les dépenses inutiles.

<sup>85</sup> V. *infra* n° 121.

<sup>86</sup> Le Conseil constitutionnel, organe juridictionnel français, se dote lui-même des règlements de procédure applicables devant lui, v. par ex. Décision n° 2022-152 ORGA du 11 mars 2022 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les déclarations de conformité à la Constitution. Un règlement similaire en matière de QPC avait déjà été pris, Décision n° 2010-117 ORGA du 4 février 2010.

<sup>87</sup> C. civ., art. 1231-5, v. *infra* n° 165.

<sup>88</sup> CPP, art. 41-2 et 41-1-2, v. *infra* n° 166, s.

<sup>89</sup> C. civ., art. 2044, s., n° 153, s.

<sup>90</sup> CPC, art. 48 et CJA, art. R. 312-2, v. *infra* n° 191, s.

<sup>91</sup> CPC, art. 12 al. 3 et al. 4, v. *infra* n° 194, s.

<sup>92</sup> C. civ., art. 2062, s. et CPC, art. 1542, s., v. *infra* n° 200 et 322.

<sup>93</sup> CPC, art. 446-2 et 781.

<sup>94</sup> CPP, art. 276-1, v. *infra* n° 322.

<sup>95</sup> CPC, art. 382, v. *infra* n° 201, s.

<sup>96</sup> CPC, art. 408, s., v. *infra* n° 113, s.

<sup>97</sup> COJ, art. L. 212-5-1.

<sup>98</sup> C. civ., art. 1128, v. *infra* n° 204.

<sup>99</sup> CPC, art. 130.

<sup>100</sup> CPC, art. 41, v. *infra* n° 205.

recouvrement des petites créances exigeant l'accord du débiteur<sup>101</sup>, sans oublier les accords sur le principe d'une conciliation ou médiation pouvant intervenir à tout niveau de procédure<sup>102</sup>.

On recense également des contrats qui ne touchent pas le procès, mais tous les procès, voire l'organisation et l'administration de la justice institutionnelle, tels que les protocoles de procédure visant à améliorer les instances civiles<sup>103</sup>, préciser les règles de la justice restaurative<sup>104</sup> et promouvoir celles de la médiation administrative<sup>105</sup>, les contrats d'objectifs<sup>106</sup>, les protocoles de défense pénale<sup>107</sup>, les contrats locaux de sécurité<sup>108</sup>, *etc.*

Ce sont là les accords les plus flagrants, car les règles du procès peuvent faire l'objet de nombreux accords, bien moins évidents, dès lors que la mise en œuvre des règles impératives de procédure implique une coopération, l'entente ou la concertation entre les acteurs du procès et de la justice. Il convient d'évoquer en ce sens l'accord des parties ne devant pas s'opposer à ce que le juge chargé de la mise en état ou du rapport puisse tenir seul l'audience civile<sup>109</sup>.

Ainsi, face à cette avalanche d'accords, on peut légitimement se demander s'ils ont tous la même valeur, c'est-à-dire s'ils sont tous pareillement des conventions ou des contrats et, dans ce cas, des contrats plus ou moins en lien avec le procès. En effet, quel lien peut-on faire entre une clause pénale, qui permet d'éviter le juge ou de réduire son office juridictionnel quant à l'appréciation des dommages et intérêts, et un contrat d'objectifs qui accroît les moyens humains et matériels au sein d'une juridiction ou d'un service, en vue d'améliorer le traitement des procédures dans le ressort ? Est-ce qu'une convention sur la loi applicable à la relation contractuelle substantielle, et donc au litige y afférent, est plus ou moins processuelle qu'un accord de transaction pénale qui fait obstacle au déclenchement de l'action publique ? Est-ce que la conciliation imposée avant une saisie des rémunérations (C. trav., art. R. 3252-12) est plus ou moins librement consentie qu'une convention judiciaire d'intérêt public, qui est un accord de la procédure pénale par nature subie ? Est-ce qu'une transaction civile, acte pouvant créer des obligations, est plus ou moins obligatoire qu'une convention de retrait du rôle devant être ordonné par le juge ? Toutes ces questions en suspens ne représentent qu'une infime portion des doutes et zones d'ombre théoriques et pratiques de la contractualisation du procès. Ces

<sup>101</sup> CPCE, art. L. 125-1 et R. 125-1, s., v. *infra* n° 238.

<sup>102</sup> V. *infra* n° 176, s.

<sup>103</sup> V. *infra* n° 266, s.

<sup>104</sup> V. *infra* n° 260.

<sup>105</sup> V. *infra* n° 258.

<sup>106</sup> V. *infra* n° 47.

<sup>107</sup> V. *infra* n° 92.

<sup>108</sup> V. *infra* n° 171.

<sup>109</sup> CPC, art. 805, v. *infra* n° 97, s.

interrogations empêchent d'y voir clair au milieu de ce dédale d'accords et de construire un système contractuel au sein de la théorie générale du procès et, au mieux, en droit positif. Pourtant, nous démontrerons, au fil de l'étude, qu'une telle construction est réalisable.

Cette litanie de conventions atteste que la contractualisation du procès français est plus que jamais à l'œuvre. En matière civile, la doctrine explique même, avec des réserves, que la justice conciliatoire est sur le point de devenir le mode commun de règlement des différends, le procès étatique étant l'exception, celui que le justiciable subit par erreur ou fatalement<sup>110</sup>. Or, s'il s'avère que les procès connaissent (trop) le contrat, il n'y aurait plus lieu de parler de contractualisation, mais de procès contractualisés. Pourtant, le modèle de procès actuel est loin d'être si contractuel. Même avec toute la promotion qui lui est faite, la justice conciliatoire peine à s'imposer, notamment en matière familiale. En effet, l'expérience de médiation préalable obligatoire à la saisine du juge, menée devant le tribunal de PONTOISE, a révélé qu'un dossier sur trois éligible à la médiation suivait une première séance de médiation ; parmi ces dossiers, seuls 40 % ont abouti à un accord, total ou partiel<sup>111</sup>.

Même plus de 20 ans après sa « découverte », la doctrine continue de parler de contractualisation. Preuve que le contrat ne s'est pas encore substitué à la loi en matière processuelle. Les formes de la contractualisation et son objet sont actuellement des plus instables en matière processuelle, ce qui rend difficile l'appréhension de ce mouvement.

**10. La forme de la contractualisation du procès.** L'essence contractuelle est le point de départ de la contractualisation du procès. Cela en fait, par nature, une dynamique relativement instable. En effet, la contractualisation sera vue avec plus ou moins de force selon que l'accord décelé est un vrai contrat ou n'en possède que quelques traits caractéristiques (accord, consentement, négociation...) <sup>112</sup>. La contractualisation du procès oscille entre le vrai contrat et

---

<sup>110</sup> Y. STRICKLER, « Modes alternatifs de règlement des différends - Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle », *Procédures*, n° 2, févr. 2017, étude 7 ; T. CLAY, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la "loi Justice du XXI<sup>ème</sup> siècle" », *op. cit.*, n° 4, évoquant la « conception conciliationnelle de la justice », soulignant qu'elle n'a rien de novateur non plus et de citer B. OPPETIT qui parlait de tendances régressives du droit en écho à la justice contractuelle post-révolutionnaire ; N. MALLET-BRICOUT, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi "Justice du XXI<sup>ème</sup> siècle" : un nouveau souffle », *RTD civ.*, 2017, p. 221 : « La justice privée domine ce nouveau paradigme, ce qui n'est pas sans soulever certaines craintes et mérite quelques garde-fous », cela « ouvre un nouvel horizon sur la façon dont la justice sera, dans l'avenir, perçue par les citoyens. L'enjeu n'est pas mince ».

<sup>111</sup> « L'évaluation de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO). Quand médier n'est pas remédier », V. BOUSSARD (dir.), *Mission Droit et Justice*, déc. 2020.

<sup>112</sup> D. CHOLET, « Les règles locales de procédure civile » in « Aux confins du droit », Mél. X. MARTIN, *LGDJ*, 2016, *spéc.* n° 19, s. à propos des protocoles de procédure : « La qualification de contrat est celle qui vient naturellement à l'esprit ».

l'essence dégradée de l'accord des volontés (la procédure de formation contractuelle<sup>113</sup>). L'accord des volontés dans le procès est mis en lumière avec facilité, sans rechercher l'existence réelle du contrat, dans une terre où celui-ci n'est justement pas l'outil normatif de référence<sup>114</sup>. Le stimulus de la contractualisation du procès est d'autant plus incontrôlable que les parties à l'accord processuel sont très souvent déjà liées par une relation juridique substantielle (voire processuelle) qui a préalablement instauré un rapport de communication entre elles, et donc, un jeu entre les manifestations des volontés pour résoudre le conflit de manière contradictoire.

**11. L'objet de la contractualisation en droit processuel.** Des travaux universitaires mêlant convention et procès ont déjà été menés dans les différentes procédures<sup>115</sup>. Le contrat semble assez naturel en procédure civile, choquant en procédure pénale, peu commun en contentieux administratif. Pourtant, à notre connaissance, aucune réflexion d'ensemble n'a été menée en droit processuel français, alors que le sujet est toujours d'actualité et que la contractualisation demeure ce phénomène obscur qui progresse. Seule une analyse de droit processuel dont beaucoup de pans restent inexplorés permettra d'établir la valeur du contrat dans tous les procès. Il doit être précisé que la procédure pénale et le contentieux administratif seront examinés à l'aune des accords processuels civils qui sont le plus nombreux.

---

<sup>113</sup> L. CADIET, « Liens d'obligation, liens du procès », *op. cit.*, p. 34, n° 15 : « Ainsi qu'on le voit, les formes de la contractualisation du procès, tout spécialement du procès civil, sont donc multiples et d'une grande diversité (...). Si certaines de ces formes sont en effet réductibles aux catégories traditionnelles du droit civil des contrats, qu'il s'agisse des classes de différend, de la transaction, du compromis d'arbitrage, voire de la convention de procédure participative, l'assimilation est beaucoup moins évidente pour d'autres figures de la contractualisation du procès ; tel est en particulier le cas de toutes les formes d'actes de procédure présentant un caractère conventionnel comme la requête conjointe et autres accords relatifs à la procédure juridictionnelle (...). Et le lien entre contrat et contractualisation atteint même son point maximum de distension avec les formes conventionnelles qu'emprunte l'action administrative en matière d'accès au droit, de gestion des procédures et d'administration des juridictions. La contractualisation repose parfois sur des usages dégradés ou métaphoriques de la notion de contrat, car en vérité, elle consiste aussi dans l'emploi d'une certaine procédure d'élaboration des normes, règles et décisions, de type contractuel en qu'elle fait appel à des phénomènes de participation des parties concernées, tantôt simple adhésion, tantôt véritable négociation, *contrahere* plutôt que *contractus* pour le dire comme Georges ROUHETTE », v. aussi « Propos introductifs : "faire lien" », *op. cit.*, p. 174 ; B. DE LAMY, « Procédure et procédé (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale) » in « Approche critique de la contractualisation », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *LGDJ*, p. 149, *spéc.* p. 150 : « Le terme de contrat ne doit pas être retenu avec l'exactitude de la notion civiliste. Il s'agit davantage de contractualisation, entendue comme un phénomène d'intrusion de l'accord de volontés, en vue de faire naître des effets juridiques, dans des domaines soumis à des règles impératives, et ne s'intéressant traditionnellement pas à l'existence d'accord entre les personnes ».

<sup>114</sup> S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation », *op. cit.*, p. 47, n° 89 : « Parler de procédure contractuelle présente un double avantage. Tout d'abord, nous venons de le voir, cette démarche permet de s'extraire des ambiguïtés persistantes autour de la notion de contrat (...). Elle permet aussi de prendre quelques libertés avec les contours du contrat *stricto sensu* : certains mécanismes peuvent faire apparaître une procédure contractuelle sans pour autant consister en un contrat ».

<sup>115</sup> Sans être exhaustif, v. A-S. CHRETIEN, « Contrat et action en justice », thèse, NANTES, 2000 ; V. WESTER-OUISSSE, « Convention et juridiction pénale », thèse, NANTES, 1999 ; S. OUSMANOU, « Les conventions relatives au procès. Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice », thèse, RENNES, 1997 ; P. LAURENT, « Contrat et droit pénal », thèse, Aix-MARSEILLE, 2001.

La contractualisation étudiée est donc relative à l'influence du contrat sur le procès, dans une perspective processuelle. L'appréhension des conséquences du contrat sur le procès est difficile à sonder, car chaque procédure possède ses spécificités (civile, pénale et administrative contentieuse). Il faut immédiatement préciser que le droit processuel<sup>116</sup> n'est pas en soi l'objet de la contractualisation. Ainsi, il n'y a pas lieu de parler de contractualisation du droit processuel, mais de contractualisation du procès en droit processuel.

Si le point de départ de la contractualisation est instable (l'essence du contrat), la matière à contractualiser l'est tout autant (le procès). En principe, le conflit d'intérêts substantiels est résolu par le procès, qui progresse grâce à l'action unilatérale des acteurs du conflit, en vertu des prescriptions rigides de la loi qui impose les comportements de procédure à suivre. L'objet de la contractualisation consiste donc à déterminer à quel point le contrat envahit le procès, qui ne l'admet pas naturellement comme mode d'organisation des rapports juridiques.

Le procès est une procédure organisée en vue de résoudre un conflit d'intérêts juridiques<sup>117</sup>. Cependant, la notion de procès est loin d'être figée et celui-ci est rarement défini<sup>118</sup>. Sa définition oscille entre une matière (le litige ou l'incertitude juridique), une forme (une méthode/procédure pour organiser la fin de l'incertitude) et un but (assurer la paix sociale)<sup>119</sup>. Partant, qu'est-ce que la contractualisation du procès ? « De quoi parle-t-on », relève M. le professeur CADIET<sup>120</sup> ? Contractualisation du procès étatique, de la procédure juridictionnelle,

---

<sup>116</sup> Le droit processuel repose toujours au moins sur une méthode comparatiste et inductive qui permet d'extraire la quintessence de chaque procès pour établir un droit commun des procès, fondé sur des grands modèles de pensée qui sont l'action en justice, l'instance et le jugement. De nos jours, le droit processuel est souvent bien plus que cela, et les auteurs ont des visions partagées, entre un procès interhumaniste, un procès droit-de-l'homme et un procès fondé sur la recherche de la justice. Pour une vision rapide du droit processuel et des grandes pensées contemporaines de JEULAND, GUINCHARD et *alii*, CADIET - NORMAND - AMRANI-MEKKI, v. E. JEULAND, « Droit processuel général », *op. cit.*, p. 34, n° 7 et p. 48, n° 16, s.

<sup>117</sup> L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, « Théorie générale du procès », 2<sup>ème</sup> éd., PUF, 2013, *op. cit.*, p. 39, *spéc.* p. 306, n° 70 : « fort curieusement, la notion de procès ne fait pas vraiment l'objet de développements spécifiques dans les ouvrages de droit processuel ». Ce serait « le lieu, le moment et le mode de la solution du litige dans laquelle doit trouver à s'exprimer l'œuvre de justice (...) comme le mécanisme destiné à assurer la paix sociale à l'issue d'une procédure réglée permettant, en principe, à un tiers impartial de dire le droit entre des intérêts potentiellement ou réellement divergents » ; S. GUINCHARD et *alii.*, « Droit processuel. Droits fondamentaux du procès », 9<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2017, p. 79, n° 13, le procès serait composé d'« une contestation initiale » (l'élément d'altérité), « le besoin d'une solution admise par les deux camps en opposition et donc l'intervention d'un tiers susceptible de vider la dispute auquel on reconnaît légitimité (élément d'autorité) » et enfin « l'existence d'un recours forcé à la puissance publique pour qu'il y ait effectivité (élément de pouvoir) ».

<sup>118</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Procès » in « Dictionnaire de la justice », L. CADIET (dir.), *op. cit.*, p. 1081, définissant le procès comme « un mécanisme visant à établir ou à rétablir la paix sociale par l'intervention d'un tiers légitime devant régler un litige né, latent ou virtuel, selon une procédure respectant les garanties fondamentales du procès équitable ».

<sup>119</sup> La raison d'être du procès, le conflit, ne se confond pas avec la procédure utilisée pour le résoudre et qui constitue un rapport de mise à distance pour reconfigurer la situation juridique substantielle. Le procès jouxte très souvent la justice matérielle, son résultat, et la justice institutionnelle, le cadre administratif qui préexiste et administre tous les procès.

<sup>120</sup> L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès » in « Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends », P. ANCEL, M-C. RIVIER (dir.), *Economica*, 2001, p. 34, *spéc.* p. 38 : « Les actes processuels conventionnels sont en effet de deux sortes selon que leur efficacité est soumise ou non à une décision du juge. Le critère de distinction tient à l'objet de l'accord », portant sur le droit d'agir des parties (l'aménagement de l'office juridictionnel) et l'administration du traitement procédural de l'instance ; L. CADIET, « Propos introductifs : « faire lien », *op. cit.*, p. 172 : « Au regard de ses *objets*, la conquête contractuelle, qui ne s'est pas faite de manière linéaire, me paraît avoir emprunté quatre voies principales. La première est celle, traditionnelle, de la solution des litiges individuels, la solution contractuelle étant d'abord conçue comme



de la procédure, des processus de règlements alternatifs, du litige, de la solution du litige, de la justice matérielle, de la justice procédurale, de la justice institutionnelle, du service public de la justice ou encore contractualisation des grands pans du droit processuel (action en justice, instance, jugement) ?

Le procès peut être composé à la fois du litige (la cause), de la procédure (le but) et de l'institution judiciaire qui le rend possible (le moyen) ; la contractualisation du procès peut donc porter de manière insondable sur des accords qui touchent ces trois éléments. C'est pour cela qu'il convient de ne pas limiter l'analyse des accords en fonction du temps du procès, mais d'étudier l'accord pris avant l'instance (composition pénale, clause attributive de juridiction, *etc.*), pendant l'instance (accord sur les qualifications juridiques, retrait du rôle, *etc.*) et après l'instance (transaction sur le jugement, procédure de règlement des petites créances par huissier, *etc.*).

L'essence contractuelle semble toucher le procès dans ses différentes dimensions tenant à la justice matérielle, la justice procédurale et la justice institutionnelle. Ainsi, les accords de la contractualisation sont plus ou moins substantiels, procéduraux ou justiciels<sup>121</sup>. D'un pôle à l'autre existent des accords plus individuels, conclus par les acteurs du conflit, pour un procès particulier<sup>122</sup> et des accords plus collectifs, adoptés par les acteurs de la justice, pour organiser tous les procès, dans un ressort institutionnel donné<sup>123</sup> (il s'agit, respectivement, de

---

une solution permettant d'éviter le recours à l'institution judiciaire, en raison de ces inconvénients supposés. Transaction, conciliation, médiation, arbitrage, à l'état pur ou non, ont connu, dans la période contemporaine, une attention accrue, bien que difficilement évaluable, en dehors d'hypothèses très précises. À partir de ce noyau dur, la contractualisation des modes de règlement c'est ensuite étendue du terrain des litiges individuels à celui des différends collectifs, cette collectivisation présentant elle-même des aspects variés puisqu'il s'est agi aussi bien des conflits collectifs opposant des catégories sociales antagonistes, comme en droit du travail, que des situations mettant en cause des parties multiples, comme en matière de défaillance économique (des entreprises, des ménages), ou des litiges individuels adossés à une procédure de réparation socialisée des dommages, comme en matière d'accidents de la route, de la construction, de la santé. Surtout, la contractualisation ne s'est pas arrêtée aux portes du palais de justice ; elle a également progressé sur le terrain judiciaire lui-même : la solution contractuelle des litiges a droit de cité devant le juge (...). Le contrat y est devenu à la fois un instrument de gestion de l'instance avec les contrats de procédure, qu'ils soient individuels, comme les calendriers de procédure (...) ou collectifs, comme les protocoles de procédure conclus entre les juridictions et les professions judiciaires, sortes de convention collective de procédure civile, ainsi qu'un outil de politique publique qu'il s'agisse de promouvoir la communication électronique des actes du procès, l'accès au droit ou d'améliorer les performances des juridictions. Cette philosophie contractuelle dépasse ainsi le seul cadre des procédures pour toucher progressivement l'administration même de la justice ».

<sup>121</sup> Le terme justiciel sera employé pour faire référence aux actes relatifs à la justice institutionnelle, v. *infra* n° 84, s. ; v. un auteur ayant employé ce terme au sens de pluralité des modes de résolution des conflits pénaux, Y. CARTUYVELS, « La justice pénale, entre pluralisme justiciel et hégémonie managériale », in « Pluralisme juridique et effectivité du droit économique », L. BOY, J-B. RACINE, J-J. SUEUR (dir.), *LARCIER*, 2011, p. 455.

<sup>122</sup> Il existe des clauses qui envisagent la solution au conflit en cas de litige, des accords de fin de conflit, des accords qui organisent un mode amiable de règlement du différend, des accords qui transfèrent et aménagent le droit d'agir, ceux qui modifient la répartition des compétences juridictionnelles et qui précisent l'office du juge, *etc.*

<sup>123</sup> Il s'agit de tous les accords qui sont pris par les acteurs de la justice au niveau local pour organiser la tenue de tous les procès dans le ressort judiciaire. Les accords aménagent pour beaucoup, les procédés amiables, la mise en état, la mise en œuvre de la communication électronique, la création de nouveaux lieux de justice, *etc.* Puisqu'ils sont bien moins connus, citons des exemples concrets. Évoquons la convention de procédure entre le président MAGENDIE du TGI de PARIS et le bâtonnier TEIGTEN, pour la construction d'un cadre procédural de mise en état audacieux et innovant applicable pour les procédures devant quelques chambres du Palais (J-C. MAGENDIE, « Le nouveau "contrat de procédure" civile. Objectifs, exigences et enjeux de la réforme parisienne », *Gaz. Pal.*, 5 avr. 2001, n° 95, p. 2). Signalons encore les contrats d'objectifs qui sont pris par une juridiction et la Chancellerie, en vue d'améliorer la qualité et la célérité des procès.

contractualisation individuelle et de contractualisation collective). Ils sont usuellement appelés « accord processuel », « accord du/sur le procès », voire plus rarement « contrat processuel » pour les premiers et « convention collective de procédure » ou « protocole de procédure » pour les seconds<sup>124</sup>. Ces deux catégories, comprenant des accords plus ou moins individuels ou collectifs, représentent les deux grands pans de la contractualisation des procès<sup>125</sup>. Cette contractualisation est donc, à la fois, une contractualisation interne, directement maîtrisée par les acteurs d'un procès particulier, mais aussi externe, maîtrisée par les acteurs de la justice, dans un ressort donné, aux fins d'administrer la justice localement (par exemple, une juridiction et un ordre des avocats peuvent conclure un protocole de procédure pour aménager la procédure en matière orale dans leur ressort).

Les accords individuels du procès, souvent plus proches de la justice matérielle, ne sont pas si différents des accords collectifs des procès, souvent plus proches de la justice procédurale et institutionnelle. Que l'accord soit plutôt individuel ou plutôt collectif, il s'agit toujours, *in fine*, d'aménager le processus de règlement d'un conflit en particulier<sup>126</sup>. L'accord processuel prévoit donc toujours un modèle de conduite pour les acteurs d'un conflit qui s'interpose entre la loi de procédure étatique et la prise des actes unilatéraux qu'elle prescrit<sup>127</sup>. L'objectif est alors de

---

<sup>124</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Le temps et le procès civil », *DALLOZ*, 2002, p. 285, n° 300, s, qui déjà évoquait le « contrat processuel » conclu avec le juge, reposant plutôt sur le mécanisme de la négociation que sur la force obligatoire, et les conventions collectives de procédure signées entre les juridictions et les barreaux.

<sup>125</sup> L. CADIET, « Constuire ensemble des débats utiles » in « La procédure dans tous ses états », *Mél. J. BUFFET, LPA*, 2004, p. 99, *spéc.* p. 115 et « Liens d'obligation, liens du procès », *op. cit.* p. 34, n° 14 : « Au demeurant, la progression de la technique contractuelle au sein du procès ne se limite pas au traitement procédural des litiges particuliers. Le contrat est également devenu, à la fois, un instrument de gestion collective des procès, voire un outil de politique publique de la justice (...). La philosophie contractuelle dépasse en effet le seul cadre des procédures juridictionnelles pour toucher progressivement l'administration même de la justice » ; C. BLERY, « Les métamorphoses des sources », *Gaz. Pal.*, 31 juill. 2014, n° 212, p. 178 ; L. MAYER, « La maîtrise du procès par les parties et les contraintes procédurales » in « Le procès est-il encore la chose des parties », L. FLISE, E. JEULAND (dir.), *IRJS*, 2015, p. 51, *spéc.* p. 58, n° 10 : « Les deux déclinaisons, qu'il est devenu classique d'évoquer, de la contractualisation de la procédure sont en réalité assez différentes l'une de l'autre » ; G. CHANTEPIE, « La contractualisation du droit privé », *op. cit.*, n° 2 : « en matière judiciaire, des protocoles d'accords juridictionnels peuvent être conclus entre un bâtonnier et un tribunal et ont pour objet d'organiser notamment la mise en état ou les modalités de communication avec le greffe. En d'autres termes, par un contrat, une organisation spécifique de la justice est imposée aux justiciables et à leurs avocats » ; P. THERY, « La question des sources » in « De la commémoration d'un code à l'autre, 200 ans de procédure civile en FRANCE », *Litec*, 2006, p. 261.

<sup>126</sup> L. CADIET, E. JEULAND, « Droit judiciaire privé », *op. cit.* p. 23, n° 28 évoquant la dimension coopérative du procès, l'adhésion de l'ensemble des acteurs de la justice ; N. FRICERO, C. VIENNOT, « Procédure et administration de la justice. Double regard » in « Procédure civile et Procédure pénale. Unité et diversité ? », S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Bruylant*, 2014, p. 149, *spéc.* p. 155, s. qui évoquent la coopération des acteurs de la justice, entre coopération externe et interne.

<sup>127</sup> P. ANCEL, « Contractualisation » in « Dictionnaire de la Justice », L. CADIET (dir.), *op. cit.* : « Dans la conception traditionnelle de la justice, ces objectifs sont atteints par la décision unilatérale d'un tiers institué par la puissance publique » ; G. ROUHETTE, « L'ordre juridique processuel - Réflexions sur le droit du procès » in *Mél. P. RAYNAUD, DALLOZ*, 1985, p. 687 ; J-L. GILLET, « Contractualisation de la justice » in « Les évolutions du droit : contractualisation et procéduralisation », C. PIGACHE (dir.), *Publications de l'Université de ROUEN*, 2002, p. 83, *spéc.* p. 84 : « Dans tous les cas, elle ajoute un étage voulu et personnalisé à un cadre prédéfini par les règles de procédure. Elle est dans cette mesure une adjonction à des règles préexistantes dont elle facilite l'application ».

découvrir si le contrat peut se substituer aux actes juridiques unilatéraux pris par les acteurs du conflit, en vue d'organiser la conduite des procès.

**12. Conséquences de la contractualisation sur les procès.** L'étude de la contractualisation du procès ne conduit pas seulement à évaluer la capacité de la norme contractuelle à se substituer aux règles étatiques pour organiser le procès. Il sera également opportun de constater les conséquences de ce remplacement qui progresse, au regard des objectifs qui s'attachent à la contractualisation en tant qu'outil de politique de justice. En effet, depuis l'heure où elle fut révélée, la contractualisation tend à se confondre un peu plus chaque jour avec l'instrument contractuel dont elle est le vecteur. Elle est donc, de plus en plus, assimilée à un outil normatif à la disposition des pouvoirs publics, conscients de ses vertus, pour organiser la justice de demain. L'objectif est de proposer un système de justice plurielle, destiné à satisfaire la demande de justice, tout en préservant l'administration du service public de la justice au bord de l'asphyxie<sup>128</sup>.

Le développement incessant et irréfléchi des accords en lien avec les différents procès peut donc troubler les règles du droit procédural et bouleverser les théories du droit processuel, que sont l'action en justice, l'instance et le jugement. La contractualisation perturbe le concept traditionnel du procès, c'est-à-dire celui du tiers impartial chargé de mettre fin à un conflit par une décision juridictionnelle qui s'impose avec autorité.

D'une part, la contractualisation permet d'éviter le juge pour régler le conflit substantiel. Or, la procédure n'est rien sans le droit substantiel, de sorte que le procès traditionnellement conçu devient de moins en moins essentiel pour obtenir justice, puisque les parties à un conflit peuvent y parvenir elles-mêmes. Les mécanismes tels que la transaction civile et administrative et la composition pénale permettent de régler le différend au moyen d'un accord de fin de conflit ayant des conséquences procédurales sur l'action en justice et l'action publique.

D'autre part, la contractualisation conduit, semble-t-il, à modifier le rôle du juge, l'École nationale de la magistrature s'étant interrogée sur son obsolescence, face aux diverses mouvances de l'amiable et du numérique<sup>129</sup>. D'abord, il devient juge « homologateur » des accords de fin de conflit<sup>130</sup>. Ensuite, ses pouvoirs de police processuelle, qui découlent de la

---

<sup>128</sup> « L'appel de 3.000 magistrats et d'une centaine de greffiers : "Nous ne voulons plus d'une justice qui n'écoute pas et qui chronomètre tout" », *Le Monde*, 23 nov. 2021.

<sup>129</sup> Dossier sur « L'obsolescence programmée du juge ? Justice judiciaire, justice amiable, justice numérique », *JCP G.*, supplément au n° 51, 17 déc. 2018.

<sup>130</sup> CPC, art. 131 ou 131-12, pour la conciliation et la médiation judiciaire, CPP, art. 41-1 et 495-9 pour la composition pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, CJA, art. L. 213-4 pour l'homologation de la médiation administrative.

dimension étatique du service public de la justice, s'amenuisent ou se renouvellent. Par exemple, la mise en état conventionnelle se développe en matière civile et pénale, si bien que l'instruction de l'affaire intégrée à l'instance apparaît de moins en moins fondamentale ou prend une autre dimension. En outre, le juge civil peut de moins en moins imprimer le rythme qu'il souhaite à l'instance. Certaines conventions collectives de procédure prévoient des schémas de mise en état prédéfinis au sein d'un ressort<sup>131</sup>. Ainsi, la lecture des articles 2 et 3 du code de procédure civile relatifs aux pouvoirs du juge sur la conduite de l'instance risque d'être renouvelée. Les parties au procès conviennent de calendrier de mise en état avec le juge, décident de mettre l'affaire en pause (retrait du rôle) et que la procédure se déroulera sans audience (COJ, art. L. 212-5-1). Il s'en évince que le juge contrôle/régule de plus en plus et dirige/ordonne de moins en moins<sup>132</sup>. Le principe dispositif<sup>133</sup>, limité à la maîtrise de l'objet du litige par les parties, gagnerait en substance, car elles auraient désormais le pouvoir d'organiser l'instance en sus du pouvoir classique de l'introduire et d'y mettre fin.

L'objectif politique qui conduit à la contractualisation est de recentrer le juge sur son cœur de métier<sup>134</sup>, en misant sur l'autodétermination des parties au conflit considérées comme capables de définir la mesure et le respect de leurs droits substantiels et processuels<sup>135</sup>. C'est un objectif qui est plus tourné vers la dynamisation de l'administration de la justice que l'amélioration de la qualité de la procédure. Il s'agit principalement de concentrer le temps de travail du juge sur des tâches essentielles, celles qui méritent son intervention juridictionnelle, ce qui est par nature insondable, sauf à lui retirer expressément certaines missions, notamment celles touchant à la matière gracieuse. Le juge aurait donc des missions prioritaires selon l'importance du litige, ce qui traduit un recul de la fonction régaliennne de juger.

**13. L'apparence contractuelle et processuelle : point de départ de l'étude.** La forme, l'objet et les conséquences de la contractualisation présentée sont relativement instables et incertains. C'est le propre de cette dynamique contractuelle qui repose en grande partie sur l'image dégradée du contrat touchant avec évidence au moins un des traits caractéristiques du

---

<sup>131</sup> V. *infra* n° 269 et 385.

<sup>132</sup> V. toutefois *infra* n° 293, s., car si la contractualisation se renforce, les pouvoirs du juge sont renouvelés dans un cadre procédural étatique de plus en plus rigide.

<sup>133</sup> G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri MOTULSKY », *JCP G.*, n° 30, 28 juill. 1933, 3693.

<sup>134</sup> T. ANDRIEU, « Chantiers de la justice : pour une nouvelle donne procédurale », *JCP G*, supplément au n° 13, 26 mars 2018, p. 7 ; C. BROUELLE, « Les récentes réformes du contentieux administratif : le décret JADE du 2 novembre 2016 », *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2017, n° 1, p. 17.

<sup>135</sup> Ainsi, les parties au conflit doivent de plus en plus coopérer, au moins pour déterminer le mode de résolution du conflit le plus adapté à leur cause. Cela se dessine progressivement en matière civile, tandis que le principe d'opportunité des poursuites en matière pénale prend tout son sens, v. *infra* n° 352, s.

procès (litige, procédure, justice institutionnelle). La contractualisation du procès semble naître d'une double apparence : l'apparence d'un accord des volontés et l'apparence d'un effet de droit sur les procès<sup>136</sup>. En effet, la contractualisation est avant tout un phénomène constaté qui procède de l'intelligible, déconnecté du sensible et du réel. Elle repose sur l'aspect extérieur des accords des procès<sup>137</sup>. Le caractère vraisemblablement contractuel des accords étudiés est le marqueur de cette contractualisation. Sitôt l'essence d'un accord repérée, la métaphore du contrat et le contrat sont immédiatement mis en avant, et ce, afin de les accepter ou de les congédier aussitôt<sup>138</sup>. L'engouement grandissant pour le contrat en droit du procès conduit à mettre sa logique et ses avantages en lumière avant même de se demander si l'accord peut être un contrat pris pour organiser le procès<sup>139</sup>.

À la vue d'un accord du procès, l'intelligible imagine aisément la présence d'un contrat à partir de la théorie du contrat substantiel spontanément appliquée<sup>140</sup>. Les théories du contrat civil, utilisées de manière intuitive, conduisent la doctrine majoritaire à affirmer, par exemple, que la composition pénale est une somme de consentements unilatéraux, l'existence du contrat étant communément rejetée<sup>141</sup>. À l'inverse, la doctrine conclut qu'il ne fait nul doute que la transaction est le « noyau dur <sup>142</sup>» de la contractualisation du procès civil. Pourtant, de telles assertions sont peut-être trompeuses dans la mesure où la contractualisation est un phénomène par nature instable. Il est d'autant plus difficile de concevoir ce qu'est un contrat de la

<sup>136</sup> L. CADIET, « Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et la procédure pénale », *Cah. justice*, 2013, n° 3, p. 63, *spéc.* p. 65 : « La contractualisation repose aussi sur des usages dégradés ou métaphoriques de la notion de contrat, car, en vérité, elle consiste surtout dans l'emploi d'une certaine procédure d'élaboration des normes, règles et décisions, de type contractuel en ce qu'elle fait appel à des phénomènes de participation des parties concernées, tantôt simple adhésion, tantôt concertation, tantôt véritable négociation, procédures d'esprit ou d'apparence contractuelle ».

<sup>137</sup> A. DENIS-FATOME, « Apparence et contrat », *LGDJ*, 2004, p. 5, n° 8, s.

<sup>138</sup> S. OUSMANOU, « Les conventions relatives au procès. Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice », *op. cit.*, p. 8, n° 7 : « Il n'est pas question dans ce travail de consacrer des développements substantiels à la notion de contrat. Une telle démarche serait un peu à l'écart de notre propos », l'auteur évoquant la convention comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes en vue de produire des effets de droit ». Ainsi, la contractualisation du procès ou de la justice inclut la convention d'arbitrage comme le contrat de représentation *ad agendum* entre une partie au procès et le mandataire avocat.

<sup>139</sup> D. FENOUILLET, « La contractualisation de la famille » in « Contrat ou institution : un enjeu de société », *op. cit.* ; M. DE FONTMICHÉL, « L'équilibre contractuel des clauses relatives au litige », *JCP G.*, n° 21-22, 27 mai 2019, 583, n° 6 et 7 : « Ces clauses, on le sait, participent à un phénomène d'ampleur jamais atteint de contractualisation du procès. Ce phénomène s'observe en FRANCE avec une particulière acuité depuis la réforme "Justice du XXI<sup>ème</sup> siècle". Il s'observe aussi dans d'autres pays, de sorte qu'il est possible aujourd'hui de parler d'une forme de négoce processuel. Au-delà de la poursuite d'un idéal de justice "contractualisée", "alternative" ou "amiable" cette prolifération des clauses processuelles est avant tout guidée par la volonté de gérer le flux contentieux devant des tribunaux asphyxiés ».

<sup>140</sup> C. AMBROISE-CASTEROT, « Aveu », *Rép. dr. pén. et proc. pén.*, DALLOZ, 2020, n° 103 : « Par analogie avec le droit civil, on pourrait dire qu'il s'agit d'un contrat synallagmatique qui se double d'un contrat d'adhésion. Synallagmatique, d'abord, car l'aveu est donné en échange d'une sanction plus faible que le maximum encouru ; d'adhésion, ensuite, car il n'existe pas de réelle négociation. L'auteur présumé ne peut qu'accepter ou refuser la proposition du parquet, non en faire modifier les clauses à son avantage. Cette troisième voie repose sur un schéma simple : une offre, une acceptation ».

<sup>141</sup> M. VAN DE KERCHOVE, « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? » in « La contractualisation de la production normative », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), DALLOZ, 2008, p. 187, s.

<sup>142</sup> P. ANCEL, « Contractualisation » in « Dictionnaire de la Justice », *op. cit.* p. 234.

contractualisation du procès ainsi que sa place éventuelle dans l'ordre juridique<sup>143</sup>. Il est donc impératif de vérifier si la contractualisation du procès est réelle ou illusoire en ce qu'elle est fondée sur des accords manifestement - non - contractuels et processuels<sup>144</sup>. L'apparence qui fonde la contractualisation serait ainsi trompeuse ou véritable<sup>145</sup>.

Cette contractualisation apparente du procès est accrue en raison de la multiplicité des accords aux facettes variées qui touchent tous les pans du procès. On peut ainsi considérer que la contractualisation du procès représente un *continuum*. C'est un nuancier infini qui comporte tous les accords ayant un lien avec le procès. Il s'agit d'une échelle progressive qui constitue, au départ, un tout indissociable : y figurent des actes juridiques plus ou moins contractuels ou unilatéraux, plus ou moins individuels ou collectifs, allant du droit substantiel au droit procédural, voire jusqu'au droit de l'administration de la justice, peu exploré en doctrine.

De plus, tous les accords de ce *continuum* reposent sur la même apparence contractuelle et sont mal connus, voire méconnus, alors que leur développement est sans cesse envisagé<sup>146</sup>. Il est nécessaire d'analyser tous les contrats du *continuum* contractuel, celui qui affecte la résolution du litige, comme celui qui permet de mieux administrer la justice au sein d'une juridiction. L'ensemble des accords du procès constitue un nouveau réseau de normes à organiser, une gouvernance plurielle et sur mesure, avant d'être une pyramide bien établie<sup>147</sup>.

**14. Perspective de l'étude.** L'apparence contractuelle doit être déjouée. L'objectif n'est pas de fournir une photographie de la contractualisation authentique du procès, même s'il est nécessaire de jongler sur le *continuum* présenté pour contribuer à la révéler<sup>148</sup>. En effet, la contractualisation est un phénomène qui n'est pas statique : il se peut que demain, le contrat ait phagocyté le procès, le procès serait donc contractualisé ; il se peut aussi que l'État ait repris la

---

<sup>143</sup> V. *infra* n° 153, s. sur la transaction.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 4, n° 6.

<sup>145</sup> A. RABAGNY, « L'image juridique du monde », *PUF*, 2003, p. 17 ; L'apparence véritable est préférée à l'apparence trompeuse, v. par ex. M. BOUCARON-NARDETTO qui opte pour une théorie de l'apparence véritable comme fondement de l'effet négatif du principe compétence-compétence en arbitrage, « Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage », *PUAM*, 2013, p. 151, n° 145, s.

<sup>146</sup> Rapport du groupe de travail en charge de proposer des mesures visant à la résorption des stocks, P. GHALEH-MARZBAN (dir.), 31 mars 2021, recommandation n° 10 pour la reconnaissance des mesures d'instruction conventionnelles (accords individuels) et n° 8, 19 et 20 à propos de la priorisation de l'audience pour les dossiers ayant fait l'objet d'une procédure participative et sur la définition d'un cadre procédural concernant la présentation des pièces et conclusions (accords collectifs).

<sup>147</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau », *Presses de l'Université de SAINT-LOUIS*, 2010.

<sup>148</sup> De nombreux champs sont en réalité inexplorés et les préconçus sont forts à cause de l'apparence dégagée par la contractualisation ; L. LEVENEUR, « Introduction » in « Contractualisation du droit de la famille », *op. cit.*, p. 1, *spéc.* p. 11, n° 6 : « bien entendu, ce n'est pas une simple cartographie des conquêtes du contrat en matière familiale que l'on attend de ce colloque. Il faudra aussi s'intéresser aux caractères de ces contrats et à la valeur de cette contractualisation ».

part de justice qu'il a concédée au contrat<sup>149</sup>. La contractualisation demeure incertaine et mal maîtrisée. En outre, le modèle de procès français semble toujours impératif et peu préparé à recevoir *le* contrat processuel qu'il ne connaît pas. La mise en balance des intérêts publics et privés, entre flexibilité et rigidité, est devenue le principal enjeu qui tiraille les différents modèles de procès plus ou moins contractuels qu'il conviendra de mettre en lumière. Les pouvoirs publics ont pris conscience des avantages de l'outil contractuel qu'ils n'hésitent pas à déployer, notamment pour recentrer le juge sur son cœur de métier et sauvegarder l'institution judiciaire.

Compte tenu de la multiplication des accords processuels et des doutes sur leur capacité à trouver une place aux côtés des actes juridiques unilatéraux, il est justifié de se demander si le contrat est en mesure de devenir un instrument adapté pour la gestion des rapports processuels.

**15. Problématique et construction de l'étude processuelle.** Le contrat peut-il être un instrument d'organisation du procès ? Pour y répondre, l'étude suivra le rythme imposé par la dynamique contractuelle qui consiste à remplacer l'acte juridique unilatéral par des procédés contractuels, en vue de régir les rapports juridiques dans les différentes procédures. Il s'agira donc de vérifier l'authenticité de cette dynamique et sa capacité à organiser et structurer le procès, c'est-à-dire définir les comportements de procédure à suivre.

**16. La recherche de l'existence du contrat processuel.** L'invasion progressive du contrat dans le champ du procès impliquera d'abord de réfuter l'apparence de contrat en droit processuel<sup>150</sup>. Cela permettra de vérifier si la contractualisation du procès est réelle ou illusoire. La substitution de l'intelligible au profit du sensible révélera une contractualisation véritable

<sup>149</sup> En témoignent les grandes dernières phases de l'arbitrage et de la conciliation entre 1791 et 1806 et 1806 et 1958, date à laquelle les juridictions de proximité (de paix) ont disparu, v. « Une justice de proximité : la justice de paix (1790-1958) », J.-G. PETIT (dir.), Mission de recherche Droit et justice, 2002, note de synthèse, p. 6 : « Au moment de l'arrivée d'un nouveau pouvoir fort et centralisateur, Michel DEBRÉ profite de la loi sur les pleins pouvoirs du 3 juin 1958 pour réaliser rapidement une réforme en profondeur de la justice. Il s'agit de valoriser l'autorité, la loi, de rationaliser et professionnaliser la justice, notamment en supprimant des tribunaux. Ce qui avait constitué l'originalité des justices de paix, la conciliation et la transaction, est alors considéré comme un abus permettant à de nombreux litiges d'échapper au contrôle de la justice ».

<sup>150</sup> La pensée des auteurs administrativistes est limpide à ce sujet, P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, « Traité de droit administratif » *op. cit.*, p. 220 : « il est des contrats administratifs qui sont des faux contrats et d'autres qui ne sont que partiellement contrats. (...) L'exercice de qualification est délicat, car le phénomène de la contractualisation de l'action administrative conduit bien souvent à voir du contrat partout et à qualifier de contrats des actes qui n'en sont pas » ; M. UBAUD-BERGERON, « Droit des contrats administratifs », *LexisNexis*, 2015, p. 11, n° 14 et 15 : « Il est possible de constater un dévoiement du terme abusif du "contrat" (ou de termes voisins tels que charte, convention, accord) pour des actes n'en ayant pas, d'un point de vue juridique les caractères. Il y a là une véritable "idéologie du contrat" (...) qu'il s'agisse d'une tendance à placer sous la bannière de la contractualisation l'ensemble des procédés participatifs ou du phénomène des "faux contrats". Cette proximité ne doit toutefois pas conduire à une assimilation des deux phénomènes, comme cela est parfois fait par une confusion entre processus de formation et qualification de l'acte lui-même ».

mettant fin à la contractualisation artificielle qui repose sur l'inflation du discours contractuel et nourrit le *continuum* de la contractualisation du procès<sup>151</sup>.

Cela suppose de pouvoir fixer au préalable la notion de contrat. Or, les notions de contrat élaborées en droit substantiel vont s'avérer inadaptées en droit processuel. Le contrat est par nature un acte civil bâti sur l'échange économique de biens et de services aboutissant à des mouvements de valeurs entre patrimoines. En droit processuel, les accords produisent majoritairement et seulement un cadre normatif guidant l'action des acteurs du conflit, mais il n'y a pas d'échange économique apparent. Par exemple, il est difficile de concevoir la convention de retrait du rôle comme un acte producteur d'obligations à des fins d'opérer un échange de valeurs. Il est plus raisonnable d'y voir un acte établissant une norme processuelle qui envisage le retrait de l'affaire du rang des affaires en cours. Les différentes théories du contrat (substantiel) ne permettront pas de déterminer si les accords du procès sont de vrais contrats et de vrais contrats producteurs d'effets de droit processuel. Au contraire, il sera expliqué en quoi ces théories, que chacun utilise plus ou moins sciemment ou intuitivement, sont des facteurs d'une contractualisation dite illusoire qui empêchent d'envisager le contrat comme instrument d'organisation des procès. Selon les conceptions adoptées de « l'accord des volontés » et de « l'effet de droit », les actes du procès sont tantôt qualifiables de contrat, tantôt de conventions, de consensus, d'accords, voire d'actes juridiques unilatéraux croisés. Pour éviter de construire sur des fondations viciées, il sera nécessaire de stabiliser la notion de contrat permettant de saisir le champ de la contractualisation du procès dont M. le professeur CADIEU se demandait ce qu'il recouvrait réellement (le procès dans sa dimension de droit substantiel, procédural ou institutionnel)<sup>152</sup>. Il s'agira principalement de renforcer l'élément essentiel du contrat, l'accord des volontés, qui est la principale source de la contractualisation illusoire.

Après avoir fixé la notion de contrat, il conviendra de s'interroger sur ce qui lui donne sa couleur processuelle, ce qui fait qu'il s'agit d'un acte conclu pour organiser le déroulement des procès. La tâche sera d'autant plus compliquée que la notion d'acte juridique processuel est aussi à parfaire.

Une fois que la notion de contrat processuel sera figée, celui-ci pourra devenir une réalité matérielle dès que ses éléments constitutifs seront repérés, dans tel ou tel mécanisme consensuel. Cependant, le contrat processuel ne pourra exister pleinement dans la sphère

---

<sup>151</sup> G. ROUJOU DE BOUBEE, « Essai sur l'acte juridique collectif », *LGDJ*, 1961, p. 15 : « il faut par conséquent admettre qu'existent des accords de volonté qui ne sont point des contrats : ce sont des actes collectifs, c'est-à-dire des concours de volonté qui ont toutes le même contenu, et qui tendent toutes vers la réalisation d'un même but ».

<sup>152</sup> L. CADIEU, « Propos introductifs : « faire lien », *op. cit.*, p. 172.



juridique des parties que s'il présente une utilité normative propre<sup>153</sup>. De réalité théorique, le contrat processuel doit devenir un instrument normatif d'organisation des procès. Autrement formulé, d'acte juridique existant dans la sphère subjective des parties, le contrat processuel doit pouvoir devenir un acte objectif faisant partie de l'ordre juridique. Pour cela, il sera vu que tout acte juridique processuel est doté d'une fonction normative : le contrat doit pouvoir définir un cadre procédural individuel dans un procès particulier et un cadre collectif dans tous les procès à venir au sein d'un ressort déterminé, aux fins de garantir une bonne administration de la justice<sup>154</sup>. Pourvu de fonctions normatives, le contrat processuel sera considéré comme une source du droit processuel en mesure de se substituer à l'action unilatérale des pouvoirs publics (loi, règlement) et des acteurs du conflit (acte de procédure, diligences de procédure). Le contrat processuel sera ainsi élevé au rang de « maillon de la chaîne processuelle<sup>155</sup> ». Le statut de source du droit conféré au contrat processuel permettra d'envisager son intégration dans l'ordre juridique étatique.

**17. La régulation étatique du contrat processuel.** Pour devenir un instrument efficace d'organisation des procès, le contrat processuel doit être parfaitement intégré dans l'ordre juridique. Cela impliquera d'étudier sa validité matérielle puis sa validité positive qui sont incertaines.

D'abord, la validité matérielle du contrat processuel sera déterminée au regard de sa légitimité en tant que source du droit empreinte de justice. Il s'agira de le confronter aux modèles de procès et de justice dominants pouvant refuser, tolérer ou promouvoir le contrat. La dose de contrat que l'on souhaite insuffler dans le procès doit dépendre de plusieurs considérations d'utilité et de justice à un moment donné de l'histoire d'une société. Aujourd'hui, le contrat est généralement vu comme un gage de meilleure justice substantielle et un moyen d'améliorer l'efficacité de la justice institutionnelle, grâce aux valeurs de l'amiable et de la coopération

<sup>153</sup> P. ANCEL, « Contractualisation » in « Dictionnaire de la Justice », *op. cit.*, p. 223 : « ces contrats peuvent recevoir la qualification, encore assez mal explorée en FRANCE d'actes processuels » ; l'acte processuel n'est pas qu'un acte de procédure et le contrat processuel amène à revoir les frontières et les classifications établies concernant les actes du procès.

<sup>154</sup> N. FRICERO, « L'efficacité et la qualité de la justice à l'aune de la crise économique », *JCP G.*, n° 43, 20 oct. 2014, 1068 ; S. AMRANI-MEKKI, « Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire », *JCP G.*, supplément au n° 13, 26 mars 2018, p. 63 et « L'acte de procédure d'avocats, signe d'une nouvelle ère pour la procédure civile » in « Quarante ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile », C. BLERY, L. RASCHEL (dir.), *DALLOZ*, 2016, p. 17, *spéc.* p. 25, n° 18 : « la culture de l'amiable est le nouveau leitmotiv procédural. Non seulement parce que le besoin de pacification des rapports sociaux est évident, mais aussi pour des raisons de gestion des flux. Autrement dit, il est un outil d'économie procédurale, si on veut bien se rappeler que l'économie n'est pas seulement » la diminution des dépenses ; L. CADIET, « Introduction à un cours de droit institutionnel de la justice » in « Humanisme et Justice », Mél. G. GIUDICELLI-DELAGE, *DALLOZ*, 2016, l'auteur fait le lien entre le droit processuel et l'institution judiciaire. Il précise que cette relation est à construire dans son ensemble.

<sup>155</sup> M. MEKKI, « Les incidences du mouvement de la contractualisation sur les fonctions du contrat » in « La contractualisation de la production normative », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *DALLOZ*, 2008, p. 323, *spéc.*, p. 336, n° 21, qui évoque la fonction para-juridictionnelle du contrat.

qu'il propage peut-être à tort<sup>156</sup>. Consacrer le contrat comme mode d'organisation des procès suppose donc que cet outil améliore la qualité de la justice matérielle et l'efficacité du système de justice institutionnel. Par conséquent, la qualité du règlement du litige et de l'administration de la justice dépendrait en grande partie de l'effectivité des outils contractuels qui ne cessent de se développer, d'où la nécessité de les promouvoir<sup>157</sup>. Les pouvoirs publics agissent en ce sens dans le but de faire prévaloir une organisation contractuelle du règlement des conflits sur les modes juridictionnels. Or, aucun mode ne devrait prédominer sur l'autre. Tout doit dépendre de l'orientation processuelle choisie afin de garantir le cadre procédural le plus adéquat au litige ou au ressort<sup>158</sup>. L'ambition n'est pas de substituer le cadre contractuel au cadre étatique, mais d'envisager une synergie entre les deux. L'objectif est de définir un juste équilibre procédural afin de combiner les règles contractuelles avec les règles étatiques. Il s'agira du meilleur moyen de reconnaître le contrat au sein de l'ordre juridique processuel, tout en le dotant d'un cadre normatif qui lui est propre.

Ensuite, de manière plus classique, il conviendra d'analyser la validité positive du contrat en tant que source du droit processuel empreinte de légalité. Si le droit positif connaît de nombreux accords et conventions ayant leurs propres règles, en revanche, il ne connaît pas *le* contrat processuel. En effet, il sera vu que le procès français et son droit ne laissent qu'une très faible place au *contrat* comme instrument d'organisation des procédures, contrairement aux droits brésilien et québécois qui connaissent des conventions et d'autres formes consensuelles d'aménagement processuel<sup>159</sup>. Par exemple, les principes directeurs du procès civil québécois imposent aux parties d'envisager les modes contractuels de règlement des conflits (CPC du QUEBEC, art. 1). Nos modes amiables extrajudiciaires français sont quant à eux relégués à la fin du code de procédure civile, dans le livre V. En droit positif français, contrairement au droit brésilien, l'acte juridique processuel n'est pas encadré ; la notion demeure même indéterminée

---

<sup>156</sup> Quelle est la dose d'amitié dans une transaction civile, pénale, ou administrative ? Il s'agit pour chaque acteur d'obtenir le sien en concédant quelque chose à l'autre, dans une logique de négociation plus distributive qu'intégrative. Rien d'amical en apparence, v. *infra* n° 288.

<sup>157</sup> P. JANUEL, « La médiation : étude sur un dispositif privilégié par le législateur », *DALLOZ Actualité*, 14 mai 2018 : « Mais le rapport de recherche tient à souligner qu'il "ne faudrait pas faire endosser à la médiation des missions auxquelles elle ne pourrait pas répondre comme celle de fluidification de l'activité judiciaire ou de désengorgement des tribunaux" » ; « L'évaluation de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO). Quand médier n'est pas remédier », V. BOUSSARD (dir.), *Mission Droit et Justice*, déc. 2020, v. égal. note de synthèse : la médiation est envisagée comme un moyen de désengorger les tribunaux et recentrer les juges sur leur cœur de métier, dans un débat judiciaire moins passionné. L'échec de cette mission est constaté, la majorité des justiciables étant soumis à ce dispositif ont finalement saisi le juge, de sorte que les délais pour obtenir justice augmentent ; en matière pénale, l'impact sur l'économie de la justice se mesure plus facilement. Selon les chiffres de la justice de 2019, sur 1.316.900 affaires poursuivables, 610.475 ont donné lieu à poursuites, 476.265 ont été orientées vers une procédure alternative et 64.455 ont donné lieu à une composition pénale.

<sup>158</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire », *op. cit.*, p. 70, n° 21, qui se demande si l'on se trouve dans un « Nouveau modèle de procès : vers une justice libérale ? ».

<sup>159</sup> V. *infra* n° 342, s.

en théorie générale du procès<sup>160</sup>. Les droits étrangers démontrent que le procès peut être doté d'outils normatifs contractuels. Le message est réalisable. Cependant, à défaut de régime juridique uniforme, le contrat peinera à s'imposer comme mode d'organisation des procès. En premier lieu, il sera fondamental de définir quels sont les pans de la procédure pouvant faire l'objet d'un aménagement contractuel dans le respect de l'ordre public processuel. En second lieu, s'agissant d'un accord construit sur un conflit, sa formation devra être encadrée pour protéger la volonté des cocontractants et assurer son efficacité qui demeure incertaine. En troisième lieu, il sera primordial de doter le contrat processuel d'une réelle force de contrainte et/ou d'une force d'influence pour garantir son respect par les destinataires de ses normes.

**18. Plan de l'étude.** L'illusion d'un procès de plus en plus contractuel doit être combattue. Il conviendra de « déjouer le voile de l'apparence<sup>161</sup> » afin de révéler que, ce qui est appelé « contrat », peine à devenir un instrument normatif qui régleme le cours des procès. En revanche, le contrat processuel peut être un outil normatif empreint de justice qui mérite d'être juridiquement encadré, de sa formation à son exécution.

Exister vient de *existere* c'est « sortir de », « s'élever », « se montrer » ; il s'agira donc d'abord de faire émerger la notion de contrat processuel à partir des notions du contrat substantiel et de l'étude des accords de la contractualisation. Ensuite, une fois que le contrat processuel aura été élevé de réalité théorique au rang de source du droit, il sera nécessaire de l'accueillir dans l'ordre juridique. Intégrer c'est *integrare*, « réparer », « remettre en état », puis associer et faire participer un objet dans un ensemble, pour devenir une partie constitutive du tout. En somme, après avoir révélé l'existence du contrat processuel (première partie), il conviendra d'envisager sa validité ainsi que son efficacité (seconde partie).

---

<sup>160</sup> V. *infra* n° 66, s.

<sup>161</sup> A. DENIS-FATOME, « Apparence et contrats », *op. cit.*, p. 23, n° 23.



**Partie 1 - L'existence du contrat en droit processuel**

Titre 1 - La notion de contrat processuel

Titre 2 - La normativité du contrat processuel

**Partie 2 - L'intégration du contrat processuel dans l'ordre juridique**

Titre 1 - La validité du contrat processuel

Titre 2 - Les effets juridiques des contrats processuels



## **Première partie - L'existence du contrat en droit processuel**

La contractualisation du procès repose sur multitude d'accords gravitant autour d'un noyau d'apparence contractuelle et processuelle. Dans le but de déjouer cette apparence pour révéler la contractualisation authentique, il est nécessaire de rechercher l'existence du contrat en droit processuel<sup>162</sup>. En premier lieu, il convient donc de construire la notion de contrat processuel (Titre 1). La tâche sera tenue en ce que la notion de contrat oscille entre des conceptions objectives et subjectives qui empêchent d'en fixer les contours. Cela est d'autant plus problématique en droit processuel où le contrat n'est pas réellement connu et n'a pas pour fonction immédiate d'aménager les rapports de droit substantiel. La détermination des éléments du contrat processuel permettra d'en proposer une définition qui sera éprouvée pour délimiter le champ de la contractualisation authentique. Une fois ses traits caractéristiques établis, le contrat processuel pourra exister dans la sphère de droit de ses auteurs et destinataires. Toutefois, pour exister pleinement dans l'ordre juridique, le contrat devra présenter une utilité normative certaine. En second lieu, il sera donc démontré que le contrat processuel est doté de fonctions normatives qui lui sont propres et qui permettent de l'élever au rang de source du droit processuel (Titre 2).

---

<sup>162</sup> Pour reprendre la formule de A. POSEZ, « L'(in)existence anéantit l'apparence », p. 35, n° 10 : « Aucun acte juridique n'est certes anéanti par son inexistence : à défaut pour lui d'avoir jamais été, il n'y a fondamentalement rien à anéantir. Mais celle-ci sévit au moins sur l'apparence que l'on aurait pu y voir ; et l'apparence, en droit comme ailleurs, n'est pas tout à fait le néant » ; G. TAORMINA, « Contribution à l'étude de l'apparence et de l'inexistence en matière contractuelle », thèse, PARIS, 1991.





## **Titre 1 - La notion de contrat processuel**

L'accord de volontés et les effets de droit générés sont les éléments essentiels et constants du contrat. Pourtant, leur contenu n'est pas stable et donne lieu à des interprétations doctrinales changeantes ou divergentes. Selon la conception du contrat adoptée, des manifestations de volonté croisées peuvent être inégalement qualifiées de contrats, de conventions ou de simples accords ou consensus. Le problème résulte des tentatives de transposition des théories générales du contrat substantiel aux accords de nature processuelle. Pour le résoudre, il convient d'abord d'élaborer une théorie concevant la vraie nature du contrat processuel. Il s'agit concrètement de définir ce qu'est *le* contrat processuel, à partir des notions du contrat dont l'essence varie dans le temps entre des conceptions objectives et subjectives (chapitre 1). Ensuite, à partir de la définition posée, il s'agira de révéler quels sont *les* contrats processuels existants et ceux qui n'en sont pas (chapitre 2). Autrement dit, l'objectif est de révéler la contractualisation authentique, celle qui permettra d'envisager l'organisation du procès par voie de contrat.



## **Chapitre 1 - La relativité du contrat : transposition difficile de la notion en droit processuel**

Le problème majeur est de savoir si la notion de contrat est envisageable en droit processuel, car le procès ne le connaît pas comme instrument d'organisation des procédures. La tâche n'est pas évidente, car la notion de contrat demeure instable et n'est pas vraiment adaptée aux accords des procès. Ainsi, certains accords processuels sont tantôt des contrats (transaction), des conventions (convention d'arbitrage, convention judiciaire d'intérêt public) ou de simples accords qui traduisent des manifestations unilatérales de volontés croisées, sans jamais former de contrat (absence d'opposition à la tenue de l'audience par le juge rapporteur).

D'une part, les éléments qui composent la notion de contrat sont fluctuants. Leur teneur oscille entre des conceptions doctrinales subjectives ou objectives. Cela rend plus complexe l'appréhension du contrat en droit processuel s'agissant de l'accord entre volontés et des effets de droit produits. La contractualisation fait ressurgir à tort les théories de l'autonomie de la volonté dans le procès, notamment en matière civile, alors que la volonté est généralement considérée comme contrainte en procédure pénale, ce qui empêche d'y voir tout contrat. En outre, de nombreux accords semblent ne pas produire d'obligations (composition pénale ou clause attributive de compétence territoriale en matière civile et administrative).

D'autre part, d'un point de vue plus fonctionnel, le contrat est un outil juridique essentiellement conçu pour l'échange économique. Or, l'accord processuel n'a manifestement pas pour ambition de régir des liens patrimoniaux, l'objet n'étant pas un service, ni même une chose. Par exemple, la transaction pénale, qui est un accord sur la sanction, s'en accommoderait mal ; la convention des parties portant renonciation aux audiences civiles également. Le protocole de procédure, acte collectif à destination d'autrui, n'apparaît pas non plus en mesure d'être qualifié de contrat au regard de ses effets de droit.

La notion de contrat substantiel doit donc être stabilisée pour être adaptée en droit processuel, qui ne connaît pas le contrat comme source du droit, malgré les nombreux accords qui s'y trouvent (section 1). Après avoir conçu une définition du contrat suffisamment stable pour le droit du procès, il conviendra d'établir ce qui lui donne sa dimension processuelle (section 2).

## Section 1 - Les incertitudes sur la notion de contrat substantiel

**19. L'existence d'un contrat.** Tout contrat existe en puissance dès lors que sont identifiés les éléments de sa définition conceptuelle qui servent à comprendre l'outil avant sa fonction<sup>163</sup>. Le contrat existe dès que ses traits essentiels sont caractérisés. Il s'agit de ceux qui permettent d'envisager sa formation régulière. L'essence du contrat repose sur l'accord de volontés dans le but de produire des effets de droit. Quand un accord générateur d'effet de droit est caractérisé, il est possible d'en conclure que l'acte existe d'un point de vue matériel dans l'ordre subjectif des parties qui croient y être légitimement tenues : il représente la nouvelle norme applicable à leur situation juridique. L'existence objective est quant à elle suspendue à la vérification du contrat par un juge ou un autre organe d'application du droit<sup>164</sup>.

Les conceptions du contrat oscillent entre des visions subjectives et objectives, ce qui conduit à qualifier un même accord processuel de contrat, mais également d'autre chose de plus ou moins consensuel (§1). La notion de contrat substantiel peut être définitivement fixée en renforçant l'essence du contrat, l'accord des volontés. La solidification de cet élément de définition consistera à lui confier une fonction particulière : sceller des intérêts juridiques processuels (§2).

### § 1 - Insuffisance de la notion de contrat en droit processuel

**20. Contrat versus convention.** La convention est morte ? Vive le contrat !? Cela n'est pas si évident. Avant le code civil, les juristes distinguaient le contrat et la convention. La convention pouvait rester à l'état de pacte, ou devenir un acte obligatoire quand elle était causée par des stipulations d'obligations. Avec DOMAT et POTHIER, le contrat créait un nouveau rapport de droit obligatoire entre les parties, alors que la convention, qui en était le genre, avait seulement pour objet de le modifier ou de l'éteindre<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> Certains auteurs soutiennent qu'une définition conceptuelle pure et unique du contrat serait impossible à donner. Seuls la loi et le juge seraient à même de dire si tel ou tel accord est un contrat ; v. J. ROCHFELD « Les grandes notions du droit privé », *PUF*, 2013, p. 413, n° 1 ; G. ALPA, « Le contrat "individuel" et sa définition » *RIDC*, vol. 40, n° 2, avr.-juin 1988, p. 327, *spéc.* p. 331 évoquant une définition plus fonctionnelle du contrat.

<sup>164</sup> A. POSEZ, « L'inexistence du contrat », thèse, PARIS, 2010, p. 36, n° 11, *spéc.* p. 44, s. : « il apparaît ainsi qu'il suffit pour que le contrat existe que ses éléments constitutifs se manifestent dans l'intention des parties », p. 45, n° 12 : « L'essence du contrat se réduisant à sa définition, le contrat inexistant sera celui qui n'y répondra pas » ; H. ADIDA-CANAC, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques, Rapport de la C. Cass. », 2004.

<sup>165</sup> G. ROUHETTE, « La définition du contrat et la méthode juridique française », *Droits*, n° 12, 1990, p. 59, *spéc.* p. 60 et 65 : « Par contrat (obligatoire), il fallait alors entendre Convention (à elle seule inefficace) + une des *causae obligandi*, dont la stipulation (succession formelle d'une interrogation et d'une réponse congruente : promets-tu... ? Je promets) était une figure de grande importance en raison de sa plasticité » ; J. DOMAT, « Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et *legum delectus* », t. 1, *Etienne Ganeau*, 1735, p. 19 : « On voit par cette idée générale des conventions, que ce mot comprend non -

La définition posée par l'article 1101 originaire du code civil témoigne de la différence entre les deux : le contrat était à l'origine un acte créateur d'obligation et un acte d'une espèce particulière du genre plus large, celui de la convention, qui avait pour objet supplémentaire de transmettre, modifier ou éteindre le rapport d'obligations<sup>166</sup>.

À compter de l'ordonnance de réforme du 10 février 2016, toutes ces actions appartiennent au contrat<sup>167</sup>. Il faut en conclure que la convention demeure par essence l'acte bilatéral qui produit des effets juridiques qui ne sont pas des obligations, mais qui permettent toute autre opération portant sur des droits, des prérogatives et des devoirs en tout genre, tels que la création ou la transmission des droits réels qui lient la chose à son propriétaire (la servitude conventionnelle (C. civ., art. 639) ou l'hypothèque conventionnelle (C. civ., art. 2413).

D'ailleurs, la discrimination par la création de l'obligation pour différencier contrat et convention n'a jamais été jugée utile ou pertinente par la doctrine<sup>168</sup> ; elle l'est encore moins après la réforme de 2016<sup>169</sup>, le législateur contemporain qualifiant lui-même de « contrat » des actes qui n'entrent pas dans la définition posée en ce qu'ils n'ont pas forcément de contenu

---

seulement tous les contrats & traitez de toute nature, comme la vente (...), mais aussi tous les pactes particuliers qu'on peut ajouter à chaque contrat, comme sont les conditions, les charges, les réserves, les clauses résolutoires [et] les actes même par lesquels on résout ou change (...) les contrats, les traitez, les pactes » ; R-J. POTHIER, « Traité des obligations » rééd., *DALLOZ*, 2011, p. 5, n° 3.

<sup>166</sup> C. civ., art. 1101, ant. : « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

<sup>167</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 2, qui modifie l'article 1101 du code civil ; la cession de créance, la subrogation conventionnelle ou la remise de dette, auparavant considérées comme des conventions, sont aujourd'hui des contrats (C. civ., art. 1321, 1346 et 1351), P. ANCEL, « Proposition de modification de l'article 1103 du Code civil : revenons à DOMAT ! », *RDC*, 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 1444, p. 166 : « Ne restent donc conventions "pures" que des accords qui n'ont aucun lien direct avec une obligation, tels qu'une clause de désignation de loi applicable dans un contrat international, une convention de prorogation de compétence juridictionnelle, ou encore un contrat-cadre qui se contenterait de définir les conditions des accords ultérieurs entre les parties sans créer immédiatement aucune obligation directe à leur charge (et qu'il vaudrait mieux, pour cette raison, appeler convention-cadre)... On a du mal à trouver d'autres exemples » ; M. LATINA, G. CHANTEPIE, « Le nouveau droit des obligations » 2<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2018, p. 79, n° 80.

<sup>168</sup> A. BENABENT, « Droit des obligations », 16<sup>ème</sup> éd., *LGDJ*, 2017, p. 32, *spéc.* n° 15 : « La pratique s'est cependant instaurée de parler indifféremment de contrat ou de convention, et c'est cette pratique qu'a consacré la nouvelle rédaction de l'article 1101 » ; D. HOUTCIEFF, « Droit des contrats », 3<sup>ème</sup> éd., *Bruylant*, 2017, p. 79, n° 61.

<sup>169</sup> J-L. AUBERT, F. COLLART-DUTILLEUL, « Le contrat. Droit des obligations », 5<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2017, p. 11 : « le contrat prend la place de la convention qui devient un concept résiduel et polysémique. Ce concept sert désormais à qualifier ce qui est conventionnel par rapport à ce qui est unilatéral (art. 1100-1), légal ou judiciaire (art. 1153, 1158 et 1159, 1310, 1343-1, 1368) ou, au pluriel, à faire référence au contenu du contrat (1368). La définition de la convention qui en résulte se rapproche du langage ordinaire pour englober ce qui est convenu ».

obligationnel : les contrats-cadres (C. civ., art. 1111)<sup>170</sup>, les promesses de contrat (C. civ., art. 1123 et 1124)<sup>171</sup>, les contrats sur la preuve (C. civ., art. 1354), les contrats de transaction<sup>172</sup>.

**21. Contrat versus convention en droit processuel.** En droit substantiel, la dilution de la convention dans le contrat paraît de moindre importance, car la convention et le contrat y sont déjà bien connus. Ils sont depuis toujours les outils normatifs qui aménagent la situation juridique substantielle des parties.

Or, en matière processuelle, la différence entre la convention et le contrat n'est pas si vaine que cela. La convention y est justement volontairement employée pour désigner, de manière générique, les accords du procès dont la formation, l'exécution et surtout le contenu non obligationnel sont trop éloignés de la figure civiliste contractuelle traditionnelle, celle de la vente fondée sur l'échange à des fins économiques. Ainsi, l'accord des parties pour imposer au juge de statuer en équité serait plutôt une convention qu'un contrat (CPC, art. 12).

Parler de convention pour désigner de manière générique les accords du procès est malvenu, au moins dans un premier temps. Si la convention et le contrat peuvent se confondre en droit substantiel, car la convention peut demeurer l'acte bilatéral producteur d'effet de droit, l'assimilation est trompeuse en droit processuel. En effet, nul besoin de commencer à diluer les catégories juridiques dans un domaine qui n'est pas une terre naturelle de contrat (ni de convention) et dans laquelle le pouvoir de la volonté de modeler les comportements processuels est hypothétique. Pour la suite des propos, il faudra préférer le terme d'« accord », puis, s'il existe, de contrat.

---

<sup>170</sup> N. DISSAUX, « Les mystères du contrat cadre », *AJ contrat*, 2017, p. 104 ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.*, 1999, p. 771, *spéc.* n° 23, s ; d'autres auteurs, attachés à la définition positiviste du contrat créateur d'obligations ont pu y voir un acte générant une obligation de négocier de bonne foi, une obligation de ne pas compromettre les futurs contrats d'application ou encore l'obligation de se soumettre aux conditions fixées par le contrat-cadre, ce qui n'est rien d'autre que son effet obligatoire qui n'est pas une obligation.

<sup>171</sup> M. FABRE-MAGNAN, « L'engagement du promettant : engagement au contrat préparatoire », 1<sup>er</sup> avr. 2012, *RDC*, n° 2, p. 633 ; G. WICKER, « L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif », 1<sup>er</sup> avr. 2012, *RDC*, n° 2, p. 649 ; v. cependant, récemment, pour le pacte de préférence, Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 déc. 2018, n° 17-23321, note S. BARRY, « Détermination de la nature de l'obligation du promettant d'un pacte de préférence et élargissement de son champ d'action », *LPA*, 14 mars 2019, n° 53, p. 12, globalement du même auteur, « Le droit du bénéficiaire d'avant-contrats », thèse, TOULOUSE, 2019, *spéc.* p. 44, s.

<sup>172</sup> M. REVERCHON-BILLOT, « Transaction », *Rép. proc. civ.*, 2018, n° 198 : « Elle ne saurait créer des obligations et n'a donc pas d'effet constitutif (...). La transaction a seulement pour effet de reconnaître et de consolider les droits que les parties ont ou prétendent avoir » ; v. sur le caractère obligationnel alternatif, L. MAYER, « La transaction, un contrat spécial ? », *RTD civ.*, 2014, p. 523 : « La transaction est assortie d'un grand nombre d'effets qui n'ont manifestement rien de particulier : ceux qui correspondent aux concessions autres qu'une renonciation à un droit d'action. Création d'obligations nouvelles, transfert de droit réel ou cession de créance, extinction d'un droit de créance non litigieux, découlent sans difficulté du jeu de l'article 1134 du code civil ».

**22. Théorie générale du contrat versus droit positif.** Le discours du contrat porte sur sa théorie générale. Plus l'analyse s'éloigne des figures traditionnelles bâties sur le modèle romain de l'échange entre patrimoines, plus la première des théories générales du contrat subit des affronts. Il existe sans doute autant de théories générales que de penseurs, bien qu'elles aient plus ou moins des traits communs<sup>173</sup>. Il doit exister un va-et-vient permanent entre les théories générales et le droit positif du contrat civil. Ce droit demeure le système juridique de référence, mais, à l'heure actuelle, ce droit commun apparaît plus pernicieux pour la démonstration de l'existence du contrat processuel. En effet, la doctrine processualiste voit d'abord le contrat sous le prisme du droit des contrats civils substantiels, ce qui est assez regrettable, puisque d'apparence, les accords du procès semblent se situer sur le plan juridique processuel. C'est donc à partir des théories de l'acte juridique et du contrat que le contrat processuel sera esquissé.

**23. Consensus sur la définition du contrat.** De l'autonomie de la volonté au positivisme normativiste, en passant par le solidarisme et le volontarisme social et tout courant intermédiaire, les visions du contrat se sont succédé depuis le premier code civil et vivent maintenant l'une à côté de l'autre. Malgré cela, la définition du contrat fait toujours « consensus »<sup>174</sup>. C'est un accord de(s) volonté(s) (I) en vue de créer des effets de droit (ou créer un rapport de droit(s), une modification de l'ordonnement juridique<sup>175</sup> (II).

Très compréhensible à première lecture, cette définition du contrat est englobante, mais dépouillée, elle n'apporte rien, si bien qu'elle regorge de potentialités pour embrasser le plus grand nombre de situations<sup>176</sup>. Le contrat est devenu « une formule incantatoire et est, actuellement, l'objet d'une véritable inflation verbale<sup>177</sup> ». Le discours du contrat est en crise, car les figures d'apparence contractuelle se multiplient et rentrent difficilement dans les moules connus<sup>178</sup>. Si les termes de la définition font consensus, ils dissimulent le caractère relatif de la

---

<sup>173</sup> Le code civil consacre, de manière désuète, la théorie de l'autonomie de la volonté et prévoit des mécanismes juridiques qui ne peuvent pas s'en accommoder, v. T. REVET, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *RDC*, 4 juin 2019, n° 2, p. 106.

<sup>174</sup> J. ROCHFELD, « Les grandes notions du droit privé », *op. cit.*, p. 414, n° 1 ; M. LATINA, « Contrat : généralités », *Rép. dr. civ.*, 2017, *spéc.* n° 159.

<sup>175</sup> R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat » in « Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit », Mél. J.-L. AUBERT, *DALLOZ*, 2005, p. 211, *spéc.*, p. 215 : « Le contrat est l'acte créateur d'effets juridiques obligatoires, et il n'est que cela » ; « Terminologie contractuelle commune », Association Henri CAPITANT, B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *Société de législation comparée*, vol. 6, 2008, p. 20 : « Tous les systèmes observés et les textes analysés dans le cadre de l'acquis tant communautaire, qu'international s'accordent sur une définition étroite du contrat : le contrat est considéré, dans cette approche restrictive, comme un accord de volontés en vue de produire des effets juridiques ».

<sup>176</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Droit des obligations 1 - Contrat et engagement unilatéral », 4<sup>ème</sup> éd., *PUF*, 2016, p. 210, n° 179.

<sup>177</sup> M. MEKKI, « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », *RDC*, 1<sup>er</sup> avr. 2006, n° 2 p. 297 : « Il est aussi un discours. Par voie de conséquence, ce que le mot contrat gagne en extension il le perd en compréhension » ; P. ANCEL, « Sur une approche nominaliste du contrat » in « *Liber Amicorum* », Mél. F. COLLART-DUTILLEUL, *DALLOZ*, 2017, p. 5, citant MM. D. MAZEAUD et T. REVET, « "il y a contrat... et contrat, et plus cette figure générique gagne en étendue, plus elle perd en intensité." ».

<sup>178</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 357, *spéc.* n° 4 :

notion qui ne cesse de s'accommoder des évolutions économiques et sociales retranscrites dans les constructions théoriques qui ont accompagné les siècles et qui vivent toujours côte à côte. L'instabilité du contrat substantiel provient d'une oscillation entre des conceptions théoriques plus ou moins subjectives ou objectives. À condition de trouver un juste milieu stable, la notion de contrat deviendra elle-même suffisamment certaine pour envisager une définition conceptuelle en matière processuelle.

## I - L'accord des volontés entre subjectivisme et objectivisme

L'étude de la volonté résulte de nombreux travaux sur l'acte juridique qui s'appliquent au contrat. La volonté contractuelle est appréciée tantôt de manière plus subjective comme de la volonté interne (c'est la volonté manifestée de produire les effets juridiques recherchés) (A), tantôt de manière plus objective (c'est la manifestation de volonté de produire les effets juridiques déclenchés) (B). Le choix pour l'une des deux théories s'avère malaisée et injuste, quand il s'agit, *in fine*, de l'utiliser pour vérifier l'existence du contrat sur les terres du procès.

### A - Les conceptions subjectives de l'accord des volontés

**24. Un accord de volontés toujours présent.** Sauf pour les normativistes classiques comme Kelsen ou M. le professeur ROUHETTE, les théories étudiées font de la volonté individuelle l'élément essentiel du contrat<sup>179</sup>. La théorie autonomiste ne trouve désormais écho que dans le principe de la liberté contractuelle<sup>180</sup>, fortement atténué<sup>181</sup>, même s'il est constitutionnellement consacré<sup>182</sup>.

**25. De la volonté psychologique (manifestée) à la manifestation de volonté.** La théorie jus-naturaliste de l'autonomie de la volonté conçoit l'Homme à l'état de nature. Sa volonté est le moteur de ses actions. Dans une théorie de l'autonomie de la volonté plus raisonnée, l'être

---

« Le contrat n'est plus vraiment ce qu'il était. DEMOGUE déjà n'en disait-il pas "le contrat qui est chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre c'est se transformer en restant dans une certaine direction générale" ».

<sup>179</sup> J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, « Droit civil. Les obligations », t.1. « L'acte juridique », *op. cit.* p. 119 : « l'accord de volonté est reconnu comme l'élément dynamique et somme toute vital du contrat ».

<sup>180</sup> M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.*, 2015, p. 816 ; P. DUPICHOT, « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC*, 1<sup>er</sup> mars 2013, n° 1, p. 387.

<sup>181</sup> J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.*, 1990, p. 7 : « Il reste alors possible de parler d'une certaine autonomie de la volonté, indissociable d'une certaine liberté contractuelle », dans les limites de la loi.

<sup>182</sup> H. BARBIER, « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat », *RTD civ.*, 2013, p. 832 ; P. TERNEYRE, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *AJDA*, 1998, p. 667.



humain est un agent qui agit dans les faibles limites que l'État lui impose. La volonté n'est pas auto-fondatrice et sa place est réduite à ce que le Droit permet. Malgré tout, la volonté reste puissante en ce qu'elle demeure ce que chacun possède dès sa naissance et devient le moyen d'interagir en société pour organiser les rapports économiques et sociaux. L'idéologie individualiste considère que les individus sont égaux et qu'ils peuvent réaliser leurs désirs ensemble au moyen de cette volonté dite interne ou psychologique. Elle constitue le fondement du contrat et des obligations contractuelles permettant aux agents du droit de se lier entre eux. Cependant, la volonté interne doit être extériorisée du for intérieur de l'individu pour ne pas relever de l'art divinatoire. Les volontés exprimées dans le monde sensible et qui se rencontrent achèvent alors le processus contractuel, œuvre de justice et d'égalité parfaite.

**26. Déconstruction de la vulgate autonomiste.** Le dogme de l'autonomie de la volonté raisonnée a subi les assauts répétés des positivistes normativistes. Pour KELSEN, la volonté est résiduelle face à l'autorisation de la loi de passer un contrat<sup>183</sup>. Pour les normativistes, le contrat trouve sa place dans un système juridique composé de normes hiérarchisées jusqu'à la norme fondamentale qui se situe au sommet. Comme toute norme, la norme contractuelle existe quand elle respecte la procédure de création formelle imposée par la norme supérieure (conformité dynamique). Lorsque l'acte contractuel est édicté, il est supposé être valide et donc existant sur la scène juridique<sup>184</sup>. Dans ce système pyramidal, le contrat trouve sa raison d'être dans une norme habilitante, une norme qui autorise les sujets de droit à tisser des relations juridiques pour organiser leurs rapports commerciaux et sociaux. Le contrat est donc à la fois perçu comme un acte d'exécution d'une norme supérieure et un acte producteur d'une norme inférieure, la volonté étant perçue de manière résiduelle comme le déclencheur de l'habilitation législative accordée.

**27. Le déclin de la volonté dans le contrat.** La volonté s'est révélée de plus en plus impuissante pour régir les comportements des cocontractants. La montée des dirigismes et des interventionnismes étatiques au cours du XX<sup>ème</sup> siècle ne l'a pourtant pas annihilée. La volonté s'est inlassablement relevée aux prix de concessions forcées qui ont pu la dénaturer. Dans de nombreux contrats, la part productrice de la volition est si réduite que l'acte s'éloigne fortement

---

<sup>183</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « KELSEN et la théorie générale du contrat », *Actualité de KELSEN en FRANCE*, 2001 ; P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans KELSEN », *RRJ*, 1999-1, p. 47.

<sup>184</sup> Pour une synthèse, E. MILLARD, « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », *Les juristes et la hiérarchie des normes*, n° 21, 2013, p. 163 ; R. LIBCHABER, « L'ordre juridique et le discours du droit », *LGDJ*, 2013, p. 59, n° 52 ; P. BRUNET, « Michel TROPER et la "théorie" générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits*, n° 37, 2003/1, p. 87.

de la figure contractuelle traditionnelle bâtie sur la vente. La flamme de la volonté devient de moins en moins incandescente. Les statuts légaux de plus en plus nombreux réduisent la vigueur de la volonté pour déterminer le contenu contractuel. Les effets de droit ne résultent donc plus seulement de la volonté, mais du droit objectif qui impose des normes auxquelles les parties ne peuvent échapper. En droit processuel, le statut se développe également. Il est possible d'invoquer la médiation en droit de la consommation, les règles encadrant ce processus de la demande de médiation à la solution proposée par le médiateur<sup>185</sup>. Ce corps de règles est justifié par la position du consommateur, considéré comme une partie faible devant pouvoir faire valoir ses droits en cas de conflit avec le professionnel.

Dans certains contrats, la puissance de la volonté d'une partie, appelée partie forte, est réduite au profit d'une autre appelée partie faible. Il est fréquemment énoncé que la première peut imposer unilatéralement ses conditions contractuelles à la seconde (contrats de distribution par exemple). La négociation, qui formait le terrain de l'expression précontractuelle des volontés, n'existe plus dans tous les contrats, la plupart étant désormais des contrats d'adhésion, des contrats qui ne sont pas négociés.

Au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, il est donc affirmé que la part du contrat régresse et que l'acte unilatéral, le statut et l'institution progressent.

**28. La renaissance de la volonté dans le contrat.** La volonté s'avère impuissante pour générer tout effet de droit. C'est à partir des travaux sur l'acte juridique qu'un premier correctif a été opéré. MARTIN DE LA MOUTTE a commencé par constater que l'acte juridique était défini comme la manifestation de volonté de produire des effets de droit et le fait juridique comme l'acte volontaire ou involontaire auquel la loi attache des effets de droit. Selon lui, les faits juridiques volontaires sont susceptibles de se brouiller avec les actes juridiques quand l'auteur du fait juridique recherche la production des effets de droit qui s'y attachent. Il a donc corrigé la définition de l'acte juridique en faisant du lien entre la volonté juridique et les effets de droit une donnée nécessaire<sup>186</sup>. L'acte juridique n'existe plus que lorsque les effets de droit sont exclusivement le fruit de la volonté interne qui s'est manifestée.

---

<sup>185</sup> C. conso, art. L. 611-1 s. et R. 612-1, s. On pourrait même en extraire, notamment, un droit d'accès à la médiation (art. L. 612-2 et R. 612-1), un droit à l'information sur le processus de la médiation (R. 612-4), outre la célérité du processus (R. 612-5).

<sup>186</sup> J. MARTIN DE LA MOUTTE, « L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil », *Sirey*, 1951 ; F. CLEMENT, « L'acte juridique irrégulier efficace. Contribution à la théorie de l'acte juridique », thèse, PARIS, 2017, p. 53, n° 65 et p. 105, n° 145, M. CLEMENT retenant une vision plus objective de l'acte juridique : c'est la volonté manifestée de produire une norme, l'acte de volonté étant vu dans une conception procédurale. Il souligne que DURMA et CAPITANT opérait déjà un lien de nécessité avant monsieur MARTIN DE LA MOUTTE.

Il y a deux façons de concevoir ce lien. Soit, tous les effets doivent exclusivement résulter de la volonté manifestée, c'est le lien téléologique brut. Soit le lien est dit nécessaire et le contrat existe quand les parties ont pu déterminer son cœur normatif par le jeu des volontés croisées<sup>187</sup>, peu importe que d'autres conséquences juridiques légales se rattachent automatiquement à l'action de la volonté des individus, bien qu'elles n'en soient pas le fruit<sup>188</sup>. Seuls les effets de droit que la volonté est capable de produire forment la matière de l'acte juridique.

L'acte juridique et le contrat sont habituellement présentés comme des actes formant un lien téléologique brut entre la volonté et les effets de droit. Le lien entre l'accord et les effets générés transparait pourtant avec peu d'évidence dans la définition formelle du contrat donnée par les auteurs privatistes et le code civil après la réforme de 2016<sup>189</sup>. Ce qui est sûr, c'est que la puissance de la volonté est tempérée et limitée à ce que le droit objectif prévoit<sup>190</sup>.

Avec les travaux sur le lien de droit nécessaire entre l'accord des volontés et les effets de droit, le pouvoir de la volonté juridique extériorisée se réduit progressivement. Pour démontrer que l'acte juridique ne se conçoit pas dans une bulle étanche faite exclusivement de données subjectives, M. Jean HAUSER a expliqué que les situations juridiques qui naissent de l'action des individus oscillent entre l'impulsion de la volonté interne et les données objectives qui lui sont étrangères (le Droit et le fait)<sup>191</sup>. Plus l'action résulte des données subjectives, plus elle peut être constitutive d'un acte juridique (la déclaration de paternité). Plus elle penche vers les données objectives, plus elle risque d'être un fait juridique (le délit). Ainsi, l'obligation de sécurité qui ne découle pas de la volonté, mais de l'existence d'un contrat de transport ou

---

<sup>187</sup> S. LEQUETTE, C. BRENNER, « Acte juridique », *Rép. dr. civ.*, 2019, n° 25 : « L'exigence d'un lien de nécessité unissant la volonté à l'effet de droit stabilise en effet la qualification en la rendant indépendante des fluctuations subjectives d'intention. Certes, il ne peut être raisonnablement exigé que ce lien caractéristique de l'acte juridique unisse la volonté à tous les effets de celui-ci. Il suffit qu'elle soit nécessaire à la réalisation des effets qui sont naturellement envisagés comme constituant l'objet de l'acte au sens strict ».

<sup>188</sup> Plus techniquement, auparavant, la volonté de l'agent envisageait les effets de droit produits comme le but de l'acte. Désormais, la manifestation de la volonté qui détermine le résultat juridique désiré constitue l'objet de l'acte. Le lien téléologique entre la volonté et toutes les conséquences juridiques qui en sont issues est remplacé par un lien de nécessité. Cela permet de donner une lecture exacte de l'acte juridique alors que tous les effets qui peuvent s'y rattacher ne sont pas forcément issus de la volonté manifestée, mais résultent de la loi ou du fait auquel la loi attache des effets.

<sup>189</sup> Même le lien téléologique qui relie la volonté aux effets de droit qui sont l'objet, le but désiré, n'apparaît pas de manière flagrante à la lecture des articles 1100-1 et 1101 du code civil.

<sup>190</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER, « Traité de droit civil. Introduction générale », t. 1, 5<sup>ème</sup> éd., *LGDJ*, 2018, p. 25, n° 22 : « Dans le même sens - *que Kelsen* - nous avons écrit : "Ce qui est essentiel c'est de bien réaliser que le contrat n'est pas seulement créateur de droits, mais plus fondamentalement qu'il crée du droit, c'est-à-dire des règles juridiques. Certes celles-ci sont par nature inférieures à la loi, ce qui explique, notamment que leur contenu échappe dans une large mesure à la volonté des parties" » ; J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, « Droit civil. Les obligations », t.1. « L'acte juridique », *op. cit.* : ils considèrent le contrat comme une œuvre de volontarisme social. Il ne s'agit pas de donner une pleine puissance à la volonté qui doit se conjuguer entre le respect de la liberté laissée aux individus pour régir leurs échanges économiques et le respect des intérêts vitaux de la société d'ordre public ou général.

<sup>191</sup> J. HAUSER, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique », *LGDJ*, 1971, p. 282, n° 159, le critère de l'acte juridique se trouve dans le lien entre la volonté et les éléments objectifs de l'acte juridique.

d'entreprise n'empêche pas cette qualification de perdurer et de mettre en jeu la responsabilité contractuelle.

**29. Le contrat, synthèse des données subjectives et objectives.** M. le professeur WICKER a repris les travaux de M. Jean HAUSER. Il fait de la dialectique entre les données subjectives et objectives, la marque de l'existence de l'acte juridique qui produit du droit en vue de satisfaire un besoin personnel et juridique<sup>192</sup>. La cause de l'acte juridique, élément de sa validité, devient l'outil du dialogue. Elle est la variable d'ajustement qui subit les fluctuations de la force de la volonté et des données objectives. L'acte juridique existe quand la satisfaction des intérêts de l'agent se réalise au moyen des effets de droit engendrés. Il faut en déduire que le contrat peut être cet acte qui ne prévoit pas tous les effets de droit qui naissent après sa formation. Pourvu que les effets de droit voulus soient ceux qui permettent la satisfaction d'un besoin personnel. Par exemple, le contenu d'un contrat de travail ne résulte jamais complètement de la volonté des parties, mais ce contenu est le seul moyen de satisfaire les intérêts juridiques en présence. La plupart des analyses privatistes mettent en concurrence la volonté avec les données objectives juridiques et factuelles. Se dessine alors un nuancier de la volonté plus ou moins libre, que chacun utilise à sa guise, au regard des accords analysés. En droit processuel, les parties à un arbitrage choisissent ce processus et l'institution d'arbitrage qui l'organisera, mais elles ne définissent pas le contenu de la procédure d'arbitrage réglée par le règlement en vigueur au sein de l'institution. Elles ne font qu'opter pour un statut d'arbitrage défini par le centre d'arbitrage.

## **B - Les conceptions objectives de l'accord des volontés**

**30. La fonction normative du contrat.** Des auteurs ont voulu proposer des options plus radicales pour désincarner la volonté de toute considération subjective. M. le professeur AMSELEK a réactivé<sup>193</sup> les propos d'EISENMANN, qui avait lui-même repris les écrits de KELSEN. Les propos conduisent à faire de la volonté une donnée objective qui se fonde dans ce qu'il convient d'appeler l'intentionnalité juridique. Ces auteurs se focalisent avant tout sur la norme

---

<sup>192</sup> G. WICKER, « Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique », *LGDJ*, 1997, p. 105, n° 106 : l'auteur en conclut que l'acte juridique est « toute situation nouvelle établissant une combinaison de la volonté et d'éléments objectifs en vue de produire un résultat de droit destiné à satisfaire un besoin individuel, ou, plus largement, une fin particulière à un ou plusieurs sujets ». C'est le lien qui unit la volonté aux données objectives qui permet de comprendre que le résultat envisagé peut être le fruit de l'action de l'individu. Cette conception permet de conserver un trait d'union entre les théories subjectivistes et objectivistes grâce à la cause de l'acte juridique qui est tout à la fois l'expression d'un désir (la volonté) et du besoin de prendre l'opération juridique tolérée (le Droit).

<sup>193</sup> P. JESTAZ, « Une révolution "inaperçue". À propos de l'acte juridique », *RTD civ.*, 2014, p. 67.

qui ne peut plus se détacher pleinement de l'individu qui la prononce. M. le professeur AMSELEK estime que l'acte juridique est un acte de langage dont la théorie se résumerait à concevoir que dire quelque chose, c'est encore avoir l'intention de le faire<sup>194</sup>. Il distingue les actes juridiques déclaratifs, des actes prescripteurs. Les premiers enregistrent un état des choses passé ou présent<sup>195</sup> et engendrent une situation qui déclenchera des conséquences juridiques déjà prescrites ou à prescrire<sup>196</sup>. Les seconds énoncent qu'ils portent des normes qui impriment des comportements pour la conduite humaine et qui s'imposent sur le ton de l'injonction ou de la simple recommandation (recommander c'est encore instaurer une certaine conduite si l'auteur possède une autorité suffisante). Les actes juridiques, qu'ils soient déclaratifs ou prescripteurs, énoncent donc ce qui est ou ce qui doit être.

Énoncer l'état des choses présent ou à venir, c'est dire quelque chose avec autorité pour régir les comportements. Pour M. le professeur AMSELEK, ce sont les actes juridiques prescripteurs de comportements qui posent des normes modélisant l'action des individus. Ils sont en principe édicté par les institutions dirigeantes de l'État qui exercent un pouvoir public. Par exception, ces normes peuvent aussi être prises par des particuliers, car l'autorité publique a choisi de se déposséder d'une portion de son pouvoir normatif au profit d'autorités individuelles qui sont habilitées à produire du droit pour elles-mêmes ou pour autrui<sup>197</sup>. Selon l'auteur, tous les actes juridiques sont des actes de langage intersubjectifs, accomplis au regard d'autrui, reçus par ceux qui se sentent visés. Ce sont des actes locutoires, car ils portent un énoncé, et des actes illocutoires, car cet énoncé est pourvu d'une signification ; une signification qui porte un message de l'impératif catégorique. Ceux qui les prennent manifestent toujours l'intention de montrer qu'ils le font avec autorité en vertu d'une habilitation normative déclarée. M. le professeur AMSELEK considère alors que le contrat est toujours un acte de langage prescripteur pouvant comporter marginalement des énoncés plus déclaratifs.

---

<sup>194</sup> P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles EISENMANN », *APD*, n° 32, 1987, p. 305 et « Philosophie du droit et théorie des actes de langage » in « Théorie des actes de langage, éthique et droit », P. AMSELEK (dir.), *PUF*, 1986, p. 109, *spéc.* p. 110 ; C. GRZEGORCZYK « Le rôle du performatif dans le langage du droit », *APD*, n° 14, 1974, p. 229 ; Z. ZIEMBINSKI, « Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement » in « Théorie des actes de langage, éthique et droit », *loc. cit.*

<sup>195</sup> P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles EISENMANN », *op. cit.* p. 329 : la reconnaissance d'un enfant naturel, la déclaration d'un état de guerre, la proclamation des résultats d'un vote, la nomination d'un agent public, la validation, ratification, homologation d'un acte, *etc.*

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 334 : les actes juridiques sont pour le professeur AMSELEK « des actes de dire (ou des succédanés d'actes de dire) institués par la réglementation juridique pour l'exercice de compétences d'autorité publique ou non publique ; ces actes de dire ont vocation à manifester soit la prescription de normes, de commandements ou de recommandations à suivre, et notamment de commandement ou de recommandations juridiques, soit l'établissement de certaines situations appelant le jeu de régimes juridiques correspondants déjà prescrits ou, le cas échéant, à prescrire ».

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 319 : « Il peut s'agir aussi, éventuellement, d'actes de gouvernement sur soi-même, comme dans le cas du contrat synallagmatique ou de la promesse - c'est ce qui vise à exprimer l'idée classique d'"autonomie de la volonté" - ; mais ces actes sont manifestés aux autres, accomplis au regard d'autrui dans un contexte intersubjectif », v. p. 332.

**31. La volonté, un filtre mécanique.** L'intention juridique secrétée par l'acte de dire n'est rien d'autre que la manifestation d'une volonté qui envisage des effets de droit. Mme le professeur Lucie MAYER a pu affiner la conception de M. le professeur AMSELEK. Elle considère que le prononcé d'un énoncé d'autorité équivaut à manifester la volonté d'agir en ce sens<sup>198</sup>. Elle explique la volonté qui anime la prise de l'acte juridique et ses effets comme une volonté objectivée. L'objectivisation de la volonté se réalise parfaitement au travers de la manifestation de volonté. Elle expose que, lorsque les auteurs parlent de volonté manifestée ou de manifestation de volonté, ils font presque tous écho à la volonté interne qui s'est dévoilée au monde sensible<sup>199</sup>.

Pour madame le professeur MAYER, la manifestation de volonté se conçoit sans lien avec la volonté interne. Se demander si l'acte juridique existe, c'est rechercher la manifestation de volonté objective exigée par le droit dans le but de produire l'effet de droit envisagé. En résumé, la manifestation ou l'extériorisation de la volonté doit agir comme un filtre entre la volonté interne et ce qui en ressort. La volonté interne manifestée doit disparaître derrière son expression concrète<sup>200</sup>, la manifestation de la volonté. Cela ne veut pas dire que la volonté interne disparaît à jamais. Elle sera seulement réactivée, une fois l'acte formé, s'il est besoin de vérifier la réalité des consentements ou si l'effet de droit produit était véritablement celui qui était recherché.

**32. Les manifestations des volontés croisées.** Pour les subjectivistes, l'accord des volontés repose sur la coïncidence de deux volontés internes sur le même effet de droit envisagé<sup>201</sup>. Le contrat se forme dès que les consentements sont échangés<sup>202</sup>. Pour les objectivistes, le contrat

<sup>198</sup> L. MAYER, « Actes du procès et théorie de l'acte juridique », *IRJS*, 2009, p. 137, n° 138, s., et p. 163, n° 164, s.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 164, n° 166 : « L'immense majorité des auteurs estiment que l'élément véritablement moteur des effets juridiques est la volonté en tant que telle ». « Ainsi, même lorsqu'elle est décrite comme un élément moins important que sa manifestation, la "volonté interne" est toujours considérée par ces auteurs comme un élément de définition de l'acte juridique ».

<sup>200</sup> L. MAYER, « Actes du procès et théorie de l'acte juridique », *op. cit.*, p. 168, n° 169, l'effacement doit être d'autant plus fort dans les cas de manifestations plures de volontés comme le contrat : « En effet, le contrat devrait être défini comme le comportement de deux ou plusieurs individus qui se disent les uns aux autres qu'ils veulent le même effet de droit. (...) Ainsi, l'expression "accord de volontés" peut aussi bien désigner un échange verbal, et donc matériel, de propositions concordantes qu'une harmonie spirituelle de volontés internes », cette dernière proposition étant bien sûr à bannir.

<sup>201</sup> Y. GUENZOU, « La notion d'accord en droit privé », *LGDJ*, 2009, p. 129, n° 126 : « le consentement vient masquer la volonté pour n'être que manifestation (...). Le rôle de la volonté est essentiel, certes, mais ses tares que sont l'invisibilité, la folie, la fugitivité et l'inconstance incitent à la désacraliser, voire à l'écarter du débat juridique ». Dans sa thèse, M. le professeur GUENZOU a cherché à disséquer la formation du contrat et à extraire l'accord du contrat. Cela s'explique parce qu'il cherche la vitalité de l'accord des volontés en dehors de l'habit contractuel. Avec un vocabulaire différent, il explique sensiblement la même chose, bien qu'il reste plutôt partisan de la volonté interne. En effet, selon lui, l'échange des consentements est l'outil technique qui consacre l'accord des volontés, l'outil métaphysique et M. le professeur GUENZOU de concevoir alors la création du contrat comme le processus suivant : volontés internes rapprochées - volontés internes manifestées - volontés internes scellées (ce qu'il appelle échange des consentements).

<sup>202</sup> M-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.

se forme dès que les manifestations de volontés, celles qui se signalent vouloir contracter se rencontrent. Pour former un contrat, les volontés contractuelles doivent se croiser et non être simplement juxtaposées ou concordantes. Par exemple, deux volontés internes déclarées qui envisagent le même effet de droit ne forment pas nécessairement un contrat quand cet effet de droit ne découle pas d'une telle manifestation. *A contrario*, des manifestations de volonté objectives peuvent être matière à contrat, bien qu'elles demeurent parallèles et les seules à pouvoir obtenir la norme envisagée. Cela permet aussi de comprendre la liberté contractuelle détachée du mythe originel de l'autonomie de la volonté. Libre de contracter, l'individu passe un contrat dès que cela constitue le seul moyen de produire le résultat normatif attendu, même quand la loi l'impose (contrat forcé). En matière processuelle, certains accords sur le principe d'un mode amiable sont imposés à peine d'irrecevabilité de la demande (CPC, art 750-1, CJA, art. L. 213-11). Ainsi, les parties à un conflit sont amenées à conclure de manière forcée une convention sur le principe d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative. Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne s'agit pas d'un contrat, étant précisé que seule la volonté des parties peut déclencher un tel processus amiable<sup>203</sup>.

La volonté contractuelle oscille donc entre deux grandes conceptions du contrat, subjectives et objectives. L'effet de droit résultant plus ou moins de la volonté interne ou manifestée est, par voie de conséquence, d'autant plus instable. Tout cela perturbe la lecture des accords processuels assez mal connus.

## **II - L'effet de droit, entre obligations et modification de la situation juridique**

**33. Présentation des effets juridiques du contrat.** Toutes les actions de la volonté ne sont pas source de droit. Cependant, à moins que l'engagement ne relève manifestement d'un autre ordre normatif (religion, honneur, morale) tout accord des volontés est à potentialité juridique<sup>204</sup>. L'intentionnalité juridique est à supposer, car la manifestation de volonté se conçoit dans un système dit panjuriste, où le droit se saisit de tout.

En ce qui concerne les effets produits par le contrat, la doctrine évoque classiquement la création d'obligations, ou toute autre opération sur ces obligations, pourvu que la situation juridique antérieure soit modifiée. Le contrat par excellence est celui qui crée des obligations

---

<sup>203</sup> V. *infra* n° 176, s.

<sup>204</sup> B. OPPETIT, « L'engagement d'honneur », *D.*, 1979, p. 10 ; ce n'est pas tant la conscience des parties de s'engager juridiquement qui compte, que la connaissance des accords pouvant être juridiques, parce que la loi ou le juge l'ont dit (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juill. 1997, n° 95-17880), P. ANCEL, « Sur une approche nominaliste du contrat », *op. cit. spéc.* p. 19 et 20.

*ob-ligare* (lier les individus), ce lien juridique entre les individus, qui agit comme un lien d'attache entre eux, le *vinculum iuris* reliant la dette à la créance<sup>205</sup>. Il appert que le contrat est de moins en moins considéré par la doctrine comme un acte uniquement créateur d'obligations (A), mais devient un acte producteur de droit (B).

## A - La lecture du contrat par l'obligation

**34. La fin de l'assimilation du contrat à l'échange.** Dans quasiment toutes les théories générales du contrat, ce dernier est le moyen d'assurer les échanges économiques entre les individus. Avant d'être du droit, il est un instrument permettant la circulation des valeurs entre patrimoines. Bâti sur le modèle du *synallagma* aristotélicien sur lequel repose la vente en droit romain et dont le code civil s'est inspiré<sup>206</sup>, le contrat est originellement vu comme l'œuvre d'un échange mutuel, une mise en relation pour l'échange de biens ayant une valeur économique. Le contrat est l'œuvre de parties « ennemies »<sup>207</sup> qui ont des intérêts opposés et qui opèrent la permutation entre patrimoines qu'elles considèrent comme la plus avantageuse pour elles, c'est la commutativité.

De l'assimilation de l'obligation à la prestation qui doit être réalisée, depuis JUSTINIEN, le contrat (*contractus*) devient l'acte qui prévoit l'exécution d'une prestation objectivée en valeur. L'acte contractuel est depuis réduit au transfert de valeur entre au moins deux patrimoines<sup>208</sup>. Les auteurs ont progressivement déconstruit l'assimilation historique du contrat à l'obligation

---

<sup>205</sup> G. FOREST, « Essai sur la notion d'obligation », *DALLOZ*, 2012, p. 240, n° 349, s., l'auteur définit d'ailleurs l'obligation de manière moniste. D'un côté la dette se situe dans le plan du droit objectif en ce qu'elle est une « norme individuelle de comportement » ou « un ordre de mission », alors que la créance relève du droit subjectif en ajoutant un droit au patrimoine du créancier portant sur l'appropriation et l'exécution de la norme de comportement. L'auteur tient le *vinculum iuris* (qu'il appelle monopole de contrainte) en élément extérieur à l'obligation. La norme contractuelle entraîne la production d'obligations. La première prédomine sur l'autre de manière hiérarchique et les sanctions au manquement des deux ne se mélangent pas. Celles qui s'attachent au maintien ou à la disparition de la norme contractuelle (résolution) ne sont pas compatibles avec celles qui s'attachent à demander l'exécution de l'obligation (exécution forcée).

<sup>206</sup> S. LEQUETTE, « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.*, 2016, p. 1148, évoquant la nécessité pour le droit des contrats d'appréhender désormais les opérations économiques de coopération à côté du contrat échange.

<sup>207</sup> D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 1<sup>er</sup> déc. 2003, n° 1, p. 295, n° 3 : « Siège de l'individualisme, le contrat était appréhendé, sinon comme un combat entre des intérêts contraires, du moins comme le creuset d'un antagonisme irréductible. » ; M-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *op. cit.*, n° 6.

<sup>208</sup> En droit romain, les notions de contrat (*contrahere*, action de contracter) et d'*obligatio* sont apparues concomitamment. LABEON (env. -50 av. J-C / 20 ap. J-C) aurait fait appel au *sunavllagma* (*synallagma*) grec d'ARISTOTE pour décrire le *contractus* (le contenu du contrat) qui repose essentiellement sur l'échange de bien/de promesse. C'est l'assujettissement entre individus, sens de l'*obligatio* qui était mis en valeur et fut repris dans les *Institutes* de JUSTINIEN (*vinculum iuris*). L'*obligatio* établit un lien de droit entre un assujetti et un dominant. La notion d'obligation, vue comme engagement et assujettissement s'est définitivement brouillée au contrat par la glose des auteurs Romains post-empire et les auteurs du Moyen-âge ; v. J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'"obligation" dans le droit de la Rome Antique » in « L'obligation », *APD*, n° 44, 2000, p. 19 ; J-F. HAMELIN, « Le contrat alliance », *Economica*, 2010, qui explique la confusion réalisée entre échange réciproque de prestations servant des intérêts opposés, l'obligation et le contrat ; B. FRELETEAU, « Devoir et incombance en matière contractuelle », thèse, BORDEAUX, 2015, p. 51, n° 34, s. ; S. LEQUETTE, « Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat », *Economica*, 2012, p. 27, n° 22, s.



et donc à l'échange entre patrimoines<sup>209</sup>. Dès lors que l'obligation peut se concevoir en dehors de l'échange et du contrat, ce dernier peut devenir autre chose qu'une permutation économique motivée par des intérêts égoïstes. Réciproquement, puisque le contrat n'est plus qu'un moyen d'échange, il peut être conçu en dehors de sa dimension obligationnelle. Ainsi, le contrat apparaît comme un lien entre individus<sup>210</sup>. Les anciennes figures contractuelles réduites au statut et à l'institution redeviennent alors des contrats, même si les parties n'ont pas d'intérêts opposés<sup>211</sup>. La dimension contractuelle et le lien de droit prennent le pas sur l'échange et les obligations. Les contractants peuvent donc avoir des intérêts convergents, voire des intérêts particuliers qui se fondent dans un intérêt supérieur, ou bien avoir plus raisonnablement un intérêt unique et commun<sup>212</sup>. Fleurissent de nouvelles figures contractuelles comme le contrat-organisation<sup>213</sup>, le contrat-alliance<sup>214</sup>, le contrat-coopération<sup>215</sup>, le contrat relationnel<sup>216</sup>, le contrat synergique<sup>217</sup>, le contrat-partage<sup>218</sup>...

**35. La fin de l'assimilation du contrat aux obligations.** La doctrine majoritaire, sans qu'elle soit positiviste ou normativiste, considère que le contrat a un contenu juridique plus large que l'obligation<sup>219</sup>. C'est avec les travaux de M. le professeur ANCEL que le contrat s'est

---

<sup>209</sup> J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français » in « L'évolution contemporaine du droit des contrats », Journées R. SAVATIER, *PUF*, 1986, p. 45.

<sup>210</sup> J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'"obligation" dans le droit de la Rome antique », *op. cit.*, *spéc.* p. 31 citant J. DE REVIGNY : « Si quelqu'un dit que la *ligatio* est la corde ou ce par quoi les bœufs sont liés, il dit mal : car la *ligatio* est ce qui résulte de l'application du lien à la chose liée... L'*obligatio* ne peut pas être appelée le lien lui-même, mais bien plutôt ce qui résulte de ce lien, ou l'effet du lien lui-même ; il lie la chose par le lien de droit (*vinculo iuris*) et de ce *ligamentum* résulte l'*obligatio* » ; E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.*, 2003, p. 455, n° 30.

<sup>211</sup> J-F. HAMELIN, « Le contrat-alliance », *op. cit.*, qui explique notamment que le contrat de mariage ou la société sont des contrats alliance ; J-P BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com.*, 1996, p. 595, rappelant les théories contractuelles et institutionnelles concernant la société pour préférer une nature mixte, certaines sociétés étant plus ou moins marquées par la tendance à l'adhésion à un simple statut légal ; l'acte constitutif de société pluripersonnelle est aujourd'hui plutôt vu comme un contrat qui organise la création d'une personne morale, la réalisation d'un projet commun et la répartition des profits, v. J. DELVALLEE, « La collégialité en droit des sociétés », *DALLOZ*, 2019, p. 74, n° 84.

<sup>212</sup> M. MEKKI, « Le contrat : entre liberté et solidarité », *Collège de FRANCE*, 2016, n° 16 : Des « "nouvelles formes de contrat" permettent une combinaison des intérêts particuliers et d'un intérêt commun contractuel moins incompatible, sinon avec le principe, du moins avec l'idée de solidarité ».

<sup>213</sup> P. DIDIER, « Le consentement sans l'échange : contrat de société » in « L'échange des consentements », M-A. FRISON-ROCHE (dir.), *RJ. Com.*, n° 11 spécial, nov. 1995, p. 74.

<sup>214</sup> A. SERIAUX, « La notion de contrat synallagmatique » in « Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle », *op. cit.*, *spéc.* p. 787, n° 5 ; v. surtout la thèse de J-F. HAMELIN, « Le contrat-alliance », *op. cit.*, *spéc.* p. 2, n° 3, s.

<sup>215</sup> S. LEQUETTE, « Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat », *op. cit.*, et « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.*, 2016, p. 1148.

<sup>216</sup> R. MACNEIL, « The new social contract : an Inquiry into modern contractual relations », *Yale University press*, 1980, repris en FRANCE par C. BOISMAIN « Les contrats relationnels », thèse, NANTES, 2004 ; H. MUIR WATT « Du contrat relationnel » in « La relativité du contrat », *LGDJ*, 2001, p. 169 ; Y-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.*, 2006, p. 1003.

<sup>217</sup> B. BERGMANS, « Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé, contribution à une théorie générale des contrats », *RRJ*, 1990, p. 411, *spéc.* n° 441.

<sup>218</sup> F. CHENEDE, « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations », *Economica*, 2008, *spéc.* p. 112, n° 121.

<sup>219</sup> G. ROUHETTE, « La définition du contrat et la méthode juridique française », *op. cit.*, n° 12 : le contrat est « une convention en vue de créer des obligations (ainsi que d'autres effets de droit, tel que le transfert de propriété) » ; M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1995, p. 85).

définitivement détaché de toute emprise du rapport d'obligation. Il a (re)mis en lumière la différence entre le contenu obligatoire du contrat et son contenu obligationnel<sup>220</sup>. Le contrat ne crée pas que des obligations, mais bien d'autres effets de droit comme le transfert d'obligation, l'extinction de l'obligation et surtout une situation juridique nouvelle, c'est-à-dire un énoncé considéré comme le modèle à suivre (ce dernier citant la clause compromissoire)<sup>221</sup>. Le contenu obligationnel est rattaché à la volonté des parties pour l'accomplir et l'exiger en cas d'inexécution des prestations, tandis que le contenu obligatoire joue pleinement entre les parties, qu'elles le veuillent ou non, à l'image d'une norme qui ne doit pas être méconnue.

La pratique contractuelle révèle, comme l'explique M. le professeur STOFFEL-MUNCK, qu'à côté des stipulations obligationnelles, qui constituent le cœur de l'acte, vivent d'autres stipulations qui sont au service de ces obligations, pour gérer leur vie, et régler les conflits<sup>222</sup>. Un contenu obligationnel principal doit donc être dissocié d'un contenu accessoire, simplement normatif. Les deux s'imbriquent avec intelligence pour la satisfaction de l'opération économique (clauses de révision, clauses pénales ou résolutoires, clauses d'arbitrage).

## B - Le contrat, acte créateur de droit

**36. La création d'une nouvelle situation juridique.** Très objectivement, à la manière d'un normativiste, M. le professeur LIBCHABER a considéré que le contrat n'était pas qu'un réseau d'obligations, mais pouvait constituer le lien des parties. Ce lien dépasse les obligations et sert le projet contractuel dans sa durée et sa globalité<sup>223</sup>. Le contrat peut poser des normes, mais il constitue alors selon lui une norme unique, le cadre de référence des parties.

M. le professeur AMSELEK va plus loin et considère que c'est un acte d'autorité, un énoncé qui porte des prescriptions, un modèle de conduite pour l'action. Prescrire signifie que l'énoncé

---

<sup>220</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *op. cit.*, et en droit public, D. DE BECHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1<sup>er</sup> janv. 1992, n° 8, p. 15.

<sup>221</sup> M. le professeur ANCEL comprend la norme dans un sens particulier où elle se confond avec la règle. C'est également le sens donné par M. le professeur JEAMMAUD (« La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, p. 99) : la norme est le modèle qui n'est pas nécessairement entendu comme quelque chose de prohibitif ou de permissif, qui implique une action ou une abstention, mais tout simplement un modèle de comportement qui doit obligatoirement être pris en compte puisqu'il dit ce qui doit être.

<sup>222</sup> P. STOFFEL-MUNCK, « Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *D.*, 2007, p. 2839, *spéc.* n° 3 et 4 : « on peut distinguer grosso modo au moins trois ensembles juridiques au sein du contrat. D'une part se trouvent les stipulations qui définissent ce en quoi consiste l'opération que le contrat doit réaliser. Pour reprendre l'expression de Laurent AYNES, elles fixent "les termes de l'échange" et constituent ce que les Anglais dénommeraient le "bargain". D'autre part se trouvent les règles qui définissent comment l'on va procéder, ce qui renvoie aux règles de comportement, aux modalités et aux prérogatives unilatérales de nature à modifier la situation du cocontractant. De troisième part se trouvent les stipulations anticipant la survenance d'un contentieux (preuve, compétence juridictionnelle, prescription, *etc.*) ».

<sup>223</sup> R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *op. cit.*, n° 3, p. 214, le temps forme un lien solide entre les parties qui sont continuellement soumises au respect du contrat.

d'autorité des parties se trouve définitivement intégré dans leur ordonnancement juridique. L'obligatorité ne s'apprécie pas dans sa fonction normative (obligation, interdiction, permission)<sup>224</sup>, mais dans l'autorité attachée à l'acte pris en vertu d'une habilitation légale pour régir la conduite humaine. Cette dimension obligatoire témoigne de ce que le contenu du contrat a vocation à établir une ligne de conduite aux individus. L'acte tient lieu de loi pour les parties. La plupart des auteurs publicistes parlent de modification de l'ordonnancement juridique ou de modification de la situation juridique. Mme le professeur MAYER, qui reprend leurs travaux, envisage la modification obligatoire d'une situation juridique qu'elle définit comme la modification du rapport de droit entre individus<sup>225</sup>.

Si le contrat ne produit pas que des obligations, alors le contrat peut-il se passer de toute obligation ? La définition donnée par le code civil laisse entrevoir une réponse négative<sup>226</sup>. Pourtant, le contrat sur la preuve est nommé « contrat » et il ne crée pas d'obligations. Le contrat, l'obligation et l'échange semblent liés *ad vitam aeternam*<sup>227</sup> : il n'est donc pas étonnant que le code civil de 2016 soit coloré par la théorie de l'autonomie de la volonté, l'échange économique et le rapport obligationnel qu'il consacre<sup>228</sup>. Cette conception du contrat est toutefois inadaptée pour déceler le contrat sur les terres processuelles. Par exemple, on peut se demander si les parties à un contrat sur le principe d'une conciliation ou d'une médiation préalable à la saisine du juge s'obligent à ne pas saisir le juge ou s'obligent à une tentative de conciliation avant de saisir ce dernier. De plus, il semble difficile de déceler l'existence d'une dette et d'une créance. Comment l'éventuel premier débiteur (celui qui se prévaut de l'existence d'un litige) peut-il être contraint par l'autre de tenter une conciliation ou d'éviter la saisine du

---

<sup>224</sup> P. AMSELEK, « Les fonctions normatives ou catégories modales » in « L'architecture du droit », Mél. M. TROPER, *Economica*, 2006, p. 51.

<sup>225</sup> *Ibid.* ; L. MAYER, « Actes du procès et théorie de l'acte juridique », *op. cit.*, p. 151, n° 151, s, qui définit la situation juridique par un contenu substantiel obligatoire (caractère qui confère la juridicité à l'acte) c'est-à-dire comme celle qui consiste dans un certain type de rapport qu'un individu entretient avec autrui, ce rapport pouvant impliquer, de sa part ou de la part d'autrui, l'adoption future d'une certaine conduite (des droits et obligations entendus largement [prérogatives, libertés, facultés, devoirs], ou consister dans un état des choses indépendant du comportement des sujets de droit, dès lors qu'un organe d'application du droit [un juge, une autorité administrative, un officier d'état civil] est contraint par l'ordre juridique de tirer les conséquences positives ou négatives de l'existence de tels rapports. L'auteur évoque entre l'acte juridique et le fait juridique l'action juridique (p. 190, n° 184, s) : « L'accomplissement de telles actions suppose, de la part de leur auteur, non seulement une volonté d'accomplir l'action elle-même, mais également une volonté de créer l'effet de droit attaché à l'action ». Dans le fait juridique, la loi attache des conséquences juridiques à l'action elle-même. Dans l'action juridique, la loi attache aussi des conséquences à l'action elle-même, à condition que l'auteur ait voulu l'effet de droit, l'auteur évoquant les actions de mise à disposition d'éléments factuels relatifs au litige, comme le rapport d'expertise, la notification d'un jugement, la convocation des parties (p. 273, n° 254, s.).

<sup>226</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Droit des obligations 1 - Contrat et engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 168, n° 129 ; R. CABRILLAC, « Droit des obligations », 12<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2016, p. 19, n° 12.

<sup>227</sup> G. FOREST, « Essai sur la notion d'obligation », *op. cit.*, p. 27, n° 27 et p. 246, n° 258 : « L'essence juridique de l'obligation réside dans sa valeur patrimoniale. L'obligation est une valeur économique, un lien entre patrimoines détachable de la personne de ses sujets », « Les effets de droit produits ont généralement pour action de réaliser un échange économique, mais leur variété ne saurait s'y réduire ».

<sup>228</sup> T. REVET, « la réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *op. cit.*, spéc. n° 21.

juge<sup>229</sup> ? Il vaudrait mieux y voir une norme obligatoire dont le respect s'impose à chaque partie et qui peut être sanctionnée, par divers mécanismes processuels, lorsque son inexécution est constatée.

## § 2 - Critique et consolidation de la notion de contrat en droit processuel

**37. La contractualisation du procès et le contrat.** La contractualisation étudiée repose sur une conception très subjective du contrat et traduit une résurgence de l'autonomie de la volonté. L'accord des volontés psychologiques est au centre de tout parce qu'il s'agit justement de se mettre d'accord, là où normalement, l'action unilatérale d'une seule partie ou d'un juge aurait dû s'imposer<sup>230</sup>.

Le lien entre la volonté (l'accord) et l'effet de droit n'existe pas dans la contractualisation du procès<sup>231</sup>. Puisque le contrat est la somme de deux volontés, le lien entre la volonté et l'effet de droit produit semble, à tort, moins important que pour l'acte juridique (unilatéral). En effet, la puissance de deux volontés est à l'évidence capable de faire plus qu'une seule. De plus, il paraît indiscutable que des volontés concordantes annoncent vouloir les mêmes effets de droit générés. En matière processuelle, les accords ne produisent majoritairement pas d'obligations entre un créancier et un débiteur. Le lien entre l'accord et l'effet de droit s'avère encore plus incertain et distendu. Selon la conception du contrat choisie, plus objective ou plus subjective, un accord processuel sera qualifié de contrat ou de toute autre chose.

**38. Les variations théoriques du contrat et de la contractualisation.** Une fresque se dessine en droit processuel. Un accord peut être tout aussi bien qualifié de contrat ou d'actes juridiques unilatéraux juxtaposés, selon le pouvoir donné à la volonté, dans le contexte analysé<sup>232</sup>. C'est le propre de la contractualisation illusoire qui repose sur une charge

---

<sup>229</sup> V. *infra* n° 427, s.

<sup>230</sup> R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *op. cit.*, n° 6 : « L'accord est une espèce de boîte noire dont le fonctionnement est incertain et peut-être n'est pas susceptible d'investigation : à l'entrée, des volontés privées ; à la sortie, des effets trouvant leur cohérence autour des obligations concernées. Par quel procédé ? (...). La volonté de chacun n'opère pas en ce qu'elle est volonté, mais parce qu'elle est captée par une volonté concordante, qui la fige ».

<sup>231</sup> Faudrait-il déjà que la doctrine prenne le soin de le signifier très clairement pour l'acte juridique unilatéral et même le contrat généralement défini comme l'accord « en vue de » / « destinée à » produire des obligations ou des effets de droit.

<sup>232</sup> C'est le cas topique du désistement d'instance accepté. On prétendait hier qu'il était contrat, il servait même la nature contractuelle du lien d'instance. On prétend tout l'inverse dorénavant, il n'y aurait pas de contrat, mais au moins un acte juridique unilatéral. Avec une vision plus subjective, les deux volontés tendent aux mêmes fins juridiques, la fin de l'instance et l'on peut donc y voir un accord de nature contractuelle. Avec une vision plus objective, on considère que le demandeur manifeste sa volonté de retirer au juge la demande qu'il a introduite seul, le défendeur l'accepte en retirant lui aussi la demande reconventionnelle présentée ou en abandonnant la fin de non-recevoir soulevée (CPC, art. 395) ; V. C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, « Procédure civile », *op. cit.*, p. 328, n° 420.

consensuelle incertaine (I). Cette charge consensuelle rend la charge processuelle (les effets processuels) encore plus instable (II). Les effets de droit résultent plus ou moins de la volonté et touchent le procès à la fois de loin comme de près. Il sera fondamental de juguler ces charges contractuelles à l'aide d'un stabilisant contractuel : l'intérêt juridique des parties à l'accord (III). Cela sera le seul moyen de pouvoir dissocier le contrat (processuel) d'autres formes juridiques, particulièrement celles qui laissent entrevoir plusieurs volontés croisées et qui sont monnaie courante dans le champ des procès (IV).

## I - La charge consensuelle des accords processuels

**39. Le continuum des accords des volontés : de l'assentiment unilatéral au contrat**  
« Les conventions qui interviennent dans le processus de règlement des litiges sont extrêmement diverses, et traduisent de prime abord une grande hétérogénéité du phénomène de contractualisation<sup>233</sup> ». La qualification de ces accords processuels n'est pas aisée et chaque auteur peut y voir du contrat, comme toute autre chose, selon sa propre conception plus ou moins subjective ou objective de l'acte juridique et les influences du régime juridique des actes civils auxquels ces premiers sont instinctivement comparés.

La charge consensuelle varie ainsi entre l'acte unilatéral et le contrat. Instable, elle peut conduire à caractériser un acte unilatéral accepté et des actes unilatéraux d'acceptation, qualifiés sous le vocable générique d'assentiment (A). Elle peut aussi receler un accord brut, parce que le juriste y étant confronté ne *veut* pas y voir du contrat, ce serait trop, ni de l'acte unilatéral, ce ne serait pas assez (B). Elle cache également des actes présentés comme des conventions (C) et des contrats (D). Ce panel témoigne de la difficulté de concevoir les accords processuels étudiés en tant que contrat<sup>234</sup>. La gradation consensuelle est d'autant plus mystérieuse que les actes étudiés, dont certains sont pourtant bien connus, sont parfois classés dans des catégories différentes. Les actes moins connus rendent la tâche encore plus difficile. Par exemple, sans avoir besoin d'y apporter une réponse à ce stade de l'étude, devrait-on

---

<sup>233</sup> P. ANCEL, « Contractualisation », *op. cit.*

<sup>234</sup> Parfois, certains auteurs font même état d'un *continuum* qui n'est pas basé sur l'accord des volontés, mais sur l'action des individus, on pourrait dire leur degré d'implication, v. M. VAN DE KERCHOVE, F. TULKENS, « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? » in « Droit négocié, droit imposé », P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Presses de l'Université de SAINT-LOUIS*, 1996, p. 529, n° 3 : « Entre les formes extrêmes de la justice imposée et de la justice négociée, il y a tout un dégradé de tons qui passe, notamment, par les formes plus subtiles de la justice participative ou de la justice consensuelle ; M. VAN DE KERCHOVE, « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle » *op. cit.*, p. 187 ; C. TEITGEN-COLLY « La contractualisation de la répression ? » in « Contrat ou institution : un enjeu de société », *op. cit.*, p. 58, *spéc.* p. 65 : « Le contrat en effet postule d'un accord de deux volontés créatrices de droits et d'obligations. Or, le consentement donné du justiciable à l'exercice du pouvoir de punir ne constitue pas en général un accord de volonté, et en toute hypothèse n'est pas créateur de droits ou d'obligations ».

considérer l'accord de l'article 712-6 al. 2 CPP aux fins de renonciation au débat contradictoire, en matière d'application des peines, comme un contrat, une convention, un simple accord, des manifestations unilatérales de volontés (des renoncements ou des autorisations) ?

## A - L'assentiment en droit processuel

**40. Définition de l'assentiment.** L'assentiment révèle une dimension consensuelle, mais il n'est pas matière à accord contractuel. C'est « l'acte par lequel quelqu'un exprime son adhésion, son approbation à une idée, une proposition formulée par un autre<sup>235</sup> ». Le terme provient du latin *assentire* qui veut dire approuver. Cela laisse supposer l'action d'une volonté qui abonde dans le même sens qu'une autre, sans que cette rencontre ne soit déterminante de la création des effets juridiques générés. L'idée d'assentiment est bien présente en droit processuel (CPP, art. 76) et elle doit être préférée à celles de « consentement » et d'« acquiescement », souvent utilisées<sup>236</sup>, mais qui traduisent des liens encore plus étroits avec le contrat et la volonté psychologique<sup>237</sup>. L'assentiment est donc la manifestation d'une volonté qui s'accorde avec une autre, en espérant la création d'une norme : en matière de perquisition acceptée dans le cadre de l'enquête préliminaire (CPP, art. 76), l'OPJ comme la personne qui la subit veulent la perquisition et, sans cette entente, il n'y aura pas de perquisition, sauf autorisation du JLD. Lorsque des « consentements » se croisent, la doctrine pénale considère en général qu'il s'agit de manifestations unilatérales<sup>238</sup> de volonté (un consentement abdicatif<sup>239</sup> ou un consentement substitutif<sup>240</sup>) qui ne forment pas un contrat en raison du carcan de la justice pénale qui relève

---

<sup>235</sup> *Dictionnaire Larousse*.

<sup>236</sup> M. DANTI-JUAN, « Le consentement et la sanction » in « La sanction du droit », Mél. P. COUVROT, PUF, 2001, p. 367, *spéc.* p. 16, s. : « La vérité est que la contractualisation de la sanction est un leurre et que ce que l'on confond ici avec le consentement à un contrat n'est pas autre chose, le plus souvent qu'une sorte d'invitation à acquiescer explicitement à la sanction ou à ses divers prolongements, afin d'en renforcer l'efficacité ».

<sup>237</sup> C. AMBROISE-CASTEROT, « Le consentement en matière pénale » in « Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire », Mél. J. PRADEL, Éditions Cujas, 2006, p. 29 : « Le procès pénal, a priori, se déroule avec ou sans l'assentiment de la personne poursuivie. Mais cette présentation rapide est trompeuse ».

<sup>238</sup> X. PIN, « Le consentement en matière pénale », *LGDJ*, 2002, p. 525, n° 671 : « comme l'abdication ou la permission, le consentement substitutif procède d'une manifestation de volonté unilatérale parce que la substitution n'intéresse que la sphère juridique de son auteur. C'est une manifestation de volonté qui coïncide à celle des autorités répressives ».

<sup>239</sup> *Ibid.* p. 344, n° 400 : « Entendu comme une manifestation de volonté par laquelle le justiciable agréé une mesure pénale et abandonne un bénéfice légal », le consentement abdicatif est un acte unilatéral réceptice (n° 403, s.) qui se trouve dans le consentement excluant un bénéfice légal et un consentement éteignant un bénéfice légal. Pour la première division, il s'agit d'évoquer le consentement dans la phase préparatoire (consentement à une mesure restrictive de liberté [perquisition, investigation corporelle, recherche d'indices], le consentement au refus du bénéfice des droits de la défense [présence de l'avocat, interrogatoire, contrôle judiciaire], le consentement dans la phase décisive du procès (saisine accélérée, comparution immédiate, consentement à l'ouverture et à la conduite des débats (publicité, contradictoire), et le consentement éteignant un bénéfice légal (acquiescement, désistement).

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 523, n° 668 : « Le consentement substitutif en matière pénale est la manifestation de volonté par laquelle le justiciable accepte la proposition des autorités répressives de remplacer les règles normalement applicables par des règles dérogatoires ». C'est un acte juridique unilatéral d'option en ce que l'auteur de l'infraction « n'abandonne pas uniquement une prérogative ou un droit, [mais] il renonce aussi à des sujétions ou des devoirs. Autrement dit, l'auteur d'un consentement substitutif renoncera à un statut ». C'est l'hypothèse des mesures de consentement à la substitution de procédure et à la

du donné (du subi) et non du construit (du choisi). Le consentement n'est jamais suffisamment libre pour se fixer avec celui d'un autre acteur du procès pénal. En outre, les effets juridiques produits ne peuvent être assimilés à des obligations civiles. En témoigne l'hypothèse de la composition pénale, dont les normes ne peuvent être assimilées à une obligation de ne pas saisir le juge pour le procureur et une obligation d'exécuter la sanction pénale pour la personne ayant reconnu avoir commis l'infraction.

Pour d'autres, l'assentiment existerait quand les parties manifestent leur volonté, mais ne sont pas à l'origine de la recherche de l'effet de droit, parce que l'objet de l'accord peut leur échapper : l'accord des parties qui acceptent la médiation judiciaire proposée par le juge (CPC, art. 131-1, art. 238 en matière d'expertise). L'origine est ici comprise comme l'impulsion contractuelle et « La frontière est tenue entre la rencontre de deux volontés constitutives d'un accord-convention et l'acceptation d'une offre illustrant l'accord-assentiment<sup>241</sup> ». Parfois, l'assentiment pourrait passer de l'état d'accord passif pour devenir accord actif et ainsi se rapprocher de la convention<sup>242</sup>.

L'existence du contrat dans le procès ne dépend pas de l'impulsion de contracter, selon qu'elle résulte de l'intention des parties ou du tiers intervenant (juge, médiateur, expert, *etc.*). Cela conduirait à tenir compte exclusivement d'une volonté de nature psychologique qui n'est pas une conception valable pour déterminer l'existence d'un contrat.

De la même manière, les volontés données expressément dans un *instrumentum* commun des litigants traduisent l'assentiment des deux, mais pas nécessairement l'existence d'un contrat.

---

substitution de la peine. Pour la première division, il s'agit du consentement pour le remplacement du procès pénal (médiation, transaction, composition pénale) et pour la transformation du procès pénal (extradition simplifiée, ordonnance pénale et plaider coupable ou même correctionnalisation judiciaire). Pour la seconde division, il s'agit du consentement dans le choix de la peine (travail d'intérêt général) et du consentement aux modalités de la sanction qui se manifeste par le consentement à l'exécution de la sanction (travail d'intérêt général, dispense d'incarcération, mesure de soutien) ; pour une synthèse (énumération) des actes de renonciation et de substitution, v. X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *RSC*, 2002, p. 245.

<sup>241</sup> L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès » in « Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends », *op. cit.*, p. 36.

<sup>242</sup> *Ibid.* (ou idem L. CADIET et *alii.*, « Théorie générale du procès » *op. cit.*, p. 481, n° 251) : « La coexistence de deux ou plusieurs volontés unilatérales ne fait pas forcément une convention ; il faut que ces volontés convergent vers la recherche commune d'un effet de droit déterminé et qu'elles soient à l'origine de cette recherche : la convention est un accord de volontés destiné à produire un effet de droit. Ce critère conduit à distinguer l'hypothèse dans laquelle les parties se mettent spontanément d'accord pour aménager la solution juridictionnelle de leur différend, véritable accord sur la juridiction au sens de convention, de l'hypothèse dans laquelle l'exercice par le juge de son activité juridictionnelle est subordonné au consentement de chaque partie ou à leur absence d'opposition, simple accord au sens d'assentiment (...). Rien n'interdit cependant de considérer que cet accord passif puisse devenir un accord actif et que les parties prennent l'initiative de provoquer la décision, l'acte ou la mesure que le juge ne peut prendre qu'avec leur accord. La convention ferait place, alors, à l'acceptation » ; V. la version ultérieure, L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, « Théorie générale du procès », 3<sup>ème</sup> éd., PUF, 2020, p. 481, n° 251 : « (...), le sens principal de l'accord comme convention doit assurément être retenu. Mais *quid* de la définition plus spécifique de l'accord comme "assentiment" ? La frontière est tenue entre la rencontre de deux volontés qui constitue un accord-convention et l'acceptation d'une offre illustrant l'accord-assentiment ».

Par exemple, depuis la loi du 23 mars 2019, l'*instrumentum* commun des parties, qui y mentionnent que la procédure se tiendra sans audience, ne peut être un marqueur valable de la nature contractuelle de leur accord. Il est préférable de se poser la question de savoir si l'accord est le seul à pouvoir générer le changement de situation envisagé (COJ, art. L. 212-5-1), sachant que la volonté de supprimer l'audience peut tout aussi bien être donnée séparément, par chacune des parties, dans un *acte formel* qui leur est propre<sup>243</sup>.

Les accords collectifs de procédure sont souvent nommés « protocoles de procédure<sup>244</sup> », voire « charte de procédure<sup>245</sup> ». Ces appellations expriment tout aussi bien l'émanation d'une volonté unilatérale que la concertation contractuelle, à condition de s'en tenir à l'étymologie. Un acteur de la justice ayant tout pouvoir pourrait donc édicter l'acte seul, la volonté des autres signataires devenant alors superflue.

## B - L'accord en droit processuel

**41. L'accord, terme générique et terme spécialement choisi.** L'accord est le terme générique de la contractualisation pour désigner, sans référence stricte à la notion civiliste<sup>246</sup>, la rencontre (possible ou réelle) des volontés, peu importe que la charge consensuelle soit minimale (assentiment) ou maximale (contrat), tant qu'il y a un esprit de justice consensuelle<sup>247</sup>. C'est donc de manière courante que l'accord désigne toute forme de consensus rencontrée en matière processuelle, et au-delà.

---

<sup>243</sup> L'accord semble pouvoir intervenir à tout moment de la procédure à la seule initiative des parties. Sur la forme, si la manifestation de volonté doit être toujours expressément donnée, l'accord des parties peut être déstructuré dans plusieurs *instrumentum* communs ou individuels. Il peut figurer dans l'acte introductif d'instance, dans l'acte de constitution du défendeur (en matière écrite) (CPC, art. 752, art. 753, art. 764), dans une déclaration des parties propre ou commune, à tout moment de la procédure (en matière orale) (CPC, art. 828, art. 829).

<sup>244</sup> Selon le *Dictionnaire Littré*, le mot « protocole » signifiait registre collé où l'on reportait les actes publics et, plus tard, le formulaire des officiers publics pour dresser des actes publics, ce qui laisse entrevoir l'unilatéralité du processus formel. Le lexique juridique évoque l'idée d'accord en 3<sup>e</sup> définition, S. GUINCHARD, T. DEBARD, « Lexique des termes juridiques », 27<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2019, « Protocole » : « 3<sup>e</sup> Terme synonyme d'accord entre États, de traité, et employé plus spécialement pour désigner un accord qui complète un précédent ».

<sup>245</sup> Le mot « charte » signifie morceau de papier, et selon le *Dictionnaire Littré*, il s'agissait d'un acte qui concédait des franchises et des privilèges détenus par un souverain, ce qui montre encore le caractère unilatéral du processus normatif. La charte est dans certains pays un acte législatif, P. DEUMIER, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD civ.*, 2009, p. 77.

<sup>246</sup> B. DE LAMY, « Procédure et procédé (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale) », *op. cit.*, *spéc.* p. 150.

<sup>247</sup> J. PRADEL, « Droit pénal général », 22<sup>ème</sup> éd., *Éditions Cujas*, 2019, n° 689, qui emploie le terme de « consensualisme pour désigner l'exclusion des règles impératives par les acteurs du procès » ; E. RASCHEL, « Le consentement à la transaction en matière pénale », *AJ Pénal*, 2015, p. 463.



L'accord est en revanche parfois utilisé de manière spécifique pour se placer sur un endroit précis de l'échelle consensuelle. Par exemple, l'accord dans le procès pénal n'est pas qu'un assentiment, mais il n'est pas non plus une convention ou un contrat, car il s'insère, selon la doctrine, dans un système répressif qui ne peut faire l'objet d'effets de droit consentis. Les auteurs parlent alors d'accord *sui generis*, qui se comprend de manière fonctionnelle (une fonction répressive dans un contexte judiciaire orienté vers l'efficacité du système pénal<sup>248</sup>) et d'alternatives consensuelles à visées sanctionnatrices, dotées d'une logique transactionnelle, mais trop éloignées du régime juridique de la transaction civile<sup>249</sup>.

En matière d'accords processuels collectifs, l'expression « accord » est également utilisée de manière générique. La doctrine signale alors la présence d'un accord collectif sur la procédure<sup>250</sup> ou un accord-cadre<sup>251</sup>.

## C - La convention en droit processuel

**42. La convention, œuvre d'incertitude sur la puissance de la volonté en droit du procès.** En droit processuel, le mot convention est préféré pour faire œuvre de prudence quand les accords processuels rencontrés ne méritent pas d'être appelés « contrats » pour ceux qui l'emploient (les actes n'étant pas forcément créateurs d'obligations), car ils s'éloignent des logiques civilistes bien connues. La « convention » d'arbitrage, par exemple, ne crée pas d'obligations, pourtant sa nature contractuelle est établie, les parties étant « obligées » de ne pas agir devant le juge étatique et de participer à la constitution du tribunal arbitral.

M. le professeur CADIET évoque la « convention de disposition processuelle » et la « convention d'administration processuelle » ; la première porte sur l'office du juge et donc sur

---

<sup>248</sup> S-M. CABON, « La négociation en matière pénale », *LGDJ*, 2016, les références de la thèse que nous citons sont celles de la thèse imprimée non encore publiée, p. 350, n° 372 : « Confrontée au polymorphisme de l'accord, nous constatons que sa catégorisation est impossible. C'est alors une qualification *sui generis* qui s'impose, et qui se révélera être une qualification fonctionnelle », p. 381, n° 414 : « Le rejet des qualifications contractuelles, tant spéciales que générales, a permis de mettre en lumière la nature *sui generis* de l'accord », c'est accord se comprenant moins dans sa dimension conceptuelle que dans sa dimension fonctionnelle, p. 388, n° 424, s. : « Plutôt que mettre l'accent sur les particularités internes à la notion d'accord en matière pénale, la démarche fonctionnelle conduit à s'arrêter sur son utilité ».

<sup>249</sup> J-B. PERRIER, « La transaction en matière pénale », *LGDJ*, 2014, p. 550, n° 673 : « ni contractuelles, ni conventionnelles, la transaction et la composition pénales ne sont donc que des alternatives consensuelles », « Les alternatives aux poursuites sont animées par l'esprit du contrat et, à défaut de pouvoir être regardées comme de véritables transactions, au sens des articles 2044 et suivants du code civil, il est possible de les voir comme des procédés transactionnels, au sens dynamique du terme » en ce qu'ils ont un caractère et une finalité répressifs ».

<sup>250</sup> L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, « Théorie générale du procès », *op. cit.*, p. 488, n° 252 : l'accord individuel pour une affaire particulière est « devenu collectif (...) il s'institutionnalise lorsqu'il est conclu entre une juridiction dans son ensemble, un ou plusieurs ordres d'avocats ».

<sup>251</sup> C. BLERY, « Les métamorphoses des sources », *op. cit.*, *spéc.* n° 5.

le droit d'agir, quand la seconde porte plutôt sur la conduite de l'instance<sup>252</sup>. En procédure pénale, les alternatives au procès sont également nommées « convention »<sup>253</sup> par les auteurs et, depuis la loi SAPIN II<sup>254</sup> l'arsenal législatif s'est armé de la « convention judiciaire d'intérêt public », imbibée d'une très forte logique civiliste<sup>255</sup>, vu le vocabulaire et le processus décrit à l'article 41-1-2 du CPP. En droit du procès administratif, la « convention » est utilisée quand il s'agit de reprendre les mécanismes et le vocabulaire civilistes. Les conventions d'arbitrage, de procédure participative (si tant est qu'elle soit possible en droit administratif) et même la transaction sont appelées conventions<sup>256</sup>, de façon plus ou moins générique...

À propos des accords collectifs, le mot « convention » est tout aussi bien utilisé que celui de « protocole »<sup>257</sup>. Cela est significatif de l'union nécessaire des manifestations des volontés croisées des signataires. Le terme « sorte de convention collective de procédure civile » est utilisé par la doctrine majoritaire<sup>258</sup> (il est fait écho à la convention collective de travail, les acteurs de la justice au niveau local pouvant réglementer la procédure selon les attentes du ressort). En procédure administrative contentieuse, les auteurs utilisent aussi le terme de convention-cadre nationale ou locale<sup>259</sup>. La « convention » est, là aussi, sans doute préférée, car il n'y a pas de production d'obligations tissant un lien économique entre les patrimoines de chaque cocontractant. La convention collective s'adresse d'ailleurs à des destinataires qui ne sont pas les cocontractants, alors que le contrat (individuel) substantiel est soumis à l'effet relatif des conventions.

---

<sup>252</sup> L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », *op. cit.*

<sup>253</sup> M. GIACOPELLI, « Les procédures alternatives aux poursuites. Essai d'une théorie générale », *RSC*, 2012, p. 506, n° 16 : « S'agissant de la nature juridique, elle est unilatérale pour le classement sans suite et conventionnelle pour les procédures alternatives aux poursuites », n° 17 : « Quant aux procédures alternatives aux poursuites, elles présentent le caractère d'une sorte de "convention" passée entre le procureur de la République et la personne concernée. Le caractère contractuel est indiscutable dans la procédure de l'article 41-2 du code de procédure pénale, qui soumet expressément la proposition de composition pénale faite par le ministère public à l'accord de l'intéressé », n° 36 : « La mise en œuvre des procédures alternatives aux poursuites repose sur le fondement contractuel de la reconnaissance de culpabilité de la personne à qui les faits sont reprochés ».

<sup>254</sup> L. n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 22.

<sup>255</sup> A. MIGNON COLOMBET, « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? » *AJ pénal*, 2017, p. 68 : « Convention versus transaction, les mots discutés renvoyaient tous deux à la logique civiliste du contrat, seule la seconde ayant spécifiquement pour objet de terminer une contestation ou de la prévenir ».

<sup>256</sup> Circ. 6 avr. 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

<sup>257</sup> V. Convention entre la cour d'appel de PARIS et le barreau de PARIS sur le traitement du contentieux social devant la cour d'appel, signée le 28 mai 2015 entre le procureur général, la première présidente, la directrice de greffe et le bâtonnier.

<sup>258</sup> L. CADIET, E. JEULAND, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 23, n° 28 ; C. BLERY, « Protocoles de procédures » *in* « Droit et pratique de la procédure civile 2017-2018 », *DALLOZ*, 2017, p., n° 300.00, s.

<sup>259</sup> J. SAISON-DEMARS, « contractualisation et règlement des litiges administratifs », *op. cit.*, évoquant « la signature d'une convention-cadre entre le Conseil d'État et le Conseil national des barreaux déclinée ensuite au niveau local ».

Le recours instinctif aux règles du droit civil des contrats pour appréhender les accords de la contractualisation conduit à accentuer les doutes sur la qualification contractuelle. Par exemple, il est affirmé que les accords du procès n'ont pas la même force obligatoire que les actes civils<sup>260</sup>. La plupart des accords processuels individuels ne donnent lieu qu'à une sanction procédurale, qui est d'autant plus incertaine lorsque l'efficacité de l'acte est questionnée dans sa dimension contractuelle<sup>261</sup>. Ils ne pourraient donc pas faire l'objet d'une exécution forcée. Cela abonde dans le sens d'une rétrogradation (injustifiée) de ces accords au rang de simple convention ou consensus matériel. En effet, la doctrine majoritaire prétend que l'accord collectif n'est pas une convention et qu'il est dépourvu de force contraignante.

## **D - Le contrat en droit processuel**

**43. L'appellation « contrat » en droit du procès, qualification protégée.** Au-delà de l'hésitation synonymique entre convention et contrat, le vocable « contrat » est parfois délibérément utilisé en droit processuel. Ainsi, Mme JOLY-HURARD évoque, parmi les conventions processuelles, les « contrats de pourparlers judiciaires<sup>262</sup> », quand Mmes les professeurs AMRANI-MEKKI et CLAVEL évoquent le « contrat processuel<sup>263</sup> ».

Très souvent, la dénomination « contrat » est utilisée de manière maladroite, car les mécanismes processuels sont comparés et assimilés, de manière réflexive, aux mécanismes connus du droit civil. Le droit du contrat civil, parce qu'il constituerait un droit commun, serait applicable à tous les contrats, même processuels, qui seraient alors cantonnés à faire partie d'une nouvelle catégorie de contrats spéciaux.

Concernant les accords individuels, en droit civil et administratif, il existerait des contrats à coup sûr : le code civil évoque à ce propos la transaction qui permet l'évitement du procès<sup>264</sup>.

---

<sup>260</sup> V. *infra* n° 418, s.

<sup>261</sup> D. MAZEAUD, « La clause de conciliation à tout prix. Quiproquo sur l'admission des clauses portant sur le principe de la conciliation », *D.*, 2016, p. 2377.

<sup>262</sup> J. JOLY-HURARD, « Conciliation et médiation judiciaires », *op. cit.*, v. *infra* n° 182.

<sup>263</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Le temps et le procès civil », *op. cit.*, p. 285, n° 300, s. ; S. CLAVEL, « Droit international privé », 4<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2016, p. 72, s.

<sup>264</sup> L. CADIET, « Propos introductifs : "faire lien" » *op. cit.*, p. 169, *spéc.* p. 174 : « certaines d'entre elles sont parfaitement réductibles aux catégories traditionnelles du droit civil des contrats, spécial ou commun, qu'il s'agisse des clauses de différend, de la transaction, du compromis d'arbitrage. L'assimilation est beaucoup moins évidente pour d'autres figures de la contractualisation du procès ; tel est en particulier le cas de toutes les formes d'actes de procédure présentant un caractère conventionnel comme la requête conjointe et les diverses hypothèses de contrat judiciaire et de convention d'administration processuelle ».

En matière pénale, la logique transactionnelle est transposée, de sorte que tous les auteurs ne sont pas réfractaires à la présence du contrat<sup>265</sup>.

Concernant les accords collectifs, de rares fois, les signataires nomment leur *instrumentum* « contrat »<sup>266</sup>. La doctrine parle parfois de contrat de procédure<sup>267</sup> ou de contrat-cadre d'adhésion<sup>268</sup>.

**44. Les conséquences de l'instabilité consensuelle en droit du procès : l'exemple de la transaction pénale.** La charge consensuelle montre que tous les degrés du consensus sont utilisés pour qualifier les accords processuels. Cette gradation résulte des différentes théories du contrat que chaque auteur utilise intuitivement ou volontairement, ce qui rend la charge processuelle instable (les effets de droit). La transaction pénale (transaction pénale stricto sensu, composition pénale) offre une belle illustration de l'oscillation de la charge consensuelle. La doctrine a pu écrire qu'il s'agissait d'un contrat (d'adhésion<sup>269</sup>), d'un « contrat pénal<sup>270</sup> » (empreint des caractères du contrat administratif<sup>271</sup>), ou seulement d'actes unilatéraux croisés. En la décryptant au regard d'une conception évolutive du contrat de plus en plus objective, le risque est d'arriver à des résultats différents.

Dans une conception très subjective, où la liberté de contracter est reine, la contrainte qui s'attache au risque d'être juridictionnellement condamné oblige la personne suspectée à

---

<sup>265</sup> C. AMBROISE-CASTEROT, « Aveu », *Rép. dr. pén. et proc. pén.* 2011, n° 107 : l'auteur considère que « par analogie avec le droit civil », la réponse pénale consensuelle est un « contrat synallagmatique qui se double d'un contrat d'adhésion » ; F. ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *RSC*, 2002, p. 251 : « En tant que justice consensuelle elle apparaît toujours, comme dans le droit civil des contrats, sous la forme d'une rencontre de volontés (1<sup>er</sup> partie), qui fait naître des obligations réciproques (2<sup>e</sup> partie) » et, du même auteur, « Vers une contractualisation du droit pénal » in « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation) », *Publications de l'université de ROUEN*, 2004, p. 49, *spéc.* p. 63 et 64 ; B. PEREIRA, « Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.*, 2005, p. 2041, *spéc.* n° 19.

<sup>266</sup> Contrat de procédure entre le tribunal de commerce et le barreau de BORDEAUX signé le 21 juillet 2011 entre le bâtonnier, le président de la juridiction et le greffe.

<sup>267</sup> C. BLERY, « De la contractualisation à la réglementation unilatérale : dérive des protocoles de mise en état », *Procédures*, n° 2, févr. 2012, alerte 5, *spéc.* n° 2 : « La pratique judiciaire fait aussi l'objet de protocoles, "sortes de conventions collectives de procédure civile, conclues entre la juridiction et ses partenaires, spécialement le barreau" (L. CADIET ET E. JEULAND, *loc. cit.*). Ces protocoles sont également appelés "contrats de procédure" (Précis DALLOZ, *loc. cit.* - L. CADIET, J. NORMAND ET S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès : PUF* 2010, n° 147, b, p. 542.) » ; B. AUGIER, « "Contrats de procédure" : attention, danger ! », *RPDS* n° 790 févr. 2011, p. 65.

<sup>268</sup> C. BLERY, G. HUVELIN, « Pourquoi des protocoles de procédure alors qu'il y a un code de procédure civile ? », *Gaz. Pal.*, 8 sept. 2012, n° 252, p. 9.

<sup>269</sup> F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée », in « Droit négocié, droit imposé ? », *op. cit.*, p. 529 n° 30 : « Si l'analogie reste possible avec un contrat, c'est dès lors tout au plus avec un contrat d'adhésion, où l'inégalité des parties ne permet à l'auteur de l'infraction que d'adhérer aux conditions qui lui sont proposées ou de refuser en bloc la proposition qui lui est faite ».

<sup>270</sup> M. DOBKINE, « La transaction en matière pénale », *D.*, 1994, p. 137 : « La transaction constitue en réalité un contrat pénal indemnitaire non exécutoire ».

<sup>271</sup> E. GHERARDI, « Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales », *RFDA*, 1999, p. 905 : « la transaction pénale entre le ministère public et un intéressé va relever, selon les modalités de chaque forme de transaction pénale, du contrat de droit privé ou du contrat de droit public. Le contrat administratif sera en fait la règle, et le contrat de droit privé l'exception ».

contracter, pour échapper au pire. Or, sans libre choix, le contrat ne peut exister, et il est délicat de considérer que la sanction issue de l'accord avec le ministère public est une obligation.

Avec une vision de la volonté interne manifestée productrice d'obligations, le lien téléologique empêche toujours d'y voir un contrat. L'individu n'est pas en mesure de pouvoir déterminer sa propre sanction, le contexte pénal demeure par nature subi et non voulu. Il n'y a même pas de négociation possible. Avec un lien dialectique, le contrat semble possible. Encore faut-il considérer que le contrat produise des effets non obligationnels. Dans ce cas, la volonté interne manifestée permet d'esquiver le procès, les parties renonçant à l'action en justice et aux garanties du procès équitable. Toutefois, il faut rappeler que le procureur n'a apparemment pas le pouvoir de convenir d'une sanction alors qu'il ne dispose pas du pouvoir de transiger sur l'action publique. Quant à la personne mise en cause, le contexte pénal fait qu'il n'est pas possible de lui accorder le pouvoir de décider de sa sanction et, *a fortiori*, de la négocier. L'accord pénal est donc cette fois-ci vu, au moins, comme une somme d'actes unilatéraux croisés, qui se placent sous l'égide d'un nouveau statut de droit pénal : les protagonistes font chacun le choix d'abandonner l'action en justice et le procès pour préférer un nouveau statut imposé qu'ils ont déclenché, celui de la sanction acceptée.

Avec une conception plus objective, le procureur propose d'éviter le procès. De l'autre côté, le mis en cause<sup>272</sup> renonce à ses droits attachés au procès. Il subira la mesure convenue parce que le statut pénal s'impose aux protagonistes. La figure est proche de celle du contrat d'adhésion. Avec une conception encore plus objective où la volonté est nécessaire, mais mécanique, l'accord des volontés redevient possible entre le mis en cause et le procureur. Ce n'est plus le consentement (contraint en matière pénale par nature) qui compte, mais c'est l'intention juridique. Sans l'accord de volonté des deux parties, l'accord pénal sur les faits et la sanction ne peut pas exister autrement. Les deux parties acceptent l'ensemble des effets et conséquences de droit (sanction, abandon du droit d'agir et des garanties du procès). Quand le lien entre l'accord et les effets de droit est dit nécessaire, le procureur et le mis en cause ne renoncent à rien, l'accord retranscrit la reconnaissance des faits et prononce une norme, la sanction ; la qualification de contrat devient donc envisageable et la loi attache à ce contrat d'autres effets automatiques, notamment processuels, qui ne sont que des conséquences juridiques déclenchées du fait de l'existence de l'acte contractuel (extinction de l'action publique, absence de procès avec ses garanties). Toutes ces visions peuvent se mélanger, sans compter les

---

<sup>272</sup> Le mis en cause sera considéré de manière générique, comme toute personne subissant une mesure de procédure pénale coercitive, toute personne suspectée d'avoir commis une infraction ou toute personne poursuivie.

nombreuses interférences propres à la matière pénale et aux règles de la procédure pénale touchant à la formation et au régime de ces accords (validation par le juge par ex.).

## **II - La charge processuelle des accords en lien avec le procès**

**45. La charge processuelle erronée.** Lorsque l'accord des volontés bouscule le cours normal des règles du procès, l'accord est immédiatement considéré comme un accord de la contractualisation du procès<sup>273</sup>. Accord pour le procès, accord du procès, accord sur le procès, tous les accords visant le procès sont plus ou moins substantiels ou processuels et susceptibles de toucher au procès, de loin comme de très près (on songe à la transaction, à la clause de non-recours<sup>274</sup> ou à la clause abrégative de prescription qui donnent lieu à des fins de non-recevoir). La charge processuelle se trouve faussée compte tenu de l'instabilité de la charge consensuelle des accords analysés. L'accord qui touche les règles du procès est intuitivement considéré comme étant un accord processuel, alors que certains ne touchent pas vraiment le cadre procédural. En outre, les effets de droit produits ne résultent pas toujours de la seule volonté des parties, mais de la loi, d'un acte juridique complémentaire, de l'existence même de l'accord ou de sa réalisation effective. Prenons deux exemples, l'un peu commun, l'autre plus classique.

**46. La clause de transfert d'action.** C'est une clause née de la pratique du crédit-bail<sup>275</sup> convenue entre le crédit-bailleur et le crédit-preneur. Elle permet à ce dernier d'intenter une action en justice contre le vendeur, sans se heurter à une fin de non-recevoir<sup>276</sup>. En effet, le vendeur et le crédit-preneur n'ont pas de lien contractuel direct et c'est, en principe, le crédit-bailleur qui doit agir quand la chose est « défectueuse ».

Au regard de son appellation, il est aisé de concevoir la clause de transfert d'action comme un accord de nature processuelle. Sa fonction confirmerait sa nature processuelle puisque l'objectif est de transférer le droit d'agir du crédit-bailleur contre le vendeur au crédit-preneur. La volonté interne des parties au crédit-bail envisage la création de cet effet processuel qui porte sur le

---

<sup>273</sup> Pour des exemples atypiques : le contrat de distribution du prix dans la vente immobilière serait manifestement un accord processuel, en ce qu'il est pris dans le cadre d'une voie d'exécution et qu'il s'agit d'éviter la distribution judiciaire (CPCE, art. R. 332-8), l'accord des protagonistes pour vendre le bien immeuble à l'amiable le serait également en ce qu'il permet d'éviter la décision du juge ordonnant la vente forcée ou la vente amiable judiciaire (CPCE, art. L. 322-1, V. GARCIA, « La vente de gré à gré en matière de saisie immobilière depuis la loi du 23 mars 2019 », *CJAMP*, 2019-2).

<sup>274</sup> Q. GUIGUET-SCHIELE, « Clause de non-recours et contribution aux charges du mariage », *DALLOZ Actualité*, 18 juin 2020.

<sup>275</sup> Le crédit-bail est une opération tripartite entre une entreprise de vente de matériel, le crédit bailleur (organisme financier) et le crédit-preneur (entreprise utilisatrice du bien matériel). Une fois le bien acheté par le crédit bailleur, il est loué au crédit-preneur qui peut décider de lever l'option d'achat à la fin du bail. Il n'y a pas de lien entre le crédit-preneur et l'entreprise de vente de matériel, de sorte qu'en principe, ce premier ne peut agir contre la seconde.

<sup>276</sup> Cass. ass. plén., 12 juill. 1991, n° 90-13602, le locataire n'est pas acquéreur du bien tant qu'il ne lève pas l'option d'achat à la fin de la location, et donc titulaire du droit d'agir contre le vendeur.

transfert de l'action. C'est l'objet même de l'opération juridique. Pourtant, en adoptant une conception plus objective de la notion de contrat, il est moins facile de concevoir en quoi la volonté a le pouvoir de transférer sèchement un droit d'action. En effet, avant le transfert de l'action au crédit-preneur, il y a transmission d'une « garantie contractuelle » (le droit de faire valoir le défaut de conformité ou la garantie des vices cachés).

Le transfert recherché est celui d'un droit substantiel attaché à la qualité d'acheteur. D'ailleurs, le transfert de l'action passe par l'utilisation de mécanismes touchant aux droits substantiels comme la délégation ou la cession de créance<sup>277</sup>.

Parfois, la clause de transfert d'action ne cède rien, mais le crédit-preneur se voit consentir un mandat *ad agendum* en vue d'agir pour le compte du crédit-bailleur. Cette clause, bien qu'elle puisse avoir des conséquences processuelles (fin de non-recevoir opposée au crédit-preneur ou au crédit bailleur selon que la garantie substantielle a été ou non transférée), ne porte pas des effets de droit processuel si l'on conçoit le contrat de manière objective<sup>278</sup> ; et ce, bien que la volonté interne soit tournée vers la transmission de l'action au crédit-preneur. La teneur processuelle de l'acte n'est donc pas la même selon la lecture contractuelle choisie.

**47. Le contrat d'objectifs.** La qualification de contrat est loin d'être absurde, tout comme sa dimension processuelle<sup>279</sup>. Le contrat d'objectifs est pris entre une juridiction du fond et la Chancellerie (ou le Conseil d'État), dans le but de résorber le stock d'affaires d'un service juridictionnel<sup>280</sup>. C'est un accroissement de la productivité consenti en échange de moyens économiques, humains et matériels supplémentaires alloués. S'il est possible de douter de sa

---

<sup>277</sup> Avec la délégation, la stipulation pour autrui et la cession de créance, le locataire devient partie au rapport de droit substantiel. Il acquiert des droits substantiels attachés au contrat de vente (nullité, remède à l'inexécution de la prestation, délivrance conforme, garantie des vices cachés) et l'action en justice découle automatiquement de ces droits.

<sup>278</sup> Le contrat ne devient pas processuel en ce que la cession des droits ou le mandat confié trouvent leur contrepartie dans une clause de non-recours dans le rapport entre le crédit-preneur et le crédit-bailleur. En effet, ce dernier doit normalement délivrer un bien conforme. Mais là encore, il est loisible de se demander si cette clause dite de non-recours, en principe purement processuelle, n'est pas avant tout une décharge de l'obligation de délivrance (G. BRUNAU, « La clause de non-recours », *CCC*, n° 7, juill. 2019, form. 7). Dans le contrat de crédit-bail, le mandat consenti au crédit-preneur par le crédit-bailleur pour l'exercice des recours contre le fournisseur a pour contrepartie la renonciation du preneur au bénéfice de la garantie du bailleur (Cass. civ. 8 déc. 1992, n° 91-11851), garantie pouvant être écartée (Cass. com., 26 mars 2013, n° 12-14866). Si la convention de crédit-bail prévoit le mandat d'agir (*ad agendum*), alors son annulation empêche le crédit-preneur d'agir ensuite contre l'acheteur, d'où l'irrecevabilité de la demande, sanction habituellement prononcée, puisque le locataire ne peut pas agir seul dans un intérêt distinct du sien.

<sup>279</sup> J-B. PROUVEZ, « Efficacité, rapidité : un nouveau discours de la méthode pour le juge administratif d'appel », *Procédures*, n° 6, juin 2003, chron. 9.

<sup>280</sup> R. DENOIX DE SAINT MARC, « Les contrats d'objectifs des cours administratives d'appel », *AJDA*, 2008, p. 1246 ; J-M. FAVRET, « La "bonne administration de la justice" administrative », *RFDA*, 2004, p. 943 ; J-M. SAUVE, « Les cours administratives d'appel, vingt ans après : un succès incontestable », *AJDA*, 2008, p. 1248 ; E. ALLAIN, « Des contrats d'objectifs pour réduire la durée des procédures », *DALLOZ Actualité*, 5 févr. 2007 ; F. GUIOMARD, M. GREVY, « "Réforme" de la juridiction prud'homale : du rapport LACABARATS au projet de loi MACRON », *Rev. dr. travail*, 2015, p. 58 ; Rapport du SENAT n° 495 « Cinq ans pour sauver la justice », P. BAS (dir), avr. 2017, p. 199 ; O. DUFOUR, « L'Union syndicale des magistrats demande une pause législative ! », *LPA*, 24 oct. 2003, n° 213, p. 4.

nature contractuelle<sup>281</sup>, les effets qu'il génère sont également incertains. La volonté des signataires est de réduire l'asphyxie d'un service de l'institution judiciaire au bord de l'embolie. Pourtant, les signataires de ces contrats ont également la volonté d'améliorer l'efficacité des procédures, la célérité et la qualité des procès. D'ailleurs, les contrats d'objectifs sont quelquefois pris concomitamment avec des contrats collectifs sur la procédure qui redynamisent le cadre procédural applicable<sup>282</sup>. Le contrat d'objectif devient l'occasion de définir un nouveau cadre procédural local pour dynamiser l'institution juridictionnelle et résorber les stocks. Selon la conception du contrat et le lien téléologique utilisé, nécessaire ou dialectique, il serait possible de penser que les effets de droit voulus portent tantôt sur le procès, tantôt sur l'organisation du service public de la justice<sup>283</sup>.

**48. L'objet de l'accord processuel, source de doutes.** Pour établir des classifications processuelles, la doctrine a pu répertorier divers accords de procédure compte tenu de leur « objet ». Or, la notion d'objet est trompeuse, si elle n'est pas ciblée. S'agit-il de l'objet de l'opération, de l'objet de l'accord, de l'objet de la norme, voire des conséquences processuelles générées<sup>284</sup> ? L'analyse des effets de droit sur le procès par le prisme de l'« objet » contractuel

---

<sup>281</sup> Le budget de la justice ne peut être contractualisé, l'État y pourvoit seul en vue de garantir l'effectivité du pouvoir judiciaire régalié ; J. LEGER, « La mobilisation des ressources humaines. Contrats d'objectifs et de moyens - dialogue de gestion » in « La modernisation de la justice administrative en France », M. PAILLET (dir.), LARCIER, 2010 ; CEDH, 8 juill. 2010, RAUSCH c. LUXEMBOURG, § 24 : « La Cour rappelle que l'article 6 § 1 de la Convention oblige les États contractants à organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs cours et tribunaux puissent remplir chacune de ses exigences (voir, parmi beaucoup d'autres décisions, DUCLOS c. FRANCE, arrêt du 17 décembre 1996, § 55) » ; toutefois, des nouveaux plans budgétaires existent pour la justice, de sorte que les contrats de plan, considérés comme de vrais contrats, pourraient revoir le jour, v. J.-M. PONTIER, « La responsabilité contractuelle de l'État dans ses relations avec les collectivités territoriales », JCP A., n° 9, 25 févr. 2008, 2050 et « Les contrats de plan État-régions 2014-2020 », JCP A., 22 avr. 2014, n° 16, 2118 ; L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, rapport au Président ; L. n° 2002-1138 du 9 sept. 2002, v. « annexe », spéc. art. I-A-1.

<sup>282</sup> Convention entre la cour d'appel de PARIS et le barreau de PARIS sur le traitement du contentieux social devant la cour d'appel, *op. cit.* : la présente convention est conclue « dans le contexte d'un contrat d'objectifs et de moyens conclu avec la direction des services judiciaires (...). Elle vise à élaborer un nouveau cadre de traitement des affaires devant les chambres sociales de la cour d'appel ».

<sup>283</sup> Outre les moyens supplémentaires alloués, les normes posées par le contrat d'objectifs portent sur le calcul des stocks, le temps passé pour chaque dossier, le *reporting* à la Chancellerie ou au Conseil d'État, mais elles portent aussi sur la tenue d'audiences d'orientation, sur des audiences tenues à juge unique ou à deux juges, sur l'usage d'outils processuels comme la radiation du rôle, *etc.*

<sup>284</sup> La clause de révélation de l'instance et la clause de concours à l'instance semblent, vu leur appellation, éminemment processuelles. Elles portent sur l'obligation de révéler à un cocontractant l'existence d'une instance, ou sur le fait de lui confier la direction technique et financière de l'instance, soit pour que le créancier de l'information puisse intervenir pour y soutenir ses demandes particulières, soit pour que le débiteur de l'obligation d'assistance fournisse au créancier une compétence intellectuelle et financière sur le procès. Il n'y a rien de processuel dans la clause de révélation de l'instance, il s'agit d'une clause procédant d'une loyauté contractuelle renforcée. Concernant la clause de concours à l'instance, il s'agit d'une promesse de mandat *ad agendum* spécial. Souvent, ce genre de mandat est inséré dans les polices d'assurance. L'assureur, en vertu de la relation de droit substantiel entretenu avec l'assuré, se voit conférer la direction du procès en défense ou la direction du droit de transiger pour le compte de l'assuré dans le but de pouvoir faire valoir les droits substantiels de l'intéressé. Il y a donc création d'un rapport de représentation qui est l'accessoire de la relation substantielle d'assurance, car l'assureur a tout intérêt à faire en sorte que son assuré ne soit pas reconnu comme responsable, L. BLOCH, « Assurances terrestres (...) », *Jcl Resp. civile et assurances*, fasc. n° 11-20, 2019 ; S. BERNHEIM-DESVAUX, « La clause de direction de procès », *CCC*, n° 4, avr. 2015, form. 4 ; F. LEBORGNE, « Les aménagements conventionnels du procès », *RGDA*, 1<sup>er</sup> juill. 2010, n° 2010-3, p. 850, *spéc.* n° 20, s ; La clause de non-recours à tout l'air d'être processuelle, n'est-ce pas plutôt un accord aux effets de droit substantiels ayant des conséquences processuelles ? v. P. DELEBECQUE, « Les renoncements à recours » in « Études offertes au doyen Philippe



est pernicieuse et aggrave la conception de la contractualisation illusoire, s'agissant seulement de repérer les effets flagrants de l'accord sur les terres du procès. En réalité, certains contrats sont trop éloignés du procès pour considérer qu'ils sont de nature processuelle. En outre, même lorsqu'il est certain que l'accord touche irrémédiablement le procès, la contractualisation phénoménale empêche de définir les effets de droit réellement produits par le contrat sur le procès<sup>285</sup>.

**49. Le contrat et les conséquences processuelles.** Des auteurs définissent le « contrat processuel » comme la « convention conclue dans le but de résoudre un problème de procédure civile » ; c'est rechercher le but psychologique des parties à l'acte et donc l'objet de la volonté interne, la cause objective de l'acte : « La prise en compte du but poursuivi permet de mieux comprendre les problèmes posés par la convention des parties »<sup>286</sup>. Sous cet angle, tout accord peut être processuel. Une telle vision subjective du contrat en droit processuel n'est pas idéale, pourtant elle est la plus usitée. C'est ce qui conduit madame Yvonne MULLER à distinguer les actes directifs, des actes dispositifs, les premiers étant plus marqués par le sceau des règles rigides du droit judiciaire privé et la relation processuelle dans laquelle ils s'insèrent, alors que les seconds résultent d'une volonté moins atténuée par ces données contextuelles. Les actes directifs processuels sont, selon madame MULLER, des actes du procès moins réductibles à la catégorie de l'acte juridique dont font partie les actes dispositifs où la volonté paraît avoir plus de force<sup>287</sup>. Dès que des volontés spontanées sont manifestées, elles sont aisément qualifiées de « conventions » et constituent la source des effets et conséquences juridiques sur le procès.

**50. Le choix malaisé d'une théorie.** Le choix pour une conception du contrat parmi toutes celles qui existent serait impossible par nature<sup>288</sup>. La découverte du contrat relève de l'intuition

---

SIMLER », *Litec*, DALLOZ, 2006, p. 563, *spéc.* p. 564, n° 4 : « en un sens, les renonciations à recours se présentent comme des clauses de non-responsabilité. Elles privent une partie d'une action et font qu'elle assume son propre préjudice. Mais à la différence des clauses de responsabilité qui sont des stipulations prévues en faveur du débiteur, lequel décline sa responsabilité ou précise son champ d'application, les clauses de renonciation à recours sont envisagées avant tout comme des déclarations du créancier lui-même : c'est lui, victime de tel préjudice, de telle défaillance, qui accepte de ne pas rechercher la responsabilité de son cocontractant ».

<sup>285</sup> Par exemple, les effets de droit produits par la convention d'arbitrage demeurent toujours incertains. La clause d'arbitrage produit-elle des effets juridiques qui touchent au droit d'agir devant le juge étatique ou à la compétence matérielle et territoriale ? Quand le juge du fond est saisi en contravention d'une convention d'arbitrage, la Cour de cassation rejette la sanction de la fin de non-recevoir au profit de celle de l'exception de procédure (éludant plus précisément l'exception d'incompétence plus spéciale), v. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mai 2020, note G. SANSONE, « Entre l'arbitre et le juge étatique, un simple partage de compétence », *DALLOZ Actualité*, 12 juin 2020.

<sup>286</sup> N. CAYROL, « Les actes ayant pour objet l'action en justice », *Economica*, 2001, p. 82, n° 136 et p. 118, n° 196.

<sup>287</sup> Y. MULLER, « Le contrat judiciaire », thèse, PARIS, 1995, v. *infra* n° 67 ; L. MAYER, « Actes du procès et théorie de l'acte juridique », *op. cit.*, p. 126, n° 129.

<sup>288</sup> S. LEQUETTE, « La notion de contrat », *RTD civ.*, 2018, p. 541, n° 10 : « On retrouve là de manière plus générale l'oscillation entre l'approche subjective et l'approche objective qui n'a cessé de troubler la vue de ceux qui portent un regard d'ensemble sur le droit des contrats, balancement qui est à l'origine d'une certaine schizophrénie qui marque, parfois encore aujourd'hui,

ou du choix pour une théorie plus objective ou subjective, volontairement opéré par tout un chacun<sup>289</sup>.

Une vision plus objective du contrat semble préférable, car le procès est en principe doté d'un cadre statutaire où la volonté n'est pas suffisamment libre. En outre, les accords processuels rappellent un état des choses (*sein*) et prescrivent des énoncés juridiques (*sollen*) qui n'engendrent que rarement des obligations à des fins de réaliser un échange économique de valeur entre patrimoines<sup>290</sup>. De surcroît, les particularités propres à chaque procédure rendent la lecture contractuelle globale des accords plus compliquée<sup>291</sup>. Cependant, une vision trop objective du contrat n'est pas non plus bienvenue. Avec cette vision, chaque volonté est dévitalisée et le lien dialectique renforcé, ce qui conduit également à entrevoir des accords processuels là où, en réalité, il n'y en pas peut-être pas. Le choix pour une conception subjective ou objective de l'effet de droit généré n'est donc pas justifié. Le meilleur moyen d'éviter l'incertitude propre aux variations conceptuelles de la volonté est d'adopter un correctif contractuel à l'accord des parties, l'intérêt processuel.

### III - La consolidation de la notion de contrat grâce à l'intérêt juridique processuel

**51. La redécouverte de la notion d'intérêt.** L'intérêt n'est pas inconnu en droit<sup>292</sup>. Le droit organise les rapports juridiques, pour préserver les intérêts juridiques et en deçà, les intérêts économiques et sociaux des individus. L'intérêt du cocontractant a pu être évoqué comme condition de validité du contrat. M. le professeur ROUHETTE avait déjà proposé d'en faire

---

les travaux de la doctrine. Pourtant, l'une des avancées considérables de celle-ci au cours du XX<sup>ème</sup> siècle a précisément été de mettre en évidence qu'entre ces deux conceptions, il est important de décider de ne pas choisir, le contrat étant en réalité un composé qui associe étroitement les deux dimensions ».

<sup>289</sup> P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles EISENMANN », *op. cit.*, p. 318 et 322 : « Et c'est bien, au fond, cette intuition de l'essence même de l'acte juridique manifestation d'acte psychique, acte mental extériorisé, que les auteurs classiques essayaient obscurément d'exprimer en définissant les actes juridiques précisément comme des "manifestations de volonté" ; il paraît davantage approprié d'indiquer qu'il est un acte de dire ayant vocation à manifester une prescription de normes. Cette intuition transparait, du reste, chez les auteurs classiques lorsqu'ils parlent de "manifestations de volonté *en vue* de produire des effets de droit" ».

<sup>290</sup> Il est en effet difficile de voir dans la requête conjointe un accord créateur d'obligations afin d'opérer un transfert de valeur (CPC, art. 57). On le conçoit au contraire plus facilement pour la transaction civile et administrative.

<sup>291</sup> Certains accords étant formés ou seulement efficaces après une validation ou homologation judiciaire. La volonté du tiers (le juge) complexifie les difficultés relatives à l'existence du contrat.

<sup>292</sup> On parle de l'intérêt à agir en droit processuel. En droit civil, lorsque les personnes contractent, elles ont l'intention d'agir pour améliorer leurs propres intérêts, R. CABRILLAC, « L'acte juridique conjonctif », *LGDJ*, 1990, p. 29, n° 79, s., M. le professeur CABRILLAC rapproche l'intérêt de l'objet de la prestation du contrat qui n'est pour lui rien d'autre que la situation de débiteur ou de créancier ; Les auteurs ont toujours évoqué l'intérêt du contractant, v. J. MARTIN DE LA MOUTTE, « L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil », *op. cit.*, n° 32, évoquant le rôle de l'individu qui « exprime un intérêt juridique direct » et qui serait l'élément déterminant de l'acte juridique ; C. AUBRY, C. RAU, « Cours de droit civil français », t. 4, 5<sup>ème</sup> éd., *Imprimerie et librairie générale de jurisprudence*, 1902, p. 466, § 340, qui définissent la convention comme « un accord de deux ou plusieurs volontés sur un objet d'intérêt juridique ». En outre l'intérêt des cocontractants a longtemps servi à distinguer le contrat d'autres mécanismes juridiques, comportant des intérêts convergents, comme l'institution.

l'élément essentiel du contrat en le substituant à la volonté jugée trop chancelante<sup>293</sup>. Des auteurs comme M. Jean HAUSER et M. le professeur WICKER ont ensuite admis l'intérêt comme élément distinctif de l'acte juridique<sup>294</sup>.

Les auteurs se sont réapproprié la notion d'intérêt pour le consacrer comme un élément de définition (et donc d'existence) du contrat. Ainsi conçue, la notion d'intérêt juridique consolide les figures contractuelles civilistes bien connues, mais elle n'est pas pertinente pour découvrir l'existence du contrat dans le procès (A). L'intérêt juridique peut en revanche se fondre utilement dans le lien de droit scellé par la volonté (B), à des fins de réfuter l'(in)existence d'un contrat - même - quand les volontés sont convergentes.

## A - Critique de la notion d'intérêt juridique pour le droit processuel

**52. Les intérêts des cocontractants comme élément de définition du contrat.** Pour Mme Diane GALBOIS, l'intérêt résulte de la synthèse entre la volonté et les éléments du Droit (c'est donc un pont entre volonté subjective et le droit objectif<sup>295</sup>). Après l'avoir distingué de la cause,

<sup>293</sup> G. ROUHETTE, « Contribution à l'étude critique de la notion de contrat », thèse, PARIS, 1965, p. 631, s. ; F. CHENEDE, « contrat » in « Hommage à Georges ROUHETTE » Association Henri CAPITANT (dir.), DALLOZ, 2014, p. 25, rappelant que pour M. le professeur ROUHETTE, la volonté juridique n'est qu'une transmutation qualitative de la volonté interne, la norme issue du contrat relie deux centres d'intérêts juridiques (l'intérêt étant vu comme un avantage, une amélioration ou l'intention de la modification de la condition juridique). G. ROUHETTE s'est finalement ravisé pour n'en faire qu'une condition de validité du contrat (G. ROUHETTE, « Regards sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC*, 1<sup>er</sup> oct. 2007, n° 4, p. 1371, n° 30 : art. 1.101 du projet de réforme : « Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs personnes en vue d'établir, modifier ou supprimer entre elles un rapport de droit », art. 4.101, supprimant la cause et précisant que « Le contrat doit correspondre à un intérêt pour les diverses parties. L'intérêt peut être patrimonial ou réel »).

<sup>294</sup> À la suite d'HEBRAUD considérant que toutes les situations juridiques sont une composante de fait et de droit en vue d'aboutir à un but juridique déterminé, monsieur HAUSER a considéré que le critère de l'acte juridique consistait dans le lien entre la volonté interne et les éléments objectifs de l'acte juridique. L'intérêt est pour lui la synthèse entre la volonté et les données extérieures objectives et, dans le contrat, l'intérêt des parties à l'acte juridique fusionne. La volonté n'est pas omnipotente, mais son efficacité est libérée quand elle porte un intérêt stéréotypé que le droit reconnaît et protège. La cause est l'instrument qui opère le passage de la volonté à l'intérêt et tisse un trait d'union avec les données de fait et de droit qui échappent justement à la volonté d'une ou des parties. M. le professeur WICKER l'explique parfaitement au détour d'un raisonnement dans lequel la cause réalise le lien entre le subjectif (la volonté) et l'objectif (les normes supérieures, les volontés externes et les données de fait). C'est finalement en remontant de la norme à l'intérêt qui l'amorce que l'on s'aperçoit de l'existence de l'acte juridique. Pour ce dernier, l'acte juridique est « toute situation nouvelle établissant une combinaison de la volonté et d'éléments objectifs en vue de produire un résultat de droit destiné à satisfaire un besoin individuel, ou, plus largement, une fin particulière à un ou plusieurs sujets » ; la volonté se fonde dans l'objet qu'elle exprime, un intérêt assimilé au besoin personnel que l'acte juridique peut combler (l'élément substantiel de la volonté), mais demeure représentative de la liberté individuelle (l'élément formel de la volonté). L'intérêt pris dans son versant dynamique, comme le besoin juridique que l'acte permet d'assouvir, s'assimile à la cause subjective et donc à la volonté. L'intérêt pris dans sa dimension statique comme une modification de l'ordonnement juridique prévu par le droit objectif s'assimile à la cause objective et donc à la situation juridique déterminée par le droit objectif. L'acte juridique existe quand il est déterminé par un intérêt juridiquement protégé contrairement au fait juridique dont les effets de droit découlent automatiquement de la situation de fait, peu importe que l'agent ait agi de manière volontaire ou non. Le droit n'entend pas protéger les intérêts de l'agent qui crée un fait juridique (J. HAUSER, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique », *op. cit.*, p. 45, s. ; G. WICKER, « Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique », *op. cit.*, p. 105, n° 106).

<sup>295</sup> D. GALBOIS, « La notion de contrat : esquisse d'une théorie juridique », thèse, PARIS, 2018, nous citons les références de la thèse non publiée (*LGDJ*, 2020), p. 533, n° 701 et p. 550, n° 719 : « Pour réconcilier volontaristes et normativistes, deux opérations ont ainsi été nécessaires : d'abord, l'objectivisation de l'accord de volonté et ensuite, pour parfaire cette objectivisation, sa combinaison avec la rencontre d'intérêts », « ces étapes permettent de passer du domaine psychologique au domaine matériel, sensible : il y a d'abord le fait brut - la volonté psychologique -, puis la manifestation de cette volonté - son

qui demeure pour elle une condition de validité du contrat, elle le promeut de manière autonome comme existence du contrat : « Il convient de remédier à la méconnaissance de l'intérêt et de promouvoir cette notion, qui n'est pas une condition de validité, mais une condition d'existence du contrat, dont l'absence pourrait être sanctionnée par l'inexistence du contrat »<sup>296</sup>. Pour madame GALBOIS, l'intérêt représenterait la finalité juridique poursuivie par l'auteur de l'acte juridique<sup>297</sup>. Elle considère que la manifestation des volontés est commuée en intérêt juridique qui est le seul élément saisi par le droit. L'intérêt constitue pour elle le pont entre la procédure contractuelle, l'accord des volontés manifestées, et le contracté, la norme contractuelle. De la sorte, il y a un pont jeté entre les pans subjectif et objectif de (la) théorie générale du contrat.

Madame le professeur Sophie LEQUETTE poursuit les idées des auteurs *finalistes* faisant de l'intérêt l'élément clé de l'acte juridique contractuel : « ce qui est décisif pour rendre compte du contrat n'est pas tant la volonté des parties que *l'intérêt* qu'elles poursuivent<sup>298</sup> ». L'auteur considère que le prisme de la volonté est dépassé. Il s'agit de comprendre pleinement le contrat comme un instrument de la vie sociale au regard des finalités juridiques que les agents poursuivent sans choisir entre conception objective ou subjective du contrat. L'intérêt de chaque partie ne serait ni entièrement le fruit de la volonté ni entièrement déterminé par la loi, mais une combinaison des deux. L'auteur prétend que la lecture obligationnelle du contrat n'est plus possible, certaines figures contractuelles ne se concevant parfaitement qu'en étant envisagées sous le prisme d'un projet contractuel. Le contrat est une *norme générale* qui lie les intérêts des parties satisfaits par l'exécution des obligations. Le droit attache donc plus de conséquences aux intérêts manifestés qu'à l'accord des volontés<sup>299</sup>. C'est pour cela que Mme le professeur LEQUETTE considère que seul le « contracté » permet de saisir l'essence du contrat

---

expression - qui permet de quitter la sphère purement individuelle pour être partagée avec son destinataire, et enfin l'intérêt - le produit final -, seul pris en compte par le système juridique ».

<sup>296</sup> *Ibid.*, p. 480, n° 631, s. et p. 492, n° 649 et n° 650, s. et surtout p. 502, n° 661.

<sup>297</sup> Malgré de nombreux développements, l'auteur évoque dans ses propos l'intérêt à la fois dans sa dimension subjective (but individuel) et sa dimension objective (finalité de l'opération juridique projetée). Même, après avoir posé une conception plutôt objective, elle admet que l'intérêt est à la fois teinté de subjectivisme et d'objectivisme, puisque finalement l'intérêt est le lien entre la volonté interne déclarée et la norme produite issue de cette déclaration, v. p. 533, n° 701, puis p. 722, n° 952.

<sup>298</sup> S. LEQUETTE, « La notion de contrat », *op. cit.*, n° 6 et n° 10, l'auteur commençant par rappeler la vision de M. ROUHETTE : « Il vise en effet non plus seulement à retirer à la volonté son rôle dans la qualification de l'acte, mais plus largement à nier son rôle en général, seuls les intérêts étant pris en considération par le droit pour sanctionner juridiquement le contrat ».

<sup>299</sup> *Ibid.*, n° 19 : « Les obligations n'y apparaissent ainsi plus comme une fin en soi, mais comme de simples moyens de réaliser un projet contractuel qui les dépasse. Et parce que le contrat ne se réduit plus aux seules obligations qu'il produit, il n'est plus possible de définir le premier comme s'il n'était qu'un instrument de création des secondes. Le contrat produit en effet une norme juridique plus générale au sens où son effet juridique obligatoire dépasse les seules obligations. Il ne s'agit plus de signifier seulement par-là que le contrat peut donner naissance à d'autres effets réels et personnels accompagnant les obligations ce qui relève aujourd'hui de l'évidence, mais plutôt qu'il impose non l'exécution d'obligations isolées, mais la réalisation d'un projet contractuel qui les englobe et les dépasse », n° 28, s. : « En bref, s'il est de la nature du contrat de lier juridiquement les intérêts des parties, il peut ce faisant unir des intérêts contraires ou des intérêts convergents selon le type d'opération économique qu'il organise ».

à la différence du « contracter ». Autrement dit, l'existence du contrat ne se mesure pas dans l'accord des volontés, mais par son résultat, une norme contractuelle prise dans l'intérêt des parties.

Nous n'acquiesçons pas sèchement à tous les propos de MMES GALBOIS et LEQUETTE et l'intérêt, tel qu'elles l'utilisent, n'est pas indispensable comme élément de définition autonome du contrat, et donc comme un élément essentiel de son existence.

**53. Critique de l'intérêt des parties de Mme GALBOIS.** La définition de l'intérêt fait poindre les réminiscences de la conception duale du contrat, à la fois objective et subjective, l'intérêt étant vu comme un filtre qui commue la volonté en une donnée plus objective. De la sorte, l'intérêt devient un fusible qui ne fond pas quand l'intensité des données subjectives (la puissance de la volonté) est plus faible que l'intensité des données objectives (la puissance d'une autre volonté, de la loi ou des données factuelles). Mais alors, l'incertitude demeure sur le fait de savoir s'il s'agit de contrat, d'acte juridique unilatéral ou de fait juridique, car le degré de fonte du fusible, quand l'intensité objective est trop forte, n'est pas connu. Le droit processuel est d'ailleurs fortement marqué par les règles impératives laissant peu de place au jeu des volontés. Le pont entre la volonté dont le pouvoir est limité et les données objectives propres à chaque procédure paraît compliqué à établir.

En outre, en adoptant une analyse très objective du contrat, le lien qu'il entretient avec la volonté interne n'est pas coupé, car elle ressurgit entièrement une fois que le contrat est formé pour vérifier l'état du consentement. Dans cette conception, la volonté est déjà duale, elle est objective quand il s'agit de faire exister l'acte, elle devient subjective quand il s'agit d'apprécier sa validité et ses effets. Ainsi, nul besoin de l'intérêt pour jeter un pont entre la volonté et les données objectives de fait et de droit.

**54. Critique de l'intérêt des parties de Mme le professeur Lequette.** L'autrice conçoit la réalisation des intérêts économiques enregistrés dans la norme contractuelle grâce aux obligations. Bien qu'elle considère le contrat comme un projet normatif supérieur, elle ne se

détache pas entièrement de l'obligation<sup>300</sup> contractuelle et de son vecteur économique<sup>301</sup>. Or, en droit processuel, les accords n'organisent pas forcément un échange économique à l'aide d'obligations. L'accord des parties sur le principe d'une médiation administrative est assez loin de la structure et de la nature du contrat de vente. La présence de l'intérêt, une fois le contrat formé, permet à l'auteur d'établir une classification contractuelle selon que les intérêts contractuels sont convergents ou divergents et de citer la franchise ou la vente. Cela est difficilement exploitable en matière processuelle. De plus, selon la conception de l'intérêt que chacun assimile et emploie, il est toujours possible de dire que dans la vente, jeu à somme nulle, les intérêts des parties peuvent être convergents, car les deux ont intérêt à l'échange. Réciproquement, dans un contrat de franchise, si les intérêts sont communs (l'exécution des obligations d'un contractant profite à tous, *ab initio* ou *in fine*), les intérêts peuvent être aussi perçus comme contradictoires, notamment quand il s'agit de répartir le produit de l'exécution des obligations convergentes.

En droit processuel, omettre la volonté serait salutaire et mènerait à résoudre, avec moins de difficultés, le problème de la présence impossible du contrat en procédure pénale. Avec l'intérêt, dès lors que la norme produite est le seul moyen d'envisager la satisfaction des intérêts du ministère public et du mis en cause, ce qui est le cas en matière de composition pénale, il y aurait nécessairement du contrat.

L'important, c'est moins l'intérêt juridique de chaque partie que la liaison nécessaire des intérêts, et cette liaison est antérieure à l'accord des volontés. Le lien de droit permanent met chaque intérêt à une juste distance contractuelle l'un de l'autre et justifie les manifestations des volontés qui s'accordent. L'effet de droit qui découle de l'accord des volontés permet de satisfaire les intérêts juridiques de chaque auteur de la norme contractuelle.

---

<sup>300</sup> S. LEQUETTE, « La notion de contrat », *op. cit.*, *spéc.* n° 19 : « En d'autres termes, le contrat lorsqu'il organise la poursuite d'une entreprise dans l'intérêt partagé des parties ne peut se contenter de produire des obligations ; il doit les accompagner pour les coordonner et les actualiser dans le cadre du projet commun. Les obligations n'y apparaissent ainsi plus comme une fin en soi, mais comme de simples moyens de réaliser un projet contractuel qui les dépasse », n° 24 : « La norme contractuelle se traduit certes en un ensemble d'obligations. Mais celles-ci trouvent leur cohérence dans l'organisation d'une opération économique qui les dépasse », n° 29 : « En somme la spécificité du contrat tient, non pas tant à ce qu'il opère sur des obligations, qu'au fait qu'il tisse grâce à celles-ci un lien juridique obligatoire entre les intérêts des parties ».

<sup>301</sup> *Ibid.*, n° 24 : « Tout d'abord, la norme contractuelle ne renvoie pas à une enveloppe juridique désincarnée, mais apparaît comme "le manteau juridique" d'une opération économique ».

## **B - Du bon usage de l'intérêt en droit processuel : le lien entre les intérêts des parties à l'acte juridique contractuel**

**55. Définition et utilité de l'intérêt juridique pour l'existence du contrat.** L'accord des volontés est à la fois l'essence du contrat et le vecteur de la contractualisation du procès. Cependant, il n'est pas suffisamment stable pour définir avec certitude l'existence du contrat en droit processuel. La quête de l'existence du contrat processuel est plus éclairée avec la prise en compte de l'intérêt des parties au contrat. Nous avons le sentiment qu'il n'est pas possible d'abandonner l'accord des volontés comme élément déterminant du contrat et, « l'intérêt », n'est pas en soi utile dans la définition du contrat. Ce qui compte, c'est le lien de droit inextricable entre ces intérêts et qui justifie l'existence de la norme produite par le biais de l'accord des volontés.

L'intérêt juridique des parties existe en amont de l'accord des volontés. Ce dernier les fige définitivement en signalant la production de normes qui ont pour vocation à les satisfaire. Le lien fondamental entre les intérêts contractuels est donc à la base de tout contrat et non une conséquence de son existence<sup>302</sup>. Autrement dit, le lien de droit ne naît pas après la formation du contrat, mais il existe au préalable. L'étymologie du terme « intérêt » révèle d'ailleurs l'existence d'un lien nécessaire. « Intérêt » vient de *inter* « entre » et *esse* « être » et désigne ce qui est entre. Les intérêts sont donc la matière brute contractuelle en ce qu'ils sont susceptibles d'être reliés pour satisfaire le projet juridique envisagé. Les intérêts juridiques demeurent à une juste distance l'un de l'autre par un lien d'attache scellé dans l'accord des volontés.

**56. Des intérêts de nature juridique.** L'intérêt n'est pas la volonté interne (le désir, le besoin personnel) commuée en un outil plus objectif. L'intérêt n'est pas un élément de validité du contrat ou de l'acte juridique, bien qu'il soit souvent assimilé à l'objet et la cause<sup>303</sup>. Il est en dehors de cela. L'intérêt se rapporte effectivement à la situation juridique modifiée. Mais il

---

<sup>302</sup> *Contra*. Y. LEQUETTE, F. TERRE, P. SIMLER, F. CHENEDE, « Droit civil. Les obligations », 12<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2018, p. 669, n° 595, qui bâtissent leur sous-titre sur les effets du contrat autour du lien contractuel : « Partant de la constatation que le contrat crée un véritable lien entre les intérêts des parties », ils s'interrogeront sur la vigueur du lien, sa durée, son rayonnement et sa violation ; S. LEQUETTE, « La notion de contrat », *op. cit.*, n° 26 : « Aussi, le contrat, lorsqu'il revêt l'opération économique de la force obligatoire, a plus précisément pour objet de tisser un lien juridique entre les intérêts des parties ».

<sup>303</sup> V. D. DO, « Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français », thèse, AIX-MARSEILLE, 2004, p. 54, n° 56, s., p. 279, n° 413, l'auteur considérant l'intérêt de manière subjective (avantage désiré) comme une utilité permettant d'obtenir un avantage ou éviter un inconvénient. Il précise qu'il est une raison d'être du contrat et un moyen de préserver son existence quand il est imparfaitement formé ou exécuté.

faut remonter en amont pour comprendre l'intérêt contractuel qui sera assimilé à la position du contractant en mesure de faire valoir un avantage juridique.

L'intérêt représente la marge d'action juridique de l'individu dans un milieu social régi par le Droit. La recherche de la finalité juridique des actions de l'agent du droit laisse entendre que manifestation de volonté est prise pour la satisfaction d'un intérêt juridique objectivé et stéréotypé, selon la figure contractuelle projetée.

Ce lien entre les intérêts n'est pas leur union, ni l'accord des volontés, ni le rapport juridique créé. Il faut considérer que chaque individu vivant en société est amené à interagir avec un autre et, ce faisant, chacun entretient de manière permanente un lien juridique avec autrui. Même quand une personne n'a pas de lien contractuel avec une autre, il existe malgré tout un lien juridique entre elles. Leur lien est un lien de neutralité qui justifie que chacun agisse dans le respect des intérêts de l'autre, parce que la loi l'impose. C'est un vrai lien de mise à distance juridique qui peut vite se commuer en un lien juridique d'une autre nature. Il suffit par exemple que X cause un dommage à Y pour que ce lien juridique de mise à distance soit complété d'un lien délictuel créateur d'obligation, autre lien juridique spécifique.

Le lien de droit<sup>304</sup> est justement ce qui sépare les individus. Ce lien de mise à l'écart est une juste distance d'éloignement entre des personnes<sup>305</sup>. M. le professeur JEULAND, défenseur de la théorie du lien de droit<sup>306</sup>, le considère comme un fleuve qui sépare deux rives et qui constitue le point de contact entre les deux. La symbolique consciente et inconsciente d'un écart raisonnable entre au moins deux individus les pousse à se rapprocher pour que la relation qu'ils envisagent (le fleuve) ait une chance d'être saisie par le droit.

Pour que la norme contractuelle existe, les intérêts doivent être des intérêts à lier, c'est-à-dire qu'ils doivent porter en substance et ensemble le même changement de situation juridique. L'intérêt contractuel n'a pas de raison d'être sans être relié à celui de l'autre partie grâce à l'accord. Dans le contrat, chaque manifestation de volonté a pour raison d'être le même intérêt, la recherche du même avantage juridique, le transfert de propriété, dans la vente, par

---

<sup>304</sup> Ce lien n'est pas seulement un lien social, mais un lien entre des intérêts juridiques qui sont l'essence de l'accord contractuel. Tout lien d'affaires ou amoureux, comme les fiançailles, serait sinon les prémices d'un contrat.

<sup>305</sup> Y. LEQUETTE, F. TERRE, P. SIMLER, F. CHENEDE, « Droit civil. Les obligations », *op. cit.*, p. 673, n° 597 : « Bien loin d'être toujours le produit d'une entente cordiale, le contrat apparaît souvent comme le résultat d'une tension entre des intérêts antagonistes, comme un point d'équilibre entre des intérêts opposés ».

<sup>306</sup> E. JEULAND, « Droit processuel général » *op. cit.*, p. 19, n° 1, *spéc.* p. 22 : « L'angle choisi dans cet ouvrage est de concevoir le procès comme un rapport interhumain (...). Notre angle est donc plutôt classique, mais comporte une originalité dans la mesure où le rapport de droit est conçu comme une distance symbolique entre des personnes autonomes ».



exemple<sup>307</sup>. Sans la liaison de ces deux intérêts, l'accord n'a pas de sens et le contrat n'est pas formé. L'accord des volontés enregistre alors les intérêts contractuels similaires qui ne se conçoivent pas séparément. Ces intérêts sont la raison même qui engendre l'accord des volontés pour produire une norme en vue de les satisfaire. Ils n'ont pas lieu d'être l'un sans l'autre.

La liaison des intérêts n'est pas tant un troisième élément de définition du contrat qu'un adjuvant qui se fonde dans l'accord des volontés et qui permet d'en saisir toute la substance. Les intérêts liés permettent surtout de comprendre la relation dialogique qui existe entre les intérêts et la norme produite au travers de l'accord des volontés.

**57. La liaison des intérêts contractuels.** Le lien contractuel englobe traditionnellement le lien d'obligation. Les parties sont liées par le contrat et, le cas échéant, par des obligations (la relation créancier-débiteur). Le contrat resserre justement les parties (*contrahere*) en ce qu'il forge un lien juridique entre elles.

Nous pensons, au contraire, que les intérêts juridiques contractuels existent avant la création du contrat. Chaque cocontractant potentiel signale à l'autre qu'il est en mesure de faire valoir un intérêt qui ne peut être satisfait que s'il est relié à l'intérêt de l'autre<sup>308</sup>. Autrement dit, les intérêts contractuels sont des intérêts similaires à lier, car l'un sans l'autre, ils ne peuvent être satisfaits. Les intérêts des cocontractants sont donc reliés par un lien de mise à distance avant la formation du contrat, comme après son exécution<sup>309</sup>. Ce lien de mise à distance est l'écart

---

<sup>307</sup> Les intérêts de chaque cocontractant sont similaires, même dans le contrat de vente. Chaque intérêt est lié à l'autre, c'est-à-dire que chaque intérêt se trouve à une juste distance de l'autre. Il n'y a plus lieu de se demander si les intérêts des cocontractants sont divergents, convergents ou se fondent dans un intérêt plus grand et unique, mais il y a lieu de se demander en quoi les intérêts doivent être rapprochés. Ils le sont, car ils sont similaires et n'ont de sens que s'ils sont effectivement liés. La partie qui a pour intérêt objectif la permutation du bien à titre temporaire (bail) ne peut pas rencontrer l'intérêt juridique de la partie qui a pour intérêt objectif la permutation définitive du bien (la vente).

<sup>308</sup> E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *op. cit.*, *spéc.* n° 13, il ne s'agit pas de comprendre le lien comme un lien d'accrochage entre des parties qui s'unissent et ne font qu'une ou qui partagent une ambition unique et commune. Il s'agit de le concevoir comme « une distance de reconnaissance *de la différence* entre deux personnes comprenant un accrochage qui se maintient dans le temps ». Cette reconnaissance de la différence implique donc celle de l'altérité des parties en présence. L'auteur considère que le contrat crée un lien de droit (nous pensons que le lien se situe en amont et qu'il est rendu effectif par l'accord) : « Or, pour indiquer ce que doivent faire les parties dans une relation, il faut déjà qu'il y ait une relation. Non seulement il faut distinguer, nous semble-t-il, le lien contractuel et les normes contractuelles, mais il faut sans doute aussi admettre que le lien est antérieur aux normes. Cette approche est contestable tant que l'on ne voit dans le lien qu'un accrochage : on pense alors que les parties sont liées, car elles doivent respecter des normes. Mais, si l'on analyse le lien en termes de reconnaissance des différences, il apparaît nécessaire de considérer le lien - l'écart entre les parties - comme antérieur aux normes contractuelles et comme permettant les normes contractuelles », et de conclure : « en définitive, il nous paraît possible d'affirmer que le lien et la norme sont distincts et que le lien en tant que distance de reconnaissance précède et rend possible la norme. Il existe sans doute plus largement une dialectique entre le lien et la norme, car, une fois un lien créé, des normes peuvent être prescrites et de nouveaux liens, les obligations, peuvent être créés » ; du même auteur, « Sur le lien de droit », *APD*, n° 55, 2012, p. 5 ; P-Y. VERKINDT, « Préface » in « Approche critique de la contractualisation », *op. cit.*, p. 7 : « Derrière le contrat, le lien... ».

<sup>309</sup> O. FLIPO-BOUCHAARA « Le lien contractuel », thèse, ORLEANS, 2001, p. 278, n° 547, l'auteur définissant le lien contractuel pour expliquer certains mécanismes contractuels et redonner une dimension subjective à l'obligation comme « un lien humain, intersubjectif, réunissant les contractants d'un contrat ou d'un ensemble de contrats » et p. 457, n° 844 : « le lien contractuel peut être défini comme la relation interpersonnelle qui unit les contractants, les pré-contractants et les ex-contractants au sein

entre les intérêts qui justifie la création d'une norme, en vue de les satisfaire, par le prisme de l'accord des volontés. Un premier lien de droit précède donc l'existence du contrat. Les cocontractants envisagent d'entériner ce lien de droit entre leurs intérêts similaires par le biais de la procédure contractuelle (l'accord de volontés<sup>310</sup>). Une fois que le contrat est formé, un nouveau lien de droit contractuel se forme et rend le contrat obligatoire dans son sens le plus pur : la norme édictée pour la satisfaction des intérêts juridiques s'insère dans la sphère juridique de ses destinataires.

La théorie du lien de droit appliquée au droit des contrats permet de mettre en lumière le « entre » (la relation) et d'en faire l'essence du contrat, la cause qui justifie l'accord des volontés générant la norme envisagée. Les parties à un contrat manifestent donc des intérêts similaires à lier entre eux. Sans juste mise à distance entre les intérêts juridiques à valoriser, le contrat ne peut exister. Cela permet de comprendre que deux volontés facultatives ou nécessaires qui tendent vers la réalisation d'un même effet de droit ne forment pas forcément de contrat. Réciproquement, ce n'est pas parce que deux volontés sont émises de manière unilatérale qu'elles ne dissimulent pas un lien indispensable entre des intérêts contractuels à lier formant la matière d'un contrat.

**58. Définition de l'intérêt contractuel à lier.** L'intérêt et le lien de droit entre des intérêts contractuels sont définis de la manière suivante. L'intérêt est la prétention à faire valoir un avantage juridique en réalisant l'opération envisagée<sup>311</sup>. L'intérêt est contractuel quand une manifestation de volonté unilatérale ne peut pas exaucer seule cet intérêt. Le contrat est alors un passage obligé pour obtenir l'utilité objective recherchée. La posture de l'auteur à l'acte contractuel projeté dévoile qu'il entend tirer avantage d'une modification de l'ordonnement juridique grâce au contrat. L'intérêt normatif est ainsi objectif et il ne s'attache pas à son auteur. Il s'attache à la position de l'auteur dans une situation donnée, en tenant compte de son rôle, sa fonction. Plus précisément, il s'attache à l'opération juridique envisagée dans un contexte juridique. L'intérêt se rapporte à la norme créée, car bien que ce premier soit à l'origine de la

---

d'un contrat, en deçà et au-delà également ou d'un ensemble de contrats et qui a pour objet des exigences de comportement » qualitatif.

<sup>310</sup> F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, « Cours de droit civil. Contrats », 1<sup>ère</sup> éd., PUF, 2014, p. 18, n° 1, le contrat est une procédure (*contrahere* signifiant contracter) fondée sur la recherche de l'échange des volontés et *contractus* signifiant le contenu du contrat. Comprendre le contrat comme la procédure scellant le lien de droit, c'est correctement comprendre « “*Contrahere*” signifiant primitivement “rapprocher”, “resserrer” » avant de comprendre que l'obligation qui découle de *contrahere* vient du terme latin *obligatio, ligatio* venant de *ligare* qui signifie lier ou ligoter ».

<sup>311</sup> L'intérêt juridique ne se confond pas avec le pouvoir, une liberté ou une prérogative objective ou subjective, qui sont des modes d'acquisition et d'exercice des intérêts contractuels.

seconde, cette dernière est la seule à permettre la satisfaction du premier. Il existe donc une circularité entre l'intérêt dévoilé par la manifestation des volontés et la norme prise pour le satisfaire<sup>312</sup>. L'intérêt n'est pas une condition de validité de l'acte, mais bien une condition de son existence<sup>313</sup> : sans disposer d'un intérêt à faire valoir, la manifestation de volonté ne peut envisager aucune norme dans l'ordre juridique.

L'intérêt mesure la capacité de l'acte juridique à être un acte juridique contractuel lorsqu'il doit rencontrer un intérêt similaire pour aboutir au résultat envisagé. La posture juridique dans laquelle se trouve le potentiel cocontractant lui offre un intérêt à faire valoir et cet intérêt ne peut être réalisé qu'avec l'accomplissement de l'intérêt d'un autre cocontractant dans la même position juridique. Les intérêts contractuels sont des intérêts similaires, reliés par un lien de mise à distance et destinés à être scellés dans l'accord des volontés, pour envisager le résultat normatif envisagé<sup>314</sup>. Le contrat devient le point de concorde entre deux intérêts similaires, « qui ont besoin de s'associer<sup>315</sup> » pour être valorisés sur la scène juridique. Cela vaut pour tous les contrats, même ceux qui n'impliquent pas l'alliance des intérêts des parties ou un minimum de coopération. Des intérêts solitaires ne peuvent être matière à contrat, et ce, même si les volontés exprimées sont tendues vers la recherche du même effet juridique.

**59. La contractualisation du procès et le lien entre les intérêts juridiques.** Au commencement de la contractualisation se trouve le lien contractuel et nul besoin de se référer aux valeurs philosophiques et sociales du contrat pour l'expliquer<sup>316</sup> (la volonté toute puissante, l'égoïsme contractuel, la coopération, l'union, l'entraide, la fraternité, le droit hiérarchisé, le volontarisme social, la norme légale source du contrat).

En droit du procès, les parties sont déjà enserrées dans une relation juridique, il s'agit de la relation juridique conflictuelle qui est de nature processuelle. Le rapport processuel est une relation juridique et un rapport de droit préexistant (ce qui est appelé lien d'instance en matière

---

<sup>312</sup> M. le professeur ROUHETTE conçoit l'intérêt par la norme et le rapporte alors à la sphère d'intérêts juridique atteinte par cette norme. Il ne le rapporte pas à l'auteur de l'acte, puisqu'il rejette la volonté. De la sorte, l'intérêt juridique est forcément un intérêt normatif qui se conçoit au travers du destinataire de la norme.

<sup>313</sup> Une personne peut vendre le bien d'autrui à un acheteur. L'acte de vente existe, car deux intérêts qui sont les seuls à pouvoir être satisfaits par la norme créée sont scellés dans un accord de volonté. Cependant, l'acte de vente est nul, car les parties ne pouvaient pas licitement faire valoir d'intérêts à lier sur la chose et le patrimoine d'autrui (C. civ., art. 1599).

<sup>314</sup> Chaque intérêt juridique est donc relié par un lien de droit à potentialité contractuelle qui devient pleinement contractuel une fois l'accord scellé. Le lien de droit primaire reliant les intérêts à faire valoir avant la conclusion de l'accord n'est pas qu'un lien en puissance. Au sens aristotélicien, il est déjà en acte, car il justifie la prise de l'accord des volontés autour d'un processus de formation du contrat. Le lien est définitivement scellé et révélé quand l'accord des volontés le marque de son sceau. L'établissement du lien de droit est alors achevé et c'est de l'entéléchie dont relève cet état de perfection et de révélation au monde juridique.

<sup>315</sup> L. AYNES, « A propos de la force obligatoire du contrat », *RDC*, n° 1, p. 323, 1<sup>er</sup> déc. 2003.

<sup>316</sup> N. POSTEL, « Contrat, coercition et institution : un regard d'économiste » in « Approche critique de la contractualisation », *op. cit.*, p. 69, *spéc.* p. 93 : « Le principe de la contractualisation vise à concevoir un ordre juridique qui émergerait uniquement d'engagements librement consentis par des individus autonomes ».

civile)<sup>317</sup>. Il est donc facile de voir du contrat, là où les acteurs du conflit, enserrés dans un rapport conflictuel, manifestent leur volonté tournée vers la production d'un même effet de droit. La recherche des intérêts à lier par un lien de droit vient renforcer le critère de l'accord des volontés trop fluctuant, entre conceptions subjectives et objectives. Ce critère est utile, puisqu'on s'aventure dans une terre qui est pauvre de contrats. Il permet d'établir si les nombreuses volontés qui se croisent en droit processuel constituent de vrais contrats, car bien souvent, le fruit du consensus, relève d'un autre instrument comme la loi ou l'acte unilatéral, provenant d'intérêts qui n'ont pas à être liés<sup>318</sup>. L'existence d'un lien de droit à sceller permettra donc de dissocier l'accord processuel, matière à contrat, des accords qui dissimulent des actes unilatéraux qui se combinent.

#### IV - Le contrat et les notions adjacentes en droit processuel

**60. Le lien de droit contractuel et les mécanismes non contractuels.** Le lien de droit permet de concevoir le contrat, mais également l'acte unilatéral, le fait juridique et le fait matériel, très présents en droit processuel et sources de nombreuses confusions.

Dès qu'on s'éloigne de l'échange patrimonial et des contrats nommés, le droit substantiel et le droit procédural révèlent de nombreux accords dont la nature contractuelle est incertaine. Le lien de droit entre les intérêts juridiques devient alors un appui pour déterminer si les figures consensuelles repérées peuvent être des contrats<sup>319</sup>. Les renonciations, les autorisations, les

---

<sup>317</sup> E. JEULAND, « Théorie relationniste du droit », *LGDJ*, 2016, p. 175, s., 240, s., 276, s.; A. CAILLE, P. CHANIAL, « Au commencement était la relation... mais après ? », *Revue du Mauss*, 2016/1, n° 47, p. 5, *spéc.* p. 6.

<sup>318</sup> V. par exemple les contrats pédagogiques qui ne sont pas des contrats en ce que les volontés tournées vers le même effet de droit sont en réalité impuissantes à générer l'effet juridique attendu, qui résulte souvent de la loi ou de la volonté d'une seule partie, J. ROCHFLED, « Le PARE ou les virtualités du "contrat pédagogique" », *RDC*, 1<sup>er</sup> avr. 2005, n° 2, p. 257 ; « Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du "contrat pédagogique" », 1<sup>er</sup> juill. 2006, *RDC*, n° 3, p. 665 ; « D'une nouvelle manifestation du contrat pédagogique ? Le contrat d'accueil et d'intégration », *RDC*, 1<sup>er</sup> avr. 2008, n° 2, p. 193.

<sup>319</sup> On peut évoquer l'hypothèse du consentement à l'adoption - plénière ou simple - qui présente plusieurs schémas consensuels similaires à ceux qu'on retrouve en droit du procès, sans qu'il y ait toutefois contrat. En matière d'adoption, les parents qui disposent d'un lien de filiation envers l'adopté doivent consentir à l'adoption (C. civ. art. 348, art. 361) ; l'adopté de plus de treize ans doit également y consentir personnellement (C. civ., art. 345, art. 360 et art. 361) ; l'adoptant manifeste bien entendu sa volonté d'adopter. Ces volontés triangulaires ne forment pas pour autant un contrat. Pourtant, sans le consentement de chacun, il n'y a pas d'adoption possible en principe, et toutes les volontés semblent tendues en apparence vers le même effet de droit qui est l'acceptation du principe de l'adoption. L'absence de contrat ne peut pas s'expliquer par la matière non disponible en jeu puisqu'elle prévoit justement le jeu de ces volontés. En fait, c'est sur le lien juridique *inter partes* qui n'est pas admis par le droit de la filiation et de l'adoption pour les raisons suivantes qu'il convient d'expliquer l'absence de contrat. Les intérêts de chaque acteur de l'adoption sont différents et ne peuvent être liés. L'intérêt de la manifestation de volonté des parents qui consentent à l'adoption ne porte pas sur l'acceptation de l'adoption, mais sur l'autorisation de l'adoption de manière positive ou négative. Chaque manifestation de volonté se conçoit de manière unilatérale, car il s'agit d'autoriser ou refuser l'adoption et chaque manifestation de volonté des parents est exclusive l'une de l'autre. En outre, la norme envisagée est l'autorisation ou le refus de l'adoption. En cas de refus illégitime de leur part, le juge saisi peut passer outre. L'intérêt de la manifestation de volonté de l'adopté et de l'adoptant porte réellement sur l'adoption en elle-même. Il ne peut donc pas y avoir d'attache avec les parents qui y consentent et qui ont un intérêt juridique différent, manifesté par la prise d'une norme qui est différente de l'adoption en soi. Les volontés de l'adoptant et de l'adopté se conçoivent encore de manière unilatérale, car la liaison des intérêts de chacun est impuissante pour imposer la norme qui déclare la situation de l'adoption. Seul le juge peut réellement prononcer l'adoption.

actes juridiques unilatéraux à formation collective et les actes matériels sont des figures qui sont souvent, purement ou de manière dégradée, rencontrées en droit processuel, en lieu et place de l'authentique contrat. Il faut rapidement souligner que la manifestation d'un seul intérêt rentre dans ce cas en jeu, les exemples étant foisonnants en droit du procès.

**61. La notion de renonciation en droit.** Mme DREIFUSS-NETTER considère que « la renonciation est tout acte juridique où s'exprime une volonté abdicative<sup>320</sup> ». Selon M. le professeur HOUTCIEFF, la renonciation se définirait comme « l'acte juridique unilatéral par lequel le titulaire abdique une prérogative ou un ensemble de prérogatives<sup>321</sup> ». Ces définitions sont assez larges pour comprendre l'abdication issue d'un acte unilatéral ou conventionnel. Il faut donc parler de renonciation - unilatérale - ou de convention abdicative, le tout faisant partie des actes abdicatifs. Les deux traits de la renonciation sont la manifestation de volonté et le projet d'abandonner la titularité d'un droit ou toute autre prérogative. Les renonciations sont forcément unilatérales. Les renonciations purement abdicatives sont ainsi différentes d'autres formes de renonciation au profit d'un bénéficiaire<sup>322</sup>.

La seule vraie renonciation est unilatérale et constitue l'acte abdicatif. L'abandon d'un droit ou d'une prérogative dans les limbes ne peut être le résultat que d'une seule volonté. La renonciation ne doit profiter à personne, si ce n'est au renonçant qui trouve un intérêt à la renonciation. La cause de la renonciation doit donc être une perte sèche, une disparition pure et simple. Dans une vente, le vendeur renonce à un droit de propriété, pourtant il n'est pas possible d'y voir une renonciation au sens strict. L'acquiescement à la demande est également une perte sèche pour le défendeur qui abandonne son droit d'agir et ne gagne rien. Ce n'est que par voie de conséquence que l'acte d'acquiescement entraîne la reconnaissance du droit substantiel du demandeur<sup>323</sup>. L'acte abdicatif *stricto sensu* est donc celui accompli par le renonçant et qui est impuissant à transférer directement un droit.

---

<sup>320</sup> F. DREIFUSS-NETTER, « Les manifestations de volonté abdicatives », *LGDJ*, 1985, p. 39, n° 25, l'auteur évoque ensuite les conventions abdicatives suivantes : la remise de dette, le désistement d'instance et la transaction.

<sup>321</sup> D. HOUTCIEFF, « Renonciation », *Rép dr. civ.*, DALLOZ, 2018, *spéc.* n° 1 : « La renonciation peut en effet porter sur un droit, une faculté, un bénéfice, une universalité ou encore un statut. La prérogative ou l'ensemble de prérogatives considéré doit néanmoins être compatible avec l'unilatéralité de la renonciation ».

<sup>322</sup> La renonciation dite *in favorem* (C. civ., art. 783) permet plutôt de disposer d'un droit au profit d'un tiers désigné que d'y renoncer. La renonciation au bénéfice de la loi n'est pas non plus une renonciation. La renonciation aux dispositions légales applicables consiste à mettre à l'écart les règles supplétives favorables à l'une des parties. D'abord, la renonciation se fait souvent dans un cadre contractuel, ensuite, il ne s'agit pas de renonciation à un droit puisqu'il est justement possible de l'aménager de manière conventionnelle. En outre, il s'agit d'une renonciation à un droit objectif et non à un droit subjectif acquis en vertu du droit objectif qui justement n'est pas encore déterminé.

<sup>323</sup> V. *infra* n° 115.

La manifestation de volonté doit être la seule source de la réalisation de l'abandon<sup>324</sup>. Il ne faut pas s'attacher à l'intention psychologique de l'auteur de l'acte d'abdiquer quelque chose. Cela conduit à voir des actes d'abandons là où il n'y en a pas, le dépouillement n'étant que la conséquence de la norme de l'acte juridique (transaction, legs, remise de dette avec contrepartie, vente)<sup>325</sup>.

En somme, l'intérêt juridique du renonçant, le dépouillement, est le seul intérêt pris en compte et qui se trouve satisfait par la norme produite issue de la manifestation de volonté. Rarement, des conventions abdicatives nécessitent la liaison des intérêts de plusieurs personnes, car l'abandon ne peut être que commun.

**62. La notion d'autorisation en droit.** L'autorisation accordée permet à celui qui l'a obtenue de retrouver la liberté d'exercer une prérogative réglementée qu'il détient et qu'il peut désormais exercer à sa guise. L'autorisation relève des actes permissifs qui modifient la situation juridique préexistante pour rendre licite l'activité projetée<sup>326</sup>. Ils agissent ainsi sur l'applicabilité de la norme<sup>327</sup>. Mme THULLIER définit l'autorisation comme : « un acte juridique unilatéral par lequel un agent, l'autorisant, accorde au titulaire d'une prérogative la possibilité de l'exercer, après avoir vérifié que l'activité projetée respectait la protection de certains intérêts, recherchée par la norme qui exige un contrôle préalable ».

L'autorisation est donc l'acte d'un tiers qui contrôle le respect d'intérêts en jeu. Soit, l'autorisant protège des intérêts distincts des siens, soit il protège ses propres intérêts. L'autorisant dispose d'un pouvoir propre, puisqu'il agit dans un intérêt au moins distinct du sien, en prenant un acte contraignant pour autrui.

L'intérêt de l'autorisant à l'acte juridique porte sur la vérification de la préservation d'un intérêt pour autoriser l'action. L'intérêt de celui qui la sollicite est de pouvoir agir et prendre une norme pour réaliser son projet s'il le souhaite une fois l'autorisation donnée. L'autorisant produit une norme de refus ou d'autorisation d'un projet quand l'autorisé produit une norme qui résulte de la libération de l'exercice d'une faculté. Il n'y a donc jamais de contrat entre autorisant et

---

<sup>324</sup> *Contra.*, F. DREIFUSS-NETTER, « Les manifestations de volonté abdicatives », *op. cit.*, p. 27, n° 10 : « Toute manifestation de volonté comprend deux éléments : un élément subjectif, interne, psychologique, - en l'espèce la volonté d'abdiquer - et un élément objectif, l'extériorisation envers les tiers de cette volonté, la manifestation proprement dite ».

<sup>325</sup> C. SEVELY-FOURNIE, « Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé », *DALLOZ*, 2010.

<sup>326</sup> B. THULLIER, « L'autorisation. Étude de droit privé », *LGDJ*, 1996, p. 65, n° 88 : « C'est un acte juridique qui lève, en tout ou partie, une interdiction et accorde une faculté, c'est-à-dire une possibilité de faire ou de ne pas faire quelque chose ».

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 33, n° 38, s. et *spéc* n° 42 : « soit une norme pose une prohibition et une seconde vient assouplir l'interdiction lorsque certaines conditions sont remplies. La seconde norme est permissive. Soit une norme pose une activité prohibée et prévoit que son exercice est possible après vérification de certaines conditions par un agent du droit. La permission résulte alors de la délivrance d'un acte par l'agent du droit ».

autorisé ; l'acte demeure unilatéral, bien que les manifestations de volonté puissent être tendues vers le même effet de droit, ce qui n'est qu'une apparence<sup>328</sup>.

L'autorisation se distingue de la tolérance en ce que cette dernière laisse courir une situation illicite qui n'a jamais été approuvée. Elle se distingue aussi de la dérogation qui constitue une faveur légale ayant pour objet de lever une interdiction qui frappe, non plus seulement l'exercice, mais la jouissance d'une prérogative (droit subjectif, liberté, pouvoir).

**63. L'acte juridique conjonctif, acte unilatéral.** C'est l'acte de volonté d'une partie plurielle<sup>329</sup>. M. le professeur CABRILLAC considère que l'acte juridique est collectif quand une pluralité de personnes concourt à sa formation par l'émission de leurs volontés qui ne se mélangent pas. L'acte collectif permet alors d'exprimer les intérêts du groupe composé de ses membres : les volontés formant le groupe se manifestent parallèlement et sont des actes conjonctifs. C'est par exemple le cas de l'indivision ou du vote en assemblée dans une société ou une association. Plusieurs personnes produisent des volontés qui se fondent dans une seule manifestation des volontés. La conjonctivité plus précisément la combinaison de trois éléments caractéristiques qui sont l'unité de partie, l'unité d'acte et la pluralité de participants<sup>330</sup>.

L'essence de l'acte juridique conjonctif est l'union d'intérêts qui ne sont pas antagonistes et, aujourd'hui, les volontés de l'acte conjonctif sont des volontés subjectives enregistrées dans une manifestation de volonté objective. Ces intérêts *subjectifs* sont liés à l'objet de l'acte conjonctif et peuvent être tendus vers le même but, comme ceux des coindivisaires, par exemple. Les volontés subjectives du groupe se conçoivent pourtant séparément en ce qu'elles

---

<sup>328</sup> Le lien de droit contractuel est impossible, car les intérêts juridiques de l'autorisant et de l'autorisé sont de nature différente et créent des normes différentes. L'autorisant a pour intérêt de rendre la situation juridique possible ou impossible. L'autorisé a pour intérêt de retirer un avantage du changement de la situation juridique elle-même.

<sup>329</sup> G. ROUHETTE, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *op. cit.*

<sup>330</sup> R. CABRILLAC, « L'acte juridique conjonctif », *op. cit.* : dans l'acte conjonctif, la partie à l'acte juridique n'est pas forcément la personne qui participe à cet acte. La partie représente un intérêt à l'acte par rapport à son objet. Une partie acheteur, loueur, etc. Cette partie peut alors être plurielle, c'est-à-dire composée de plusieurs personnes placées dans une même situation juridique, qui ont le même intérêt, des co-acheteurs, des co-loueurs, etc. La partie plurielle est le signe de la conjonctivité. Bien qu'il y ait plusieurs personnes attirées à l'opération juridique sous une seule partie, il n'y a pas une pluralité d'actes juridiques éclatés en autant de fois qu'il y a de personnes. L'unité de l'acte conjonctif se décèle par un faisceau d'indices. Il faut caractériser une prestation unique à fournir et à recevoir ainsi qu'un seul *instrumentum*. L'acte conjonctif est donc celui dont les personnes sont coparticipantes et s'engagent dans la situation juridique née de l'acte ; F. MALBOSC-CANTEGRIL « Essai sur l'acte juridique conjonctif », thèse, TOULOUSE, 1991, p. 372, n° 579 : pour madame MALBOSC-CANTEGRIL qui a étudié la notion d'acte conjonctif au même moment que M. le professeur CABRILLAC, l'acte conjonctif est toute autre chose et constitue l'acte comprenant plusieurs actes juridiques qui peuvent exister distinctement, « un ensemble, composé de deux ou plusieurs actes juridiques distincts, unis par un lien d'indivisibilité absolue ou de "conjonctivité", et visant à réaliser une opération globale unique déterminée par avance ».

sont les seules à pouvoir exprimer une modification ou une conservation de l'état juridique du bien indivis.

L'essence de l'acte conjonctif existe aussi en droit processuel, bien qu'il soit difficile d'établir la partie plurale et l'acte juridique unique. Depuis 2019, peut ainsi être évoqué l'acte de modification des compétences d'une chambre de proximité, pris par les chefs qui composent la juridiction (premier président et procureur général, COJ, art. L. 218-2). À un niveau plus individuel, se trouve la requête présentée par l'ensemble des parties pour l'homologation d'un accord transactionnel (CPC, art. 1534, 1541, 1557 et 1566)<sup>331</sup> et, de manière encore plus dégradée, la requête collective qui constitue un *instrumentum* unique dans lequel plusieurs requêtes unilatérales (*negotium*) figurent (CJA, art. R. 411-5).

**64. Proposition de définition du contrat.** La définition proposée du contrat est suffisamment stable pour envisager la recherche de son existence en droit du procès : le contrat est la liaison d'intérêts juridiques scellés par un accord de volontés manifestant la prise d'une norme tournée vers la satisfaction de ces intérêts. Le lien dialogique entre les intérêts devant être liés et la norme produite n'est pas à caractériser spécialement, car la norme découle par nature des seuls intérêts qui l'impulsent et que celle-ci peut satisfaire. L'acte existe matériellement d'un point de vue subjectif, si ces éléments de définition sont établis<sup>332</sup> : un lien de droit nécessaire entre intérêts concordants, un accord de volonté qui les fige et une norme créée. Cette définition permettra d'envisager, en outre, ce qu'est l'acte juridique processuel, en distinguant, parmi les accords du procès, ceux qui sont de vrais contrats et ceux qui sont autre chose, des actes unilatéraux croisés, par exemple, ou de simples actions volontaires concertées.

---

<sup>331</sup> Il s'agit plutôt d'une requête individuelle présentée collectivement que d'une requête conjointe.

<sup>332</sup> Le contrat est un énoncé pourvu d'une signification normative, un devoir-être qui représente un micro-système de référence qui organise désormais l'action des auteurs et des destinataires de la norme. Cet acte à vocation à pouvoir s'insérer dans l'ordre juridique. La signification portée par l'énoncé de l'acte dévoilé le rend existant d'un point de vue subjectif. Cela veut dire que l'acte postule au rattachement de l'ordre juridique dans lequel il a vocation à s'insérer. La norme peut être effectivement appliquée ou non appliquée, peu importe, mais le contrat devient potentiellement l'acte de référence qui guide l'action des destinataires des normes. Cette signification subjective révèle *a fortiori* une potentielle existence objective. Cela signifie que l'existence de l'acte est vraisemblablement objective (v. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau », *Presses de l'Université de SAINT-LOUIS*, 2010, p. 307, s.). L'acte existe objectivement quand un organe d'application du droit peut tenir compte des prescriptions de l'acte pour assurer la défense de l'intérêt qui l'a fait émerger. Autrement dit, l'acte inexistant d'un point de vue objectif a existé d'un point de vue subjectif, mais l'acte inexistant d'un point de vue subjectif ne peut pas être considéré comme un contrat qui s'est inséré dans l'ordre juridique. L'acte qui existe subjectivement est supposé valide. L'acte appliqué par un organe peut toujours être supposé valide, même quand la validité n'a pas été examinée. L'existence n'a donc rien à voir avec la validité. Pour que l'acte soit valide ou invalide, il faut déjà qu'il existe. L'existence diffère aussi de l'efficacité. L'acte peut exister, ne pas être valide ou régulier, mais demeurer efficace.



## **Section 2 - La définition du contrat processuel par la liaison des intérêts processuels**

**65. Le choix des méthodes.** Le contrat a été défini comme un accord qui scelle un lien de droit entre des intérêts juridiques, en vue de générer une norme pour les satisfaire. Il convient désormais de rechercher la coloration processuelle des éléments constitutifs du contrat : le lien entre des intérêts processuels similaires – un accord de volontés – une norme processuelle –. La question repose donc sur la détermination de ce qui est ou non processuel.

Pour découvrir ce qui rend le contrat processuel, il convient d'essayer de le rattacher à l'une des catégories des actes du procès déjà connues en doctrine (§1). Pourtant, ce rattachement ne permettra pas de déceler la mesure de la dimension processuelle des accords examinés. Les catégories des actes du procès ne sont finalement pas si balisées que cela. Elles ont été forgées à partir des conceptions plus ou moins subjectives de l'acte juridique et recèlent de nombreuses zones d'obscurité. En revanche, cette première tentative révélera que les accords de la contractualisation illusoire se situent dans des plans juridiques différents, mais qui entretiennent des relations inextricables.

À partir de là, nous distinguerons le plan substantiel, le plan procédural et le plan justicier. Il sera donc préférable d'adopter une autre démarche qui consiste à réfléchir, de manière brute, sur ce qu'est une norme processuelle générée par un lien de droit entre des intérêts processuels (§2). Cette démarche nous conduira à proposer une définition du contrat processuel, acte juridique processuel (§3).

### **§ 1 - Le rattachement impossible aux catégories des actes processuels**

C'est par rattachement aux actes juridiques plus ou moins travaillés par la doctrine que la nature processuelle des intérêts et des effets de droits contractuels peut être ébauchée. Les catégories du procès qui sont déjà bien apprivoisées sont l'acte de procédure (I), le contrat judiciaire (II) et les mesures d'administration judiciaire (III).

#### **I - L'acte du procès**

**66. De l'acte de procédure à l'acte juridique du procès.** La réflexion trouve surtout un point d'ancrage en matière de procédure civile. La théorie des actes du procès souffre des

incertitudes liées à celle de l'acte juridique qui résultent des variations du pouvoir de la volonté. Les auteurs civilistes et publicistes considèrent que l'acte du procès est d'abord un acte de procédure, un acte plus ou moins formel (un *instrumentum*) avant d'être un acte juridique (un *negotium* déterminé par la volonté). En effet, alors que le doyen HERON conçoit l'acte de la procédure comme une espèce d'acte juridique, PERROT s'y refuse et y voit des actes de nature instrumentale<sup>333</sup>.

**67. L'acte de procédure et l'acte processuel.** Pour certains, l'acte du procès est l'acte réalisé par les auxiliaires de justice (avocats, huissiers, greffiers) en opposition aux actes du juge<sup>334</sup>. Il s'agit essentiellement des actes accomplis par les parties et donc des demandes et défenses<sup>335</sup>. L'acte formel prévaut souvent sur l'acte intellectuel<sup>336</sup>, l'avancement du procès étant une forme avant d'être le fruit d'un acte juridique issu de la volonté des litigants (et du juge). Ainsi, l'acte processuel serait surtout « l'acte de procédure (...) une manifestation de volonté ayant pour but de faire avancer l'instance<sup>337</sup> ».

Pour d'autres, l'acte processuel n'est pas l'apanage des parties au conflit, mais le juge peut également en édicter, quand il s'agit d'administrer le cours de l'instance, voire juger<sup>338</sup>.

Madame Yvonne MULLER évoque, plus explicitement, divers actes relatifs au procès : un « acte procédural<sup>339</sup> » pour évoquer l'acte permettant de faire progresser l'instance ou d'y mettre fin, un « contrat de procédure<sup>340</sup> » pour organiser la mise en état du litige et un « acte processuel » pour définir (au-delà de l'*instrumentum*) « l'ensemble des actes accomplis aussi bien par le juge que par les parties au cours du procès dont ils visent la création, le développement et l'extinction<sup>341</sup> ». Selon elle, l'acte processuel est celui par lequel les parties et le juge « exercent

---

<sup>333</sup> HERON distingue l'acte juridique processuel (*negotium*) de l'acte de procédure (*instrumentum*). Par exemple, la demande en justice est un acte intellectuel en ce qu'elle soumet au juge une prétention qu'il doit dire bien ou mal fondée (une demande de condamnation à des dommages et intérêts par exemple). La demande en justice est en revanche portée par un acte formel appelé « demande en justice » et qui prend par exemple la forme d'une assignation, d'une requête ou de conclusions ; J. HERON, *Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé*, *Droits*, 1987, n° 7, p. 85.

<sup>334</sup> C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, « Procédure civile », *op. cit.* p. 669, n° 944 : « si, sur le plan théorique, la distinction juridique classique entre le *negotium* et l'*instrumentum* conserve tout son intérêt en procédure, en pratique, l'acte de volonté d'un plaideur demeure sans valeur tant qu'il n'a pas trouvé son expression dans l'acte écrit prévu à cet effet ; cependant cette remarque perd de sa force lorsqu'il s'agit de procédures non formalistes devant les tribunaux d'exceptions ».

<sup>335</sup> G. COUCHEZ, X. LAGARDE, « Procédure civile », 17<sup>ème</sup> éd., 2014, *Sirey*, p. 193, n° 178.

<sup>336</sup> Ce qui n'est pas négligeable en pratique, v. par ex. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 13 janv. 2022, n° 20-17516, l'acte formel d'appel primant sur l'acte intellectuel (l'appel) qui est pourtant le seul à opérer la dévolution du litige de première instance devant la cour d'appel (CPC, art. 562).

<sup>337</sup> G. MAUGAIN, « Acte de procédure », *Rép. proc. civ.*, 2015, n° 2.

<sup>338</sup> C'est aussi la vision de H. CROZE, H. MOREL et O. FRADIN, « Procédure civile », 4<sup>ème</sup> éd., 2008, *LexisNexis*, p. 167, n° 482 et L. CADIET, E. JEULAND, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 442, n° 509, ces derniers soulignant que les actes de procédure prennent habituellement la forme d'actes écrits, rédigés par les auxiliaires des parties ou du juge.

<sup>339</sup> Y. MULLER, « Le contrat judiciaire en droit privé », *op. cit.*, p. 160, n° 154.

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 182, n° 167 et p. 198, n° 184, s.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 427, n° 409.

leur fonction respective dans le procès ». Il peut faire l'objet d'une classification selon le rôle de la « volonté processuelle » exprimée par l'auteur de l'acte qui le destine à l'adversaire (progression vers la décision juridictionnelle) ou au juge (ingérence des parties dans l'office du juge)<sup>342</sup>.

L'acte processuel est « directif » : « le caractère procédural l'emporte sur la qualification d'acte juridique ». Cet acte est principalement unilatéral, ses effets sont déterminés à l'avance par la loi et le régime des nullités est celui de la nullité de forme du droit judiciaire privé (demande en justice, moyens de défense, rédaction et signification des conclusions, requête conjointe, « contrat de procédure »).

L'acte processuel est sinon « dispositif », en ce qu'il « infléchit le cours normal du procès » et modifie les pouvoirs du juge. La volonté implicite de son auteur suffit souvent à le faire exister et son régime est celui de la nullité du droit civil (désistement d'action, acquiescement, transaction, suspension de l'instance, accords de l'article 12 al. 3 CPC).

M. le professeur CADIET reprend cette dichotomie quand il évoque les conventions de disposition processuelle, qui ont pour objet l'office du juge et donc avant tout l'action en justice, et qui s'opposent aux conventions d'administration processuelle, qui ont pour objet d'aménager le déroulement procédural du litige, notamment le cours de l'instance. Les premières sont tournées vers le droit commun du contrat, la volonté étant plus libre, les autres vers le droit du procès, la volonté étant soumise au cadre formel du procès.

Mme le professeur Lucie MAYER a définitivement entériné l'idée que les actes du procès civil sont des actes juridiques comme les autres, avant d'être des actes enfermés dans une forme particulière. Ce sont pour elle les actes pris au cours du procès étatique, de l'introduction à la fin de l'instance<sup>343</sup>.

M. le professeur JEULAND estime, quant à lui, que l'acte processuel est l'acte de volonté qui produit un effet de droit processuel et l'auteur d'évoquer essentiellement les actes du procès sur

---

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 388, n° 357, s.

<sup>343</sup> L. MAYER, « Actes du procès et théorie de l'acte juridique », *op. cit.* ; la doctrine processualiste n'hésite donc plus à se détacher des conceptions subjectives de la volonté qui permettent difficilement d'expliquer en quoi les effets de droit de l'acte du procès ne sont pas toujours librement définis par leur auteur. Une thèse récente sur l'acte coercitif en procédure pénale démontre qu'il est, à la fois, un acte juridique (une création intellectuelle produisant des effets de droit), mais également un acte matériel (un acte factuel), c'est-à-dire une opération juridique qui doit être concrètement exécutée par celui qui l'a décidée, v. P. COLLET, « L'acte coercitif en procédure pénale », *Éditions Panthéon-Assas*, 2018, nous citerons la thèse dactyl., 2014, PARIS, p. 98, n° 137 et p. 390, n° 618 : « Accompli à titre probatoire, provisoire ou conservatoire, voire sanctionnateur en réaction efficace au trouble à l'ordre public, cet acte s'analyse comme un acte de police judiciaire, d'instruction ou de juridiction, générateur d'un grief direct et spécifique, qui consiste en une atteinte grave à certaines libertés individuelles ».

les droits substantiels, les actes des juges et tiers enquêteurs, les actes judiciaires du juge concernant l'administration de la justice et les décisions juridictionnelles<sup>344</sup>.

**68. Critique de la notion d'acte juridique du procès.** L'acte juridique du procès, tel que conçu, est essentiellement étudié en procédure civile. Majoritairement, il s'agit de l'acte de procédure des parties faisant progresser l'instance dans sa dimension intellectuelle. Or, les accords processuels ne sont pas présents qu'en procédure civile et ne sont pas l'apanage des parties au conflit, le juge prenant lui aussi des actes processuels.

En outre, l'acte processuel est vu de manière hybride, tiraillé entre le droit des procédures et le droit commun de l'acte juridique, selon que la volonté semble plus ou moins libre de pouvoir déterminer les effets de droits survenus, l'acte étant considéré comme un acte juridique ou un acte de procédure<sup>345</sup>. Il s'agit donc de déterminer l'existence de l'acte processuel au regard des différentes conceptions plus ou moins subjectives et objectives de l'acte juridique qui peuvent s'entremêler. Les questions sur la nature et le régime de l'acte influent l'une sur l'autre par circularité.

De plus, les actes pris en dehors du procès ne sont pas considérés comme des actes processuels selon la doctrine majoritaire qui les considère comme ceux faisant progresser l'instance. Or, le champ de la contractualisation processuelle déborde largement celui du procès *stricto sensu* et concerne ce qui se passe avant comme après<sup>346</sup>.

Dans une conception bien plus large, où l'acte processuel est celui ayant pour objet le procès, tout acte contractuel est susceptible d'être considéré comme une convention processuelle.

---

<sup>344</sup> E. JEULAND, « Droit processuel général », *op. cit.*, p. 535, n° 406 : « Les actes processuels sont les manifestations de volonté ayant un effet juridique sur la procédure (...). On peut parler d'actes du procès ou d'acte processuel dans le sens large pour tous les actes qui sont spécifiques à la procédure ». Il distingue alors les actes de procédure qui sont des actes juridiques émis par les parties, les auxiliaires de justice et parfois du juge, émis pour faire avancer la procédure, animer le lien d'instance, des actes judiciaires et ceux qui manifestent un pouvoir vis-à-vis d'autrui au cours et au terme d'un processus pour transformer le litige en une situation juridique nouvelle. Les actes judiciaires produisent selon lui un effet juridique, c'est-à-dire qu'ils modifient l'état des normes ou les liens de droit existants : il s'agit des jugements qu'ils soient provisoires ou définitifs, et des actes d'administration judiciaire.

<sup>345</sup> Y. MULLER, « Le contrat judiciaire en droit privé », *op. cit.*, p. 393, n° 369 : « de portée variable, ils doivent s'apprécier distinctement suivant la place assignée par la loi à la volonté dans la structure de l'acte », l'acte directif laissant une place réduite à la volonté, contrairement à l'acte dispositif, plus proche du droit commun de l'acte juridique.

<sup>346</sup> G. MAUGAIN, « Actes de procédure » *op. cit.*, n° 5 : « Pointe alors une nouvelle définition des actes de procédure quant à leur objet : il ne s'agit pas seulement d'actes ayant pour objet de faire avancer l'instance, mais encore de la préparer, comme de la parachever, l'acte de procédure pouvant également intervenir à la suite de l'instance, afin de réaliser une exécution forcée ».

## II - Le contrat judiciaire

**69. Le contrat judiciaire, une espèce d'acte juridique du procès.** Il s'agit au moins d'un contrat de fin de conflit qui est pris devant le juge qui le constate et qui lui permet de produire ses effets de droit. Ce sont des contrats dans lesquels les parties utilisent la *iuris dictio* propre au juge, en définissant leurs droits substantiels. Cela crée nécessairement des effets processuels puisque l'action en justice et l'instance sont abandonnées ou prennent fin. Plus largement compris, madame MULLER définit le contrat judiciaire en procédure civile comme « l'acte processuel conventionnel qui, réalisé par les parties à l'occasion d'un procès, constitue un élément même de ce dernier et dont la validité ou l'efficacité est subordonnée à sa constatation par le juge accessoirement à sa fonction de juger »<sup>347</sup>.

Le rôle du juge n'est pas de manifester sa volonté pour rendre l'acte valide. Il s'agit de constater le *negotium* des parties par un *instrumentum* qui lui est propre afin de conférer à l'accord sa pleine efficacité. Le jugement de donné acte, le procès-verbal de conciliation, quelques formes d'homologation, voire le jugement, sont les principaux actes formels du contrat judiciaire, pris dans sa dimension intellectuelle. Le contrat judiciaire ne touche qu'aux questions de droit litigieux, même s'il peut vider le litige et, par voie de conséquence, mettre fin de manière anticipée à l'office juridictionnel du juge.

**70. Critique de la notion de contrat judiciaire.** Le contrat judiciaire porte classiquement sur l'accord de fin de conflit passé devant le juge, ce qui est extrêmement réducteur pour concevoir l'ensemble des contrats du procès. En outre, Mme MULLER, qui a débroussaillé la notion et le conçoit plus largement, adopte une vision trop subjective du contrat<sup>348</sup>, si bien qu'elle conçoit comme étant des contrats judiciaires, des actes qui touchent plus ou au moins au litige (substantiel) et à l'organisation du procès (procédural). De plus, selon sa propre définition, la transaction selon qu'elle est judiciaire, ou extra-judiciaire, est, ou non, un acte processuel. Le contrat judiciaire n'est pas un contrat processuel, mais un simple contrat à fin processuelle. Enfin, tout contrat, judiciaire ou non, est un acte susceptible d'être constaté par le juge. Le critère du constat de l'acte par le juge n'est donc pas pertinent pour rechercher

---

<sup>347</sup> Y. MULLER, « Le contrat judiciaire en droit privé », *op. cit.*, p. 429, n° 411, et sur l'origine du contrat judiciaire issu de la *litis contestatio* (acte consensuel), v. p. 13, n° 15. L'auteur élabore une classification entre les contrats judiciaires solennels et consensuels : le premier est celui « au moyen duquel les parties règlent tout ou partie de leur litige entraînant extinction de l'instance », le second découle de la loi ou de pratiques (accords de l'article 12 CPC et suspension conventionnelle de l'instance) ; v. E. MAUPOINT, « Le contrat judiciaire », thèse, PARIS, 1911, p. 5, s.

<sup>348</sup> Y. MULLER, « Le contrat judiciaire en droit privé », *op. cit.*, p. 280, n° 260, qui conçoit le contrat autour de l'accord de volontés des parties qui résulte d'une offre et d'une acceptation concordante et p. 288, n° 265, s. l'objet du contrat étant conçu comme l'économie de l'acte contractuel qui découle de l'obligation principale.

l'existence du contrat processuel, qui peut ne jamais être connu du juge, mais parfois, un moyen de vérifier sa légalité et/ou garantir son efficacité.

### III - Les mesures d'administration judiciaire

**71. L'administration judiciaire.** La notion de mesure d'administration judiciaire est encore instable. Il s'agit des actes administratifs pris pour administrer le fonctionnement de la justice. En principe, l'acte ne touche pas directement la progression du procès et il ne porte pas sur la résolution du conflit, à l'inverse de l'acte juridictionnel, alors susceptible d'une voie de recours. Il existe deux grandes figures d'acte touchant l'administration judiciaire. Il s'agit encore d'un *continuum* selon que l'auteur de l'acte assure le bon fonctionnement de la justice (l'organisation globale de la juridiction) en dehors d'un procès, ou au cours d'un procès en particulier<sup>349</sup>. Dans les deux cas, l'organe agissant prendrait une mesure d'ordre intérieur<sup>350</sup> qui se détache de l'administration de la procédure, en vue d'assurer plus collectivement le fonctionnement du service public de la justice.

**72. Incertitude sur la notion de mesure d'administration judiciaire.** Selon une partie de la doctrine, la mesure d'administration judiciaire est celle qui doit éviter de porter atteinte aux droits substantiels. Pour l'autre partie, la question est plutôt celle de savoir si l'acte touche démesurément aux intérêts substantiels ou processuels des parties.

La mesure faisant grief<sup>351</sup> implique de rechercher les effets et les conséquences de la norme générée : le critère de la mesure d'administration judiciaire ne réside donc pas dans l'objet de la norme, ni dans la nature de son dispositif ou des éléments décisifs, mais des conséquences

---

<sup>349</sup> « Vocabulaire juridique », G. CORNU (dir.), *op. cit.*, « Mesures d'administration judiciaire » : « mesure de caractère non juridictionnel destinée à assurer le fonctionnement de la juridiction soit d'une façon globale (répartition des juges entre les diverses chambres d'un tribunal ; répartition des affaires, délégation de fonction, etc.), soit à l'occasion d'un litige (radiation d'une affaire, ordonnance de clôture) » ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, « Procédure civile », *op. cit.*, p. 234, n° 217 : « Les mesures considérées concrétisent, comme leur nom l'indique, une certaine activité administrative exercée par le juge : sont ainsi visés non seulement les actes qui sont relatifs au fonctionnement même du service judiciaire envisagé dans son ensemble (répartition des affaires entre les chambres d'une juridiction, fixation des audiences, délégation et roulement des juges, etc.), mais également des mesures qui concernent plus directement une ou des affaires déterminées et que l'on a pu qualifier d'actes processuels non juridictionnels » et de citer, les jonctions et disjonctions d'instance, les règlements de connexité dans une même juridiction, les décisions de radiation et de retrait du rôle, la fixation des délais de procédure et des clôtures de l'instruction, etc. ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, « Procédure civile », *op. cit.*, p. 755, n° 1080.

<sup>350</sup> M. DEGOFFE, E. JEULAND, « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification » *in* « Justice et droits fondamentaux », Mélanges J. NORMAND, *LexisNexis*, 2003, p. 141 : « une mesure d'ordre intérieur dont le critère est l'absence ou la faiblesse du grief, mais qui pour autant modifie l'ordonnement juridique en ayant un effet procédural ».

<sup>351</sup> La mesure faisant grief étant différente de la mesure décisive qui modifie ou confirme la situation juridique antérieure, B. SEILLER, « Acte administratif : identification », *op. cit.*, n° 305 : « La qualification de décision faisant grief est attribuée en fonction de l'impact des effets sur les situations ou l'ordonnement juridique. Cela ne concerne pas la question, précédemment évoquée, du contenu de la norme au regard de l'ordonnement juridique (modification ou maintien en l'état), mais celle de l'intensité de son impact (...) La décision faisant grief est la décision administrative qui affecte de manière suffisamment immédiate ou grave des situations ou l'ordonnement juridique ».

procédurales qui ne font pas ou peu grief. D'ailleurs, la Cour de cassation considère habituellement que la mesure d'administration judiciaire est celle qui ne porte pas atteinte aux droits et obligations des parties, de sorte qu'elle ne peut faire l'objet d'aucun recours (CPC, art. 537)<sup>352</sup>.

L'absence de grief est facile à concevoir lorsque la mesure d'administration judiciaire est prise en dehors de toute instance, pour administrer tous les procès (une ordonnance qui fixe les jours d'audience par exemple ou l'affectation des juges dans tel ou tel service). En revanche, cela est beaucoup moins évident lorsque la mesure est prise par le juge saisi à l'occasion d'une procédure. Bien que la mesure puisse être prise pour organiser le service public de la justice, il se peut qu'elle affecte les droits procéduraux et substantiels<sup>353</sup>.

### **73. L'administration de la justice recherchée, critère finaliste de la mesure envisagée.**

M. le professeur WIEDERKEHR ne recherche pas tant le grief que la fonction de la mesure d'administration, selon qu'elle se rapporte ou non à la gestion de l'affaire ou touche l'utilisateur du service public de la justice<sup>354</sup>. En effet, la notion tirée du grief n'est pas très maniable.

M. le professeur THERON abonde en ce sens et explique que le critère tiré du grief est inopérant. En effet, de nombreuses fois où le code et la jurisprudence évoquent le caractère de mesure d'administration judiciaire, l'acte perturbe en réalité les droits substantiels et processuels des parties. Le professeur THERON évoque par exemple la radiation pour défaut d'exécution du jugement de première instance à l'encontre de l'appelant (CPC, art. 526 anc.). Il faudrait, selon lui, substituer un critère finaliste au critère du grief. La mesure d'administration judiciaire serait donc celle qui est exclusivement prise aux fins d'assurer le bon fonctionnement du service

<sup>352</sup> *Contra*. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 janv. 2020, n° 18-19301, ouvrant le recours contre une mesure d'administration judiciaire portant sur la radiation du rôle : la décision de radiation 526 (ant.) du CPC gagnerait à être considérée comme une mesure d'administration de la procédure faisant grief, qui ne peut demeurer qualifiée injustement de mesure d'administration judiciaire ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 16 déc. 2021, n° 19-26243, note N. HOFFSCHIR, « Le recours pour excès de pouvoir s'infiltré dans les mesures d'administration judiciaire », *DALLOZ Actualité*, 17 janv. 2022.

<sup>353</sup> Par exemple, en matière d'appel civil, le dossier d'appel est orienté par le premier président de la cour d'appel vers la chambre *compétente* et le président de la chambre prend ensuite une décision pour orienter l'affaire vers le circuit court (autre que de droit) ou le circuit normal (CPC, respectivement art. 904 et 904-1). La première orientation concerne l'administration de la justice, on pourrait aisément parler de mesure d'administration judiciaire. La seconde orientation concerne l'orientation procédurale du litige vers la procédure normale ou la procédure à bref délai, bien distinctes l'une de l'autre eu égard aux droits et devoirs de procédure ; il serait donc préférable de considérer cette seconde orientation comme une mesure d'administration de la procédure avant de la considérer comme une mesure d'administration de la justice.

<sup>354</sup> Dès que la mesure touche l'affaire (objet, cause et parties), elle est juridictionnelle, et l'auteur évoque les mesures faussement administratives comme le règlement de connexité, la jonction d'instances et la radiation. Le sursis à statuer est bien juridictionnel, car il touche l'affaire selon lui, G. WIEDERKEHR, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires » *in* « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes juridiques », Mél. A. RIEG, *Bruylant*, 2000, p. 883, *spéc.* p. 890 : « La réponse pourrait peut-être être recherchée dans une distinction selon que la décision du juge concerne ou non la matière litigante ou selon qu'elle est déterminée ou non par un élément de l'affaire » ; quelques paradoxes légaux souvent dénoncés subsistent encore, B. FERRARI, « Pas de recours contre la décision d'ouverture de la liquidation judiciaire simplifiée », *DALLOZ Actualité*, note sous Cass. com., 2 juin 2021, n° 19-25556.

public de la justice. L'auteur évoque alors une mesure prise par le juge dans « l'intérêt du service public qu'il administre<sup>355</sup> ». Le processus intellectuel de délibération du juge est d'abord tourné vers l'organisation de ce service avant de l'être dans l'intérêt de la résolution du conflit.

Le critère finaliste proposé consiste à rechercher les conséquences de la norme, avant la nature même de la norme au regard de son objet. Or, « l'intérêt de l'administration de la justice » vers lequel la norme est orientée doit être mis en relation permanente avec l'objet même de cette norme. Il serait judicieux de pouvoir opérer une distinction entre la mesure d'administration judiciaire qui touche à l'administration de la justice et la mesure d'administration procédurale qui touche à l'organisation de la procédure par le juge, la frontière étant souvent très mince<sup>356</sup>. Ainsi, une troisième voie pourrait être dessinée. À côté des jugements, il y aurait de vraies mesures d'administration de la justice, qui touchent de loin le procès et pourraient faire l'objet d'une voie de recours en cas d'excès de pouvoir, ainsi que des mesures de gestion procédurale, qui affectent seulement le déroulement de la procédure et qui devraient être insusceptibles de tout recours, sauf à prévoir un réexamen administratif de la mesure ordonnée, par un autre juge qui exercerait un pouvoir de préférence discrétionnaire, dans de très brefs délais<sup>357</sup>.

#### **74. L'inadéquation de la mesure d'administration judiciaire pour organiser les procès.**

La catégorie des mesures d'administration judiciaire est inappropriée pour concevoir les contrats qui organisent un procès en particulier, car il s'agit justement d'aménager les droits et devoirs procéduraux, donc de faire grief, dans l'intérêt de la résolution du conflit, avant l'administration du service public de la justice. Elle est un peu plus adaptée pour les contrats des procès qui organisent un cadre procédural local avec une dimension collective en lien naturel avec la gestion du service public de la justice.

---

<sup>355</sup> J. THERON : « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.*, 2010, p. 2246.

<sup>356</sup> Nous pensons que chaque décision du juge, même juridictionnelle, est imbibée de considérations liées au bon fonctionnement de la justice. Réciproquement, même les actes plus administratifs servent le bon déroulement d'une procédure juridictionnelle particulière. Il ne peut pas en aller autrement dans une période où le processus administratif tend à se confondre avec la procédure juridictionnelle, les deux étant en tension permanente. Pour un exemple civil, la faculté du juge de relever d'office une caducité de procédure repose moins sur la préservation des droits substantiels des justiciables et la gestion de la procédure que sur la bonne administration de la justice qui impose de vider les rôles sans examen de l'affaire au fond. L'exemple est topique pour les mesures d'administration judiciaire de l'application des peines qui n'en sont plus aujourd'hui, tant elles touchent l'organisation d'une procédure pour déterminer une nouvelle situation au fond, R. GASSIN, « Les mesures d'administration judiciaire en procédure pénale » in « Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel », Mél. S. GUINCHARD, *DALLOZ*, 2010, p. 951, spéc. p. 953, n° 5 et p. 957, s.

<sup>357</sup> Le mécanisme pourrait être inspiré de celui de l'article 82-1 CPC prévoyant un règlement d'abord administratif, puis juridictionnel, des questions de compétence au sein d'un même tribunal judiciaire.



**75. À la recherche de la dimension processuelle.** La présentation des actes susvisés laisse entrevoir des actes qui opèrent dans trois plans différents. Il s'agit de prendre des actes destinés à régler le conflit, à organiser la procédure et le service public de la justice. Les accords de la contractualisation étudiée ont un impact sur le procès<sup>358</sup>. L'impact processuel est insuffisant pour cibler le champ de l'aménagement processuel, car tous les accords produisant des effets ou conséquences de nature processuelle sont susceptibles d'en faire partie. Or, tous les accords de la contractualisation n'ont pas la même valeur processuelle, les modifications de droit d'ordre processuel en résultant étant plus ou moins importantes. L'impact processuel de l'accord n'est qu'un indice de son vrai caractère processuel. Par exemple, ce n'est pas parce que la transaction éteint l'action et peut donner lieu à une fin de non-recevoir lorsque le même conflit est soumis au juge qu'il s'agit d'un contrat processuel. Il est préférable de penser que c'est seulement dans le cas où la norme prise pour satisfaire l'intérêt juridique processuel agit dans le plan normatif processuel que l'on pourra affirmer que le contrat est de même nature. Après avoir expliqué ce qu'est un accord de nature contractuelle pris sur le plan processuel, la catégorie des actes juridiques processuels s'en trouvera plus éclairée.

## § 2 - La recherche du lien de droit processuel à la base du contrat processuel

**76. La norme dans le plan normatif processuel.** Actuellement, les accords sont rattachés à la contractualisation du procès en raison du résultat de l'opération juridique sur le déroulement du procès. En cela, le moindre accord bouleverse le schéma de l'organisation impérative du procès. Pourtant, les accords de la contractualisation du procès n'ont pas tous le cœur processuel. Il existe à l'heure actuelle une palette d'accords plus ou moins processuels dont les effets de droit oscillent entre modification de la situation juridique conflictuelle et modification de la situation juridique institutionnelle. Le repérage des accords processuels montre que dans le *continuum* de la contractualisation, il existe trois plans normatifs distincts. Les deux premiers plans, qui se situent aux extrêmes, sont le plan substantiel et le plan judiciaire. Au milieu se trouve le plan procédural. C'est le point de rencontre entre les deux premiers plans.

---

<sup>358</sup> La dimension processuelle résulte de trois critères : l'acte processuel existe *ratione personae* (ou critère organique, les acteurs du procès), *ratione loci* et *ratione temporis* (ou critère contextuel [acte du procès *stricto sensu*] et critère de la forme de l'acte [forme de l'acte de procédure]) et *ratione materiae* (ou critère matériel, l'effet de droit décelé, qu'il découle de la volonté, de la loi, d'une volonté tierce). Ces trois critères fondent, plus ou moins séparément, l'apparence d'un impact processuel qui conduit à penser que l'acte de volonté entraîne la production d'effets de droit de même nature. En effet, l'accord entre les parties à un litige et un procès conduit forcément à voir l'essence d'un contrat processuel ; la signature d'un acte appelé « protocole » entre un ordre des avocats et une juridiction laisse facilement entrevoir une convention qui aménage la procédure et la justice au niveau local.

Le premier plan contient le conflit d'intérêts qui génère le passage des données substantielles vers un plan procédural à des fins d'organiser sa résolution. Le dernier plan contient l'administration du service public de la justice qui doit permettre la mise en œuvre des règles de procédure pour la reconstruction des données substantielles. Contrairement au plan substantiel et judiciaire, le plan procédural n'existe jamais en soi. Il n'est qu'éphémère et généré par les données des plans substantiel et judiciaire. Il existe une relation dialogique entre tous ces plans, mais tout acte juridique qui prétend pouvoir appartenir à l'une de ces dimensions ne peut qu'avoir de simples conséquences juridiques sur une autre. Cela justifie que les accords appartenant au plan substantiel ou judiciaire puissent venir perturber le plan procédural, bien qu'ils n'en fassent pas partie.

Le plan intermédiaire, dit procédural, se situe entre la justice matérielle et la justice institutionnelle, entre droit substantiel et administration de la justice. Nous avons l'intime conviction, et cela sera démontré, que seul le plan procédural contient les contrats processuels. Ainsi, le plan procédural sera assimilé au plan processuel recherché. Seul ce dernier contient les accords de la contractualisation authentique du procès.

Les accords qui gravitent de près ou de loin autour du plan procédural ne sont donc pas de vrais contrats processuels. Ce sont des accords de la contractualisation illusoire qui appartiennent aux deux autres plans et qui ont de simples conséquences processuelles. Une distinction sera donc réalisée entre le contrat processuel et ce que nous appelons le contrat à potentialité processuelle, ou encore contrat à fin processuelle.

Après avoir présenté les différents plans normatifs sur lesquels peuvent se situer les normes processuelles, à raison des intérêts qui les soutiennent (I), il y aura lieu de démontrer que ces intérêts puisent leur ambition normative dans l'un de ces trois plans, le plan procédural (II). Les intérêts processuels à lier sont les seuls qui peuvent générer une norme de même nature qui pourra les exaucer (III). Enfin, l'attache qui existe entre la norme processuelle et les intérêts liés qui l'ont générée sera mise en lumière. Ce lien résulte de l'accord des volontés, qui n'est pas exclu de la définition du contrat, mais demeure un élément essentiel de son existence (IV). Il est le moteur de l'action juridique qui assure le passage de l'ambition normative vers la réalisation de l'objectif juridique que les parties se sont assigné.

## **I - La présentation des plans substantiel, procédural et judiciaire**

**77. Le lien processuel entre les auteurs de la norme.** Le contrat est le lien de droit entre des intérêts juridiques figés dans l'accord des volontés pour la production d'une norme juridique prise pour satisfaire ces premiers. Le lien de droit entre les intérêts se conçoit par rapport à l'édition de la norme, et non par rapport à la volonté manifestée. L'intérêt contractuel a été défini comme la posture de l'émetteur de la norme à faire valoir un avantage juridique. L'intérêt processuel repose donc sur l'intentionnalité juridique de l'auteur de la norme de modifier l'ordonnement juridique. Pour identifier la nature des intérêts en jeu, il convient de les replacer dans le plan normatif auquel ils appartiennent, soit le plan substantiel, soit le plan procédural, soit le plan judiciaire. Il s'avère que le plan procédural est un plan d'intersection qui opère la rencontre des deux autres. De la sorte, beaucoup d'accords de contractualisation illusoire se situent dans l'un de ces deux plans, sans appartenir au plan procédural, tout en touchant le procès de près ou de loin. L'intérêt contractuel manifeste la recherche de l'avantage juridique dans l'un de ces trois plans normatifs qui sont susceptibles de contenir les accords « processuels », l'objet de notre recherche. Il conviendra de confronter les plans substantiel (A) et judiciaire (B) avec le plan procédural qui concerne l'organisation des procès, afin de déterminer le(s)quel(s) de ces plans porte(nt) les contrats processuels.

### **A - Le plan normatif substantiel et le plan normatif procédural**

Il convient de présenter le plan substantiel et le plan procédural (1) avant d'évoquer les intersections entre les deux (2). Le plan procédural accueille le conflit appartenant au droit substantiel en vue d'y mettre fin. Il est donc normal que la montée des données d'un plan vers l'autre soit source de confusions.

#### **1 – Le champ des plans substantiel et procédural**

**78. Les plans substantiel et procédural, distinction fondamentale en droit processuel.** Selon M. le professeur JEULAND, la « distinction entre le droit dit substantiel et le droit processuel est depuis une quarantaine d'années considérée comme fondamentale<sup>359</sup> ». Tous les

---

<sup>359</sup> E. JEULAND, « Droit processuel général », *op. cit.*, p. 115, n° 57.

ouvrages de procédures évoquent plus ou moins cette différence entre le droit substantiel et le droit processuel encore appelés couramment droit de fond et droit de forme ou règles substantielles et règles procédurales<sup>360</sup>.

Le droit procédural, dans sa dimension processuelle, est un droit auxiliaire ; ce n'est pas le moyen de réaliser les droits substantiels, mais c'est *un* moyen de régler les conflits d'ordre substantiel. La différence entre le droit substantiel et le droit processuel ne s'apprécie donc pas exclusivement au travers de la notion de procédure (et de processus) qui constitue une continuité d'actes juridiques et matériels qui permettent de progresser vers un résultat normatif envisagé. La distinction entre le plan substantiel et procédural se distingue paradoxalement grâce à ce qu'ils ont de commun, le conflit d'intérêts d'ordre substantiel. Le conflit est le centre névralgique qui justifie le passage du rapport substantiel au rapport processuel<sup>361</sup>.

Le conflit juridique substantiel résulte d'une atteinte à l'organisation des rapports sociaux entre les individus prenant une dimension juridique. Dès qu'il y a une rupture d'équité alléguée, une atteinte potentielle à la justice matérielle, que le conflit soit d'ordre subjectif ou objectif, il faut constater l'existence d'un trouble à l'ordre social, qui devient source de revendications juridiques<sup>362</sup>.

Le conflit d'intérêts peut être défini comme un rapport de droit substantiel pathologique. C'est la rupture des liens de droit entre chaque agent. C'est cette situation d'incertitude juridique qui, naissant de la rupture de l'équilibre du rapport substantiel, est susceptible d'être portée devant un juge dans un système où la justice est institutionnalisée.

---

<sup>360</sup> C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, « Procédure civile », *op. cit.*, p. 3, n° 3, s. et p. 22, n° 30, s. ; B. BOULOC, « Procédure pénale », 27<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2019, p. 5, n° 7, p. 6 et 7, n° 8 et 9 ; nous préférons parler de « plans » ou « pans » substantiel et processuel, car chacun comprend des dispositions de fond et de formes et même des façons de procéder, autrement dit de la procédure (par exemple, la procédure de licenciement, la procédure contractuelle de formation du contrat, les *actions interrogatoires* en matière d'avant-contrats et de nullité, la prise d'actes administratifs, etc.).

<sup>361</sup> E. JEULAND, « Droit processuel général », *op. cit.*, p. 627, n° 501 : « on peut presque tout déduire et expliquer en procédure à l'aide de cette qualification : l'action est la force motrice du rapport procédural, exercée elle crée ce rapport, ce rapport se termine par un jugement qui modifie le rapport juridique de fond. L'objet du rapport procédural est la transformation du rapport de fond devenu litigieux ».

<sup>362</sup> En procédure civile on peut être amené à distinguer le conflit social (psychologique) qui est sous-jacent au litige juridique qui s'élève et qui constitue la contradiction objective entre les prétentions juridiques de chacun. Le conflit, en droit, est pour nous toujours juridique. Litige ou conflit, il s'agit d'une question de mot quand on désigne le rapport juridique conflictuel tiré de l'atteinte sociale envisagée. En matière pénale on parle de conflit d'intérêts entre l'infacteur et la Société. En matière administrative contentieuse, on parlera de conflit ou de litige entre administrations ou entre l'administration et un administré ou particulier. Le conflit peut également être d'ordre plus procédural. Ainsi, il peut par exemple exister une incertitude juridique sur le droit d'agir qui se greffe sur le conflit substantiel et qui sera tranchée par une décision sur la recevabilité ou l'irrecevabilité de l'action ; en concevant le droit comme l'organisation des rapports sociaux, le conflit est une atteinte à l'ordre social qui touche des intérêts subjectifs ou objectifs et résulte d'une autre personne ou d'une situation objective. L'équité implique de rendre à chacun le sien ou de préserver les intérêts en position d'incertitude (garantir la justice matérielle), J. THERON, « Le glaive et la balance » in « Les figures du procès au-delà des frontières », W. MASTOR, L. MINIATO, (dir.), DALLOZ, 2014, p. 7, *spéc.* p. 14 ; P. HEBRAUD, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux », *Académie de législation de TOULOUSE*, 1949, p. 131, *spéc.* p. 163, n° 14.

Si la procédure envisage la résolution du conflit d'intérêts substantiels en matière civile, administrative ou pénale, le conflit d'intérêts ne doit pas être incorporé à la notion de procès ayant vocation à y mettre fin. Entre le conflit d'intérêts et le procès conçu comme la procédure de résolution de ce conflit, il doit y avoir une juste distance. Il ne doit pas y avoir une assimilation excessive entre ces deux composantes. Entre le conflit rattaché à la substance et la procédure rattachée au procès, il existe un lien de séparation qui les dissocie tout en instaurant une interaction fondamentale. Le dialogue se fait dans les deux sens et se comprend comme il suit. La première phase est une phase d'élévation du conflit juridique dans le plan processuel. L'ombre ou le reflet du litige (et donc pas le litige en soi) quitte la rive substantielle<sup>363</sup>. Le conflit d'intérêts passe alors dans un état d'abstraction pour atteindre la rive du procès. L'état processuel n'est alors que le reflet abstrait de la matérialité substantielle.

La dimension processuelle organise la résolution du conflit d'intérêts par la prise d'actes juridiques destinés à cette fin. Une fois que la reconstruction du rapport juridique de fond est opérée grâce aux actes de la procédure, la seconde phase de descente ramène le reflet du conflit d'intérêts, résolu dans la dimension processuelle, dans la dimension substantielle originelle.

Le marqueur du droit processuel est donc la procédure conçue comme la méthode de résolution du conflit substantiel qui n'en constitue que le point de départ. Le plan procédural est le seul plan processuel, celui pouvant contenir les actes de la contractualisation authentique des procès. Le droit procédural est constitué des méthodes qui permettent aux défenseurs à un conflit d'intérêts d'être déchargés de sa résolution, grâce à un processus préétabli et structuré qu'ils devront suivre. C'est en quelque sorte la matrice qui reconfigure les rapports substantiels en conflit.

Il faut en tirer le précepte suivant : les actes des parties à un conflit qui portent sur le règlement du litige, sans jamais quitter la rive substantielle, n'ont pas de coloration processuelle. Même si le conflit est projetable ou projeté dans la dimension procédurale, seule l'action juridique qui touche à l'avancement ou à la régression de sa méthode de résolution est de nature processuelle. Dès que la matière conflictuelle diminue du fait des parties, l'action relève du pan substantiel. Dès que la matière procédurale progresse un peu plus vers l'issue attendue, sans diminuer la portion du litige, l'acte se situe dans le plan processuel.

---

<sup>363</sup> *Ibid.*, P. HEBRAUD, n° 15, NBP n° 1 : D'abord, ce lien « envisage le passage de l'opposition d'intérêts et de prétention qui constituent la contestation, à l'organisation du débat juridictionnelle qui est destiné à la résoudre ».

**79. L'intérêt contractuel substantiel ou procédural.** La norme du contrat est processuelle quand elle permet de satisfaire un intérêt contractuel de nature processuelle. Cet intérêt processuel existe quand l'opération juridique a pour ambition de faire progresser la procédure de résolution du conflit pris dans son état d'abstraction. L'acte - contractuel - processuel perturbe ainsi le déroulement des procédures allant de la montée processuelle à la phase de redescence substantielle. En conséquence, les accords processuels purs sont ceux qui déclenchent exclusivement une norme de nature processuelle parce que les parties agissent pour sceller un intérêt processuel. Or, de nombreux actes ne sont pas forcément processuels, car ils ne satisfont pas des intérêts processuels, mais seulement des intérêts substantiels. Les doutes résultent des interactions qu'il peut y avoir entre le droit substantiel et le droit processuel. Les sensibilités s'expriment la plupart du temps dans les phases d'élévation et de redescence du conflit substantiel, rarement dans la phase d'avancement de l'état processuel.

## 2 – L'interaction entre les plans substantiel et procédural (processuel)

Les doutes relatifs au rattachement d'un acte au plan juridique substantiel ou processuel procèdent en général de l'assimilation du *litige substantiel* au droit processuel. Plus le conflit d'intérêts est considéré comme le critère fondamental du droit processuel, plus la catégorie des actes juridiques processuels est étendue. En effet, tout acte qui intéresse la résolution du litige substantiel peut alors devenir un acte de nature processuelle. Il faut le répéter, le conflit d'intérêts est seulement le point de départ du procès, mais il ne se confond pas avec lui.

Les opérations de transcriptions du conflit substantiel vers le droit processuel et réciproquement, celles qui organisent la retranscription du plan processuel vers le plan substantiel ont toujours été source de confusions. Cela n'est pas étonnant, car justement, la procédure organise la formalisation provisoire des conflits d'intérêts substantiels dans un espace de dialogue qui s'en détache<sup>364</sup>. Les opérations initiales et terminales de la procédure demeurent dans un halo qui entoure des ambitions à la fois substantielles et processuelles. C'est le cas de l'action en justice et du jugement.

---

<sup>364</sup> E. JEULAND, « Droit processuel général », *op. cit.*, p. 631, n° 502 : Le lien d'instance « est une formalisation provisoire du lien au fond pour pouvoir le transformer en instaurant un dialogue réglé. Les parties sont remises à distance (comme on sépare deux personnes qui se battent) dans l'espace du procès (...). Il n'y a donc qu'une transformation du lien substantiel litigieux en une mise à distance provisoire (...). Ce lien litigieux d'instance se substitue sans le faire disparaître au lien originaire ».

**80. L'action en justice, faculté processuelle.** L'action en justice est la transcription d'une atteinte à un trouble juridique dans un rapport processuel, classiquement juridictionnel, pour qu'il y soit mis fin<sup>365</sup>. En cela, le droit processuel entretient un lien indéfectible avec le conflit d'intérêts de nature substantielle<sup>366</sup>, d'où les confusions récurrentes entre l'action en justice (droit d'action), le droit substantiel qu'elle porte et la demande qui la concrétise. La demande en justice est un acte juridique qui déclenche l'action en justice vue comme un droit ou une prérogative processuelle. L'auteur de l'acte juridique processuel déclare être en position d'avoir un droit d'agir qui impose au juge d'examiner le bien-fondé de sa prétention. Si l'énoncé de la prétention est substantiel (acte locutoire), sa signification est processuelle (acte illocutoire). L'auteur de la demande porte sa vision du conflit substantiel dans une dimension processuelle. Il agit en vertu d'un intérêt processuel qui lui permet de faire valoir, avec autorité, sa conception du conflit substantiel. Cela n'impose pas au juge d'y répondre favorablement ; le demandeur ne fixe que l'objet de la demande, dans sa dimension processuelle, tel qu'il le conçoit, obligeant ainsi l'autre partie et le juge à le concevoir de manière identique<sup>367</sup>. C'est pour cela que l'action est un droit ou une prérogative processuelle subjective permettant de former une demande pour saisir un juge devant répondre à une prétention de droit substantiel<sup>368</sup>.

**81. Le jugement, acte juridique processuel.** Le même raisonnement peut être tenu pour le jugement en ce qu'il constitue la réponse à l'action en justice et traduit désormais le passage inverse, du plan processuel vers le plan substantiel. Lorsque le juge ne statue pas sur un conflit de procédure, le jugement de *condamnation* qu'il rend ne modifie que la situation juridique substantielle des parties au conflit<sup>369</sup>. Ainsi, le jugement serait un acte du procès, mais ne serait pas forcément un acte juridique processuel en ce qu'il n'établit pas de norme de même nature,

---

<sup>365</sup> G. BOLARD, « Notre belle action en justice » in « De code en code », Mél. WIEDERKHER, DALLOZ, 2009, p. 17, spéc. p. 21 n° 7 ; M. BRANDAC, « L'action en justice, un droit fondamental » in Mél. R. PERROT, DALLOZ, 1996, p. 1.

<sup>366</sup> J. HERON, T. LE BARS, « Droit judiciaire privé », *LGDJ*, 6<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 61, n° 52 : « l'action constituant (...) un point de rencontre entre le droit substantiel et la procédure, il faut aussi envisager la possibilité qu'aient été attribués à l'action des attributs en provenance du droit substantiel » ; P. THERY, « Le litige en droit judiciaire privé » in « Justices et droit du procès », *op. cit.*, p. 856, n° 7 : « l'action ne va pas sans un substrat substantiel particulier ».

<sup>367</sup> Le même discours peut être tenu en matière pénale où le juge se prononce sur la culpabilité et la peine comme en matière administrative où le juge répond sur la légalité de l'acte administratif.

<sup>368</sup> I. ACLOMBESSI, « Le substantiel dans l'appréciation du droit d'agir », thèse, PARIS, 2019, p. 479, n° 881 : « il nous a semblé nécessaire de procéder à un réajustement de cette définition en proposant une définition, plus proche de son caractère procédural comme suit : CPC, art. 30 "L'action est une voie de droit offerte à toute personne d'obtenir ou de combattre auprès du juge l'existence, la reconnaissance, la protection d'un droit ou d'un intérêt". Ainsi réformé, c'est retenir une fois pour toutes que : "Vaincre le substantiel et en jouir, c'est convaincre le processuel et en déduire" ».

<sup>369</sup> Il est considéré que le jugement produit des effets substantiels auxquels s'attachent, par l'effet de la loi, des attributs de nature processuelle comme l'autorité de la chose jugée, le dessaisissement du juge et la force exécutoire.

mais bouleverse seulement les situations juridiques substantielles. Pire, en cas de débouté, aucune modification substantielle n'intervient<sup>370</sup>.

Pourtant, il n'y a pas plus processuel que le jugement qui constitue l'essence du procès. Le dispositif du juge qui reconstruit le rapport de droit substantiel n'ôte pas au jugement la qualité d'acte juridique processuel. Dans le jugement, la norme portant la modification juridique du rapport substantiel est, comme pour la demande, toujours colorée d'une nature processuelle. La structure de la norme du juge recèle un énoncé locutoire, car elle porte un énoncé substantiel ; mais la norme du juge porte aussi et surtout un énoncé illocutoire, car la norme du juge reconfigure, dans le cadre du rapport processuel, le reflet de la situation conflictuelle de droit substantiel. Une fois que le jugement est prononcé, la norme substantielle est d'abord révélée dans le plan processuel (la vérité judiciaire) avant de réintégrer pleinement le plan substantiel (la vérité matérielle). Le rapport substantiel est donc modifié par référence au prononcé d'une norme qui, avant d'être pleinement substantielle, dévoile la vérité processuelle du rapport substantiel. La retranscription des normes processuelles dans le plan substantiel ne s'effectue que lorsque le jugement est porté à la connaissance des parties. La force exécutoire accompagne la redescente du plan processuel vers le plan substantiel, concernant les jugements de condamnation : le jugement est obligatoire sur le plan processuel dès son prononcé, mais il est obligatoire sur le plan substantiel, dès qu'il doit être exécuté<sup>371</sup>.

**82. La transaction, entre action en justice et jugement.** La transaction constitue à la fois le « noyau dur » de la contractualisation des procès, mais représente également l'entrelacement des pans substantiels et processuels. En effet, il s'agit à la fois de résoudre un conflit qui appartient au champ du droit substantiel dans le but d'éviter ou de mettre fin à un procès déjà engagé, voire d'éviter son recommencement en sanctionnant l'action du demandeur par la mise en œuvre d'une fin de non-recevoir. La transaction dotée de l'autorité de la chose transigée est

---

<sup>370</sup> Le jugement n'aurait pas d'efficacité substantielle quand il rejette la demande ou quand il prononce son irrecevabilité, puisque rien ne change dans le rapport de fond, v. C. BLERY, « L'efficacité substantielle des jugements civils », *LGDJ*, 2000, p. 76, n° 102, s., p. 240, n° 363, s. et p. 367, n° 538, s., dissociant l'efficacité substantielle de l'efficacité procédurale qui, toutefois, reposent sur la même structure, un effet constitutif et novateur.

<sup>371</sup> Très souvent, il y a une concomitance entre le prononcé du jugement, son caractère exécutoire et la force exécutoire qui le sécurise. Pour bien dissocier ces phases, prenons l'exemple de l'arbitrage. La sentence, quand elle est rendue, pose une norme processuelle qui devient une vérité judiciaire définitive (autorité de la chose jugée et force de chose jugée). La norme processuelle redescend dans le plan substantiel, dès que les parties en ont connaissance, les arbitres ayant pu également ordonner l'exécution provisoire. Ce caractère exécutoire, qui garantit le passage de l'abstrait au concret, est assuré par l'*exequatur*. Le raisonnement est similaire en matière administrative où il n'y a pas de force exécutoire à proprement parler contre l'État. Par exemple, l'annulation d'un décret prononcé par arrêt du Conseil d'État entraîne une modification de l'ordre juridique administratif substantiel objectif, sans qu'une exécution hâtive soit nécessaire. La raison est que les décisions administratives sont en principe exécutoires dès leur prononcé (CJA, art. L. 11).



alors souvent considérée comme le *jugement* des parties mettant fin à l'incertitude de droit substantiel, tout en ayant des répercussions sur l'action en justice et l'instance.

**83. L'intérêt procédural, seul intérêt contractuel processuel.** Les illustrations précédentes montrent que les plans substantiel et procédural entretiennent une relation dialogique, si bien que de nombreux actes juridiques peuvent perturber le champ du procès alors qu'ils ne font pas partie du plan procédural, seul plan pouvant contenir des actes processuels. Or, pour que l'acte juridique soit processuel, il faut que son auteur agisse en vertu d'un intérêt juridique de même nature. L'intérêt normatif processuel est donc celui qui porte un intérêt à modifier l'organisation de la procédure pour la restructuration des liens de droit substantiel. Pour avoir intérêt à modifier l'organisation processuelle, il est nécessaire d'être partie à un conflit de droit substantiel<sup>372</sup> ou un tiers neutre chargé de participer à la progression du processus de résolution du conflit, tel qu'un juge.

Les parties au rapport substantiel sont les seules pouvant être intéressées à un rapport de droit processuel (on parle du lien d'instance en matière civile)<sup>373</sup>. Chaque partie au rapport de droit substantiel, ou l'acteur auquel la loi confère qualité à agir, est donc en posture de faire valoir des intérêts processuels en vue de faire progresser la méthode de résolution du conflit substantiel. Puisque le rapport processuel résulte du rapport substantiel conflictuel, il n'est pas possible de concevoir le juge (ou un autre tiers) comme y étant intéressé, même lorsqu'il joue un rôle proactif (juge de l'instruction pénale par ex.). Extraire le juge du rapport procédural n'empêche pas de le concevoir comme une autorité régulatrice puisqu'il *régule* déjà le rapport de droit substantiel dans lequel il n'a pas d'intérêt juridique à faire valoir<sup>374</sup>. Lorsque le juge prend un acte du procès, il agit donc dans *son* intérêt processuel, c'est-à-dire en vue de protéger l'intérêt confié qui découle essentiellement de sa fonction de juger ou de toute autre mission conférée en vertu des pouvoirs qui s'y attachent. Il existe alors une coopération processuelle, qui n'est pas une union, mais une répartition des rôles donnés aux parties au rapport procédural

---

<sup>372</sup> J. THERON, « Ordre et désordre dans la notion de partie », *RTD civ.*, 2014, p. 231 ; Y. CAPDEPON, « Essai d'une théorie générale des droits de la défense », *DALLOZ*, 2013, p. 233, n° 422, s, qui a proposé de définir la partie au procès par voie de conséquence, comme celle qui subira les effets de l'acte processuel essentiel (la demande en justice qui entraîne le jugement) ; par exemple, les contrats de représentation en justice ne sont pas des contrats processuels, car il n'y a pas de conflit juridique substantiel entre le représentant et le représenté qui dispose seul d'un intérêt processuel dont il confie la défense au premier, D. CHOLET, « Assistance et représentation en justice », *Rép. proc. civ.*, 2017, n° 22 : « Ce sont des règles de droit substantiel, qui expliquent et régissent les cas et conditions dans lesquels le pouvoir est donné au représentant ».

<sup>373</sup> L. CADIET, « Liens d'obligations, liens du procès », *op. cit., spéc.* n° 3 ; E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *op. cit. spéc.* n° 37.

<sup>374</sup> Au-delà de l'autocontrainte, qui lie seulement les parties au contrat, cela s'explique par l'hétérocontrainte qui *lie* le juge, non pas comme un tiers, mais comme un régulateur des rapports sociaux devant faire appliquer des normes juridiques valides, v. A. CABRAL, « Les conventions sur la procédure en droit processuel brésilien », *op. cit.*, p. 647.

ainsi qu'au tiers chargé de le surveiller. C'est pour cela que le juge ne peut jamais être considéré comme une partie à un contrat processuel.

## **B - Le plan normatif justicier et le plan normatif procédural**

Seront désormais présentés les plans normatifs justicier et procédural (1) avant d'illustrer la manière dont ils s'entremêlent (2). Le plan justicier n'est pas connu. Nous pensons pourtant qu'il constitue un troisième plan au côté des plans substantiel et procédural.

### **1 - Le champ des plans justicier et procédural**

Le plan normatif justicier est celui dans lequel figurent des normes qui intéressent l'administration de la justice. Ces normes se rapportent donc au bon fonctionnement de la justice comme institution. Le droit processuel et le droit de la justice sont plus que jamais liés. L'un ne peut s'envisager sans l'autre, bien que les règles qui assurent le fonctionnement de la justice soient reléguées au rang de droit infiniment auxiliaire ou subsidiaire en ce qu'il est un droit servant le droit procédural, lui-même droit servant du droit substantiel<sup>375</sup>.

Pourtant, de nombreuses règles organisant les rapports de droit processuel ne se comprennent aujourd'hui qu'en étudiant les règles de l'administration du service public de la justice qui demeure le principal prescripteur de justice matérielle. Il convient d'expliquer ce qu'est le plan justicier par rapport au plan procédural et en quoi ils peuvent entretenir une relation étroite.

**84. Distinction des plans procédural et justicier.** Le plan normatif justicier concerne toutes les normes relatives à l'administration de la justice institutionnelle. Le plan normatif procédural concerne toutes les normes relatives au déroulement des procédures de règlement des conflits. Les règles qui concernent l'administration de la justice portent sur l'organisation et le fonctionnement des institutions de justice. L'organisation se concentre essentiellement sur les organes de la juridiction quand le fonctionnement se concentre sur les méthodes de traitement des dossiers soumis à la juridiction. La doctrine qui s'y intéresse depuis peu différencie donc le processus de la procédure. Le processus assure l'administration de tous les

---

<sup>375</sup> L. CADIEP, « Introduction à un cours de droit institutionnel de la justice » in « Humanisme et justice », *op. cit.*, n° 1 : « On pourrait en conclure que cette matière n'existe pas. La conclusion est erronée : le droit institutionnel de la justice existe » ; J. BOSSAN, « La dématérialisation de la procédure pénale », *D.*, 2012, p. 627 : « La procédure pénale est bien souvent étudiée dans sa dimension judiciaire, la littérature juridique s'attardant sur l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement, laissant ainsi dans l'ombre la dimension administrative de la justice si bien que le rôle procédural des services administratifs et leur informatisation restent peu étudiés ».

dossiers de la juridiction quand la procédure assure le traitement d'un conflit en particulier. Le processus concerne les méthodes de gestion de l'administration de la justice (la justicialité) quand la procédure concerne les méthodes de gestion du règlement juridictionnel du différend (la justiciabilité)<sup>376</sup>. Le premier concerne l'action publique de la justice en quête du meilleur service pouvant être raisonnablement offert aux justiciables. La seconde est le moyen de réparer les liens de droit substantiels rompus entre les agents du droit avec pour objectif d'offrir une justice procédurale et matérielle de qualité. Globalement, le processus tend vers le droit processoral<sup>377</sup> de la justice et la procédure tend vers le droit processuel. De la sorte, le plan normatif justiciel concerne toutes les prises de normes qui s'insèrent dans l'ordre juridique pour modifier le déroulement des processus administratifs de l'administration de la justice quand le plan procédural concerne toutes les prises de normes qui s'insèrent dans l'ordre juridique pour modifier le déroulement des procédures de règlement des différends.

**85. Le rapport descendant, du justiciel vers le procédural.** En principe, l'administration du service public de la justice permet de rendre la justice concernant toutes les affaires soumises à la juridiction en application des règles de procédure. Sans administration de la justice institutionnelle, il n'est pas possible de mettre en œuvre les règles de procédure pour le règlement du conflit. Le processus représente la face cachée des procédures, mais il demeure essentiel et hiérarchiquement supérieur en ce qu'il prévaut sur elle, structurellement et temporellement<sup>378</sup>. Le rapport entre justice et procès est de moins en moins descendant et de plus en plus ascendant.

---

<sup>376</sup> C. ATIAS « Justiciabilité » in « Dictionnaire de la justice », L. CADIET (dir.), *op. cit.*, p. 798 : si la notion est « à construire », elle a vocation à être tournée vers le justiciable et la matière litigieuse qu'il envisage de soumettre à l'autorité judiciaire. Il s'agit d'une aptitude à être jugé par une juridiction, empreinte de sociologie, d'économie, comme de droit processuel, v. « Justicialité », p. 800 : la notion est tournée vers l'administration du service public de la justice. Il s'agit de « la justice en tant qu'institution, ensemble de personnels, de moyens, d'entités, de hiérarchies, de stocks et de flux de dossiers à gérer, est assurément à gérer, à gérer aussi bien que possible, pour tenter de faire face à la justiciabilité croissante et aux actions proliférantes. (...) Juger, ce n'est pas administrer un dossier. (...) ».

<sup>377</sup> Pour reprendre l'expression de H. PAULIAT, « L'administration de la justice et la qualité des décisions de justice » in « La qualité des décisions de justice », *Éditions du Conseil de l'EUROPE*, 2007, p. 123 : « peut-être ne serait-il pas inconcevable d'imaginer un stade intermédiaire avant un management judiciaire intégral, qui pourrait être qualifié de "processoral" ou de stade du processus judiciaire », « la définition du processus permettrait de dégager un certain nombre de principes qui toucheraient à la gestion des dossiers, à leur éventuelle circulation en interne, à des méthodes de travail des magistrats, aux relations entre magistrats, greffiers et avocats sur un dossier... (...) », le processus, lui, requiert plutôt la mise en place de techniques d'administration et ne touche pas directement l'aspect juridictionnel du dossier » ; H. PAULIAT, « Processus, procédures : à la recherche de la qualité de la justice... » in « Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action ? », J. HOAREAU et P. TEXIER (dir.), *PULIM*, 2006, p. 305, *spéc.* p. 307 : « l'idée serait alors que les processus sont en quelque sorte extérieurs ou parallèles au procès en tant que tel : ils servent de guide, de directive générale, de cadre dans le déroulement de la procédure et du procès, ou encore d'objectifs » ; L. CADIET, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure » in « Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges », B. FRYDMAN, E. JEULAND (dir.), *DALLOZ*, 2011, p. 111, soulignant que les processus peuvent être pris au sein d'un service juridictionnel ou plus largement décidés au niveau de l'ensemble des juridictions.

<sup>378</sup> Donnons un exemple pour la bonne compréhension : la compétence est d'abord la répartition administrative matérielle et géographique des contentieux avant d'être une exigence procédurale à respecter. Ainsi, la règle permettant aux chefs de juridiction de donner une compétence supplémentaire aux chambres de proximité concerne l'administration judiciaire (COJ,

**86. Vers un rapport ascendant, du procédural vers le justicier.** La procédure est malheureusement devenue un moyen d'assurer le bon fonctionnement du service public de la justice. Les plans normatifs justicier et procédural ne sont donc pas étanches, mais il existe une solidarité entre ces plans normatifs, voire un réseau de normes entre eux. Leur compréhension ne s'étudie pas uniquement dans un rapport descendant, mais également dans un rapport ascendant et donc finalement dialogique. Si traditionnellement, le processus permet la procédure, en revanche, depuis le début du XXI<sup>ème</sup> siècle et l'amplification des politiques managériales, la procédure est un moyen d'assurer la continuité du processus. Autrement dit, les règles de procédures permettent de plus en plus d'assurer le bon fonctionnement du service public de la justice. Par exemple, prévoir des caducités et des irrecevabilités techniques relevées d'office en matière de procédure d'appel civil permet de vider les rôles bien chargés des juridictions. En principe, l'objectif est de pouvoir réduire rapidement le stock des affaires en cours et trancher le conflit au fond. Pour les pouvoirs publics qui définissent les règles de procédure, cela conduit alors à faciliter le travail judiciaire en réduisant le temps passé sur le dossier dont la procédure prend fin sans examen au fond. Le développement des accords processuels individuels et collectifs participe de ce mouvement qui impose le respect d'une certaine cadence judiciaire.

**87. Bonne administration de la justice et procès équitable.** La bonne administration de la justice ne se conçoit plus exclusivement par l'action des pouvoirs publics étatiques qui décident essentiellement des dotations économiques de la justice, du recrutement des magistrats et des grands enjeux sur l'organisation et le fonctionnement de toutes les juridictions. « Le véritable enjeu se situe désormais aux échelons inférieurs, celui des juridictions<sup>379</sup> ». Chaque chef de juridiction est tenu d'assurer une bonne gestion administrative de son ressort pour diriger la machine judiciaire. L'administration locale de la justice passe également par un dialogue de gestion interne et la coopération de la juridiction avec les autres acteurs locaux de la justice, tels que les ordres des avocats ou les associations de médiateur.

**88. Le plan procédural, seul plan processuel.** Puisque « la justice n'est plus séparée du procès<sup>380</sup> », il est logique d'envisager la mutation des intérêts procéduraux défendus dans un

---

art. L. 212-8) ; au contraire, celle qui organise la contestation de la compétence de la chambre de proximité est une règle processuelle (CPC, art. 82-1).

<sup>379</sup> L. CADIET, « Introduction à un cours de droit institutionnel de la justice » in « Humanisme et justice », *op. cit.*, p. 317, n° 26 ; L. BERTHIER, J.-P. JEAN in « Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur les enjeux contemporains de l'administration de la justice », L. CADIET, J.-P. JEAN, H. PAULIAT (dir.), *IRJS*, 2014, p. 163, *spéc.* p. 174, s.

<sup>380</sup> *Ibid.* p. 317, n° 26, *spéc.* p. 319.

procès en particulier (juge et parties) en un intérêt processuel plus général, plus global qui toucherait collectivement tous les procès : « L'administration concertée de la justice, à cet égard, coïncide avec le développement d'une conception coopérative du procès qui fait de ce dernier la chose commune de l'ensemble des acteurs de la justice<sup>381</sup> ». C'est dans ce cadre que naissent par exemple les accords processuels collectifs passés entre la juridiction et un ordre des avocats pour aménager les règles locales de procédure.

À l'instar de la confrontation entre le substantiel et le procédural, le double rapport mis en lumière entre la procédure et l'administration de la justice permet d'affirmer que le plan judiciaire ne peut pas contenir des accords processuels. Les accords du plan judiciaire intéressent le procès, mais ils n'en font pas partie. Ainsi, seul le plan procédural contient définitivement les accords processuels. Seul lui peut être qualifié de plan processuel.

**89. Les intérêts processuels des acteurs de la justice.** Les intérêts juridiques processuels portés par les acteurs locaux de la justice ne sont pas qu'une abstraction, à un degré supérieur, de la coopération initiée par les mêmes catégories d'acteurs lors d'un procès particulier. Ils ne sont pas que « le débouché naturel de la coopération du juge et des parties qui est au cœur de la conception contemporaine du procès civil<sup>382</sup> ». Leur essence se trouve bien au-delà de ce principe théorique.

L'intérêt processuel des acteurs de la justice locale se déduit de l'intérêt judiciaire préexistant dont ils sont dotés. Tout acteur de la justice au niveau local (bâtonnier et chef de juridiction, principalement) a pour mission de pourvoir au bon fonctionnement des institutions de la justice. Les intérêts de ces acteurs sont reliés par un lien d'attache judiciaire en ce que chacun est investi d'un rôle destiné à permettre le fonctionnement de la justice institutionnelle et à concourir à l'élaboration de la justice matérielle. Partant, la défense de l'intérêt judiciaire peut se doubler de la défense d'un intérêt processuel en vue d'adapter le cadre procédural aux exigences et au contexte judiciaires locaux<sup>383</sup>. Les auteurs d'un contrat collectif processuel ont un intérêt processuel à modifier le cadre procédural applicable au sein d'une juridiction parce qu'ils sont en posture de faire valoir, avant l'aménagement du cadre procédural, des intérêts judiciaires,

---

<sup>381</sup> *Ibid.*, p. 321, n° 28.

<sup>382</sup> L. CADIEU, « Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale », *Cah. Just.* 2013/3, p. 63, *spéc.* p. 64.

<sup>383</sup> D. CHOLET, « Institutions juridictionnelles et procédures : quelles frontières ? » in « Humanisme et justice », Mél. G. GIUDICELLI-DELAGE, *DALLOZ*, 2016, p. 356, n° 13 : « Traditionnellement ce sont donc les institutions juridictionnelles qui sont prépondérantes et imposent les règles de procédure applicables devant elles », p. 355, n° 10, dans un droit post-moderne, les « institutions juridictionnelles influencent la procédure de trois façons » : une réception de la procédure étatique créée par les pouvoirs publics, une adaptation de cette procédure étatique et une auto-régulation des acteurs locaux de la justice (la juridiction pour M. CHOLET) qui définissent leurs propres règles de procédure. Les accords processuels collectifs oscillent entre les deux dernières influences.

visant à permettre la réalisation de la mission de service public de la justice. La défense de l'intérêt processuel au niveau collectif permettrait d'améliorer, par voie de conséquence, le fonctionnement des institutions de la justice et la qualité de la justice matérielle.

## 2 – L'interaction entre les plans justiciable et procédural (processuel)

**90. La confusion entre les plans justiciable et procédural.** Les plans processuels et justiciables s'entrechoquent souvent. Le critère de l'intérêt de l'acte juridique pris dans le plan justiciable ou procédural, seul plan processuel, permet de distinguer les vraies mesures d'administration de la justice, des actes orientés vers l'organisation des procès. Cette distinction est parfois source de problèmes, lorsque les mesures qui encadrent collectivement le service public de la justice sont, en réalité, des actes qui organisent le cours d'un procès en particulier<sup>384</sup>. L'intérêt justiciable ou processuel mis en œuvre par l'auteur de l'acte permet de faciliter la distinction entre ces deux sortes d'actes<sup>385</sup>. Par conséquent, la mesure d'administration judiciaire est différente de la mesure prise en vue d'organiser le procès. La position justicielle du juge a une dimension collective. Elle permet d'envisager la gestion administrative de chaque procédure. La position processuelle du juge se comprend dans une dimension individuelle : elle justifie la prise de décision pour administrer la procédure, aux fins de faire progresser ou régresser la méthode de résolution du conflit<sup>386</sup>.

### 91. Connexions et confusions des plans normatifs en matière d'accords processuels.

Vu la proximité des plans normatifs justiciables et processuels, il n'est pas étonnant que les

---

<sup>384</sup> L. BERTHIER, « La qualité de la justice », thèse, LIMOGES, 2011, p. 403, n° 459, évoquant une dimension de l'administration de la justice d'abord plus organique et fonctionnelle (« En définitive, selon ce double aspect, définir l'administration de la justice revient à considérer un ensemble de matériaux nécessaires à l'organisation, la structuration mais aussi au fonctionnement de la mission dévolue à la justice ») puis une conception plus matérielle (« l'administration de la justice s'identifie à certains actes pris par le juge. Il s'agit des mesures d'administration judiciaire ou des mesures d'administration de la justice, sortes d'actes formellement juridictionnels car pris par le juge, mais matériellement administratifs par destination »); G. DEHARO, A. SAUVIAT in « Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur les enjeux contemporains de l'administration de la justice », L. CADIET, J-P. JEAN, H. PAULIAT (dir.), *IRJS*, 2014, p. 183.

<sup>385</sup> Le remplacement d'un juge dans une formation de jugement comme la décision d'inscrire un expert sur une liste sont des actes d'administration de la justice et ils ne sont pas initiés en vertu d'un intérêt processuel (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 30 juin 2004, n° 04-10889). Au contraire, la réouverture des débats (Cass. soc., 21 févr. 2007, n° 05-44263), la décision ordonnant une médiation judiciaire (*contra*. D. n° 2022-245 du 25 févr. 2022, art. 131-15 CPC), une autorisation d'assigner à jour fixe, comme la radiation pour défaut d'exécution de la décision de première instance (CPC, art. 524 et 537) découlent d'intérêts processuels en vue d'organiser la procédure. Pareillement, la décision de classement sans suite est processuelle (CPP, art. 40-1), alors que la désignation d'un juge d'instruction par le président est justicielle (CPP, art. 83).

<sup>386</sup> La frontière est parfois poreuse. Tout dépend de l'intérêt juridique en jeu. La jonction ou la disjonction d'instance peuvent être de nature processuelle ou justicielle. Elles sont justicielles quand le juge envisage la gestion administrative des contentieux, autrement dit, la bonne administration de la justice institutionnelle, la seule vraie administration de la justice, à des fins de ne pas s'éparpiller dans la gestion administrative des dossiers (les dossiers d'une série de 150 salariés agissant contre le même employeur par exemple). Elles sont processuelles quand le juge envisage la bonne administration de la justice matérielle grâce à la qualité de la procédure, de l'instruction au jugement, assurant ainsi la cohérence des procédures et des décisions rendues

accords de la contractualisation collective des procès prévoient à la fois des aménagements *processoraux* et processuels. Cependant, un accord collectif qui aménage les règles du processus administratif de la justice ne peut pas être la base d'un contrat processuel, mais il s'agirait plutôt d'un contrat justiciable. Un contrat qui modifie le traitement processoral des affaires de toute la juridiction n'a donc pas la même valeur processuelle qu'un contrat qui aménage le déroulement procédural de la résolution des conflits dans la juridiction, même si, *in fine*, il peut faciliter la réalisation du processus judiciaire.

Il est courant (et normal) de constater que les accords processuels collectifs prévoient des règles relatives au fonctionnement de la justice, et vice versa<sup>387</sup>. La détermination du caractère processuel de l'accord ne se mesure pas de manière arithmétique, mais résulte de la posture des auteurs de l'accord, selon qu'ils agissent en manifestant un intérêt justiciable ou processuel. Il faut donc se focaliser sur l'intérêt processuel avant le contenu d'apparence plus justiciable ou processuel. Prenons des exemples d'accords collectifs susceptibles d'intervenir sur les plans justiciable ou processuel.

**92. Les « protocoles 91 ».** Ces accords appelés originellement protocoles d'urgence pénale ou de défense pénale sont d'essence justiciable<sup>388</sup>. La loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 et le décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 relatifs à l'aide juridique disposaient que les juridictions pouvaient adopter « des protocoles » ou « des conventions »<sup>389</sup> avec l'ordre des avocats pour « pour souscrire des engagements d'objectifs assortis de procédures d'évaluation visant à assurer une défense de qualité<sup>390</sup> ». L'objectif initial était d'augmenter la dotation financière des avocats intervenant à l'aide juridictionnelle.

---

<sup>387</sup> J. BOSSAN, J. LHUILLIER, « Protocoles informatiques et administration coopérative de la justice » *in* « Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur les enjeux contemporains de l'administration de la justice », L. CADIEU, J-P. JEAN, H. PAULIAT (dir.), *IRJS*, 2014, p. 207, qui dissocient les « conventions institutionnelles » qui touchent l'administration de la justice des « conventions procédurales » qui touchent la décision de justice. On peut prendre un exemple notable dans lequel le processuel se fond avec le justiciable. Il s'agit des conventions prises pour l'application de l'article 43-1-3 CPP relatif à l'attribution de téléphones grand danger (TGD) et désormais des conventions relatives à l'attribution d'un BAR (bracelet anti-rapprochement, D. n° 2020-1161 et CPP, art. 24-14, s.). Ces conventions détaillent la procédure d'attribution de tels dispositifs aux victimes ou auteurs de violences conjugales, mais prévoient également un cadre plus justiciable concernant le financement de ces dispositifs et les liens avec les sociétés de télécommunications comme ORANGE ou MONDIAL ASSISTANCE, ALLIANZ, v ; par ex. Protocole local de mise en œuvre du bracelet anti-rapprochement signé le 6 janv. 2021 dans le ressort de MONTAUBAN et qui définit les conditions et modalités de mise en œuvre opérationnelle du BAR, la coordination entre les parties et le fonctionnement du comité de pilotage v. avant sur le dispositif TGD, A. DOUVRELEUR, « La mise en place d'une politique pénale régionale de lutte contre les violences familiales : l'exemple de la région parisienne », *AJ famille*, 2013, p. 291 ; V. DERVIEUX, « Le nouveau rôle du parquet en cas de violences conjugales, l'expérience du parquet de Pontoise », *AJ pénal*, 2014, p. 212.

<sup>388</sup> D. n° 91-1266 du 19 déc. 1991 portant application de la L. n° 91-647 du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique, art. 91.

<sup>389</sup> *Ibid.*, consolidé suite au D. n° 2016-1907 qui offre la possibilité aux barreaux de conclure avec les juridictions des protocoles (art. 91, art. 132-6) et des conventions (art. 132-20).

<sup>390</sup> D. n° 2019-1505 du 30 déc. 2019, art. 2 ; v. déjà modification D. n° 2016-1876 du 27 déc. 2016 sur le champ des protocoles.

Au mois de janvier 2020, les protocoles et conventions dispersés sont regroupés sous l'article 91 réécrit pour l'amélioration d'une défense - non - juridictionnelle de qualité<sup>391</sup>. Bien que ces conventions soient essentielles à la mise en œuvre d'une règle de procédure (le droit à l'assistance d'un avocat en matière pénale), elles ne posent qu'un cadre justiciable<sup>392</sup>. Il s'agit de prévoir un cadre matériel et technique pour garantir l'assistance d'un avocat dans les procédures définies. L'intérêt n'est pas de redéfinir le cadre des droits et devoirs processuels liés à l'intervention de l'avocat. Le cadre administratif et organisationnel qui facilite l'intervention de l'avocat est purement justiciable et le barreau bénéficie d'une dotation financière d'excellence pour augmenter les rétributions allouées aux défenseurs dans le cadre des missions d'aide juridictionnelle<sup>393</sup>. Les nouveaux protocoles 91 sont assez similaires aux précédents et ne comporteront majoritairement que peu ou pas de dispositions procédurales<sup>394</sup>.

**93. Les conventions sur la médiation.** Le cadre justiciable est souvent établi au soutien du cadre processuel. Ce n'est pas étonnant en ce que le processus précède la procédure. Le « protocole relatif à la médiation familiale » à CRETEIL, signé le 3 mars 2009 entre le bâtonnier de l'ordre des avocats du VAL-DE-MARNE, le président du TGI et le directeur de greffe, désigne un magistrat référent chargé de promouvoir la médiation familiale dans la juridiction et auprès des avocats et justiciables. Ce magistrat « référent », ou *coordonnateur*<sup>395</sup>, met en place les

---

<sup>391</sup> V. désormais, D. n° 2020-1717 du 28 déc. 2020, art. 88 évoquant les conventions locales.

<sup>392</sup> Ces protocoles s'efforcent de faciliter l'effectivité de la présence de l'avocat dans les juridictions ou dans les lieux de garde à vue. Des numéros de téléphone spéciaux et des centres de relai sont créés pour faciliter le contact entre le palais de justice, les services de police et de gendarmerie et les avocats. La juridiction y prend souvent l'engagement de faciliter l'information de l'avocat sur l'état des déferrements et des présentations, sur les voies procédurales choisies par le procureur, sur l'accès au dossier de procédure comme la réservation des lieux de rencontres avocat client dans l'enceinte du palais. Ces protocoles imposent aussi des obligations de formation pour les avocats et qui sont des conditions d'éligibilité pour participer à la défense pénale d'urgence ; « Les procédures accélérées de jugement en matière pénale », Rapport du Sénat, F. ZOCCHETTO (dir.), n° 17, 12 oct. 2005, p. 80.

<sup>393</sup> L'aide juridique et la présence de l'avocat sont ici en matière pénale des principes plus justiciels que processuels. C'est en effet sous l'angle de l'accès gratuit à l'information juridique et au recours au service public de la justice qui motive la prise de tels protocoles, v. sur les principes du fonctionnement du service public de la justice et not. la gratuité, S. GUINCHARD, A. VARINARD, T. DEBARD, « Institutions juridictionnelles », 15<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2019, p. 268, n° 183, *spéc.*, p. 275, n° 193 ; M. DOUENCE, M. AZAVANT, « Institutions juridictionnelles », 3<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2017, p. 40, n° 52, qui envisagent aussi la présence d'un défenseur dans le principe de gratuité du service public de la justice : « l'aide juridictionnelle consiste, pour les personnes ayant de (très) faibles revenus, à bénéficier d'une prise en charge de l'État, totale ou partielle en fonction du niveau des ressources, des honoraires et frais de justice (honoraires d'avocat, frais d'huissier, d'expertise, etc.) ».

<sup>394</sup> Certains prévoient un délai raisonnable aux avocats pour préparer leur défense avant l'audience ou limiter les dossiers aux audiences de comparution immédiate ; Il faut souligner le développement parallèle de conventions différentes de celles sur l'aide juridictionnelle et dont l'objectif est de « développer la mise en œuvre de la défense personnalisée du mineur » (v. par ex. Convention du TGI de GUYANE signée le 29 nov. 2017 depuis la signature de la convention-cadre du 8 juill. 2011 entre le CNB et la Chancellerie). Certaines conventions prévoient les modalités d'intervention de l'avocat, la consultation des dossiers de procédure, le principe de l'avocat unique, la délivrance des copies de pièces pénales.

<sup>395</sup> Selon la convention, il « facilite le recours à la médiation familiale en élaborant des trames avec leur actualisation régulière ». « Il met en place des outils d'évaluation des actions entreprises pour en tirer périodiquement des conséquences » et, à ce titre, il définit « les procédures d'information, de repérage, de traitement permettant la mise en œuvre concrète de la médiation » ; d'autres protocoles prévoient des pôles de médiation et pas seulement un magistrat référent : v. par ex, Protocole relatif à la médiation civile dans le tribunal de grande instance de METZ, signé le 6 septembre 2011, art. 2, qui évoque la création d'une « unité de médiation civile » composée de magistrats, greffiers et avocats.



outils d'évaluation statistique et les méthodes d'information de la médiation (trames), de repérage et de traitement des affaires *médiables*. Il organise des rencontres entre médiateurs, magistrats, greffiers et avocats. Cette norme conventionnelle qui établit le rôle administratif d'un magistrat, en tant que référent de la médiation familiale au niveau local (art. 2), et celle permettant à l'association de médiation familiale d'établir une permanence dans les locaux du tribunal, pour recevoir les parties qui ont donné leur accord à une mesure de médiation proposée par le juge (art. 10), n'ont rien de vraiment processuel. Ces dispositions relèvent de l'organisation et du fonctionnement de la justice au niveau local<sup>396</sup>.

En revanche, les neuf autres articles sur les douze du protocole (le 12<sup>ème</sup> concerne la révision de la convention) développent des normes de pure procédure à suivre en matière de médiation judiciaire civile. La convention définit la médiation familiale (art. 1), elle évoque les choix de dossier pour sélectionner ceux qui feront l'objet d'une tentative de médiation (art. 3) en s'engageant à développer la double convocation (art. 11), le choix du médiateur (art. 4), la durée de la médiation (art. 5), la fin de la médiation (art. 6), le déroulement de la médiation (art. 7), la confidentialité (art. 8), le coût de la médiation sans provision de la part des parties (art. 9). Ce type de convention est essentiellement processuel et l'intérêt qui la promeut repose sur le développement et la mise en œuvre effective des modes amiables en détaillant leur procédure. Il ne s'agit pas d'améliorer l'administration de la justice en créant une nouvelle catégorie de magistrat, bien que l'accord l'ait prévue, au soutien des modifications processuelles. L'étude de ces différents protocoles démontre une fois de plus que la procédure participe à la performance des processus administratifs. La procédure est aujourd'hui un instrument au service de la gestion des processus administratifs<sup>397</sup>.

**94. Proposition de définition de l'intérêt processuel.** Il existe trois plans normatifs, le plan substantiel, le plan judiciaire et le plan intermédiaire, le plan procédural. Pour être de nature processuelle pure, les intérêts à lier, matière du contrat processuel, doivent puiser leur source dans ce plan intermédiaire. Ce plan procédural est celui dans lequel s'opère la reconstruction des rapports substantiels grâce au cadre judiciaire préétabli. Le plan substantiel est relatif à la

---

<sup>396</sup> V. désormais D. n° 2010-1395, art. 5 et D. n° 2010-1165 et COJ, art. R. 312-13-1, créant un magistrat coordonnateur.

<sup>397</sup> V. Protocole Célérité de la justice consulaire - procédure écrite et dispense de comparution, conclu entre le tribunal de commerce de NANTERRE, son greffe et le barreau des HAUTS-DE-SEINE, le 2 janv. 2012, *spéc.*, « préambule » : « Rendre une justice de qualité est un devoir qui s'impose à tous ceux qui concourent à l'œuvre de justice. (...) Pour être effective, la célérité implique que la mise en état des affaires dont le tribunal est saisi soit soumise à des règles convenues et respectées par les juges, les parties et leurs conseils » ; l'objectif recherché est d'optimiser le bon fonctionnement du service juridictionnel, v. Convention entre la CPAM de la HAUTE-SAVOIE et le TGI D'ANNECY pour la notification des décisions de justice signée le 22 sept. 2015 entre le président du TGI et la directrice de la CPAM : Il y est prévu d'aménager le contenu de l'article 555-1 du CPP et de privilégier la notification des décisions de justice par agent du greffe à la CPAM, dans l'enceinte du Palais, au lieu de l'envoi des décisions par exploit d'huissier.

gestion même du conflit, le plan procédural est relatif à la méthode de reconstruction des liens en conflit et le plan judiciaire est relatif à l'administration du service public de la justice qui permet de mettre en œuvre la procédure pour lever l'incertitude substantielle. Les intérêts processuels sont ceux qui signalent un avantage tiré du nouveau rapport procédural envisagé. L'intérêt processuel est caractérisé lorsque la posture juridique de l'auteur de l'acte permet de faire valoir un avantage à la modification du rapport de droit procédural. La procédure se rapporte à l'activité de résolution d'un conflit particulier et organise son avancement, de l'action en justice au jugement. Autrement dit, l'acte est processuel quand l'intérêt à satisfaire envisage une norme qui augmente ou réduit les charges, droits et devoirs processuels des acteurs d'un conflit, dans le but de faire progresser, suspendre, ou régresser la procédure, sans réduire la portion de matière litigieuse qui lui est soumise, ni modifier les processus de fonctionnement de la justice institutionnelle. L'intérêt est substantiel ou judiciaire quand la norme qu'il génère modifie respectivement la physionomie du litige et l'organisation collective de tous les procès au sein de l'institution judiciaire. La clé de lecture pour déterminer si un acte est processuel consiste donc à rechercher sur quel plan normatif l'intérêt à valoriser se situe. Une fois que l'intérêt processuel est repéré, il faut se demander si cet intérêt est un intérêt autonome ou un intérêt à lier, seul ce dernier étant matière à contrat. Il faut se mettre en quête du lien de droit entre les intérêts processuels en présence.

## **II - Le lien de droit entre les intérêts processuels**

Après avoir déterminé les plans normatifs dans lesquels les actes ayant des répercussions plus ou moins fortes sur les procès peuvent exister, il convient de rechercher le lien de droit entre les intérêts processuels des acteurs du conflit substantiel, pour un procès en particulier (A) et celui des acteurs locaux de la justice, pour aménager la procédure de tous les procès dans un ressort donné (B). La recherche de l'existence d'un lien de droit nécessaire entre les intérêts juridiques des parties à l'accord permettra de déterminer s'il peut être de nature contractuelle. Sans intérêt processuel et sans intérêt à lier à celui d'un autre, l'accord ne peut pas être un contrat processuel.

### **A - La liaison des intérêts processuels individuels des acteurs du conflit**

**95. La détermination de la liaison des intérêts processuels.** La liaison des intérêts se conçoit compte tenu de la posture des auteurs de l'accord à l'opération juridique envisagée. Le

rapport processuel est un rapport de droit dans lesquels les parties agissent en principe en prenant des actes et actions unilatéraux. La liaison processuelle initiale empêche très souvent de savoir si les volontés manifestées sont le fruit d'un contrat ou peuvent vivre seules. La multiplication des volontés convergentes rend l'hypothèse de travail moins aisée, d'où la nécessité de s'en détacher pour analyser l'intérêt à valoriser. En effet, l'accord des volontés est souvent impuissant à faire exister la norme processuelle attendue, car les intérêts manifestés ne sont pas des intérêts à lier.

Les intérêts processuels sont contractuels dans la mesure où ils sont similaires et qu'ils ne peuvent être satisfaits qu'en étant pareillement exprimés. L'avantage juridique attendu doit se comprendre comme la posture à faire valoir le changement dans l'ordonnement juridique du procès. L'intérêt exprimé est très souvent celui d'une seule partie ou celui défendu par le juge et se conçoit sans rattachement à un autre intérêt (même si les volontés sont souvent convergentes). Il arrive aussi que les intérêts manifestés qui se situent sur le même plan processuel ne soient pas des intérêts similaires, et là encore, ils dévoilent la maîtrise d'intérêts uniques par chaque acteur en posture de les faire valoir seul. Bien que les volontés soient tendues vers la même norme, il ne peut donc y avoir de contrat processuel formé.

Parfois, les intérêts exprimés ne sont pas de même nature, l'un est processuel alors que l'autre est substantiel. Dans ce cas, les intérêts ne sont pas similaires, bien que les volontés soient toujours convergentes, aucun contrat ne pouvant exister.

En somme, pour caractériser la liaison des intérêts processuels entre les parties à un accord, il faut exposer les autres hypothèses dans lesquelles les volontés, bien qu'étant souvent convergentes, ne permettent pas de créer de contrat, car la liaison des intérêts processuels est impossible ou inexistante. Les accords de volontés dissimulent la valorisation possible d'un intérêt solitaire, celui du juge (1) ou d'une seule partie au procès (2). Seule la liaison des intérêts processuels doit permettre d'envisager la création de la norme de même nature en vue de les satisfaire.

## **1 - La liaison impossible des intérêts processuels en faveur de l'intérêt défendu par le juge**

**96. L'intérêt porté par le juge, seul intérêt processuel en présence.** Plusieurs volontés subjectives/psychologiques et plusieurs volontés objectives manifestées flottent en suspens dans les mécanismes de procédure, sans que l'on sache si elles forment l'essence d'un contrat. L'absence de lien de droit permet d'établir l'absence de contrat avec plus de certitude. Il faut tenir compte de ce lien qui se révèle ou non eu égard au contexte processuel dans lequel l'accord

est analysé. L'absence de lien se mesure au travers de l'intérêt processuel qui peut être valorisé seul, par le juge. De nombreux accords ne sont pas des contrats, du fait du rôle et des fonctions tenus par les litigants qui ne sont pas en mesure d'adopter des actes qui aménagent la situation procédurale. Ils ont sans doute un intérêt subjectif à participer à la conduite de la procédure, mais ils ne peuvent faire valoir des intérêts objectifs à lier pour déclencher la norme contractuelle attendue. Dans ces mécanismes, plusieurs volontés psychologiques ou plusieurs manifestations de volontés sont donc tendues vers la recherche d'un même effet de droit, mais il n'y a jamais de contrat, car seul l'intérêt processuel défendu par le juge prévaut en raison de l'opération juridique envisagée. Dans ce cas, il ne faut y voir qu'un acte juridique unilatéral (acte juridique simple, renonciation, autorisation, acte conjonctif unilatéral), voire une simple action plus proche du simple fait matériel. Les volontés subjectives demeurent solitaires, car le contexte processuel ne reconnaît pas la liaison de leurs intérêts processuels. On flirte donc avec l'existence du contrat sans pourtant ne jamais y parvenir, à juste titre. Il faut distinguer les accords des parties qui sollicitent une norme auprès du juge, des accords passés entre les parties (a) ou entre une partie et le juge, pour accepter la norme que ce dernier envisage seul (b).

#### **a - La demande de norme au juge**

La demande conjointe d'une norme au juge laisse entrevoir l'existence d'un contrat processuel entre les parties. Pourtant, il n'en est rien. Dans les cas qui seront présentés, le contrat n'existe pas, car l'intérêt processuel du juge est le seul intérêt devant être pris en compte dans ces mécanismes, bien que les parties soient amenées à manifester ensemble leur volonté. Seront distingués les accords judiciairisés [1]), des accords juridictionnalisés [2)].

#### **1 ) Les accords judiciairisés**

**97. Les demandes processuelles conjointes.** Les codes évoquent très souvent les prérogatives des parties avec un vocable qui laisse songeur sur leur teneur contractuelle : « à la demande des parties » le juge *peut* ; quand « toutes les parties le demandent » le juge *peut* ; « avec l'accord » des parties, le juge *peut*. Certaines fois, il n'est pas précisé que le juge « peut », mais que le juge agit en conséquence, ou qu'il doit agir. En procédure civile, la doctrine repère l'accord des parties pour conclure un calendrier de procédure<sup>398</sup>, révoquer l'ordonnance de

---

<sup>398</sup> Autrefois appelé « contrat de procédure », certains auteurs ont vu dans ce contrat, le moyen d'aménager le déroulement de la mise en état, v. Y. MULLER, « Le contrat judiciaire en droit privé », *op. cit.*, p. 182, n° 167, et p. 198, n° 184, s., p. 390,

clôture de l'instruction (CPC, art. 803) ou encore l'accord de toutes les parties pour que l'audience se poursuive en chambre du conseil (CPC, art. 435). Ces sortes d'accords, faux-semblants contractuels, existent dans toutes les procédures<sup>399</sup>. Nous avons décidé de parler d'accords judiciairisés à leur égard, car il s'agit pour le juge de « faire droit » à la sollicitation consensuelle des parties en vue de faire avancer la procédure. Néanmoins, cela ne prouve nullement qu'il s'agisse d'un contrat processuel formé, que le juge accepte ou rejette.

**98. Entre l'existence et l'efficacité contractuelle.** La jurisprudence et la doctrine ont pu dire de certains de ces accords qu'ils sont de nature conventionnelle, mais qu'ils ne lient pas le juge, car ils portent sur l'administration du cours de la justice ou de l'instance dont la charge finale revient à lui seul et non aux parties. De la sorte, des conventions existeraient, mais elles seraient inefficaces et ne produiraient pas d'effets en ce que l'accord du juge devrait s'y ajouter<sup>400</sup>. Dans cette conception, la convention processuelle créerait alors une norme processuelle entre les seules parties, que le juge devrait accepter, mais qu'il pourrait outrepasser ou aménager s'il juge qu'elle n'est pas raisonnable, en vertu d'une bonne administration de la justice<sup>401</sup>.

L'acceptation ou l'enregistrement de l'accord par le juge n'est pas forcément une marque sérieuse de l'(in)existence de la convention. La plupart des accords que la jurisprudence et la doctrine considèrent comme étant des conventions n'en sont pas, car les intérêts des parties ne peuvent justement pas être liés et le juge n'agit pas en conséquence pour prendre une norme nouvelle sur la base d'un contrat qui n'existe pas. Il faut se départir de l'idée laissant penser que la convention existe, mais qu'elle est démunie de force obligatoire, tant que le juge ne l'a pas acceptée<sup>402</sup>. La norme prétendument inefficace est tout simplement une norme qui n'existe

---

n° 359 : contrat fondé sur la coopération entre le juge et les parties que l'auteur qualifie de supervisé par le juge au service de l'aménagement conventionnel du traitement judiciaire du litige. L'acte est contractuel, mais ne s'impose pas au juge qui contrôle son exécution. À notre sens, l'article 764 CPC originel ou modifié en 2005, n'a jamais entendu offrir (ou tolérer) l'aménagement conventionnel de la mise en état, seule la norme qui résulte de la valorisation de l'intérêt du juge d'organiser le déroulement de l'instance permettant d'établir le cadre temporel et matériel de l'instruction civile.

<sup>399</sup> En matière civile, on aurait pu évoquer d'autres hypothèses similaires : CPC, art. 524, 526, 734, 143, 167, 785, 218, 235, 367, 730, 1289-1 ; v. pour la procédure administrative : CJA, art. R.621-1, R.621-3, R. 532-3 et même dans les autres codes : C. trav., art. R. 1455-8.

<sup>400</sup> L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », *op. cit.*, p. 42 : « Le fait que les accords sur la juridiction soient parfois subordonnés à l'intervention du juge n'est pas davantage de nature à les priver de leur nature conventionnelle » ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, « Théorie générale du procès », *op. cit.*, p. 473 qui évoquent un « accord supplémentaire du juge ». L'accord ne produit d'effet que quand il ne porte pas atteinte au fonctionnement du service public : « c'est à cette condition et à cette condition seulement, que le juge pourra donner effet à la convention des parties sur le déroulement de l'instance ».

<sup>401</sup> Et les accords contractuels que le juge peut outrepasser ou modifier n'en restent pas moins des accords contractuels. On peut citer la clause pénale contractuelle qui intéresse les intérêts substantiels et que le juge peut augmenter ou diminuer.

<sup>402</sup> L. CADIET, « Liens d'obligations, liens du procès », *op. cit.*, p. 31, n° 12 : « dans d'autres cas, la validité de l'accord ne suppose pas que les parties aient la libre disposition des droits litigieux, mais, alors, l'efficacité de la convention est souvent

pas, car seul le juge a un intérêt à la prendre en vertu de ses fonctions. Les sollicitations consensuelles des parties au juge sont très nombreuses, voire indéfinies.

**99. Les sollicitations processuelles.** Quand le code évoque une mesure prise avec « l'accord des parties », « à la demande des parties » « à la demande de toutes les parties », cela indique, à la différence de « à la demande d'une partie » ou « avec l'accord de », que n'importe quelle partie peut être amenée à former une telle *sollicitation*, soit que les parties doivent agir ensemble, soit que le juge ne peut agir sans l'accord de l'une d'elles ou de toutes les parties. Il faut marteler que la mesure de l'accord ne varie pas, que les parties se mettent d'accord spontanément ou qu'elles répondent au juge. Très souvent, l'accord n'est en réalité qu'une simple entente matérielle entre parties et ne produit rien, car il est impossible de reconnaître une valorisation d'intérêts processuels, si ce n'est celle de l'intérêt processuel du juge.

**100. La sollicitation unilatérale d'une partie.** La première des hypothèses est celle où l'une des parties peut agir seule pour solliciter le juge. Le code de procédure pénale en fourmille. Il exprime assez clairement qu'il s'agit souvent d'une spontanéité processuelle provenant d'au moins une des parties<sup>403</sup>. Le demandeur met en œuvre un intérêt subjectif en ce qu'il est intéressé à la bonne marche de la procédure sur la forme et le fond, mais il n'est pas en posture de faire valoir un intérêt processuel à lier, car seul le juge bénéficie d'un intérêt processuel protégé par ses fonctions (CPP, art. 84 et 212-1).

**101. Les sollicitations conjointes des parties.** L'exemple topique est l'accord des parties qui signalent établir une norme portant révocation de la clôture de l'instruction (CPC, art. 802). Cet accord n'est pas contractuel, bien que de nombreuses décisions de fond se fondent sur l'accord des parties<sup>404</sup>. Les parties se signifieraient « nous ordonnons la révocation de

---

subordonnée à l'agrément du juge : ainsi la demande conjointe de révocation de l'ordonnance de clôture ou le calendrier de procédure ».

<sup>403</sup> Le CPP prévoit aussi de nombreuses sollicitations « à la demande des parties », CPP, art. 84, 156, 221-3, 371-1, 397-2, 398-2, 169, 510. La formulation et l'esprit de la procédure pénale montrent bien que chaque partie ou même le magistrat peut agir séparément quand la poursuite de la procédure est susceptible de nuire à l'une des parties, v. par ex. CPP, art. 156 et CJA, art. R. 621-1 et CPC, art. 143 sur l'expertise sollicitée à la demande des parties ou de l'une d'elles. Lorsque les parties envisagent la mesure d'instruction d'un commun accord, il n'y a pas de modification du rapport processuel, car leur accord n'est pas suffisant pour faire exister la norme envisagée (la décision d'ordonner la mesure envisagée). Les parties ne sont pas admises à lier des intérêts processuels, car elles n'ont pas la maîtrise des mesures d'instruction ordonnées par le juge. En matière civile, si les parties sollicitent par exemple une expertise d'un commun accord, le juge pourrait très bien ordonner une simple constatation ou consultation.

<sup>404</sup> L'accord des parties sur le report de la date d'audience est similaire. L'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation n'a pas mis fin à cette pratique encore très courante en matière de procédure orale, même si, en principe, le juge est le seul à décider de la date de la tenue de l'audience (Cass. ass. plen., 24 nov. 1989, n° 88-18188 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 28 oct. 1985, n° 84-13397). L'accord des parties sur le report de l'audience n'est pas une convention, car seul le juge peut manifester sa volonté de fixer à nouveau l'affaire à une audience prochaine. Quand le juge l'accepte sur la base de l'accord des parties, il ne le ratifie

l'ordonnance de clôture » (et parfois la réouverture des débats). S'il y a révocation, leur situation processuelle n'a pourtant pas évolué en vertu de leur entente. En effet, elles sont impuissantes à produire une norme qui modifie le rapport processuel concernant la révocation de la clôture de l'instruction. Les intérêts de l'instance (ici révoquer la clôture) ne leur appartiennent pas, à moins que la loi ne dise le contraire. La conduite de l'instance n'est pas en soi un droit ou une prérogative disponible ou indisponible pour les parties<sup>405</sup>, c'est un pouvoir qui n'appartient qu'au juge de la mise en état ou au tribunal. Les parties peuvent manifester leur volonté subjective de révoquer la clôture, mais cet accord n'est donc pas contractuel et encore moins créateur de droit. Le juge est le seul maître de l'intérêt processuel tenant à l'avancement administratif de l'instance et il peut modifier la situation juridique processuelle en décidant de rabattre l'ordonnance de clôture s'il existe une cause grave qui se révèle postérieurement. Le juge n'enregistre donc pas l'accord des parties et il n'y appose même pas sa volonté en supplément<sup>406</sup>. Il ne le reçoit pas non plus, car il est seul décideur au regard des conditions réglementaires de la révocation<sup>407</sup> qu'il peut soulever d'office, ou doit examiner à la demande d'une seule partie<sup>408</sup>.

**102. Les sollicitations du juge ou du tiers.** Dans les hypothèses précédemment évoquées, les parties sollicitent du juge ou du tiers qu'il prenne une norme que lui seul peut prendre. Lorsque c'est le juge ou le tiers qui sollicite l'accord des parties, le raisonnement ne change pas et l'acte ne devient pas contractuel. Quand le juge ou le tiers propose la norme, l'entente des parties s'analyse très souvent en plusieurs manifestations unilatérales de volonté portant autorisation ou permission. Quand le tiers expert souhaite entendre le mis en examen, le témoin

---

pas et il n'y ajoute pas son consentement. L'accord des parties n'est pas un contrat, car l'intérêt processuel et discrétionnaire du juge est le seul à pouvoir être exprimé à ce sujet et le seul à produire une norme ordonnant le renvoi de l'affaire à une audience ultérieure.

<sup>405</sup> On enseigne que les parties ont la libre disposition de l'introduction et de l'extinction de l'instance (elles disposent surtout dans ces cas de la matière litigieuse), mais qu'elles n'ont pas la libre administration de la conduite de l'instance. L'expression est sans doute mal choisie, car elle renvoie aux critères des droits disponibles assez confus et de la maîtrise du lien d'instance qui n'est pas un droit, mais une relation légale. Un droit disponible est un droit subjectif substantiel ou processuel dont on pourrait potentiellement en modifier la substance ou y renoncer, par convention ou de manière unilatérale. Admettre l'existence d'un droit voire de prérogatives indisponibles reviendrait à dire que les actes unilatéraux ou conventionnels des parties qui posent des normes organisant le cours de l'instance existent, mais sont nuls ou inefficaces tant que la volonté du juge ne s'y est pas ajoutée. À l'heure actuelle, le droit ne concède aux parties la faculté d'aménager l'instance que de manière exceptionnelle et, dans ces cas, il s'agit de faciliter le travail judiciaire : retirer l'affaire du rôle (CPC, art. 382), ne pas tenir d'audience (CoJ, art. L. 212-5 et CPP, art. 712-6).

<sup>406</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 18 nov. 1992, n° 91-14036 : « Mais attendu que, si les parties ont la libre disposition de l'instance, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci ; que, dès lors, le juge n'est pas lié par une demande de report de l'ordonnance de clôture, qui, serait-elle formée du commun accord des parties, n'est pas de nature à influencer sur les termes du litige ».

<sup>407</sup> En conséquence il faut en déduire que l'ordonnance du juge ne peut se borner à enregistrer l'accord des parties sans relever de cause grave pour ordonner la révocation de la clôture, v. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 janv. 1992, n° 89-20346.

<sup>408</sup> Les parties à l'instance ne se mettent pas non plus d'accord pour fixer définitivement l'objet d'une demande de procédure soumise au juge pour examen, puisque par nature, seule cette demande peut être formulée au juge.

assisté, ou la partie civile, il doit, outre le consentement du juge d'instruction, obtenir « l'accord des intéressés » (CPP, art. 164). Cela n'annonce pas l'existence d'un contrat entre tous les intéressés en vue d'accorder le droit à l'expert de recueillir les déclarations, car chaque intéressé, pris séparément, peut décider seul de renoncer à son droit de ne pas être interrogé. Il y a alors sans doute un acte unilatéral de renonciation, mais jamais de contrat<sup>409</sup>.

**103. De l'accord à l'action matérielle.** Dans la majorité des cas, les volontés convergentes des parties au procès ne forment pas un contrat, car elles n'ont pas d'intérêts processuels à faire valoir ensemble, si bien qu'elles sont impuissantes pour générer le changement procédural envisagé. Il est possible d'y voir un acte matériel et, au mieux, un acte juridique unilatéral qui résulte de la coopération entre les parties et d'une certaine cohérence processuelle, impliquant que chaque acteur du procès puisse exposer l'orientation espérée de la procédure<sup>410</sup>. Cela confère à ces acteurs une quotité d'initiative processuelle minimale qu'ils peuvent utiliser de telle manière à ce que le déroulement de la procédure ne leur nuise pas<sup>411</sup>. Seul le juge peut exciper d'un intérêt processuel à valoriser, car il est le seul qui dispose, en l'état du droit et des théories actuelles, du pouvoir d'organiser la conduite de l'instance. Ces accords judiciarisés, fondus dans la décision administrative du juge, ne sont donc pas des contrats, tout comme les accords dits juridictionnalisés.

## 2 ) Les accords juridictionnalisés

Il s'agit là du problème bien connu, mais difficilement saisissable des conventions homologuées ou validées par un juge. Certaines ne sont pas des contrats processuels, malgré leur appellation. En effet, on peut douter de l'existence de telles conventions et même de leur nature processuelle, car l'accord donné par les parties n'est qu'un préalable nécessaire à l'action du juge, chargé de prendre une norme à laquelle le droit positif attache exclusivement des effets de droit. Plus concrètement, l'accord des parties se fonde dans l'acte juridictionnel du juge. Aucun contrat substantiel et *a fortiori* processuel ne peut donc être aperçu.

---

<sup>409</sup> La sollicitation de l'expert peut aussi laisser place à un acte unilatéral valide quand il s'agit pour chaque partie seule de lui permettre de notifier le rapport par voie électronique (CJA, art. R. 621-9).

<sup>410</sup> Par exemple, la partie qui n'émet aucune contestation à la révocation de l'ordonnance de clôture soulevée par l'autre ne peut plus s'en prévaloir, il ne s'agit là que de cohérence processuelle, v. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 8 mars 2007, n° 06-12483.

<sup>411</sup> Le juge étant tenu d'y répondre, N. HOFFSCHIR, « Le juge est tenu de répondre aux demandes de rabat de la clôture », *DALLOZ Actualité*, 15 avr. 2021, note sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 25 mars 2021, n° 20-10689.



**104. L'homologation des accords par le juge**<sup>412</sup>. L'homologation des actes juridiques par le juge peut intervenir à la guise des parties ou être imposée par le droit. L'homologation est un examen portant sur les conditions d'existence et/ou de validité de l'acte juridique par le juge. Qu'elle soit facultative ou imposée, les conséquences sur la reconnaissance de l'existence d'un contrat des parties en litige ne sont pas les mêmes.

**105. L'homologation facultative des accords de fin de conflit.** L'homologation des accords de résolution du conflit d'ordre substantiel est en principe facultative. Le droit commun du procès civil prévoit cette homologation<sup>413</sup>. Quand l'homologation est facultative, l'accord de fin de conflit existe déjà et le contrôle judiciaire ne détermine pas, par principe, son existence et sa validité<sup>414</sup>. L'accord est donc un contrat, avant et après l'homologation. En plus d'être doté d'une force obligatoire contractuelle, le juge lui attache la force exécutoire qui découle de son *imperium merum*. Les parties envisagent donc l'homologation (qui porte mal son nom<sup>415</sup>) pour conférer à leur contrat la force exécutoire, et ce, dans le but de prévenir ou guérir les troubles qui résulteraient de son inexécution<sup>416</sup>. En outre, l'acte judiciaire d'homologation est, en principe, susceptible de voie de recours<sup>417</sup> et l'acte conventionnel demeure annulable par les parties, pour des déficiences qui lui sont propres, car le juge n'aura pas statué sur la validité, mais aura opéré un contrôle manifeste de respect de l'ordre public<sup>418</sup> ; s'il n'est pas homologué, l'acte demeure malgré tout sur la scène juridique<sup>419</sup>.

---

<sup>412</sup> T. GOUJON-BETHAN, « L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle », *LGDJ*, 2021, qui distingue l'homologation-habilitation de l'homologation-exécution.

<sup>413</sup> En matière civile, l'homologation de droit commun des accords de fin de conflit est réglée par le code de procédure civile (CPC, art. 131,131-12 et art. 1565, s.) ; v. pour une synthèse récente, X. VUITTON, « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », *RTD civ.*, 2019, p. 771.

<sup>414</sup> V. CPC, art. 1444-1 anc. ; B. GORCHS, « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *Rev. arb.*, 2008, n° 1, p. 33, *spéc.* p. 39, n° 8, *spéc.* p. 41.ii

<sup>415</sup> L'homologation relève de la matière gracieuse ce qui est critiqué quand les parties ont le choix de soumettre leur accord au contrôle du juge, B. GORCHS, « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *op. cit.*, p. 50 n° 17, 21, s. *spéc.* n° 23, 24 et 27, proposant de réserver l'homologation aux actes des matières dans lesquelles les droits sont indisponibles ; M. FOULON, Y. STRICKLER, « Accords et force exécutoire en FRANCE », *Gaz. Pal.*, 3 sept. 2013, n° 246 ; L. JANICOT, « L'homologation : vers une justice administrative gracieuse » *Revue du droit public*, 1<sup>er</sup> juill. 2007, p. 907, n° 4 ; Y. CAPDEPON, « Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? », *Dr. pén.*, n° 9, sept. 2007, ét. 15, *spéc.* n° 11.

<sup>416</sup> Depuis la L. n° 2021-1729 du 22 déc. 2021, pour la confiance dans l'institution judiciaire et le D. n° 2022-245 du 25 févr. 2022, favorisant le recours à la médiation, portant application de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire et modifiant diverses dispositions, le greffier peut apposer la formule exécutoire sur l'acte contresigné par avocats constatant l'accord de fin de conflit, ce qui constitue un titre exécutoire (CPC, art. 1568 et CPCE, art. L. 111-3 7°).

<sup>417</sup> C'est ce que précise l'article 1566 du CPC., v. sous l'empire de l'article 1441-4 du même code, la jurisprudence avait pu considérer que la décision ne pouvait pas être contestée par l'appel (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> sept. 2016, n° 15-22915) et que la décision du juge était une ordonnance rendue sur requête de droit commun (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 24 mai 2007, n° 06-11259), v. S. AMRANI-MEKKI, « Existe-t-il un recours contre la décision d'homologation d'un accord amiable ? », *Gaz. Pal.*, 29 nov. 2016, n° 42, p. 59.

<sup>418</sup> L'annulation est possible comme tout contrat mal formé, devant le juge du fond, voire même devant le JEX, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 28 sept. 2017, n° 16-19184, la Cour précisant que : « que l'homologation d'un accord transactionnel qui a pour seul effet de lui conférer force exécutoire ne fait pas obstacle à une contestation de la validité de cet accord devant le juge de l'exécution ».

<sup>419</sup> Le juge opère un contrôle léger qui le conduit à vérifier l'existence de l'accord et sa conformité à l'ordre public, mais pas les questions qui touchent au consentement. Son contrôle est donc super léger, léger, voire lourd léger, bien que le juge ne se prononce que sur l'opportunité d'apposer la formule exécutoire sur un accord manifestement valide et effectif. D'ailleurs, en

### 106. L'homologation de l'accord de fin de conflit en matière administrative.

L'homologation de la transaction en droit administratif est facultative, comme en matière civile<sup>420</sup>. Lorsque le juge l'homologue, le contrat de transaction demeure et constitue toujours la loi des parties. Bien qu'il soit pleinement obligatoire<sup>421</sup>, il devient exécutoire après l'homologation qui est accordée après un contrôle poussé.

À la différence de l'homologation des contrats de fin de conflit extra-judiciaires civils, lorsque le juge administratif refuse de l'homologuer, le contrat de transaction est nul. Cela résulte du contrôle de légalité de l'acte opéré<sup>422</sup>, différent du contrôle manifeste de conformité à l'ordre public opéré par le juge civil<sup>423</sup>. Si l'acte transactionnel n'existe pas ou n'est pas valide<sup>424</sup>, le juge doit statuer sur la requête s'il était déjà saisi du fond<sup>425</sup>. De plus, une fois la transaction conclue, une partie ne peut retirer seule son consentement et l'autre peut saisir unilatéralement le juge aux fins d'homologation.

La transaction administrative est une espèce de contrat de fin de conflit qui risque d'être absorbée par son genre, l'« accord de fin de conflit », qui se développe en parallèle de la transaction<sup>426</sup>. L'accord de fin de conflit est un acte contractuel, mais il ne contient pas forcément de concessions réciproques. L'accord de fin de conflit qui n'est pas une transaction découle nécessairement d'une médiation administrative<sup>427</sup>. Le code de justice administrative

---

dehors d'une instance spéciale d'homologation, tout juge saisi peut être amené à constater l'accord des parties (acte authentique) et lui donner force exécutoire ; L. MAYER, « Précisions sur le contrôle "léger" exercé par le juge homologateur d'une transaction », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2015, n° 167, p. 12 ; R. PERROT, « Transaction : son homologation pour le rendre exécutoire », *RTD civ.*, 2011, p. 593 ; J-M. SOMMER, L. LEROY-GISSIGNER, H. ADIDA-CANAC, O-L. BOUVIER, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2011, p. 2150 ; P. THERY, « Homologation des transactions : quel contrôle du juge ? », *RTD civ.*, 2015, p. 695.

<sup>420</sup> G. LE CHATELIER, « Transaction », *Rép. contentieux admin.* 2019, n° 90, s. ; CE, sect., 9 févr. 1934, *Chemin de fer du Nord c/Sieur DE BRIGODE*, LEBON, p. 194 ; CE, sect., 19 mars 1971, n° 79962, *MERGUI*, LEBON, p. 235 ; Circ. du 6 avr. 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

<sup>421</sup> L. JANICOT, « L'homologation : vers une justice administrative gracieuse », *op. cit.* : « Elle a pour effet de rendre possible le recours aux procédures d'exécution d'office, en cas des difficultés particulières liées à l'exécution de la transaction, pouvant consister notamment dans le refus de paiement des sommes transigées ».

<sup>422</sup> Le Conseil d'État a reconnu la possibilité pour le juge d'homologuer les transactions dans la lignée de sa jurisprudence *MERGUI* sur l'accord substantiel des parties visé par le juge dans sa décision de donné acte, CE, ass. avis., 6 déc. 2002, n° 249153, *L'HAY-LES-ROSES*, note H. KENFACK, « Vent de faveur sur la transaction ? », *AJDA*, 2004, p. 242.

<sup>423</sup> Le juge administratif doit opérer une vraie instruction contradictoire qui le conduit à une décision ayant autorité de la chose jugée et susceptible de recours dans laquelle il peut solliciter toutes informations ou observations des parties et des tiers. Le juge doit d'abord toujours vérifier la recevabilité de la demande d'homologation. Ensuite, il doit vérifier le consentement effectif des parties à la transaction, que son objet est licite, qu'elle ne constitue pas une libéralité interdite de la part de la collectivité publique et qu'elle ne méconnaît pas toute autre règle d'ordre public, v. P. THERY, « Les voies de recours contre le refus d'homologation d'une transaction par le tribunal administratif ou mieux vaut prévenir que guérir... », *RTD civ.*, 2006, p. 145, note sous CE, avis, 4 avr. 2005, LEBON, p. 135.

<sup>424</sup> A. ZARCA, « Le consensualisme au service de l'homologation des transactions », *AJDA*, 2014, p. 1900.

<sup>425</sup> CE, ass. 11 juill. 2008, n° 287354, *Société KRUPP HAZEMAG*.

<sup>426</sup> La différence entre la transaction et l'accord de fin de conflit est aisée en droit civil (présence ou défaut de concessions réciproques), mais plus ténue en matière administrative qui le reconnaît depuis peu : S. ELLIE, « Les conditions de l'homologation d'un accord issu d'une médiation », *JCP A.*, 8 oct. 2018, n° 40, 224.

<sup>427</sup> La médiation rendrait inopportun la qualification de transaction réservée à la négociation entre litigants, D. ARTUS, « L'an II de la transaction administrative », *JCP A.*, n° 9, 4 mars 2019, 2061 ; B. NURET, « La médiation en droit public : d'une chimère à une obligation ? », *op. cit.*

(CJA, art. L. 213-1 et L. 213-4) évoque l'« accord » et la juridiction « peut [l'] homologuer et [lui] donner force exécutoire »<sup>428</sup>, peu importe que le juge du fond ait ou non été saisi du litige administratif<sup>429</sup>.

À la différence de l'homologation facultative laissant vivre le contrat manifestement valide, lorsque l'homologation est obligatoire, l'acte peut être juridictionnalisé dans la décision d'homologation selon la teneur du contrôle opéré par le juge. L'accord de fin de conflit peut-il être qualifié de contrat avant comme après l'homologation, le cas échéant, faut-il y voir un accord des parties pouvant lier des intérêts substantiels (l'accord de fin de conflit) ou seulement processuels (l'accord qui conditionne le pouvoir du juge qui homologue) ?<sup>430</sup>

**107. L'homologation impérative des accords sur le règlement de l'incertitude substantielle.** Quand la loi impose l'homologation de l'accord des parties, l'acte serait pleinement juridictionnalisable, car fondu dans la décision du juge dont les pouvoirs sont à la fois ceux tirés de l'office gracieux et de l'office contentieux<sup>431</sup>. Classiquement, la doctrine considère que le contrôle judiciaire permet de parfaire ou de parachever l'acte conventionnel des parties<sup>432</sup>. L'idée de perfection vient sans doute de l'étymologie du terme homologuer (*homologare*) qui signifie reconnaître. Reconnaître permet de perfectionner quelque chose qui existe déjà. Certains auteurs prétendent que la perfection de l'acte par homologation conduit à lui donner toute son efficacité, à la différence de l'homologation facultative, voire à lui conférer une existence propre<sup>433</sup>. D'autres considèrent, au vu du vocabulaire et de la pratique, que l'homologation n'est pas qu'une condition d'efficacité de l'acte, mais une partie intégrante de l'acte<sup>434</sup>. Il faut alors scinder le raisonnement et envisager une phase *ante* homologation et une phase *post* homologation, pour déceler l'existence ou l'absence de contrat processuel.

---

<sup>428</sup> Le régime de l'homologation est assez proche de celui créé pour la transaction, comme en témoignent les premières décisions rendues par les juges du fond. Le tribunal administratif de LYON a rendu une décision qui paraît orthodoxe. Il propose un contrôle de l'acte qui est assez proche de celui opéré en matière civile ; en outre, la transaction peut être homologuée à tout moment dès qu'elle résulte d'une médiation, TA, LYON, 27 mars 2019, n° 1704535, § 6 ; v. J. DIETENHOEFFER, « Homologation d'un avenant transactionnel conclu à l'issue d'une médiation », *Contrats et Marchés publics*, n° 3, mars 2020, comm. 99 note sous CAA, BORDEAUX, 30 déc. 2019, n° 19BX03235 et déjà du même auteur, « Homologation d'un avenant transactionnel conclu à la suite d'une médiation à l'initiative des parties », *Contrats et Marchés publics*, n° 11, nov. 2019, comm. 354, note sous TA, LILLE, 23 juill. 2019, n° 1901341.

<sup>429</sup> TA, POITIERS, 12 juill. 2018, n° 1701757, concl. S. ELLIE, « Les conditions de l'homologation d'un accord issu d'une médiation », *op. cit.*, § 3 ; TA, MARSEILLE, 8<sup>ème</sup> ch., 12 oct. 2020, n° 1705277, le juge qui homologue devant vérifier l'existence du consentement, l'objet licite du contrat, l'absence de libéralité consentie et l'absence de contrariété à l'ordre public.

<sup>430</sup> C. HUGON, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *LPA*, 11 déc. 2003, n° 247, p. 4.

<sup>431</sup> Y. DESDEVISES « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables », *D.*, 2000, p. 284, n° 14.

<sup>432</sup> I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.*, 1978, p. 58, *spéc.* p. 61, n° 33 : « En matière d'homologation, le rôle du juge est de parachever un acte incomplet qui, sans son intervention serait dépourvu d'efficacité ».

<sup>433</sup> G. DEHARO, « Contrat judiciaire », *op. cit.*, n° 64.

<sup>434</sup> J. HAUSER, « Le juge homologateur en droit de la famille » *in* « Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends », *op. cit.*, p. 114, *spéc.* p. 123.

**108. L'existence d'un contrat juridictionnalisable avant l'homologation.** Monsieur BALENSI a pu évoquer d'emblée la « juxtaposition » des actes judiciaire et *contractuel*, opinant que la plupart de ces derniers « pourraient très bien se suffire à eux-mêmes si le législateur n'en avait pas décidé autrement<sup>435</sup> ». L'office du juge chargé d'homologuer aurait pour fin de rendre à l'acte juridique, l'efficacité dont il est amputé par l'effet de la loi. L'inefficacité évoquée porte sur l'absence de production des effets juridiques recherchés par les parties, autrement dit, la réception de l'accord dans l'ordre juridique. L'acte produirait donc ses effets à compter de l'homologation imposée du seul fait de la conclusion de l'accord<sup>436</sup>. Ces éléments, qui portent sur l'efficacité de l'acte, ne permettent pas de trouver une solution à la question de leur existence avant l'homologation. Le terme d'efficacité est ici trop incertain pour pouvoir être utilisé. Surtout s'il s'agit de parachever l'acte des parties, il existe alors déjà.

À notre sens, l'accord conclu produit déjà des effets de droit puisqu'il peut modifier la situation substantielle des parties et qu'un juge doit en tenir compte pour l'homologuer. En cela, il est potentiellement contractuel, car il entre dans la sphère juridique subjective des parties que le juge doit prendre en compte. Pourtant, il n'est pas pleinement contraignant, car une partie ne peut pas solliciter son exécution comme un contrat classique, justement parce que le juge doit contrôler les conditions de validité que la loi lui impose de vérifier, par exemple la conformité aux intérêts des époux et enfants (C. civ., art. 268)<sup>437</sup>. D'ailleurs, le consentement peut être retiré tant que l'homologation n'a pas eu lieu. M. le professeur Thibaut GOUJON-BETHAN considère plus techniquement que l'acte n'a pas de force obligatoire, car il est en attente d'une normativité que le juge doit proclamer<sup>438</sup>.

Le caractère contraignant de l'acte est subordonné à son existence objective, une fois sa validité déclarée. L'acte existerait donc sur le plan subjectif, en attente d'efficacité, c'est-à-dire, dans l'espoir d'obtenir une force contraignante. En fait, l'existence d'un accord contractuel avant l'homologation se conçoit par rapport à la situation *a posteriori*, quand l'office du juge est juridictionnel et que son contrôle sur la régularité de l'acte conditionne le déclenchement de l'homologation.

---

<sup>435</sup> I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *op. cit.*, p. 46, n° 4 et p. 50, n° 13, « l'acte et le jugement qui l'homologue sont indissolublement liés l'un l'autre et ne peuvent avoir d'effets l'un sans l'autre ; c'est de leur conjonction que naissent les effets juridiques recherchés ».

<sup>436</sup> *Ibid.*, p. 62, n° 37 ; v. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 févr. 2020, n° 19-10088, pour la requête unilatérale valable d'un époux en vue d'homologuer la convention de liquidation du régime matrimonial, A. BOLZE, « Recevabilité de la demande d'homologation d'un acte de liquidation présentée par un seul époux », *DALLOZ Actualité*, 3 mars 2020.

<sup>437</sup> Q. GUIGUET-SCHIELE, « L'homologation d'une convention de divorce et le droit de changer d'avis », *DALLOZ Actualité*, 22 juin 2021, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juin 2021, n° 19-10550.

<sup>438</sup> T. GOUJON-BETHAN, « L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle », *op. cit.*, p. 106, n° 108.

**109. L'existence d'un contrat juridictionnalisé après l'homologation.** L'acte conventionnel disparaît-il avec le jugement d'homologation, si bien qu'il n'aurait jamais existé ? Des auteurs considèrent que « l'acte conventionnel ne se transforme pas, par l'effet de l'homologation, en acte judiciaire, l'homologation n'ayant pas d'effet novatoire, l'accord ne devenant pas la chose du juge<sup>439</sup> ». L'acte aurait alors une nature mixte, mi-conventionnelle, mi-juridictionnelle. L'acte serait à la fois une convention et une décision de justice, alliance insoluble.

Beaucoup d'actes homologués par le juge survivent à l'homologation imposée. Le juge opère un contrôle sur les points que la loi exige et il accepte l'homologation. L'acte demeure contractuel et peut toujours faire l'objet d'une remise en cause postérieure, pour les points de droit que le juge de l'homologation n'a pas examinés<sup>440</sup>.

Au contraire, le juridictionnel l'emporte quelques fois sur le contractuel. La raison n'est pas la nature restreinte ou élevée du contrôle gracieux facultatif ou imposé<sup>441</sup>. La raison de la prédominance juridictionnelle trouve sa source dans des considérations d'opportunité juridictionnelle en raison des intérêts juridiques en jeu, comme ceux du procès pénal par exemple<sup>442</sup>. L'accord des parties naît sans être contractuel et demeure au stade d'accord en substance. Il forme la matière de l'engagement des parties et il est en principe immuable pour le juge, bien qu'il n'existe que dans le plan juridique subjectif des parties<sup>443</sup>. Cet accord constitue un *acte à procédure*, qui n'est pas autonome de l'acte du juge qui le dévoile en vertu d'un intérêt juridique autonome.

La focalisation sur l'intérêt processuel du juge est due au fait qu'il agit pour la modification finale du rapport substantiel des parties que celles-ci ne peuvent pas faire valoir autrement. L'intérêt processuel du juge lui commande de prendre une norme que lui seul peut édicter. C'est

---

<sup>439</sup> I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *op. cit.*, p. 61, n° 33.

<sup>440</sup> J. JOLY-HURARD, « Conciliation et médiation judiciaires », *op. cit.*, n° 670, évoquant l'action en nullité ; par exemple, même avec un contrôle du juge élevé, l'accord sur le changement de régime matrimonial homologué demeurerait contractuel (C. civ., art. 1397 ant.), v. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janv. 1997, n° 94-20276, *JCP G.* 1997, 4047, obs. G. WIEDERKEHR.

<sup>441</sup> En témoigne par exemple l'homologation sur l'accord de distribution du prix, qui est imposé, mais qui fait l'objet d'un contrôle restreint de conformité à l'ordre public, après que le juge ait vérifié que les créanciers et le débiteur ont été mis en mesure de faire valoir leurs contestations ou réclamations dans le délai prévu (CPCE, art. R. 332-6, s.), Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 17 sept. 2020, n° 19-10366, note F. KIEFFER « Distribution : office du juge de l'exécution, attention aux excès... de pouvoir », *DALLOZ Actualité*, 24 sept. 2020.

<sup>442</sup> S-M. CABON, « La négociation en matière pénale », *op. cit.*, p. 363, n° 388, s. not. n° 389 : « Là où l'homologation des transactions traduit un contrôle formel, l'intervention du juge en matière pénale illustre un contrôle véritablement substantiel, entraînant un jugement de condamnation ».

<sup>443</sup> I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *op. cit.*, p. 63, n° 38.

en cela que le jugement absorbe l'accord des parties et le réduit au rang de fait matériel qui déclenche l'obligation pour le juge de poursuivre son office en prononçant la décision sur le fond. Le juge qui homologue la convention (opération de vérification intellectuelle) prononce ensuite une norme dans le dispositif de son jugement qu'il est le seul à pouvoir prononcer. Cette norme est seulement la reprise de la substance des normes envisagées par les parties dans leur accord, mais le juge procède à leur recréation dans une dimension juridictionnelle qui fonde son pouvoir de prononcer une norme supplémentaire exclusive. La norme que le juge peut exclusivement prononcer constitue réciproquement le socle juridique des normes envisagées par les parties dans leur accord. Autrement dit, l'accord des parties conditionne le pouvoir juridictionnel du juge et la norme qu'il prononce constitue la base juridique qui permet aux normes consensuelles envisagées de se déployer, car elles en sont la suite logique<sup>444</sup>.

**110. La création d'une norme par le juge, marqueur de l'acte juridictionnalisé.** En matière de divorce judiciaire par consentement mutuel, si rare soit-il désormais (C. civ., art. 229-1 et 229-2), la « convention » des parties sur les effets du divorce est une condition de la décision qui prononce le divorce. L'intérêt processuel à l'origine de la norme du juge est le seul à être pris en compte par la loi, car il doit opérer une vérification juridictionnelle dans l'intérêt substantiel des époux. Le juge gracieux qui homologue la convention sur les effets du divorce (CPC, art. 232, 250-1 et 268, 1099) est donc amené à prononcer une norme exclusive que lui seul peut proclamer, c'est-à-dire prononcer le divorce.

L'accord substantiel des parties sur le principe et les effets du divorce conditionne le prononcé de la norme ordonnant le divorce<sup>445</sup>. Réciproquement, l'accord des parties sur les conséquences du divorce trouve sa raison d'être dans la norme du juge qui prononce le divorce. C'est pour cela que la jurisprudence considère que la convention homologuée est indissociable du jugement. L'action en nullité de la convention n'est pas possible à l'inverse d'autres homologations où le juge ne purge pas tous les vices.

---

<sup>444</sup> C'est pour cela que l'accord ne peut être remis en cause dans son existence que dans certains cas limitativement spécifiés par la loi, à savoir, en principe, une voie de recours. La remise en cause de l'accord des parties aurait pour effet de remettre en cause la norme du juge. Or, les deux sont indissociables. La fonction juridictionnelle gracieuse joue pleinement son rôle et l'acte est constitutif de droit. Elle permet la modification de la situation juridique substantielle après que le juge ait vérifié que chaque justiciable a reçu son dû et que l'équité entre les parties est préservée.

<sup>445</sup> Quand le divorce par consentement mutuel n'est pas judiciaire, l'acte des parties reste contractuel, car le notaire se contente de le déposer au rang de ses minutes après les vérifications imposées par l'article 229-1 du code civil. Le dépôt suffit à produire la norme du divorce, v. toutefois J. CASEY, « Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur », *AJ famille*, 2017, p. 18.

L'accord des parties n'est finalement ni substantiel ni processuel. Il demeure essentiellement un fait matériel qui manifeste des ambitions subjectives d'ordre substantiel et processuel. Les époux ne disposent d'aucun intérêt objectif à lier pour régler leur situation d'incertitude substantielle. Ils peuvent même manifester une volonté subjective contraire jusqu'à l'audience devant le juge, ce dernier n'étant pas obligé d'en tirer les conséquences, puisqu'il peut les inviter à présenter une nouvelle convention avec les garanties qu'il estime suffisantes (CPC, art. 1099 et 1100).

En procédure pénale, l'« homologation » impérative serait plus grave qu'en procédure civile<sup>446</sup>. Pour certains, l'accord entre la personne suspectée et l'autorité de poursuite s'incorporerait dans une décision juridictionnelle pénale par l'effet de la novation<sup>447</sup>, après multiples vérifications sur la validité de l'acte (sauf pour les alternatives aux poursuites<sup>448</sup>). Hormis la « validation » des transactions et des accords sur les alternatives aux poursuites, les accords sur la sanction seraient juridictionnalisés, à la suite du contrôle gracieux du juge<sup>449</sup>. L'accord existerait donc en substance, mais sans revêtir d'habit contractuel. Une fois qu'il est « homologué », l'accord se fondrait dans la décision juridictionnelle<sup>450</sup>. L'office gracieux ne peut suffire à justifier l'absence de contrat entre le prévenu et le ministère public.

En matière de CRPC, il serait opportun de considérer que le juge pénal ne fait pas qu'homologuer l'accord sur la reconnaissance des faits et la sanction convenue entre le procureur et le prévenu. À l'image de la procédure de divorce, le juge pénal homologue l'accord afin de prononcer une nouvelle norme en vertu d'un intérêt processuel dont lui seul dispose. Le juge pénal, qui doit se prononcer sur l'action publique, est le seul à pouvoir prononcer la culpabilité du prévenu, à partir de son aveu et de la peine envisagée d'un commun accord, dans les limites de la loi de fond. L'acte du juge est avant tout contentieux. Le juge absorbe l'entente entre le prévenu et l'autorité de poursuite, ces derniers ayant, au préalable, défini un cadre pénal consensuel qui

---

<sup>446</sup> S-M. CABON, « La négociation en matière pénale », *op. cit.*, p. 400, n° 438, l'auteur a travaillé sur la composition pénale, la CRPC, les procédures de négociations devant l'autorité de la concurrence, les repentis de justice.

<sup>447</sup> *Ibid.*, p. 432, n° 489 : « En effet, le cadre répressif dans lequel se réalise l'homologation induit que le juge s'approprie le contenu de l'accord, entraînant en quelque sorte sa novation. Par l'ordonnance d'homologation, l'accord semble s'effacer au profit de la force exécutoire de la décision qui lui est communiquée ».

<sup>448</sup> J. PRADEL, « Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité - apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite PERBEN II – première partie, *JCP G*, n° 19, 5 mai 2004, 132 : « L'homologation à la différence de la simple validation implique la motivation, "un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité". L'ordonnance a les effets d'un jugement de condamnation. Elle est immédiatement exécutoire ».

<sup>449</sup> S-M. CABON, « La négociation en matière pénale », *op. cit.*, p. 415, n° 463 et n° 468 : « ce caractère "perfecteur" de l'homologation, la force exécutoire qui est conférée à l'accord, provient de ce que le rôle de l'autorité qui en a la charge est de nature juridictionnelle ».

<sup>450</sup> S-M. CABON, « La négociation en matière pénale », *op. cit.*, p. 434, n° 494, s. : « l'accord n'est qu'une simple condition préalable à une décision dans laquelle il est ensuite absorbé. Ce constat finit, s'il en était besoin, d'éloigner complètement la logique contractuelle sous-entendue par le terme de "contractualisation", et permet d'affirmer que l'homologation fait de l'accord en matière pénale un véritable acte juridictionnel ».

constitue, en quelque sorte, la liaison contentieuse à ne pas outrepasser. Le juge approuve ce cadre en vérifiant sa régularité et son opportunité<sup>451</sup> : il ne peut que le respecter ou le rejeter. L'entente des parties à l'accord ne peut valoir qu'en substance, car, en l'absorbant, le juge prononce une norme qu'il est le seul à pouvoir prononcer, une norme de condamnation pénale : « l'ordonnance a les effets d'un jugement de condamnation » (CPP, art. 495-11)<sup>452</sup>.

L'accord substantiel constitue la raison d'être du pouvoir juridictionnel qui proclame la condamnation à partir de l'aveu, mais il constitue aussi l'application de la norme de condamnation pénale qui se décline en une peine dont les contours ont été délimités par voie de consensus. L'homologation est donc tout à la fois un élément de motivation et un élément du dispositif du juge qui prononce la condamnation (CPP, art. 495-11 al. 1) (et parfois sur les intérêts civils, par la même occasion (495-13, s.))<sup>453</sup>. C'est pour cela que l'accord ne peut être remis en cause ultérieurement que par l'appel<sup>454</sup>. Il peut, comme tout jugement de condamnation, porter soit sur la culpabilité, soit sur la peine, soit sur les deux. Le juge d'appel peut rectifier l'un comme l'autre<sup>455</sup>.

La plupart des accords juridictionnalisables sont donc des accords matériels qui résultent de volontés subjectives à la fois substantielles et processuelles. Ils déclenchent l'obligation du juge de vérifier si l'accord préserve suffisamment les intérêts des parties dans le but de prendre une norme exclusive qui constitue le socle des mesures envisagées dans l'accord et que le juge adopte. Il n'y a donc pas de contrat en l'absence d'intérêt substantiel ou processuel à valoriser par les parties. Seul l'intérêt processuel de l'acte juridictionnel du juge prévaut. Il n'y a toujours pas de contrat dans les mécanismes d'acceptation de la norme examinés ci-après, bien que plusieurs volontés envisagent le même effet de droit.

---

<sup>451</sup> Le contrôle du juge est encadré par le code, mais plus globalement par la décision C. constit., 2 mars 2004, n° 2004-492 et circ. crim 04-12E8 du 12 sept. 2004, art. 2.3.3.1, s.

<sup>452</sup> A. VALOTEAU, « Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », *Dr. pén.* 2006, chron. 8, n° 14 ; la peine proposée par le procureur et acceptée par le prévenu peut même faire l'objet d'un aménagement par le juge chargé de l'homologation lorsque la faculté lui est ouverte, si bien que la peine proposée n'est pas forcément la peine appliquée, CPP, art. 495-8 al. 2.

<sup>453</sup> Il est difficile de voir là un contrat substantiel ou même processuel sur la fixation de la matière litigieuse. En matière pénale, l'entente, si subjective soit-elle, est trop fragile. La volonté du prévenu doit être en principe vérifiée au jour de l'audience, si bien qu'on peut penser qu'il ne donne qu'un consentement provisoire tout au long de la procédure jusqu'à la décision du juge qui l'entérine (CPP, art. 495-9).

<sup>454</sup> L'appel n'est ouvert à titre principal qu'au prévenu qui peut contester la procédure et revenir sur l'accord donné s'il s'aperçoit d'une irrégularité. Le parquet ne le peut pas en principe (Cass. crim., 10 nov. 2010, n° 10-82097 et 29 mars 2011, n° 10-88236), v. toutefois CA, TOULOUSE, 21 nov. 2007, note sous P.-J. DELAGE, « De la bonne administration de la procédure de "plaider coupable" », *Dr. pén.*, n° 10, oct. 2008, étude 23.

<sup>455</sup> Pour un exemple récent où le prévenu n'avait fait appel que sur la peine et pas sur la culpabilité, sans doute en vue de prononcer une condamnation moindre : v. J.-B. PERRIER, « Les juges d'appel face à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *JCP G.*, n° 24, 17 juin 2019, 637, note sous Cass. crim., 16 avr. 2019, n° 18-83059.



## **b - L'acceptation de la norme par le juge**

Il faut distinguer la tolérance à la norme produite par le juge de la volonté unilatérale, d'un ou plusieurs acteurs du procès, manifestée en vue d'autoriser cette norme. Dans ces cas, il n'y a jamais de contrat entre les parties à l'accord ni entre les parties au procès et le juge. Contrairement aux hypothèses précédentes de demandes conjointes de norme, cette fois-ci, les parties ne sollicitent rien, mais ne s'opposent pas à la norme du juge déjà produite ou celle qu'il envisage.

**111. La tolérance à la norme de procédure déjà produite.** L'« accord » des parties qui acceptent la norme produite par le juge constitue une tolérance à l'action normative du juge, mais cet accord n'est jamais constitutif d'un contrat. Le consentement donné par chaque partie n'est pas contractuel, mais il constitue une abstention à contester la norme du juge à venir. Le concept de tolérance n'est peut-être pas à prendre dans son sens premier<sup>456</sup>, mais ces processus consistent pour les parties à ne pas exiger le retour au statut de principe, pour laisser cours à l'application du statut dérogatoire décidé par le juge. La volonté convergente des parties au procès est nécessaire pour que la norme du juge soit effective, toutefois, elle n'est jamais contractuelle, car seul l'intérêt normatif du juge prévaut.

L'exemple topique est le cas dans lequel les parties ne doivent pas *s'opposer* à une mesure envisagée par un juge, seul, ou après sollicitation d'une autre partie. Les hypothèses sont très nombreuses dans les différentes procédures et notamment en matière pénale. Il en va ainsi de l'absence d'opposition pour la levée de scellés (CPP, art. 1319), en matière de transfèrement (CPP, art. 694-45 et 694-48), de rejet de la publicité de l'audience (CPP, art. 221-3), de recours à la télécommunication audiovisuelle (CPP, art. 706-71-1), de la libération sous contrainte (CPP, art. D. 147-14, D. 523-1, D. 531), de la détention provisoire (CPP, art. 148-1-1), de l'opposition à prestation de serment (CPP, art. 336, art. 449).

Que les parties laissent faire ou refusent, par des volontés convergentes, l'absence de contrat doit être soutenue. Les parties n'ont pas d'intérêts juridiques processuels à lier. Le juge est le seul décideur de la norme et la volonté subjective des parties est une condition de son effectivité. Si l'une d'elles s'oppose à la norme envisagée, cela suffit à empêcher le changement de statut décidé par le juge, mais l'acceptation commune n'est jamais un contrat.

---

<sup>456</sup> B. THULLIER, « L'autorisation en droit privé », *op. cit.*, p. 27, n° 27 : « Elle consiste dans le fait de ne point exiger le respect de la norme ou de ne point sanctionner sa violation, alors qu'on le pourrait ».

Pour des exemples plus connus qui justifient un développement rapide, le juge chargé d'instruire l'affaire peut décider de tenir seul l'audience des plaidoiries, les avocats en matière écrite (et donc les parties), comme les parties en matière orale, ne devant pas s'y opposer (CPC, art. 805, 871 et 945-1). Ce sont des « audiences rapporteur », ou des audiences « bi-rapporteurs », quand deux juges tiennent l'audience et en rapportent à un troisième. Dans les prétoires<sup>457</sup>, comme en théorie, c'est par abus de langage qu'est évoqué l'accord des avocats ou des parties<sup>458</sup> (ce qui résulte du droit antérieur<sup>459</sup>). Il n'y a jamais de contrat, même si les avocats ou les parties se mettent spontanément d'accord pour envisager la tenue de l'audience à juge unique<sup>460</sup>. Le code n'envisage pas la liaison des intérêts processuels et laisse le soin à un magistrat chargé de la mise en état ou du rapport de tenir seul l'audience, à des fins de bonne administration de la justice, lorsque l'affaire est « simple » et n'impose pas que trois juges y assistent. La norme de procédure est décidée en amont par le président de la chambre qui organise la composition des audiences, mais elle n'est effective que si au moins l'une des parties ne s'y oppose pas (sinon, l'affaire est renvoyée à une audience ultérieure devant la formation collégiale). L'intérêt processuel d'une partie prenant un acte juridique d'opposition permet de revenir au statut de principe<sup>461</sup>.

**112. L'autorisation normative de la norme à venir.** Dans les hypothèses suivantes, la norme résulte de la seule volonté d'une partie qui agit seule en réponse à l'acte juridique ou à l'action de l'autre. Nous n'évoquerons donc pas les différentes hypothèses où le consentement

---

<sup>457</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juill. 1994, n° 91-21347 : « Mais attendu que si, aux termes de l'article 786 du nouveau Code de procédure civile, les plaidoiries peuvent être entendues, avec l'accord des avocats, par le juge de la mise en état ou le magistrat chargé du rapport, rien n'interdit qu'elles le soient par deux magistrats, dès lors qu'il en est ensuite rendu compte à la juridiction dans son délibéré » ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 févr. 2004, n° 01-11898, obs. R. PERROT, « Plaidoiries devant un juge rapporteur et un conseiller "assistant" », *Procédures*, n° 3, mars 2004, comm. 48.

<sup>458</sup> F. DE LA VAISSIERE, « Quelques réflexions simples sur "le juge unique" », *Gaz. Pal.*, 6 janv. 2000, n° 6, p. 2 : « l'étrange passivité des protagonistes les ont habitués à l'idée que l'accord des plaideurs est présumé ».

<sup>459</sup> N. CAYROL, « Procédure devant le tribunal de grande instance », *Rép. proc. civ.*, 2019, n° 256 : « Le procédé de l'audience à juge unique a été introduit dans la procédure devant le tribunal de grande instance par le décret du 22 décembre 1958. À l'époque, il fallait que les avocats expriment d'un commun accord leur intention de plaider devant le juge chargé de suivre la procédure plutôt que devant le tribunal. Mais l'innovation ne reçut pas l'heur de la pratique. Le texte actuel, issu du décret du 9 septembre 1971, abandonne cette condition : il suffit aujourd'hui que "les avocats ne s'y opposent pas" ».

<sup>460</sup> Parfois, la norme est soumise à l'autorisation des parties qui doivent chacune accepter la tenue de l'audience, v. COJ, art. L. 218-1. Le juge décide alors de tenir seul l'audience, avec l'accord des parties, compris comme l'autorisation donnée par chacune d'elles au juge.

<sup>461</sup> Pour un autre exemple, l'absence d'opposition à jugement n'est pas synonyme d'un contrat passé entre le juge et le justiciable qui accepte sa décision. Jean PRADEL a considéré que l'acceptation de l'ordonnance pénale par l'auteur des faits était la marque du consensualisme. Il ne s'agit pas d'accepter le choix d'une « procédure simplifiée » qui aboutit à l'ordonnance pénale (CPP, art. 425 et 524), ni le dispositif de la décision. Seul le juge dont la saisine résulte de l'action du procureur de la République décide de la tenue de l'audience sans débat contradictoire ; X. PIN, « Le consentement en matière pénale », *op. cit.*, p. 592, n° 769 : « cette faculté d'opposition conduit certains auteurs à voir dans l'ordonnance pénale une procédure consensuelle, car, en définitive, l'ordonnance acquiert les effets d'un jugement passé en force de chose jugée si le contrevenant ne s'y oppose pas. D'où cette tentation de voir dans l'inertie de ce dernier un consentement tacite ».

paraît être donné librement par une ou plusieurs parties<sup>462</sup>, mais les consentements qui semblent se répondre, tout ce qui est susceptible d'accord et donc matière à contractualisation illusoire. Ces accords matérialisent l'autorisation d'une ou plusieurs parties à l'action du juge ou d'un tiers intervenant au procès. Les exemples les plus flagrants se nichent dans le processus pénal de l'application des peines. L'hypothèse classique est celle du consentement substitutif que donne la personne poursuivie pour réaliser une peine de travail d'intérêt général (TIG) (C. pén., art. 131-8, s.) ou pour le placement sous surveillance électronique (C. pén., art. 131-26-1 et CPP, art. 723-7)<sup>463</sup>. Les manifestations de volontés de l'auteur de l'infraction et du juge sont nécessaires au prononcé de la norme judiciaire, la peine. Elles doivent se rencontrer et elles sont tendues vers la même fin : l'acceptation de la peine de TIG. Pourtant, il n'y a pas de contrat. L'absence de contrat ne résulte pas du cadre pénal contraignant qui annihile le jeu de toute volonté contractuelle, mais de la différence des intérêts du juge et de la personne poursuivie. Autrement dit, l'intérêt au soutien de la manifestation de volonté de l'auteur de l'infraction qui s'exprime par voie d'acte unilatéral est différent de celui qui justifie la manifestation de volonté du juge qui s'exprime par un jugement. L'intérêt du prévenu qui refuse de contester la peine de TIG est substantiel (peine impliquant une action de faire volontaire, portant atteinte à sa liberté individuelle) quand celui du juge est processuel (trancher le litige sur l'action publique)<sup>464</sup>.

## 2 – La liaison impossible des intérêts en faveur de l'intérêt solitaire d'une partie

Viennent d'être étudiées les hypothèses dans lesquelles les volontés convergentes des parties ne sont pas des contrats, car seul le juge est décisionnaire d'une norme principale, en vertu d'un intérêt processuel qui lui est propre. Il s'agit désormais de voir les cas dans lesquels la volonté convergente des parties au procès ne forme pas de contrat, car chacune d'elle peut prendre une

---

<sup>462</sup> Comme par ex. en matière de communication électronique, v. CPC, art. 748-1 ou CPP, art. 803-1, CJA, art. R. 611-8-6.

<sup>463</sup> X. PIN, « Le consentement en matière pénale », *op. cit.*, p. 612, n° 792 : « une peine même alternative ne peut jamais être l'objet d'un contrat, car ni le prévenu ni le juge ne sont dans la situation de contractants, au regard du droit pénal. S'agissant du prévenu, il lui manque la liberté contractuelle, car il est dans un état de sujétion. En conséquence, il ne peut pas, par son consentement, créer d'effets de droit et entrer dans un lien obligatoire : le droit s'impose à lui. Tout au plus peut-il accepter les modalités déterminées par la loi et le juge. S'agissant du juge, lui non plus n'est pas dans la position d'un contractant, il dit le droit ; il n'est pas question pour lui de modifier son environnement juridique et de s'installer dans un rapport obligatoire. La *juris dictio* n'est pas compatible avec le contrat. Dès lors, il y a bien deux volontés qui s'accordent, elles ne sont pas de nature contractuelle ».

<sup>464</sup> La manifestation de la volonté du juge a toujours un intérêt processuel, peu importe la volonté de l'auteur de l'infraction. La valorisation de l'intérêt substantiel du mis en cause n'est donc même pas une condition de mise en œuvre du jugement dont l'intérêt est toujours processuel. La volonté de l'auteur de l'infraction modifie seulement la modalité de réalisation de l'intérêt processuel. Depuis la L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, le consentement du prévenu peut même être donné *ex post*. La peine de TIG peut être prononcée sans son consentement, quitte à ce que le condamné la refuse devant le juge de l'application des peines qui l'informe de cette faculté. En ce cas, la peine d'emprisonnement et d'amende qui auraient été prononcés en guise de nouvelle substitution (comme toujours en cas d'inexécution du TIG) sera mise à exécution en tout ou partie dans les conditions de l'aménagement des articles 712-6 et suivants du CPP.

norme de procédure en vertu d'intérêts processuels distincts. Certaines hypothèses révèlent les mécanismes de l'offre de contrat, avec ou sans réserve(s) et de l'acceptation. Une partie paraît donner son consentement à un acte fait par l'autre. La logique voudrait qu'on y voie facilement du contrat. Bien que l'accord soit parfois nécessaire pour l'existence ou l'effectivité de la norme, il n'y a pas de contrat, car la liaison des intérêts processuels des parties est impossible. L'absence de contrat s'explique par le fait que le droit prend uniquement en considération la défense d'un intérêt unique d'une partie susceptible d'émettre une norme en vue de le satisfaire. Les exemples sont ici trop nombreux pour qu'on puisse les présenter. Il reste possible de distinguer les hypothèses dans lesquelles toutes les parties font valoir un intérêt processuel pris en compte de manière autonome (a), des accords bâtis sur des volontés subjectives (b).

### **a - La liaison d'intérêts processuels différents**

Le désistement [1]) et l'acquiescement [2]) ne sont jamais que des actes unilatéraux. Les auteurs de procédure civile n'y voient plus des contrats, principalement car le lien d'instance n'est plus conçu comme un lien contractuel, mais comme un lien légal d'autorité. Le système de l'autorisation est pertinent pour décrypter les mécanismes au détour des intérêts processuels solitaires que chaque partie peut faire valoir. Les intérêts processuels existent, mais ils demeurent solitaires. Ils ne se conçoivent que séparément et produisent des normes de procédure différentes.

#### **1 ) Le désistement accepté de l'instance**

**113. Le désistement de l'instance civile.** Le désistement d'instance est « la renonciation du demandeur à l'instance en vue d'y mettre un terme sans attendre le jugement<sup>465</sup> ». Il se différencie du désistement d'action qui est une renonciation au droit d'agir, un pur abandon qui empêche de faire valoir le droit substantiel qui le sous-tend (CPC, art. 384 et 398). Le désistement est en principe libre et la manifestation unilatérale du titulaire du droit d'agir suffit<sup>466</sup>. En procédure civile, le désistement d'instance est le principe et il doit être par principe accepté pour être parfait (CPC, art. 395). Toutefois, le désistement n'a pas besoin d'être accepté quand le défendeur n'a pas opposé de moyens de défense au fond ou de fin de non-recevoir.

---

<sup>465</sup> L. CADIET, E. JEULAND, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 591, n° 680.

<sup>466</sup> Même en cas de demande reconventionnelle, Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 déc. 1986, n° 85-10479.

Le désistement est l'œuvre de celui qui a pu agir en vue d'introduire l'instance. La formation de l'acte de désistement d'instance traduit l'existence plausible d'un contrat entre un demandeur offrant de se désister et le défendeur devant l'accepter<sup>467</sup>. La doctrine prétendait autrefois que l'accord était un contrat, mais aujourd'hui, le lien d'instance est admis comme un lien légal et non plus contractuel. Ainsi, « En dépit des apparences [le désistement] reste un acte unilatéral de renonciation à l'instance<sup>468</sup> ».

Il n'y a pas de contrat processuel, même si deux manifestations de volonté sont dirigées dans le même sens (la fin de l'instance) et sont nécessaires l'une pour l'autre, afin de mettre fin au procès. Le code de procédure civile ne reconnaît pas la liaison des intérêts processuels des deux litigants à l'accord. Le code valorise la reconnaissance d'intérêts processuels unilatéraux, de nature différente.

D'une part, ce qui a été formé seul peut être défait seul. En principe, l'introduction de l'instance relève d'un acte juridique unilatéral du demandeur, la fin de l'instance doit donc demeurer possible de manière unilatérale, sous certaines conditions. Le parallélisme des formes fait que le *mutuus disensus* n'est pas nécessaire. Le défendeur n'a donc pas à donner son acceptation pour que le désistement de l'instance soit effectif. Quand le défendeur doit l'accepter, c'est parce que la liaison du contentieux est intervenue et que la matière litigieuse est connue par le défendeur qui peut envisager de se défendre afin de mettre définitivement fin à l'incertitude juridique substantielle<sup>469</sup>. Cette lecture, en termes de liaison du contentieux et de l'instance, demeure teintée par des bribes d'analyses sur la nature contractuelle du lien d'instance (*litis contestatio*) et procède d'une déformation de l'analyse du rapport juridique d'instance<sup>470</sup>.

D'autre part, l'intérêt de l'acte juridique portant désistement est tourné vers l'extinction de l'instance. Cet intérêt est engendré par la manifestation de volonté de retirer la demande que le demandeur a soumise au juge. L'acceptation du défendeur ne porte pas tant sur l'abandon de l'instance à l'initiative du demandeur que sur son propre refus de voir les droits litigieux être

---

<sup>467</sup> Y. STRICKLER, « Désistement », *Rép. proc. civ.*, DALLOZ, 2018, n° 36 : « Il nous a déjà été donné de constater que le désistement apparaît comme un acte de volonté (...). Et chaque fois que l'acceptation du désistement par l'adversaire est exigée, la renonciation opérée rappelle les règles gouvernant la formation d'un contrat. En effet, la rencontre de l'offre de se désister et de l'acceptation de celle-ci par son destinataire débouche sur des effets juridiques : l'extinction du lien d'instance » ; N. FRICERO, « Désistement », *Jel Proc. civ.*, fasc. n° 800-40, 2017, n° 8 : « Il résulte donc du simple accord entre les parties à l'instance et apparaît comme un contrat parfait dès qu'il y a une manifestation de volonté du demandeur et une acceptation du défendeur dans les cas où elle est nécessaire » ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, « Procédure civile », *op.cit.*, p. 385, n° 491.

<sup>468</sup> L. CADIET, E. JEULAND, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 592, n° 681 ; P. RAYNAUD, « Le désistement d'instance, contribution à l'étude de la renonciation à un droit », *RTD Civ.*, 1942, p. 1.

<sup>469</sup> N. FRICERO, « Désistement », *op. cit.*, n° 50.

<sup>470</sup> En théorie le lien d'instance existe complètement dès la notification de la demande introductive au défendeur et sa remise à la juridiction (CPC, art. 53, Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 nov. 2002, n° 01-10058).

définitivement fixés. Autrement dit, si le défendeur entend accepter la norme de désistement d'instance proposée par le demandeur, l'intérêt du défendeur porte sur le refus de mise en œuvre de son droit d'agir qui lui permet de se défendre définitivement quant à la situation litigieuse substantielle<sup>471</sup>. L'acte de volonté du défendeur ne manifeste pas l'ambition de produire une norme de désistement d'instance, prérogative appartenant seulement au demandeur. L'intérêt de l'acte d'acceptation du défendeur déclenche seulement une norme d'autorisation du désistement.

L'intérêt à l'acte juridique d'autorisation du défendeur est d'accepter ou de refuser la libération de la faculté du demandeur, compte tenu des intérêts protégés par la norme qui pose le système d'autorisation. En matière d'acceptation de désistement, l'intérêt légitime objectif qui conditionne la libération de la faculté de se désister porte sur l'intérêt du défendeur de voir trancher le litige, car le recommencement de l'instance demeure sinon possible, à défaut de chose jugée. C'est pour cela que l'acte du défendeur doit être considéré comme un acte d'autorisation qui produit une norme d'autorisation libérant la faculté du demandeur de retirer sa demande.

La convergence des volontés n'est donc pas matière à contrat, car l'une porte l'autorisation, l'autre l'exercice d'une faculté processuelle<sup>472</sup>. Les deux manifestations de volonté soutiennent au contraire deux actes juridiques unilatéraux processuels distincts.

**114. Le désistement d'instance en contentieux administratif<sup>473</sup>.** Il faut distinguer le désistement à l'occasion d'un recours de plein contentieux de celui fait à l'occasion d'un recours pour contester la légalité d'un acte. En plein contentieux, l'acceptation du défendeur n'est pas indispensable pour que le désistement puisse être effectif. L'acceptation peut avoir

---

<sup>471</sup> L'article 395 CPC évoque la défense au fond, la fin de non-recevoir, et la jurisprudence, la demande reconventionnelle, v. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 déc. 1986, Bull. civ. I, n° 303 ; Y. STRICKLER, « Désistement », *op. cit.*, n° 57.

<sup>472</sup> En l'autorisant, le défendeur apprécie simplement son propre intérêt dans les limites de ce que la loi lui permet, c'est-à-dire la vérification de la présence ou non d'un motif légitime de refus. Que l'autorisant soit celui dont les intérêts sont en défense n'empêche nullement la qualification d'autorisation. Et d'ailleurs, comme toute autorisation, la réponse négative de l'autorisant peut être passée outre devant l'autorité judiciaire quand il n'a pas respecté sa prérogative de contrôle de ses intérêts (CPC, art. 396) ; en principe, l'autorisant agit dans l'intérêt de celui qui sollicite l'autorisation, un tiers, ou même l'intérêt général. Mais parfois, la prérogative finalisée de l'autorisant est un droit mixte, ce qui n'empêche nullement la qualification d'autorisation, v. B. THULLIER, « L'autorisation en droit privé », *op. cit.*

<sup>473</sup> G. PEISER, « Incidents de procédure », *Rép. contentieux admin.*, 2007, n° 75 et v. n° 97 et 98 : « il s'agit, d'après le nouveau code de procédure civile (art. 395), d'un véritable contrat entre les deux parties » ; en contentieux administratif, la différence entre désistement d'action ou d'instance est moins fondamentale en raison des délais de recours dans lesquels l'action doit être introduite ; sur le désistement, en synthèse, v. B. SEILLER, M. GUYOMAR, « Contentieux administratif », 5<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2019, p. 260, n° 534 : « jusqu'en 2010, le désistement était par principe un désistement d'action, le Conseil d'État ayant opéré un revirement de jurisprudence qui précise que, si rien n'est mentionné dans l'acte de désistement de la partie au procès ou l'acte du juge qui le constate, il ne peut s'agir que d'un désistement d'instance (CE, sect., 1<sup>er</sup> oct. 2010, *M. et Mme Rigat*, n° 314297, AJDA, 2010, p. 1855) ».

lieu avant que le juge ne donne acte du désistement, elle rendra alors le désistement irréversible<sup>474</sup>. La doctrine a pu y voir la marque d'une convention en ce que le sort du désistement était scellé<sup>475</sup>. Il ne s'agit pas d'un contrat, mais de la marque d'une exigence de cohérence processuelle, car seule la volonté de celui qui se désiste suffit à produire la norme de désistement. Seule la partie qui manifeste la volonté de se désister y a intérêt et l'acceptation fige ce retrait qui n'est plus réversible. S'il s'agit bien d'un retrait de la demande et non d'un abandon du droit d'agir, alors l'intérêt de l'acceptant est tout aussi proche du système d'autorisation évoqué pour le procès civil<sup>476</sup>.

En matière de recours pour excès de pouvoir, « l'acceptation du désistement ne produit théoriquement aucun effet, sauf sans doute en ce qui concerne les conclusions du défendeur sur les frais irrépétibles<sup>477</sup> » ; c'est pour cela que le retrait du désistement est possible même quand l'adversaire l'accepte<sup>478</sup>. Il n'y a donc pas lieu d'y voir de contrat, mais au moins un acte unilatéral de la partie qui se désiste<sup>479</sup>.

## 2 ) L'acquiescement

**115. L'acquiescement aux demandes civiles<sup>480</sup>.** L'acte potentiellement contractuel est l'acte d'acquiescement portant sur le contenu de la prétention du demandeur. Parce que le défendeur n'entend pas contester la substance de la demande, il n'est pas incohérent d'envisager l'existence d'un contrat entre les parties. Les magistrats de la Cour de cassation y ont souvent vu un contrat judiciaire, c'est-à-dire un contrat qui règle la situation de droit substantiel des parties<sup>481</sup>. Pourtant, il n'en est rien<sup>482</sup>. L'accord des volontés n'existe pas en matière

<sup>474</sup> CE, 10 déc. 1951, *Sté d'assurances la mutuelle gén. Française d'accidents*, LEBON, p. 581.

<sup>475</sup> D. BAILLEUL, « L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français », *LGDJ*, 2002, p. 59, n° 43 : « c'est pourquoi la manifestation de sa volonté de se désister s'analyse comme une offre ferme faite au défendeur de sceller le sort de la convention à laquelle aucune des deux parties ne peut plus déroger, le demandeur s'interdisant ainsi définitivement d'agir ».

<sup>476</sup> V. en cas de demande reconventionnelle, A. PERRIN, « Contentieux administratif », *DALLOZ*, 2020, p. 200 ; CE, 3<sup>ème</sup> ss., 1<sup>er</sup> févr. 1991, n° 84079, *Sieur LOUISON* ; déjà CE, 22 mai 1958, *Compagnie centrale des travaux publics et autres*, LEBON, p. 290 et CE, 22 déc. 1950, *BARBIER*, LEBON, p. 640.

<sup>477</sup> R. ROUQUETTE, « Petit traité du procès administratif », 8<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2018, p. 785, n° 415. 93.

<sup>478</sup> CE, ass., 21 avr. 1944, *Sté DOCKES FRERES*, LEBON, p. 120, CE, 19 avr. 1950, *DE VILLELE*, LEBON, p. 214.

<sup>479</sup> Il existe des hypothèses qui tempèrent l'absence d'acceptation par l'administration dans le cas où le désistement est fait avec réserve de retrait de l'acte litigieux, mais il n'y a toujours pas de contrat formé.

<sup>480</sup> L'acquiescement peut être de deux sortes. Il s'agit de l'acte de celui qui est en position de défendeur et acquiesce aux demandes du demandeur. Il s'agit aussi de la partie au procès qui acquiesce au jugement, CPC, art. 408, s. ; N. FRICERO, « Acquiescement », *Jcl proc. civ.*, fasc. n° 800-45, 2018.

<sup>481</sup> G. DEHARO, « Contrat judiciaire », *Rép. proc. civ.*, 2018, n° 57, citant not. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 20 oct. 1982, n° 81-14296.

<sup>482</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 18 nov. 1999, n° 97-15921 ; v. R. PERROT, « Acquiescement à la demande. Nature juridique », *RTD civ.*, 2000, p. 57 : « L'acquiescement est un acte juridique unilatéral qui produit son effet extinctif d'instance et d'action, indépendamment de toute acceptation de la part du demandeur. Du moins en est-il ainsi lorsqu'il s'agit d'un acquiescement pur et simple » ; toutefois en cas de réserve ou de contrat judiciaire, Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 14 déc. 1992, n° 91-15231.

d'acquiescement. Il s'agirait selon certains d'un acte de renonciation, une manifestation de volonté unilatérale qui se suffit à elle-même<sup>483</sup>.

Il ne peut pas y avoir de contrat, car les intérêts des justiciables sont différents et les normes qui résultent de leur volonté unilatérale ne sont pas les mêmes. En effet, la renonciation de celui qui acquiesce vaut uniquement sur le plan processuel et a pour objet l'abandon du droit de discuter le bien-fondé de la demande, ce qui conduit par voie de conséquence à reconnaître et accepter la situation substantielle. La volonté de celui qui acquiesce est alors censée rencontrer la volonté manifestée par le demandeur qui sollicite un résultat économique et social, dans le plan processuel. Il ne faut pas confondre le bien fondé de nature processuelle et l'acceptation de la situation substantielle<sup>484</sup>. L'acquiescement (le mécanisme) produit une norme qui a pour objet de renoncer au droit de contester le bien-fondé de la demande, le droit d'agir en défense (art. 30 al. 2). Cette norme a pour conséquence de libérer l'efficacité processuelle de la demande du demandeur, ce qui emporte la reconnaissance de son bien-fondé sur le plan processuel, et *in fine* sur le plan substantiel.

**116. L'acquiescement en droit administratif.** En matière administrative, l'acquiescement suscite la plus grande des confusions<sup>485</sup>. Il faut distinguer, l'acquiescement avant le procès, l'acquiescement au cours du procès et l'acquiescement après le procès. Seule la seconde hypothèse, proche de la renonciation à la défense en matière civile, concerne la présente étude. La doctrine y voit essentiellement un acte unilatéral, mais elle explique que la frontière avec le contrat judiciaire est proche lorsque le défendeur adhère expressément dans le contentieux de pleine juridiction aux conclusions du demandeur sur le fond<sup>486</sup>. Dans un contentieux objectif, il s'agirait d'un refus de l'administration de se défendre, même quand elle conclut formellement

---

<sup>483</sup> Y. STRICKLER, « Acquiescement », *Rép. proc. civ.*, 2015, n° 8, et n° 9.

<sup>484</sup> Contrairement à ce qui se lit manifestement dans le code, J. HERON, T. LE BARS, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 955, n° 1217 : « Cette définition montre que c'est le droit substantiel qui fait l'objet de l'acquiescement à la demande : le défendeur déclare qu'il renonce à contester le droit substantiel dont se prévaut son adversaire », les auteurs précisant en NBP : « Littéralement, l'article 408 du code de procédure civile dispose que l'acquiescement à la demande "emporte", reconnaissance du bien-fondé des prétentions de l'adversaire. Mais, en réalité, la reconnaissance du bien-fondé n'est pas un effet de l'acquiescement à la demande, c'est sa définition. L'un n'entraîne pas l'autre, l'un est équivalent à l'autre » ; Y. STRICKLER, « Acquiescement », *op. cit.*, n° 2 : « C'est l'acte par lequel la partie défenderesse reconnaît le "bien-fondé des prétentions de l'adversaire" (art. 408), cet acte emportant "renonciation à l'action" » ; si l'acceptation était substantielle, il faudrait y voir un contrat judiciaire, ce qui n'est pas possible, car les intérêts sont manifestés dans le plan processuel et il n'y a pas de règlement amiable du litige.

<sup>485</sup> G. PEISER, « Incidents de procédure », *spéc.* n° 1 : « On confond très souvent l'acquiescement avec le désistement ; on confond aussi l'acquiescement à la prétention de l'adversaire en dehors de toute instance juridictionnelle, à l'acquiescement en cours d'instance ou à l'acquiescement de ne pas exercer des voies de recours ».

<sup>486</sup> *Ibid.*, n° 4 : « le juge estime alors le plus souvent qu'il s'agit d'un accord entre les parties qu'il doit rechercher et qui donne naissance à un contrat judiciaire. Le litige est alors considéré comme disparu, les parties ne pouvant plus faire appel », « L'acceptation de l'acquiescement relèverait de la notion de transaction, qui constitue une convention. Par ailleurs, une telle convention n'est guère possible dans le contentieux administratif surtout objectif. Une telle convention engageant l'Administration serait certainement contraire aux règles d'ordre public ».



à l'annulation de l'acte attaqué, le juge restant libre d'apprécier l'illégalité de l'acte<sup>487</sup>. L'acquiescement à la demande d'annulation ne serait donc pas vraiment possible, l'acte administratif soumis à l'examen du juge étant définitivement retiré des mains de celui qui l'a édicté une fois que le procès a commencé. L'acquiescement du défendeur est donc présumé dans l'hypothèse où il ne conclut pas à temps, malgré une mise en demeure de le faire (CJA, art. R. 621-1)<sup>488</sup>.

L'effet de l'acquiescement aux faits est assez limité. Il conduit à déceler l'existence d'une manifestation unilatérale de ne pas s'opposer aux faits litigieux. L'instance ne prend pas fin pour autant. Le juge doit accomplir son office au vu des allégations et des pièces du demandeur qui ne les dément pas<sup>489</sup>. En outre, en appel, ces faits ne peuvent être contestés par celui qui ne l'a pas fait en première instance s'il s'est définitivement abstenu<sup>490</sup>. Qu'il soit exprès ou présumé, l'acquiescement aux faits devrait être considéré, au mieux, comme un acte unilatéral du défendeur qui renonce à contester les faits. Il ne faut pas y voir de contrat sur les faits. Si contrat, il y a, il s'agit sans doute d'un contrat judiciaire qui doit en remplir les conditions d'existence pour être caractérisé comme tel par le juge.

Le désistement d'instance et l'acquiescement sont des exemples qui dévoilent des volontés qui se rencontrent, mais qui ne forment pas un contrat, car les parties génèrent des actes juridiques unilatéraux qui satisfont des intérêts processuels autonomes. L'absence de contrat doit encore être notée quand un intérêt processuel rencontre un intérêt qui n'existe pas.

## **b - La liaison entre un intérêt solitaire et un intérêt objectif inexistant**

Il est impossible d'être exhaustif et d'évoquer toutes les hypothèses où l'une des parties accepte la norme envisagée par l'autre. Le résultat est insondable. En effet, au-delà des textes qui présentent un mécanisme consensuel, la plupart restent muets sur l'édition de l'acte d'un commun accord. Il suffit d'évoquer quelques exemples dans lesquels la volonté d'une partie au

---

<sup>487</sup> CE, sect., 13 nov. 1931, *Union générale des syndicats de la Brasserie française*, LEBON, p. 980.

<sup>488</sup> Cela fait penser à la convention impossible en cas de faits constants en matière civile : la concordance des faits allégués par les parties traduit leur office processuel de coopération dans l'apport des faits, mais il est difficile d'y voir un contrat qui scelle définitivement la situation factuelle que le juge doit prendre en compte en ce qu'il s'agit en réalité d'un mode de preuve par présomption que le juge peut outrepasser (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 nov. 2014, n° 13-27.449), v. T. LE BARS, « La théorie du fait constant », *JCP G.*, n° 44, 3 nov. 1999, doct. 178 ; A-C REGLIER, « Qui ne dit mot ne consent pas », *Droit fam.*, n° 2, févr. 2015, comm. 27.

<sup>489</sup> CE, 6<sup>e</sup> et 1<sup>er</sup> srr., 23 décembre 2014, n° 364637, *Cne d'ARGENTEUIL*, § 4 ; CE, 30 déc. 2009, n° 31972, KONTE, LEBON p. 897.

<sup>490</sup> CE, 9 oct. 1968, *Ville de GRENOBLE c/Dlle GROS*, n° 68661, LEBON, p. 482, la jurisprudence reconnaissant qu'un mémoire déposé après la clôture de l'instruction empêche la renonciation aux faits quand les faits allégués ne pouvaient pas l'être avant l'ordonnance de clôture et qu'ils sont utiles au jugement de l'affaire.

procès ne produit aucun effet de droit, seule la norme de l'autre partie étant prise en compte pour satisfaire l'intérêt processuel qui découle de sa position dans le procès.

**117. Le consentement à la conduite de la procédure par l'une des parties.** L'exemple topique est celui du mécanisme prévu à l'article 41-1 du code de procédure pénale, siège des alternatives aux poursuites, qui révèle une multitude d'accords individuels dont il est possible de penser qu'ils sont matière à contrats, puisque la personne mise en cause accepte la mesure pénale décidée par le procureur de la République.

Pour la mise en œuvre d'une sanction dans le cadre de cet article, la loi n'exige pas le recueil de la volonté de l'auteur de l'infraction. En cela, il n'y a pas d'accord contractuel possible. L'accord des volontés n'est pas la source de la norme. La loi s'attache seulement à la manifestation de volonté de l'autorité de poursuite<sup>491</sup>, l'unique décisionnaire du processus répressif alternatif à la saisine du juge<sup>492</sup>, sans aucune autre condition légale de mise en œuvre tenant à la nature de l'infraction<sup>493</sup> et sans effet sur l'extinction de l'action publique<sup>494</sup>. La mesure ordonnée par le procureur relève plus de la proposition que de l'injonction contraignante et le destinataire de la mesure doit y adhérer à des degrés divers selon que la mesure implique de sa part l'exécution d'une action plus ou moins volontaire, l'adhésion à la mesure prononcée n'étant pas une condition de production de l'effet de droit envisagé<sup>495</sup>. Par exemple, concernant la médiation pénale, qui fourmille d'« accords » différents entre le procureur, l'auteur des faits et la victime, il y a lieu d'exposer en quoi les différentes volontés ne révèlent pas des intérêts processuels à lier (CPP, art. 41-1 5°). Le procureur décide de la médiation. Il recueille l'accord de la victime qui l'accepte. La victime manifeste sans doute une volonté subjective qui va dans le même sens que le procureur en ce qu'elle dévoile la volonté de participer à la médiation, mais il n'y a pas de contrat entre eux<sup>496</sup>. L'intérêt qui guide la manifestation de volonté de la

---

<sup>491</sup> L'intérêt du procureur de la République est de prendre une décision qui porte une mesure substantielle destinée à mettre fin au trouble public et au dommage causé à la victime avant le déclenchement de l'action publique. Le procureur déclenche une voie processuelle alternative ou supplémentaire, mais antérieure à l'action publique. Aucun accord contractuel n'est exigé entre lui et le mis en cause. Le mis en cause n'est pas en mesure de valoriser un intérêt substantiel ou processuel de sorte que sa volonté juridique n'est pas exigée.

<sup>492</sup> J-B. PERRIER, « Médiation pénale », *Rép. dr. pén. et proc. pén.*, 2014, n° 38 : « Il dispose pour cela d'une certaine latitude, compte tenu de l'absence de critères légaux ; son choix est toutefois guidé par des considérations plus concrètes, tenant à la gravité des faits ou à la situation des parties ».

<sup>493</sup> Circ. crim. 04-3/E5 du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites et de recours aux délégués du procureur, p. 5 : « Il paraît nécessaire d'opter pour de telles mesures dans des cas relevant d'une délinquance de faible importance ».

<sup>494</sup> Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-80003.

<sup>495</sup> Le consentement peut être très faible, comme dans le cas du rappel à la loi, devenu l'avertissement probatoire depuis la L. n° 2021-1729 du 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire. Pour certaines mesures, le consentement est plus élevé et peut se prolonger dans le temps (demande de réparation du dommage par le procureur ou orientation de l'auteur vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle).

<sup>496</sup> J-B. PERRIER, « Médiation pénale », *op. cit.*, n° 43 : « Afin d'éviter de mettre vainement en œuvre une médiation pénale, l'article 41-1 du code de procédure pénale impose au procureur de recueillir l'accord de la victime, sans toutefois poser une

victime porte sur l'accord de principe pour une médiation avec l'auteur des faits<sup>497</sup>. La victime n'a pas le pouvoir de créer une norme avec le procureur qui prend une décision d'opportunité sur l'évitement de l'action publique<sup>498</sup> dont lui seul est le défenseur. L'auteur des faits n'a pas à donner son accord sur le principe de la médiation comme mesure alternative à la poursuite pénale<sup>499</sup>. En revanche, il doit consentir à la décision du procureur et accepter le principe de la médiation avec la victime. Il y a donc sans doute, entre la victime et le mis en cause, un vrai contrat processuel sur l'orientation du procès civil<sup>500</sup> : l'accord de fin de conflit, s'il est trouvé, constitue une transaction civile<sup>501</sup>.

**118. Analyse du lien de droit entre les intérêts processuels individuels.** Les acteurs d'un conflit n'ont pas d'intérêts juridiques à faire valoir ensemble, quand le juge est le seul défenseur de l'intérêt juridique (demande de norme au juge, acceptation de la norme par le juge) ou qu'une seule partie est chargée de la défense d'un intérêt processuel dont elle seule est légitime à en tirer profit (les intérêts de chaque partie étant différents et leur liaison étant impossible quand ils ne sont pas de même nature). Le lien de droit nécessaire consiste donc à rechercher les actes consensuels qui conduisent à perturber des centres d'intérêts identiques tels que protégés par les règles de fonctionnement du procès. La liaison des intérêts processuels se comprend donc comme la faculté de pouvoir modifier l'organisation du procès touchant aux centres d'intérêts partagés des parties au conflit.

---

même exigence concernant l'auteur des faits. Conscient de l'intérêt que peut présenter la médiation pénale pour la victime, le législateur a également permis à cette dernière de demander à ce qu'il soit procédé à une médiation pénale ».

<sup>497</sup> *Ibid.*, n° 63 : « La mise en œuvre d'une mission de médiation pénale a pour objectif de permettre aux parties de trouver elles-mêmes la solution à leur différend, en évitant la voie judiciaire » ; J. FAGET, « Les "accommodements raisonnables" de la médiation pénale », *RSC*, 2009, p. 981.

<sup>498</sup> L'accord de la victime a pour intérêt le déclenchement d'une médiation de nature « civile » : son accord est souvent recueilli à partir du procès-verbal d'accord ou de désaccord. Il est généralement recueilli par le médiateur au cours de l'entretien d'information de médiation, X. PIN, « Le consentement en matière pénale », *op. cit.*, p. 565, n° 734 et 735 ; J-B. PERRIER, « Médiation pénale », *op. cit.*, n° 46.

<sup>499</sup> Cette exigence a disparu. Cela envoie le signal fort que le mis en cause l'accepte toujours en pratique bien qu'il ne coopère pas avec le procureur de la République pour la détermination du choix de la voie alternative décidée, L. n° 2010-769 du 9 juill. 2010 (art. 30), l'article 41-1 disposait que la médiation ne pouvait être mise en œuvre qu'avec « l'accord des parties », v. J-B. PERRIER, « La médiation pénale », *op. cit.*, n° 47 : « Toutefois, rien n'interdit au médiateur de rechercher le consentement de l'auteur des faits lors de l'entretien préalable. Il pourrait sembler opportun de réintroduire cette exigence afin de vérifier, avant le début de la mesure, si l'auteur des faits est prêt à dialoguer avec la victime et à accepter la médiation qui lui serait proposée ».

<sup>500</sup> Circ. n° 2017-05 du 31 mai 2017 JUSD1714357C, p. 8 qui prévoit un modèle de recueil du consentement à la médiation pénale pour les deux parties (victime et mis en cause) ; T. LEBEHOT, « Le cadre juridique de la médiation pénale », *AJ Pénal*, 2011, p. 216.

<sup>501</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 10 avr. 2013, n° 12-13672.

## B – La liaison des intérêts processuels collectifs des acteurs de la justice

**119. La liaison des intérêts processuels des accords des procès.** Qualifiés de protocoles ou conventions collectives de procédure, les aménagements consensuels collectifs qui dessinent un nouveau cadre général et impersonnel pour toutes les procédures à venir sont encore trop méconnus. Ils pourraient être considérés soit comme des contrats-lois générés d'un commun accord, soit comme des actes unilatéraux négociés, soit comme du simple fait. Certains textes exigent l'accord de toutes les parties, sans exception<sup>502</sup>. Or, la volonté est trompeuse dans une étude sur la contractualisation. Il faut alors rechercher les intérêts à lier concernant ces accords qui ont manifestement vocation à créer du droit objectif.

Ces accords collectifs du procès sont le plus souvent passés entre la juridiction (chefs de juridiction + greffe) et un autre acteur de la justice au niveau local, qu'il soit privé (barreau, avoués, associations, *etc.*) ou public (préfets, services de police et de gendarmerie, SPIP, *etc.*). Il se pose la question de savoir si la juridiction n'établit pas un règlement de procédure de sa pleine autorité, les volontés des acteurs tiers n'étant alors que superflues.

Dans un premier temps, le protocole de procédure résulterait d'une action normative unilatérale, négociée avec les autres acteurs du ressort de la juridiction. La volonté subjective de ces derniers permettrait dans ce cas de légitimer la production de la norme établie unilatéralement par la juridiction. Il s'agirait alors d'une contractualisation qui s'avère définitivement illusoire (1).

Dans un deuxième temps, le protocole serait établi d'un commun accord par l'ensemble des acteurs du procès. Dans ce cas, il serait matière à contrat. Cependant, il est fréquemment asséné que le protocole est un acte démuné de force de contrainte, réduit au rang de *gentlemen's agreement*. Il s'agirait encore de contractualisation illusoire, le protocole ne devenant alors effectif que par l'adoption volontaire de ses prescriptions par ses destinataires, c'est-à-dire les acteurs du conflit ayant décidé de suivre les comportements de procédure édictés<sup>503</sup> (2).

Une troisième voie doit être préférée. Les intérêts processuels des acteurs de la justice doivent être liés pour former un « contrat collectif de procédure ». Les signataires sont en posture de tirer un avantage à la création de normes processuelles locales négociées. La négociation

---

<sup>502</sup> Pour un exemple de création refusée d'une maison de justice et du droit, car la convention constitutive ne recueillait pas l'accord du bâtonnier : CE, 6<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> srr., 6 avr. 2006, n° 279445 ; pour la convention de communication électronique pénale au sein d'une juridiction, v. Cass. crim., 2 mars 2010, n° 09-85124 et 11 déc. 2013, n° 13-84319.

<sup>503</sup> Le seul intérêt processuel qui devrait être valorisé serait donc dans ce cas l'intérêt individuel de l'acteur du conflit qui réalise un acte juridique processuel conformément aux *dispositions* de la convention collective.

collective processuelle locale est le fondement qui révèle les intérêts processuels des acteurs de la justice pour aménager le cadre procédural dans le ressort. Ces derniers sont les seuls à pouvoir faire valoir un intérêt processuel tourné vers l'aménagement hétéronome du droit procédural local<sup>504</sup> (3).

## **1 - L'unilatéralité des accords collectifs**

**120. L'unilatéralité du droit hétéronome.** En principe, le droit hétéronome est l'œuvre d'un intérêt normatif fondé sur un pouvoir de prendre des normes contraignantes pour autrui. Il ne serait donc pas absurde de concevoir les accords collectifs de procédure comme des actes unilatéraux édictés par l'acteur prépondérant au niveau local, la juridiction<sup>505</sup>. En effet, la juridiction est sans doute le garant de la justice dans son ressort et prescripteur de nouvelles pratiques processuelles. Ce pouvoir résulterait de l'autorité morale et des pouvoirs normatifs détenus par les chefs de juridictions pour prendre toutes les mesures qui organisent les processus administratifs de la justice. La qualification d'acte juridique unilatéral conjonctif n'est pas non plus à chasser immédiatement : avec une gestion de la justice institutionnelle de plus en plus horizontale, le consortium de tous les acteurs locaux de la justice pourrait constituer une partie unique décidant du droit applicable au sein de la juridiction. Ils seraient alors mus par la valorisation d'un intérêt juridique similaire, qui est la qualité de la justice procédurale<sup>506</sup>. Concevoir le protocole comme un acte unilatéral s'avère toutefois inadapté !

**121. De l'acte unilatéral à la convention : point de droit comparé.** Les aménagements processuels locaux ne sont pas une spécificité française. Dans certains pays, la loi prévoit que des règlements de procédure peuvent être élaborés dans certaines juridictions. Ces actes n'ont que peu d'apparences contractuelles. En effet, le droit de la procédure civile québécois envisage

---

<sup>504</sup> Les pouvoirs publics étatiques créent bien sûr des normes de procédure. Par exemple, un décret de procédure signale l'intérêt normatif processuel de son auteur. Il s'agit pour l'organe qui le prend de dévoiler sa posture à l'acte juridique réglementaire posé par le cadre constitutionnel. Le décret pose un droit applicable sur l'ensemble du territoire de manière impersonnelle générale et abstraite, dans le sens où la norme n'est pas particulièrement modelée aux contingences locales. Même les circulaires de procédure n'ont pas vocation à modeler le cadre processuel local, puisque par nature, les circulaires de procédure sont prises pour toutes les procédures de toutes les juridictions et pour favoriser une lecture uniforme du décret et de la loi qu'elles interprètent.

<sup>505</sup> C. BLERY, « De la contractualisation à la réglementation unilatérale : dérive des protocoles de la mise en état », *op. cit.*, n° 5 : « Un cran de plus est franchi lorsque c'est un tribunal, sans concertation avec les avocats, qui décide d'une mise en place d'un calendrier de procédure » ; C. BLERY, « Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de BOBIGNY : un exemple à suivre ? » *JCP G.*, n° 42, 15 oct. 2012, 1109 : parfois certains protocoles sont issus « d'un vrai souci de collaboration, de coopération entre les acteurs process, qui est l'esprit du code de 1976 » ; C. BLERY, G. HUVELIN, « Pourquoi des protocoles de procédure alors qu'il y a un code de procédure civile ? », *op. cit.* : « concertation des acteurs du procès pour une amélioration de la Justice (...), oui, mais protocoles imposés, variables d'un tribunal à l'autre et contraires au code, non ! ».

<sup>506</sup> L'acte, s'il est contractuel, est sans doute en partie conjonctif en ce que la juridiction est elle-même possiblement composée de signataires pluraux, un président, un procureur et un directeur de greffe.

l'adoption de « règlements des tribunaux<sup>507</sup> ». La particularité de l'organisation judiciaire du pays tient au fait que les juridictions sont considérées comme des institutions uniques et plus ou moins autonomes, hormis les cours municipales présentes sur tout le territoire<sup>508</sup>. Le règlement de procédure est alors adopté pour l'ensemble de la juridiction ou l'une seule des chambres<sup>509</sup>. Il est élaboré par la majorité des juges au sein de la juridiction. Quand cela est opportun, le juge en chef peut seulement donner des directives pour un ou plusieurs districts et elles sont alors les seules applicables (lignes directrices). Les règlements peuvent donner la sensation d'une contractualisation illusoire de la justice. Bien qu'ils soient évoqués par le code, leur élaboration et leur adoption sont assez libres (CPC du QUEBEC, art. 64 et 65)<sup>510</sup>, mais ils sont pris collectivement à la majorité des juges et demeurent des actes unilatéraux. L'acte ressemble fortement à l'acte conjonctif unilatéral qui est le fruit d'une personne plurale (plusieurs juges qui composent la juridiction) qui manifeste sa volonté de créer des règles de procédure qui adaptent celle des codes<sup>511</sup>. L'acte juridique est donc doublement collectif : dans son élaboration et dans ses effets qui s'adressent aux acteurs de toutes les procédures particulières à venir dans la juridiction. Les lignes directrices sont quant à elles prises après avis des juges du tribunal par le juge en chef et l'acte demeure strictement unilatéral. Les règlements et directives sont publiés à la Gazette officielle du QUEBEC.

Le code de procédure civile du QUEBEC envoie un message clair sur la faculté d'adaptation des règles de procédure. En fait, en droit québécois, presque toutes les juridictions peuvent, dans

---

<sup>507</sup> CPC du QUEBEC, art. 63 à 65, v. le commentaire des articles sous le « Code de procédure civile annoté », t. 1, 2016, *Librairie Wilson & Lafleur*, p. 490, comm. R. LESCOPI : ces règles autrefois prévues à l'article 47 étaient appelées « règles de pratique » ; art. 63 : « Les tribunaux peuvent adopter des règlements pour déterminer leurs règles de fonctionnement ou celles d'une de leurs chambres et pour assurer, dans le respect du code, la bonne exécution de la procédure établie par ce code. Ces règlements sont adoptés par la majorité des juges de chacune des cours ou encore des districts de QUEBEC ou de MONTREAL s'il y a lieu d'adopter des règles particulières pour ces districts. S'il l'estime opportun, le juge en chef de chacun des tribunaux peut, après consultation des juges concernés, donner des directives pour un ou plusieurs districts, selon les besoins. Ces directives, de nature purement administrative, sont les seules applicables. »

<sup>508</sup> V. <https://www.justice.gouv.qc.ca/systeme-judiciaire/>.

<sup>509</sup> Le règlement de procédure ne peut pas concerner les districts du QUEBEC et de MONTREAL. Le district est un point d'accès à la justice représenté sur la carte judiciaire.

<sup>510</sup> Le ministre de la Justice doit transmettre des observations sur les dispositions ayant des incidences financières pour l'État ou les parties au procès. Le projet de règlement est ensuite publié pour que tout intéressé puisse présenter ses observations dans le délai de 45 jours au moins s'il n'est pas abrégé (CPC du QUEBEC, art. 64). Passé ce délai, le règlement entre en vigueur le quinzième jour qui suit sa date de publication à la Gazette officielle du QUEBEC ou plus tard, et est accessible en ligne (CPC du QUEBEC, art. 65). L'objet des règlements est de permettre d'assurer la bonne exécution de la procédure établie par le code de procédure civile au niveau local (CPC du QUEBEC, art. 63 al. 1). Les tribunaux ne sont pas totalement libres pour adopter de tels règlements. La mesure prise doit trouver sa place dans les limites de ce que permet le code et ses principes, v. CPC du QUEBEC annoté, *op. cit.*, à propos de la jurisprudence *Lac d'Amiante du QUEBEC Itée c. 2858 — 0702 Québec inc., 2001, CSC 51* : « un tribunal québécois ne peut décréter une règle positive de procédure civile uniquement parce qu'il l'estime opportune. Il doit trouver sa marge d'interprétation et de développement du droit à l'intérieur du cadre juridique que constituent le code de procédure civile et les principes généraux de procédure qui le sous-tendent ».

<sup>511</sup> CPC du QUEBEC annoté, *op. cit.*, comm. de la ministre de la Justice, p. 491 : le nouveau code « remplace l'expression "règles de pratique" par "règlement des tribunaux", car le terme "règle", ne peut désigner des actes unilatéraux de portée générale autre que des lois ».

toutes les procédures (civile, pénale et administrative), établir des règles de procédure particulières, toujours de manière assez unilatérale<sup>512</sup>.

D'autres pays ont pu adopter des « protocoles de procédure ». Le rapport MAJICE révèle que des protocoles existent par exemple au ROYAUME-UNI en matière pénale et civile<sup>513</sup>. En matière civile, ils sont pris de manière informelle sans base textuelle<sup>514</sup>. Des *Practices Directions* sont élaborées pour donner une interprétation des règles de procédure<sup>515</sup>. Elles sont créées par un comité de la procédure civile composé de juges, avocats, professeurs et fournissent pour chaque règle de procédure une interprétation à destination des parties et du tribunal. Il existe aussi des *pre-action protocols* (protocoles préalables à l'action) pour s'assurer que le dossier arrive raisonnablement devant le juge (absence de règlement amiable, saisine nécessaire, faits et matière litigieuse déjà ciblée, etc.). Ils sont pris à partir d'une assise textuelle<sup>516</sup> pour divers contentieux<sup>517</sup> et pour réguler l'activité procédurale précontentieuse. Il s'agit de préparer la phase pré-juridictionnelle<sup>518</sup> de manière parfois contraignante<sup>519</sup>. Les auteurs du rapport MAJICE les considèrent comme « une procédure qui nous est apparue se situer entre le protocole

---

<sup>512</sup> Par ex. en matière administrative, L. sur la justice administrative, art. 109 : « Le Tribunal peut, par règlement adopté à la majorité de ses membres, édicter des règles de procédure précisant les modalités d'application des règles établies par le présent chapitre ou par les lois particulières en vertu desquelles les recours sont formés. Ces règles de procédure peuvent différer selon les sections ou, dans le cas de la section des affaires sociales, selon les matières auxquelles elles s'appliquent. Le règlement est soumis à l'approbation du gouvernement » ; v. sinon en matière pénale et civile, CPP du QUEBEC, art. 368 ; CT-16, L. sur les tribunaux judiciaires, art. 146 et 147 ; C-72. 01, L. sur les cours municipales, art. 56.1 et 56.2.

<sup>513</sup> « Mieux administrer la justice en interne et dans les pays du Conseil de l'Europe pour mieux juger (MAJICE) », L. CADIET et alii (dir.), *CRJP* et *OMJ*, 2012, p. 127, n° 121 et <https://www.cps.gov.uk/national-protocols-and-agreements-other-agencies>, pour les accords passés avec le CPR (*Crown Prosecutor Service*) (L'équivalent de notre parquet).

<sup>514</sup> *Ibid.* rapport MAJICE, p. 131, n° 127 : « Nos entretiens ont permis de révéler que le cadre normatif anglais ne prescrit pas aux juridictions de conclure avec leurs partenaires (avocats, huissiers, etc.) des protocoles d'accord ou de procédure sur la manière dont seront conduits certains types de procédures. En revanche, en dehors de toute base légale, de tels partenariats peuvent être conclus et interviennent dans ce cas en moyenne une fois par an à l'initiative des juridictions ou de leurs partenaires ».

<sup>515</sup> *Rules*, n° 1.1.

<sup>516</sup> Il existe en ANGLETERRE et au PAYS DE GALLES deux types de procédure reposant sur une base normative : d'une part, les *pre-action protocols* qui ne s'appliquent qu'à certains types de litiges et, d'autre part, les règles prévues par les *Civil Procedure Rules* (CPR) qui rationalisent la procédure ; v. sur le site du gouvernement, « *Practice direction – Pre-action conduct and Protocols* » : « *Pre-action protocols explain the conduct and set out the steps the court would normally expect parties to take before commencing proceedings for particular types of civil claims. They are approved by the Master of the Rolls and are annexed to the Civil Procedure Rules (CPR)* ».

<sup>517</sup> Une dizaine de type de litige est concernée (droit de la construction, droit du voyage, droit social, diffamation, etc.), v. <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol>.

<sup>518</sup> L'objectif est que les parties échangent suffisamment d'informations sur le litige avant de saisir un juge pour que chacune comprenne la position de l'autre (demandes, moyens, faits) afin de tenter de résoudre le litige à l'amiable. En cas d'échec, en l'absence d'accord, le but est de faciliter le déroulement du processus judiciaire eu égard aux échanges passés.

<sup>519</sup> Ces protocoles trouvent une assise textuelle dans les règles de procédure et il est prévu que les parties qui refusent d'effectuer les diligences prévues pourront subir des sanctions pécuniaires prononcées ultérieurement par le juge, « *Practice Direction* », art. 13 à 16 et not. *Civil Procedure Rule*, art. 3.1 : « *Where the court gives directions it will take into account whether or not a party has complied with the Practice Direction (Pre-Action Conduct) and any relevant pre-action protocol (GL). The court may order a party to pay a sum of money into court if that party has, without good reason, failed to comply with a rule, practice direction or a relevant pre-action protocol. When exercising its power under paragraph (5) the court must have regard to – (a) the amount in dispute ; and (b) the costs which the parties have incurred or which they may incur* ».

régissant le déroulement de l'ensemble des procédures portées devant la juridiction dans une catégorie d'affaires données et celui applicable à une affaire en particulier ».

Le rapport ajoute qu'aux PAYS-BAS, il n'existe pas de protocoles de procédure au sens français. Ce sont, comme au QUEBEC, des règlements de procédure qui sont établis collégialement par plusieurs magistrats de la juridiction qui en informent ensuite les avocats du ressort<sup>520</sup>. En FRANCE, ces guides existent aussi. Ce sont des modèles de conduites décidés unilatéralement et qui n'ont qu'une force d'influence relative. Il y a donc lieu de faire une différence avec les protocoles contractuels<sup>521</sup>.

Pour les autres pays, et *in varia*, il est difficile de déceler la présence de protocoles à la française en raison de leur opacité. Il est en revanche certain que la plupart des pays possèdent des guides de procédure plus ou moins officiels qui ne sont pas forcément des accords, mais des actes faits collectivement et dirigés par une Cour suprême, un ministre, ou une administration de la justice, notamment en AMERIQUE latine<sup>522</sup>. En outre, les juridictions internationales peuvent créer leurs propres règles de procédure de manière unilatérale<sup>523</sup>.

Pire qu'une hésitation sur la nature contractuelle des accords de procédure au niveau d'une juridiction, la doctrine française procède à leur factualisation. Les accords collectifs ne seraient même pas des actes juridiques unilatéraux, mais de simples actions matérielles, dont les prescriptions peuvent seulement faire l'objet d'une application volontaire par les acteurs d'un conflit individuel.

---

<sup>520</sup> Rapport MAJICE, *op. cit.*, p. 304, n° 233 : « Ils sont unilatéralement élaborés et modifiés par les chefs de secteurs réunis en comités. Ils informent ensuite le barreau du nouveau règlement et l'invitent à faire des commentaires qui peuvent ou non être pris en compte. La seule norme d'accord est celle d'une recherche de consensus avant l'établissement d'un document officiel ».

<sup>521</sup> Conseil national des tribunaux de commerce, « Guide de l'instruction des affaires de contentieux devant le tribunal de commerce », août 2013 : « L'objet premier du présent guide est la recherche de l'harmonisation des pratiques des tribunaux de commerce en matière d'instruction des affaires contentieuses » ; CNCEJ, CNB, « Recommandations articles 275 et 276 du code de procédure civile », mai 2011, document établi par plusieurs praticiens experts judiciaires et avocats.

<sup>522</sup> On peut citer en vrac : « *El protocolo de aplicación del código procesal civil* » établi par *El tribunal supremo de justicia Boliviano* et approuvé par le ministre de la Justice le 13 novembre 2017. Ce protocole est adopté par des juges de ce tribunal supérieur après consultation des juges locaux et divers acteurs de la justice. L'objet est d'uniformiser les règles du nouveau code de procédure civile, v. p. 5 ; « *El código procesal civil tiene un protocolo para facilitar su aplicación* », 23 nov. 2017, [www.urgentebo.com](http://www.urgentebo.com) ; *Consejo general del poder judicial Español*, « *Protocolo de mediación civil, guía para la práctica de la mediación intrajudicial* », pour inciter à la médiation judiciaire en matière civile, familiale, pénale, sociale et administrative, v. *spéc.* « *Presentación* » pour les raisons de la prise d'un protocole établis par des avocats, magistrats ou médiateurs ; différents protocoles sont également testés en ARGENTINE, sous l'égide de la Cour Suprême de Justice de BUENOS AIRES et appliqués dans les juridictions du fond concernant la preuve, v. « *Nuevo protocolo de Gestión : etapa probatoria en los procesos de conocimiento civiles y comerciales de la provincia de Buenos Aires* », ([www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3146-nuevo-protocolo-gestion-etapa-probatoria-procesos-conocimiento-civiles](http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3146-nuevo-protocolo-gestion-etapa-probatoria-procesos-conocimiento-civiles)) ; ou ailleurs en ARGENTINE concernant l'oralité de la procédure, ([www.juscorrientes.gov.ar/prensa/aprueban-protocolo-para-implementacion-de-la-oralidad-efectiva/](http://www.juscorrientes.gov.ar/prensa/aprueban-protocolo-para-implementacion-de-la-oralidad-efectiva/)).

<sup>523</sup> G. TEBoul, « Actes unilatéraux : États », *Rep. droit international*, 2016, n° 1, s.



## 2 - La dérive des accords collectifs vers le fait

**122. La rétrogradation de l'accord collectif au rang de fait matériel.** Elle s'induit du régime des accords collectifs de procédure dont les auteurs prétendent qu'ils sont pris sans fondement, qu'ils manquent de force contraignante ou normative et sont proches des *gentlemen's agreements*<sup>524</sup>. Quand elle n'est pas réservée<sup>525</sup>, la doctrine considère, comme les auteurs des accords collectifs<sup>526</sup>, que les énoncés qu'ils portent ne sont que des pratiques<sup>527</sup> ou des (guides) de bonnes pratiques<sup>528</sup> et, plus singulièrement des moyens d'« harmonisation des pratiques »<sup>529</sup>, des « recueils de bonnes pratiques<sup>530</sup> » et de « pratiques existantes<sup>531</sup> », des « pratiques purement locales<sup>532</sup> », des « modalités pratiques à respecter<sup>533</sup> », des modalités pratiques du traitement des procédures<sup>534</sup> », « des usages<sup>535</sup> » du palais, bref, des codes qui servent à « définir les règles de bonne conduite et d'usage<sup>536</sup> », le « mode opératoire, les

<sup>524</sup> L. CADIET, E. JEULAND, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 24, n° 28 ; B. TRAVIER et R. GUICHARD, « Les protocoles sur les écritures judiciaires - Justice coutumière ou justice moderne ? », *JCP G.*, n° 24, 11 juin 2012, 692 ; C. BLERY, G. HUVELIN, « Pourquoi des protocoles de procédure alors qu'il y a un code de procédure civile ? », *op. cit.* ; S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER, « Procédure civile », 2014, *PUF*, p. 440, n° 243, *spéc.* p. 453 ; D. CHOLET, « Les règles locales de procédure civile », *op. cit.*, n° 19.

<sup>525</sup> N. FRICERO, D. COURET, « Les conventions et contrats de procédure » in « La procédure civile du 21<sup>ème</sup> siècle : du cadre au contrat » AAPPE (dir.), colloque du 3 oct. 2014, PARIS, disponible sur aappe.fr, p. 65, *spéc.* p. 67, n° 6 : « la plupart des protocoles ou conventions se bornent à définir des bonnes pratiques, de nature incitatives ou pédagogiques. D'autres, plus rarement, contiennent des dispositions qui se veulent impératives, et même, exceptionnellement, ajoutent au code de procédure civile. Ces conventions ou contrats ou protocoles de procédure relèvent alors du droit souple, de la "soft law" et complètent les règles du CPC, avec un contenu *praeter legem*. Il s'agit en réalité d'un usage dégradé de la notion de contrat. Le processus est d'apparence contractuelle et relève de l'esprit de la contractualisation en raison de la participation des différents acteurs concernés ».

<sup>526</sup> Certaines s'appellent « charte » : « La dérive des contrats de procédure » in « Le Lamy prud'hommes », *Lamyline*, 2015, *spéc.* n° 500, à propos de la charte de fonctionnement au conseil de prud'hommes de GRASSE, ce qui donne un indice sur leur caractère en principe non contraignant ; d'autres précisent expressément qu'il s'agit de mettre en œuvre des bonnes pratiques locales : v. protocole de procédure civile au tribunal de grande instance de PARIS signé le 11 juillet 2012 entre la juridiction et le barreau : « la présente convention a ainsi pour objectif de définir des règles de bonnes pratiques » ; O. DUFOUR, « Cour d'appel de PARIS : avocats et magistrats tentent de remédier à l'asphyxie des chambres sociales », *LPA*, 17 nov. 1997, n° 138, p. 3 qui parle de « code de conduite » à propos de la convention passée entre la cour d'appel et l'ordre des avocats pour la mise en état du contentieux social.

<sup>527</sup> V. en mat. pénale : Circ. du 21 avr. 2015 relative aux orientations de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement, p. 5 ; Circ. du 12 mars 2008 relative à la présentation générale des dispositions du D. n° 2007-1620 du 15 nov. 2007 modifiant le code de procédure pénale et relative à l'utilisation des nouvelles technologies, *spéc.* art. 1. 2 et 1.2.1.

<sup>528</sup> N. FRICERO, « Procédure civile », *D.*, 2013, p. 269 ; L. CADIET, « Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale », *op. cit.*, p. 68.

<sup>529</sup> E. BINOCHÉ, « Expertise et contractualisation : de nouvelles avancées », *D.*, 2007, p. 2380.

<sup>530</sup> P. BERTRAND, « Une unité et un pôle transversal de médiation. Innovations et expérimentations à la cour d'appel de PAU » in « La médiation, expériences, évaluations et perspectives », colloque du 5 juill. 2018, Mission de recherche Droit et Justice, p. 41 ; N. FRICERO, D. COURET, « Les conventions et contrats de procédure », *op. cit.*, p. 74.

<sup>531</sup> La convention toulousaine a tâché de retranscrire dans un seul *instrumentum* les pratiques utiles adoptées dans les autres juridictions commerciales : Convention générale entre le tribunal de commerce et l'ordre des avocats de Toulouse, en présence du greffe du tribunal de commerce de Toulouse, signée le 29 juin 2016.

<sup>532</sup> C. BLERY, « Les métamorphoses des sources », *op. cit.*, *spéc.* n° 14.

<sup>533</sup> Annexe 1 au protocole de mise en œuvre de la communication électronique entre les avocats et les chambres civiles de la cour d'appel de LYON, signée le 9 janvier 2012 entre la cour d'appel de LYON, les ordres des avocats de LYON, SAINT-ÉTIENNE, L'AIN, ROANNE et VILLEFRANCHE-SUR-SAONE, art. 1 : « objet du contrat ».

<sup>534</sup> Circ. du 21 avr. 2015 relative aux orientations de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement.

<sup>535</sup> C. BLERY, « Les métamorphoses des sources », *op. cit.*, *spéc.* n° 14.

<sup>536</sup> Charte de PARIS sur la procédure de divorce et règlement des régimes matrimoniaux signée le 6 juillet 2012 entre l'ordre des avocats de la cour d'appel de PARIS, la présidente du tribunal de grande instance de PARIS et le président de la Chambre des notaires de PARIS.

méthodes de travail (...), de nouvelles règles librement acceptées<sup>537</sup> », un « nouveau cadre de traitement<sup>538</sup> » des affaires, un « cadre commun, lisible et attendu de tous<sup>539</sup> », un moyen de formaliser les expérimentations à venir ou passées<sup>540</sup>... ou du moins *quelque chose* qui ressemble un peu à tout cela.

La rétrogradation du droit vers le fait est un phénomène devant être analysé, compte tenu de ce que les accords collectifs sont fréquemment réduits à de la simple pratique, c'est-à-dire une source de comportements factuels de procédure, volontairement applicables par chaque acteur d'un procès<sup>541</sup>. En outre, la qualification de « pratique » s'induit maladroitement du régime inconnu des protocoles dont il est affirmé avec évidence qu'ils n'ont rien de contraignant. Or, l'absence de contrainte, qui n'est plus le caractère fondamental de la loi, ne justifie pas, en soi, que tout acte collectif qui en est dépourvu doive être considéré comme un simple fait matériel. Plusieurs praticiens du droit ont pu relever que les protocoles de procédure recréaient un retour au droit coutumier local<sup>542</sup>, ce qui en fait leur force (adaptation de la procédure au niveau local<sup>543</sup>), comme leur faiblesse (retour à un droit coutumier décidé en partie par ceux qui seront chargés de l'appliquer).

Chaque juridiction se doterait ainsi de règles propres pour aménager au mieux les règles de procédure. Il faut exposer ce qu'est la pratique judiciaire (a), avant de montrer que les

---

<sup>537</sup> Protocole de Procédure entre la cour d'appel de LYON, la chambre des avoués et les barreaux de BELLEY, BOURG-EN-BRESSE, LYON, MONTBRISON, ROANNE, SAINT-ÉTIENNE et VILLEFRANCHE-SUR-SAONE signé le 22 décembre 2006, v. « préambule ».

<sup>538</sup> Convention entre la cour d'appel de PARIS et le barreau de PARIS sur le traitement du contentieux social devant la cour d'appel signée le 28 mai 2015, *op. cit.*, « préambule ».

<sup>539</sup> Convention entre la cour d'appel de PARIS, l'ordre des avocats à la cour d'appel de PARIS, les ordres des avocats des barreaux de BOBIGNY, CRETEIL, ÉVRY, MEAUX, MELUN, AUXERRE, FONTAINEBLEAU, SENS et l'Union des compagnies d'experts de la cour d'appel de PARIS concernant l'étape conclusive du rapport d'expertise en matière de procédure civile signée le 8 juin 2009.

<sup>540</sup> N. MAZEAUD, M. SCUCCIMARRA, G. SEGUIN-JOURDAN, « LYON impulse et expérimente la justice restaurative : un partenariat inédit entre avocats et magistrats », *JCP G.*, n° 24, 13 juin 2016, 702.

<sup>541</sup> L'intérêt à l'acte juridique de procédure de chaque acteur du procès serait le seul intérêt normatif pris en compte. Il assurerait le passage de l'hétéronomie (les règles de procédure étatique) vers l'autonomie, la création d'un acte du procès par application des règles de droit positif interprétée selon le prisme des énoncés de l'accord collectif.

<sup>542</sup> J. CASEY, « L'article 267 du code civil : d'une symphonie inachevée à une symphonie fantastique ? », *Gaz. Pal.*, 28 mai 2011, n° 148, p. 7 : « Faut-il souhaiter que se multiplient de telles chartes locales, créant un droit processuel fragmenté qui donne à penser que le code de procédure civile et le code civil lui-même ne seraient plus appliqués de la même façon à PARIS, LILLE, BORDEAUX, MONTPELLIER ou BASTIA ? Le risque évident, c'est que la procédure de divorce et de liquidation connaisse des applications différentes selon les juridictions, recréant la mosaïque des coutumes de l'Ancienne France » ; B. TRAVIER ET R. GUICHARD, « les protocoles sur les écritures judiciaires - Justice coutumière ou justice moderne ? », *op. cit.* ; C. BLERY, G. HUVELIN, « Mais que fait la Chancellerie ? », *Gaz. Pal.*, 26 mars 2013, n° 85, p. 123 ; H. CROZE, « NAPOLEON reviens, ils sont devenus fous ! », *Procédures*, n° 12, déc. 2012, repère 11.

<sup>543</sup> B. ROLLAND, « Où va la justice commerciale », *Procédures*, n° 1, janv. 2015, doss. 5 : « En tout cas, ces protocoles témoignent de la faculté d'adaptation de ces juridictions face aux contraintes des textes et aux exigences pratiques afin d'assurer une meilleure efficacité procédurale » ; qui dit adaptation locale, dit en principe qualité augmentée, mais aussi *forum shopping*, pour certains justiciables, quand la compétence est librement aménageable. Cela est plutôt salutaire, notamment en matière internationale, puisque certaines juridictions peuvent adapter la procédure civile française aux litiges internationaux et aux principes de *common law*, v. *infra* n° 270.

protocoles n'en font pas partie, car ils sont de la pratique savante, de la pratique réfléchie qui n'a rien de spontané (b).

### **a - La pratique judiciaire**

**123. Les définitions de la pratique éludées.** La pratique est polysémique. C'est à la fois la base de la coutume, la façon d'agir des professionnels du droit, mais encore l'activité judiciaire et la jurisprudence qui sont entendues comme l'activité de juger par application de la règle de droit aux faits<sup>544</sup>. Il est nécessaire d'abandonner les définitions de la pratique qui ne serviront pas l'analyse : l'opposé de la théorie<sup>545</sup> et le synonyme de jurisprudence<sup>546</sup> et de la gestion du service public de la justice<sup>547</sup>.

**124. Petite définition de la pratique juridique.** La pratique, c'est l'application du droit à une situation de fait. Il s'agit plus précisément de la réalisation concrète du droit, notamment par les professionnels du droit<sup>548</sup>. La pratique a donc une fonction applicative, puis interprétative de la règle de droit (chaque auteur ayant ses propres subtilités)<sup>549</sup>. La pratique oscille alors entre la connaissance de la règle de droit objective abstraite et son modelage à la situation subjective réelle, ce qui implique une multitude de sensibilités et de subtilités comportementales en fonction des cas singuliers qui peuvent se présenter.

**125. La pratique juridique spontanée et la pratique juridique réfléchie.** Les définitions doctrinales envisagent la pratique comme le passage du droit vers le fait, avec une dose d'interprétation et d'ajustements plus ou moins forte. Ces définitions n'envisagent que rarement le caractère de la pratique, qui peut être soit spontanée, soit réfléchie. La pratique érigée par les professionnels du droit (notaires, avocats, huissiers, avoués), comme l'administration (notes, circulaires, instructions), est très souvent bien pensée et réfléchie, prudemment construite et

---

<sup>544</sup> « Pratique » in « Vocabulaire juridique », G. CORNU (dir.), *op. cit.* ; « Pratique » in « Dictionnaire de culture juridique », J. HILAIRE (dir.), *PUF*, 2003.

<sup>545</sup> H. CROZE, « Les procédures civiles gérées par les professionnels du droit » in « La justice civile au vingt et unième siècle », Mél. P. JULIEN, *Edilax*, 2003, p. 129 n° 14 ; R. LIBCHABER « L'ordre juridique et le discours du droit », *op. cit.*, p. 380, n° 233.

<sup>546</sup> La jurisprudence c'est l'ensemble des données juridiques et factuelles de réalisation des droits substantiels ou procéduraux des plaideurs par le juge qui applique la règle de droit à la situation soumise.

<sup>547</sup> E. SERVERIN, « pratique judiciaire » in « Dictionnaire de la justice », L. CADIET (dir.), *op. cit.*

<sup>548</sup> J. DEPREZ, « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », *RRJ*, 1997-3, p. 79 qui la définit « comme l'activité de ceux qui ont pour fonction de mettre en œuvre, d'interpréter les règles du droit ».

<sup>549</sup> P. AMSELEK, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit : aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *Rev. dr. public*, 1983, p. 1471, *spéc.*, p. 1472 ; F. CHABAS, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, « Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit », 12<sup>ème</sup> éd., *MONTCHRESTIEN*, 2000, p. 168, n° 96.

savante<sup>550</sup>. Mettre en vie la règle de droit suppose de la part des praticiens des arrangements plus ou moins minutieux aux cas concrets. Les pratiques réfléchies n'ont rien de comportements adoptés subitement par des individus, *ex nihilo*, mais, si elles sont jugées utiles, elles sont assimilées à des lignes directrices diffusées et reproduites au sein des professions du droit. Elles retranscrivent un rapport descendant « partant de la règle pour la ramener aux faits et lui donner son effectivité<sup>551</sup> », sauf qu'entre la règle et les faits, l'interprétation s'y est intercalée.

Mme le professeur DEUMIER adopte une conception plus dépouillée de la pratique<sup>552</sup>. À l'inverse de la pratique réfléchie, la pratique est pour elle un acte plus réflexif, créateur, qui ne résulte pas d'une organisation capable de générer de façon savante et avec *autorité* un sens à la façon de mettre en œuvre la règle de droit, dans une situation de fait déterminée (l'interprétation). La pratique est donc perçue comme l'accomplissement d'un comportement unique de l'acteur juridique pour mener à bien son projet juridique. L'auteur poursuit en expliquant qu'il existe une pratique individuelle et une pratique collective<sup>553</sup>. La pratique individuelle est propre à un individu qui adopte un *comportement (en puissance)* juridique, de façon *spontanée*, pour répondre à *ses besoins* particuliers, de manière *habituelle*. Ce comportement est dit « acte originel<sup>554</sup> ». Il constitue le socle de la pratique collective de plusieurs individus, celle qui est communément comprise comme « la pratique »<sup>555</sup>. La pratique, manifestation spontanée prise dans son versant collectif, est encore à l'état brut, à l'image d'une pierre précieuse non polie. La pratique est alors « nue », « dénuée de tout caractère »<sup>556</sup> et constitue la base de l'usage ou de la coutume (dès lors qu'elle en recouvre les critères). Outre les critères de l'acte originel, la pratique collective implique une certaine récurrence du comportement initial qui traduit son caractère effectif. Un mouvement ascendant est alors susceptible d'apparaître, quand le simple fait, pratique originelle et originale, est adopté par tous et devient *in fine*, par une opération mystérieuse, une règle de droit.

---

<sup>550</sup> V. par ex. sur le rôle du notaire, S. TORRICELLI-CHRIFI, « La pratique notariale, source du droit », *Deffrénois*, 2015.

<sup>551</sup> P. DEUMIER, « Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit », *Economica*, 2002, p. 113.

<sup>552</sup> P. DEUMIER, « Introduction générale au droit », 3<sup>ème</sup> éd., 2015, *LGDJ*, p. 381, n° 391 : « la pratique ici entendue sera restreinte à “ce qui se fait”, une manière habituelle d'agir dans l'activité d'application du droit (...). Elle ne procède pas d'une raison juridique mais d'une infinité de comportements adoptés et répétés pour mener une action juridique. Cette pratique-là vient d'en bas, des destinataires du droit, de chacun et de tous : c'est le droit vécu ».

<sup>553</sup> R. LIBCHABER, « L'ordre juridique et le discours du droit », *op. cit.*, p. 375, n° 280 note également la préexistence d'une pratique individuelle qui deviendra pratique collective : « La pratique est fille des habitudes (...) figés par la rédaction de doctrines, de contrats types, d'instructions... »

<sup>554</sup> P. DEUMIER, « Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit », *op. cit.*, p. 25, n° 14, s.

<sup>555</sup> *Ibid.*, p. 73, n° 74 : « Pour que le comportement individuel puisse prétendre évoluer en ce sens, il lui faudra nécessairement transcender la dimension individuelle, qui reste le lieu du pur droit subjectif (...). Le comportement originel s'il répond de manière satisfaisante à un besoin largement ressenti pourra se développer bien au-delà de l'individuel ou interindividuel.

<sup>556</sup> *Ibid.*, p. 89, n° 101, s.

**126. Définition de la pratique judiciaire<sup>557</sup>.** Le *Littré* définit en quasi dernier lieu la pratique comme « la manière de procéder devant les tribunaux, et, en général, tout ce qui est relatif aux actes que font les officiers de justice, et notamment les avoués et les huissiers<sup>558</sup> ». La pratique judiciaire est une ramification de la pratique juridique propre au cadre du procès. La pratique judiciaire traduit le passage de la règle de procédure générale et abstraite à une situation particulière. Il est difficile de tracer une frontière étanche entre le caractère innovant du comportement et le respect fidèle de la loi<sup>559</sup>. Le comportement de procédure peut traduire l'application fidèle du texte de loi duquel il découle. Cependant, l'inventivité des agents juridiques dans le contexte processuel donné, peut-être la source de comportements féconds qui révèlent l'ajustement de la norme générale et abstraite aux considérations de l'espèce<sup>560</sup>, ce qui peut s'avérer bénéfique, ou finalement pernicieux<sup>561</sup>.

La pratique judiciaire a un rôle plus ou moins créateur selon que le comportement se détache de plus en plus de l'application d'un texte et de son sens originel. Plus le comportement est adopté de manière réflexive et se détache de la lettre des textes existants ou du sens de la loi, plus on quitte l'hypothèse du syllogisme pour tendre vers un rapport ascendant, partant des faits pour recréer le droit (à condition que ce comportement soit suffisamment suivi et répété par plusieurs acteurs juridiques)<sup>562</sup>.

---

<sup>557</sup> On peut s'interroger sur l'existence d'une vraie pratique en matière de procédure en raison de l'inflation normative constante : Livret n° 3 des chantiers de la justice, « Amélioration et simplification de la procédure civile », F. AGOSTINI, N. MOLFESSIS (dir.), janv. 2018, p. 6 : « Les réformes s'enchaînent à un rythme qui ne permet pas aux pratiques et aux habitudes de s'installer, condition pourtant nécessaire à toute sécurité juridique ».

<sup>558</sup> *Dictionnaire Littré*, 2017, sens n° 16.

<sup>559</sup> N. MOLFESSIS, « Les pratiques juridiques, source du droit des affaires - Introduction », *LPA*, 27 nov. 2003, n° 237, p. 4 : « On innove d'autant plus que la règle laisse place à l'inventivité et à la libre création juridique ; C. ALBIGES, « Introduction au droit », 2<sup>ème</sup> éd., *Larcier*, 2015, p. 158 et 159.

<sup>560</sup> P. AMSELEK, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit : aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *op. cit.*, p. 1472, s. invoquant « l'absence de cloisonnement étanche entre la création du droit et son application ». Pour lui, la pratique n'est pas un comportement juridique spontané, subjectif et occulte, mais une manifestation « réfléchie, objectivée, parlante, par opposition à la pratique juridique silencieuse, non révélée purement immanente aux comportements matériels d'observance des praticiens du droit ». Il définit la pratique occulte comme une « *shadow-legislation* », des règles infra ou méta-juridiques qui se développent dans l'ombre du droit positif en lui permettant de s'accomplir et de fonctionner.

<sup>561</sup> À propos de la pratique des avocats ayant pris l'habitude de mentionner les chefs du jugement critiqués dans un document annexe à la déclaration d'appel auquel elle renvoie, ce qui a été censuré par Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 13 janv. 2022, n° 20-17516, mais confirmé par le législateur depuis D. 2022-245 (CPC, art. 901) et A. du 25 février modifiant l'arrêté du 20 mai 2020 relatif à la communication par voie électronique (art. 1 et 2), C. LHERMITTE, « Procédure d'appel : une mini réforme pour un maxi bazar procédural ? », *DALLOZ Actualité*, 3 mars 2022.

<sup>562</sup> Pour illustrer les pratiques codifiées, on peut évoquer la passerelle entre le fond et le référé en matière civile (J-B. RACINE, « La technique de la passerelle en droit judiciaire privé » in « La justice civile au vingt et unième siècle », MéL. P. JULIEN, *Edilaix*, 2003, p. 344, n° 4). En matière pénale on peut citer la médiation pénale, ou plus originalement les modes de preuves intrusifs qui n'étaient pas expressément autorisés par le code, comme les interceptions téléphoniques (Cass. ass. plen., 24 nov. 1989, n° 89-84439, CEDH, 24 avr. 1990, KRUSLIN c. FRANCE, req. n° 11801/85) ou récemment la géolocalisation condamnée par la Cour de cassation, avant la L. n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, quand elle était ordonnée par le procureur de la République (Cass. crim., 22 oct. 2013, n° 13-81945 et n° 13-81949, v. T. GARE, C. GINESTET, « Droit pénal. Procédure pénale », 10<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2018, p. 263, n° 412). En matière administrative on peut évoquer la codification de la bonne pratique consistant pour un conseiller du Conseil d'État [le rapporteur de la section administrative] à ne pas siéger dans la formation de jugement saisie d'un recours contre l'acte administratif à l'élaboration duquel le Conseil d'État a participé en

Ainsi, la pratique judiciaire peut être un comportement construit ou spontané, qui permet à un acteur du procès ou son représentant d'appliquer la règle de procédure aux faits au moyen d'une méthode de transposition, consciente ou non, et plus ou moins fidèle à l'esprit des textes en vigueur.

## **b - Les protocoles : de la pratique réfléchie**

**127. Des actes contractuels réfléchis.** Les conventions de procédure établies d'un commun accord entre le chef d'une juridiction qui la représente et un autre acteur de la justice ne sont pas de la pratique spontanée. L'essence de la pratique réflexive ne s'y retrouve pas. Le schéma créateur de la pratique est alors inversé et c'est celui de la conception d'une loi qui ressurgit. Il n'y a pas de réflexion au sens optique du terme (l'imitation d'un comportement qui se généralise), mais au sens intellectuel (un comportement de procédure formellement établi en vue d'être reproduit)<sup>563</sup>. Les accords processuels collectifs sont alors pris en vue de modeler immédiatement les comportements de procédure. Il s'agit d'un droit calculé, organisé et savant qui est le fruit des professionnels de la justice qui vont se mettre d'accord sur telle ou telle manière de procéder. Les énoncés des conventions de procédure sont prémédités, dessinés pour s'imposer comme le modèle à suivre de manière instantanée, dès leur création.

L'instantanéité détrône la spontanéité. En cela, les accords collectifs ne peuvent pas être assimilés à un simple fait matériel<sup>564</sup>. Ils ne traduisent donc pas l'application du droit au fait, mais ils posent des modèles à suivre pour la conduite procédurale. Ces conventions portent des « bonnes pratiques » qui sont les façons de procéder jugées comme étant les meilleures par ceux qui les élaborent, parfois à partir de pratiques spontanées<sup>565</sup>. Le terme de « bonnes pratiques » n'est pas totalement étranger à la notion de contrainte d'un acte juridique normatif<sup>566</sup>, qu'il soit de dimension unilatérale ou contractuelle, pourvu que les normes soient les plus qualitatives, et puissent produire les effets attendus : éviter les écueils et les ralentissements récurrents de

---

donnant son avis (v. CJA, art. R. 122-21, et « GAJA », J-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, (dir.), 6<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2018, p. 92.

<sup>563</sup> J-L. AUBERT, E. SAVAUX, « Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », 17<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2018, p. 11, n° 15.

<sup>564</sup> G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée » in « Les transformations de la régulation juridique », J. CLAM, G. MARTIN (dir.), 1998, LGDJ, MSH, REDS, p. 151, spéc. p. 154 : « Rappelons - schématiquement - ce qu'on peut entendre par ordres spontanés : "des structures ordonnées, qui sont le résultat de l'action d'hommes nombreux, mais ne sont pas le résultat d'un dessein humain", suivant la formule proposée par HAYEK ».

<sup>565</sup> « Guide des bonnes pratiques en matière d'exécution des décisions de justice », CEPEJ, 10 et 11 déc. 2015, spéc. n° 6, qui collecte les meilleures façons de procéder dans les différents droits européens.

<sup>566</sup> CE, Le droit souple », 2008, p. 165 « Il convient de parler de "règles de bonnes pratiques" pour désigner des instruments contraignants, afin de bien les distinguer des "recommandations de bonnes pratiques" ».

procédure, assurer l'effectivité et l'efficacité optimale des comportements procéduraux attendus<sup>567</sup>.

### **3 - La liaison des intérêts processuels des acteurs de la justice**

**128. La coopération naturelle des acteurs des procès.** En droit français, certaines décisions d'apparence consensuelle dissimulent des actes unilatéraux conjonctifs. Par exemple, les chefs d'une cour d'appel peuvent aménager les compétences des chambres de proximité de leur ressort après avoir sollicité l'avis du conseil de juridiction (COJ, art. L. 212-8).

Pourtant, l'étude linguistique révèle que les protocoles de procédure ont tout d'un *contrat-loi*. L'emploi de formules au présent et au futur de l'indicatif exprime le caractère impératif des engagements des signataires<sup>568</sup> pour mener l'action processuelle<sup>569</sup> au niveau d'un ressort. On y trouve les termes propres au contrat et aux prescriptions imposées, qu'il s'agisse de protocole pris librement<sup>570</sup> ou de protocoles qui découlent de conventions-types dont le modèle est préétabli : les parties « conviennent de ce qui suit<sup>571</sup> » ; chacune « s'engage à » ; « la présente convention a pour objet de fixer un cadre de référence » ; elle « s'applique à »<sup>572</sup>...

Ces indices lexicaux procèdent encore de la contractualisation apparente. Il est donc nécessaire de suivre la démarche adoptée et de vérifier si des intérêts processuels à lier sont à l'origine de la contractualisation collective issue de l'interaction des acteurs locaux de la justice<sup>573</sup>. Il s'agit là du seul moyen de déceler le caractère contractuel authentique des protocoles de procédure, car, l'aménagement procédural local peut adopter (notamment à l'étranger), l'habit de l'acte juridique unilatéral.

---

<sup>567</sup> C. Cass., « Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles. Conférence de consensus. L'expertise judiciaire civile », 15-16 nov. 2007.

<sup>568</sup> Par ex. Convention entre la cour d'appel de PARIS et le barreau de PARIS sur le traitement du contentieux social devant la cour d'appel signée le 28 mai 2015, *op. cit.* : « L'appelant sera désormais convoqué par lettre simple tandis que l'intimé sera convoqué par LRAR » ; Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de TROYES, signée le 8 sept. 2016, entre le président du tribunal de commerce, le greffier, et le bâtonnier de l'ordre des avocats : « La pratique passée qui consistait pour le président de la chambre à impartir aux conseils, à l'audience, un calendrier de procédure est abrogée par le présent protocole. Désormais, les parties s'entretiennent avec le juge chargé d'instruire l'affaire du calendrier de procédure qu'il convient d'adopter et l'élaborent contradictoirement ».

<sup>569</sup> Protocole de procédure relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de CHERBOURG, signé le 13 janv. 2016 entre le président du tribunal et l'ordre des avocats, art 9 : « les parties s'efforceront d'appliquer les principes du présent protocole aux procédures actuellement en cours ».

<sup>570</sup> Protocole entre le barreau de PARIS, le tribunal de commerce et le greffier, signé le 18 décembre 2009 : « il s'agit de règles et d'engagements mutuels ».

<sup>571</sup> Modèle de convention de partenariat pour la mise en place de mesures de justice restaurative, v. circ. du 15 mars 2017 relative à la mise en œuvre de la justice restaurative applicable immédiatement suite aux articles 10-1, 10-2 et 707 du code de procédure pénale, issus des articles 18 et 24 de la L. n° 2014-896 du 15 août 2014.

<sup>572</sup> Modèle de convention relative à la mise en œuvre de la médiation administrative, v. Dossier de presse du CE 13 déc. 2017.

<sup>573</sup> N. FRICERO, D. COURET, « Les conventions et contrats de procédure », *op. cit.*, p. 77 : « revêt-il véritablement un caractère contractuel ? Ne pourrait-il pas plus simplement faire l'objet d'une ordonnance présidentielle ? ».

**129. La liaison indispensable des intérêts processuels.** DUGUIT a classé les conventions collectives dans sa catégorie dite des actes règles. Proches de l'union et fruits des intérêts communs et durables des parties à l'acte, elles sont bien plus que la seule rencontre des intérêts opposés et éphémères qui génèrent un contrat instantané tel que la vente<sup>574</sup>.

Les premières conventions collectives de travail sont le fruit de l'entente sur les conflits d'intérêts collectifs entre les salariés et les employeurs, en somme, des « transactions » sur fond de conflit social<sup>575</sup>. Les intérêts juridiques de ceux qui transigent sont de nature réglementaire et expriment une valorisation de l'amélioration des conditions de travail. La convention collective de travail est paradoxalement née dans une période de fort légicentrisme post-napoléonien et elle découlerait d'« un fait social en attente d'une mise en forme juridique qui ne saurait être que réglementaire, créatrice d'une situation de droit objectif "constatant" les besoins sociaux de régulation des rapports entre employeurs et salariés<sup>576</sup> ». La production d'un droit du travail adapté en réaction à un conflit social est le fruit de la liaison des intérêts juridiques catégoriels des travailleurs et des employeurs<sup>577</sup> ; et cette liaison ne pouvait avoir lieu que par la conclusion d'un acte juridique contractuel, seul outil normatif à disposition des protagonistes pour envisager, ensemble, une norme nécessaire et adéquate, en marge des dispositions étatiques et stipulations contractuelles individuelles<sup>578</sup>. La négociation collective est la marque d'une juste mise à distance entre les signataires des contrats collectifs qui défendent l'intérêt collectif de chaque groupe. En droit du travail, l'apparition des premières conventions collectives a pu être le symbole d'un ordre juridique conventionnel, en tension permanente avec l'ordre juridique étatique et les stipulations du contrat de travail.

Le contrat collectif de procédure est de la même nature. Il émane de l'interaction des acteurs locaux de la justice, faisant valoir des intérêts normatifs catégoriels similaires, en réaction à la

---

<sup>574</sup> L. DUGUIT, « Traité droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 328, évoquant l'existence de conventions qui ne sont pas « contrat », mais « union » (un lieu où plusieurs personnes s'accordent sur un point déterminé), et des « actes-règles » à propos des conventions collectives de travail : « Ici les deux parties veulent une même chose : la naissance d'une règle générale, d'une véritable loi, qui réglera désormais les conditions du travail dans la profession intéressée ».

<sup>575</sup> « LAMY négociation collective », *Lamyline*, 2018, n° 54 : « elles ont des intérêts spécifiques parfois radicalement antagonistes, à tout le moins toujours opposés, ce qui justifie la recherche d'un compromis par des concessions réciproques qui constitueront l'architecture de l'accord faisant leur loi commune ».

<sup>576</sup> Y. LE GOFF, « Conventions collectives », in « Le contrat » *Droits*, n° 12, p. 67, *spéc.* p. 75.

<sup>577</sup> « LAMY négociation collective », *op. cit.*, n° 2 : « La pratique de la négociation collective n'est pas née avec la loi. Les grèves qui frappent l'industrie dès le milieu du XVIII<sup>ème</sup> siècle nécessitent que les parties se rencontrent et négocient. La loi de 1884 sur la liberté syndicale avait ouvert la voie à la reconnaissance d'intérêts collectifs au sein de la profession, donc à la négociation d'accords eux aussi collectifs ».

<sup>578</sup> *Ibid.*, n° 54 : « Compte tenu de ce que ces instruments ont été puisés, à défaut de textes spécifiques, dans les principes civilistes gouvernant la technique contractuelle, il n'y a rien d'étonnant à ce que, dans un premier temps, la convention collective soit définie comme un contrat, parmi d'autres » ; G. VACHET, « Négociation. Convention et accord collectif - qualification, nature juridique », *Jel Travail*, fasc. 1-30, 2019, n° 1, s. : « jusqu'à la loi du 25 mars 1919, les conventions n'avaient pas d'assises textuelles ce qui les fragilisait au vu de l'appréhension de l'article 1165 sur l'effet relatif des conventions et de leur hiérarchie par rapport au contrat individuel (Cass. civ., 16 déc. 1908 : DP 1909, I, 76) ».



crise structurelle du service public de la justice, ou dans une moindre mesure, en réaction à une production normative procédurale étatique qui n'est pas suffisamment qualitative.

**130. L'essence de la liaison spontanée des intérêts processuels.** Les acteurs de la justice (juridictions, ordres des avocats, associations de médiateurs, d'experts, représentants de l'État, des services de police, de gendarmerie, du service public pénitentiaire, *etc.*) se sont instinctivement rapprochés pour définir, par voie de contrats collectifs, dits protocole, le cadre procédural local le plus adapté aux exigences de leur ressort. Les acteurs locaux de la justice ont indubitablement et organiquement, dans le cadre des missions qui leur sont confiées, un rôle à jouer dans la réalisation de l'œuvre de justice locale. Ce rôle les met naturellement en position de faire valoir des intérêts processuels normatifs à lier avec d'autres acteurs locaux, dans le but d'assumer la mission qui leur a été confiée, participer à la réalisation de l'œuvre de justice, ce qui implique d'agir en vue de dispenser la meilleure forme de justice possible.

La liaison des intérêts processuels a pour essence la réaction des acteurs locaux de la justice aux difficultés structurelles et conjoncturelles du service public de la justice. Bien entendu, la procédure n'est pas si passionnée que le sont les conflits en droit du travail, mais il s'agit malgré tout d'une réaction au système de justice actuel qui est légicentriste et insuffisant pour garantir la meilleure forme de justice attendue. Les intérêts normatifs processuels des acteurs de la justice ont toujours été en tension pour modeler les comportements de procédure au niveau local.

Il est vrai qu'un accroissement au recours des accords collectifs de procédure civile a eu lieu au début du nouveau siècle<sup>579</sup> à la suite des rapports COULON, MAGENDIE I et des réformes qu'ils ont préconisés pour un traitement optimisé de la procédure civile face à la multiplication des flux contentieux<sup>580</sup>. En réalité, les accords collectifs de procédure existent depuis bien plus longtemps que cela, au moins en procédure civile.

**131. L'histoire des accords collectifs de procédure.** Sans remonter au droit romain, les accords collectifs de procédure évoquent le retour à un droit procédural coutumier<sup>581</sup>. Les

---

<sup>579</sup> C. BLERY, « Protocoles de procédure », *op. cit.*, *spéc.* p. 891, § 300,11 qui cite J. COUTURIER : « Avec un auteur, il faut constater que “depuis le début des années 2000, sont apparus et se sont multipliés les protocoles de procédure, négociés et signés entre les juridictions et les barreaux” ».

<sup>580</sup> « Réflexions et propositions sur la procédure civile », Rapport au garde des Sceaux, J-M. COULON (dir.), 1997 ; « Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès », Rapport au garde des Sceaux, J-C. MAGENDIE (dir.), 2004.

<sup>581</sup> D. CHOLET, « Institutions juridictionnelles et procédures : quelles frontières ? » *op. cit.*, n° 20 : « Le protocole de procédure est un avatar de la coutume judiciaire locale, non sanctionné par les règles de procédure, mais par des comportements

conventions de procédure font ainsi penser aux recueils de coutumes rédigés au début de XV<sup>ème</sup> siècle<sup>582</sup> jusqu'à l'ordonnance de MONTILS-LES-TOURS « sur le fait de la justice », prise par le Roi CHARLES VII. Il ordonna de récolter à l'écrit les coutumes locales trop nombreuses et floues, ce qui fut réalisé par voie de concertation entre les coutumiers et les praticiens locaux. Le Roi fit promulguer ces recueils par ordonnance, après *amendements* du conseil et du parlement (*pour les faire voir et visiter de notre grand conseil ou de notre cour de parlement*). La raison invoquée était d'améliorer la qualité de la justice<sup>583</sup>. La plupart des coutumes étaient d'ailleurs souvent contraires aux ordonnances royales qui tombaient en désuétude<sup>584</sup>. Mme le Professeur BASSANO relève que l'ordonnance ne sera appliquée que de façon imparfaite, puisque le texte final est « certes, promulgué par le roi, mais la rédaction demeure plus le résultat de compromis entre praticiens locaux que celui de l'application de l'autorité du souverain<sup>585</sup> ».

Le consensus entre les gens de justice du ressort était déjà le symbole d'une liaison nécessaire des intérêts de ces acteurs, étant les seuls à même de pouvoir estimer qu'elles étaient les meilleures façons d'agir. L'ambition contemporaine des conventions collectives de procédure n'est pas d'établir un droit coutumier. Dans notre modèle légicentriste, ils ont vocation à modeler les règles de procédure déjà établies dans les codes, dans le but pas si contemporain d'améliorer l'administration de la justice.

**132. Les origines contemporaines des accords collectifs de procédure.** Il est difficile de déterminer quel fut le premier protocole contemporain formalisé entre une juridiction, un service de greffe et un représentant des auxiliaires de justice (avocats/avoués). Les accords collectifs naissent depuis toujours dans les arcanes des juridictions. Des conventions collectives de procédure sont apparues dès l'achèvement du nouveau code de procédure civile de 1976. Cette année, la juridiction parisienne fut dotée d'un protocole de procédure définissant les

---

procéduraux (...). La situation actuelle est donc assez éloignée de l'ancien droit dans ses principes, mais elle s'en rapproche dans ses applications ».

<sup>582</sup> Les recueils de coutumes portaient sur le droit substantiel comme sur la procédure, A. CASTALDO, Y. MAUSEN, « Introduction historique au droit », 5<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2019, p. 381, *spéc.* n° 1121 : « Un nouveau besoin apparaît. Plusieurs provinces, au début du XV<sup>ème</sup> siècle, rédigent leurs coutumes générales : dans quelques régions, les autorités judiciaires ont rédigé les coutumes avec le concours des praticiens, comme en ANJOU, dans le MAINE, le POITOU ou encore le BERRY ».

<sup>583</sup> J-M. CARBASSE, G. LEYTE, « L'État royal, XII<sup>ème</sup> - XVIII<sup>ème</sup> siècle. Une anthologie », PUF, 2004, p. 206, s. *spéc.* n° 98, à propos de l'art. 125 de l'ordonnance de MONTILS-LEZ TOURS : « Nous, voulant abrégier les procès et litiges entre nos sujets, et les relever des mises et dépenses, et mettre de la certitude dans les jugements tant que faire se pourra (...) ordonnons, décernons, déclarons et statuons que les coutumes, usages et styles de tous les pays de notre royaume soient rédigés et mis par écrit, accordés par les coutumiers, praticiens et gens de chacun des dits pays de notre royaume ».

<sup>584</sup> *Ibid.*, p. 384, *spéc.* n° 1128.

<sup>585</sup> M. BASSANO, « Introduction historique au droit » disponible sur UNJF, 2014, leçon n° 6, p 9 ; v. A. CASTALDO, Y. MAUSEN, « Introduction historique au droit », *op. cit.*, p. 390, n° 1128, s., avec l'ordonnance de MONTILS-LEZ TOURS, il s'agit d'une œuvre de rédaction des coutumes, si bien que c'est « toujours le peuple qui fait la loi ».

contentieux qui seraient désormais traités dans la « chambre de l'urgence » nouvellement créée<sup>586</sup>.

**133. Les premiers protocoles de procédure.** Tout en explorant les origines modernes des protocoles de procédure, il est bienvenu de présenter celui ayant organisé la mise en état civile, autour d'un outil innovant, le « contrat de procédure » (il faut comprendre : le calendrier de procédure)<sup>587</sup>. Il s'agit du protocole relatif à l'organisation de la mise en état à la cour d'appel de VERSAILLES<sup>588</sup>, signé par le premier président de la cour d'appel et le président de la chambre des avoués. Entré en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1986<sup>589</sup>, il rappelait la volonté des signataires d'harmoniser les méthodes de travail au sein des différentes chambres de la cour d'appel, selon la difficulté prévisible de chaque litige, afin de mieux rythmer la mise en état, suivant la philosophie prônée par le nouveau code de procédure civile<sup>590</sup>. L'objectif de ce protocole était déjà de progresser vers la réduction, puis la stabilisation du stock des affaires enregistrées. Jugé démoniaque ou angélique par les présidents de juridictions dès sa naissance<sup>591</sup>, le calendrier de procédure s'est finalement développé au sein des juridictions qui l'ont modélisé jusqu'au début des années 2000 par voie d'accords collectifs locaux<sup>592</sup>. L'objectif était

---

<sup>586</sup> M. PARMENTIER, « Personnalisation du rythme des affaires et rigidité des agendas » in « Le juge entre deux millénaires », Mél. P. DRAI, *DALLOZ*, 2000, p. 438, spéc. p. 443, s., étant précisé, qu'en 1976, le nouveau code de procédure civile permettait déjà aux présidents des juridictions, et notamment en appel, de pouvoir prendre certaines mesures en urgence, sans plus de précisions, v. CPC, art. 956 de 1976. M. PARMENTIER explique que, le 12 avril 1976, un protocole parisien a été conclu entre le premier président de la cour d'appel, le bâtonnier et le président de la chambre des avoués. Cet accord fut pris pour la création d'une chambre de l'urgence. Un second protocole aussitôt pris est venu définir la compétence juridictionnelle de cette chambre. La nature des contentieux qui y étaient affectés ne nécessitait pas de suivre un audiencement normal au fond, ni une plaidoirie traditionnelle. Ces deux conventions ont permis de dégager les litiges urgents du traitement des affaires normales, pour fluidifier les stocks d'affaires enregistrées en les traitant plus rapidement. Les contentieux concernés portaient sur les demandes relatives aux loyers d'habitation, aux demandes en paiement des cautions, aux contrats civils simples voire aux demandes de provisions. Ce protocole était déjà pris à des fins d'optimisation procédurale pour améliorer l'administration de la justice.

<sup>587</sup> P. ESTOUP, « Le contrat de procédure : Illusions et réalités », *Gaz. Pal.*, 12 déc. 1985, n° 2, doctr., p. 680 : « Dans les tribunaux de grande instance, des protocoles portant sur le contrat de procédure peuvent également être conclus avec le barreau ».

<sup>588</sup> Le protocole prévoyait la structuration méthodique de l'organisation des audiences. Il organisait des audiences principales, pour faire le point sur les clôtures des instructions, les dossiers en cours, les injonctions non respectées (délais pour le dépôt des écritures) et les dossiers à venir, ainsi qu'une conférence intermédiaire, réservée aux reports et aux clôtures des audiences. Le conseiller de la mise en état était chargé d'établir un projet de programmes d'affaires, en recueillant l'avis de l'avoué. Des dates butoirs étaient alors fixées pour une structuration d'ensemble de la mise en état et ce, *in limine litis*. Chaque affaire se retrouvait cadencée par un rythme propre selon sa nature et sa complexité.

<sup>589</sup> P. ESTOUP, « Le contrat de procédure en appel », *D.*, 12 sept. 1985, chron. n° XX-XIV ; B. LISSARAGUE, « Journées nationales d'études des avoués », *Gaz. Pal.*, 12 oct. 1985 et « Art. 915 du nouveau code de procédure civile : le protocole versaillais au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Revue juridique d'ILE De FRANCE*, 1<sup>er</sup> août 1995, n° 38, p. 155.

<sup>590</sup> J. NORMAND, « Les facteurs d'accélération de la procédure civile » in « Le juge entre deux millénaires », Mél. P. DRAI, *DALLOZ*, 2000, p. 427 et « Le défi de l'urgence en droit processuel : le NCPC code modèle ou code à part ? » in « Le Nouveau code de procédure civile (1975-2005) », *Economica*, 2006, p. 183.

<sup>591</sup> P. ESTOUP, « Le contrat de procédure : Illusions et réalités », *op. cit.*, qui répond expressément au président CARATINI ; *contra*. M. CARATINI « Le "contrat de procédure" : une illusion ? », *Gaz. Pal.*, 16 nov. 1985, n° 2, p. 639 : « le système des délais conventionnels que postule le contrat de procédure (...) apparaît fondamentalement antinomique avec celui de la mise en état réglementée par le nouveau code de procédure civile et qui confère au magistrat de la mise en état des causes un véritable "office" », l'auteur magistrat craint « d'enfermer la procédure dans un cadre rigide » et préconise d'appliquer « intelligemment » les règles de « la procédure légale ».

<sup>592</sup> Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de LYON, signée le 21 déc. 2015 entre le président du tribunal de commerce et l'ordre des avocats : la convention rappelle l'historique des protocoles dans son

d'habiller l'instance d'une dynamique procédurale en quête de sur-mesure : progresser au rythme de l'affaire et fixer au fur et à mesure les délais et actes de procédure au lieu de progresser vers la date d'audience fixée *limen litis*.

Ce qu'il faut retenir de ces protocoles historiques, c'est la liaison des intérêts processuels entre chaque signataire. Après tout, en 1976, le président de la juridiction parisienne aurait pu édicter, de sa pleine autorité, des actes administratifs portant création d'une chambre de l'urgence et décider des affaires qui y auraient été orientées. En 1985, le président versaillais aurait encore pu édicter seul un *vade-mecum* interne de procédure de mise en état en le diffusant aux juges et avoués pour qu'ils le suivent. Pourtant, la forme conventionnelle a été préférée et elle est représentative de la liaison des intérêts processuels des intervenants qui sont légitimes à déterminer d'un commun accord le cadre procédural local.

**134. La liaison effective des intérêts processuels des acteurs de la justice.** Les premiers protocoles contemporains ont montré ce besoin de coopération et la nécessité d'une élaboration conjointe des normes procédurales locales : la convention de mise en état parisienne est l'exemple topique<sup>593</sup>. Jean-Claude MAGENDIE, président du tribunal de grande instance de PARIS explique, outre son contenu, la collaboration nécessaire entre les auteurs du protocole<sup>594</sup>, pour sa viabilité et son efficacité. Il a été « élaboré en pleine concertation, à temps et à contre-temps, pour tenter d'améliorer la qualité du service rendu au justiciable, et pour que notre temps à tous soit occupé aussi utilement que possible à nos missions respectives<sup>595</sup> ». Les conventions sur la communication par voie électronique ont définitivement entériné ce besoin de se

---

préambule : « Une coopération s'est ainsi mise en place. Elle a donné lieu à l'élaboration de conventions successives, destinées à organiser les modalités : - des calendriers de procédures (convention mise en œuvre le 1<sup>er</sup> mai 1989) (...) » ; O. DUFOUR, « Cour d'appel de PARIS : avocats et magistrats tentent de remédier à l'asphyxie des chambres sociales », *op. cit.* : « Sans doute est-ce dans cet esprit que la cour d'appel de PARIS et les barreaux de son ressort ont engagé une réflexion au mois d'octobre 1996, qui a abouti à la signature, le 4 avril dernier, d'un protocole » organisant le calendrier des affaires sociales ; du même auteur « Exposé fait à l'EFB le 18 octobre 2001 » in « L'articulation du débat oral dans le contrat de procédure », *Gaz. Pal.*, 15 déc. 2001, n° 349, p. 39 : « Ces travaux ont abouti à la signature, le 6 mars 2001, entre Jean-Claude MAGENDIE et Francis TEITGEN d'un protocole relatif à la mise en œuvre d'une nouvelle gestion des procédures au Tribunal de grande instance de PARIS ».

<sup>593</sup> Protocole relatif à la mise en œuvre d'une nouvelle gestion des procédures au tribunal de grande instance de PARIS, expliqué par son auteur, J.-C. MAGENDIE, « Le nouveau "contrat de procédure" civile (...) », *op. cit.*

<sup>594</sup> Dans ce prototype, il s'agissait pour le juge de la mise en état devant le TGI de préparer un rapport à présenter le jour de l'audience et qui devait faire état, de manière neutre, de la situation litigieuse (faits, demandes, moyens). Le but était de privilégier une audience de jugement dynamique ou interactive entre les avocats sur les points obscurs du dossier et/ou ceux qui méritaient une attention toute particulière. Sauf affaires simples ou lorsque le défendeur n'est pas comparant, des façons originales de procéder ont été établies dans la limite des textes de procédure suffisamment généraux pour être adaptés (CPC, art. 785 en vigueur).

<sup>595</sup> *Ibid.*, faisant mention de la collaboration et la concertation avec le bâtonnier et ajoutant que « sans l'accord du barreau de PARIS, cette réforme n'aurait pu voir le jour sous des auspices aussi favorables ».

concerter procéduralement et collectivement face aux enjeux de la justice contemporaine<sup>596</sup>. Les acteurs locaux se sont naturellement liés pour bâtir une dynamique de justice locale et ils ne peuvent agir qu'ensemble, à des fins d'amélioration du système de justice, dont ils tous un peu la charge.

**135. Analyse du lien de droit entre les intérêts processuels collectifs.** Les accords collectifs répondent à l'idéal type Wébérien, dans sa fonction conceptuelle : la recherche ce qui se fait de meilleur pour générer un progrès, en l'occurrence processuel. Ce progrès ne peut que découler de la concertation processuelle, naturelle et historique entre les acteurs locaux de la justice. La justice institutionnelle implique une architecture humaine et professionnelle locale mettant chaque groupe d'acteurs en position de jouer un rôle complémentaire pour une idée d'œuvre qui les dépasse, la justice. Les parties à l'accord collectif ont donc des intérêts à lier, l'une n'ayant pas intérêt à agir sans l'autre, ainsi que cela ressort des préambules des protocoles<sup>597</sup>. La négociation des conventions de procédure est parfois très longue et implique des ressources humaines et matérielles importantes<sup>598</sup>. Les intérêts juridiques de toutes les parties sont préservés et les risques de dérives à l'unilatéralité sont évités<sup>599</sup>. Les conventions collectives de procédure sont le marqueur de l'entente naturelle et de la solidarité entre leurs signataires qui ont tous pour ambition commune de concourir à l'œuvre de justice<sup>600</sup>. La liaison

---

<sup>596</sup> D. n° 2005-1678 du 28 déc. 2005 art. 88 (version originelle) qui parle de « convention » entre le barreau et la juridiction ; D. n° 2007-1620 du 15 nov. 2007, art. 6, qui parle de protocole entre le président et le procureur de la République du tribunal de grande instance et le barreau de la juridiction.

<sup>597</sup> Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de LYON signée le 21 déc. 201, *op. cit.* : « Dans le cadre des relations constructives que le barreau de LYON et le tribunal de commerce de LYON entretiennent depuis de longues années, une réflexion commune a conduit les deux institutions à travailler ensemble, en vue d'améliorer le fonctionnement de la justice consulaire à LYON. Une coopération s'est ainsi mise en place ».

<sup>598</sup> E. MULON, J. CASEY, « La charte de PARIS est applicable », *Gaz. Pal.*, 24 nov. 2012, n° 329, p. 3, concernant la convention collective de procédure de divorce parisienne : « Le travail ici réalisé fut très important. Les chiffres en attestent : 45 articles, un groupe de travail qui s'est réuni à vingt-cinq reprises d'octobre 2010 à juin 2012, chaque séance variant entre deux heures trente et trois heures, et l'on vous passe le nombre de feuilles noircies, déchirées, réécrites (...) ».

<sup>599</sup> « Bulletin du barreau de Toulouse », 10 sept. 2012, n° 167, p. 3, s. : « Un travail, en collaboration avec Monsieur LEROUX, représentant de la 2<sup>e</sup> chambre du tribunal, a débuté depuis fin novembre 2011, afin de mettre en place une procédure de mise en état dans le cadre des procédures de divorce (...). Conformément aux souhaits émis par le conseil de l'ordre lors de précédentes réunions portant sur le même sujet, le nouveau contrat proposé prévoit dorénavant (...). Le Bâtonnier signera cette convention sous réserve toutefois d'une réunion annuelle obligatoire entre les parties, fixée au plus tard au mois de mars 2013 ; Convention relative à la mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des différends devant le tribunal administratif de LYON signée le 21 janvier 2015, art. 7 : « il est créé un comité de liaison entre le président du tribunal administratif et le bâtonnier de l'ordre des avocats de SAINT-ÉTIENNE en vue d'examiner ensemble les difficultés générales, les effets des changements du droit positif ou de la jurisprudence et les améliorations souhaitables de toute nature ».

<sup>600</sup> Protocole relatif à l'amélioration de l'instruction des affaires civiles et à l'instauration des audiences de plaidoiries interactives entre la cour d'appel de LYON, la chambre des avoués et les barreaux de BELLEY, BOURG-EN-BRESSE, LYON, MONTBRISON, ROANNE, SAINT-ÉTIENNE et VILLEFRANCHE-SUR-SAONE signée en janvier 2007 : « Les avocats et les avoués sont solidaires de cette demande d'efficacité dans le traitement des affaires. La lenteur est souvent pour eux une source de difficultés relationnelles avec leurs clients et de pertes financières générées par le temps consacré à l'information du client, à la rédaction des pièces de procédure, à leur présence à de trop nombreuses audiences sans résultats tangibles. Les juges déplorent l'accumulation des dossiers qui attendent une solution définitive. La durée excessive des instances fait perdre de l'intérêt à leur mission et génère des difficultés inutiles de procédure et au fond. (...) tous ses acteurs doivent lutter contre les temps morts pendant lesquels les dossiers dorment ».

fondamentale des intérêts processuels repose donc sur la négociation processuelle spontanée des acteurs de la justice, en réaction aux problèmes structurels et conjoncturels du service public de la justice<sup>601</sup>.

La convention-loi de procédure serait une *lex*<sup>602</sup>, fruit de l'association nécessaire entre les intérêts catégoriels processuels à lier. L'objectif est de rechercher une autonomie collective qui se conçoit comme un corolaire de la liberté contractuelle quand les normes étatiques sont considérées comme insuffisantes pour régler les situations processuelles. L'autonomie collective apparaît de manière auto-poïétique, en dehors de l'ordre juridique étatique. À l'image de la première convention de travail, qui constitue la norme de référence de l'ordre juridique socioprofessionnel négocié, la première convention collective de procédure représenterait la norme de référence d'un ordre juridique processuel local. Les acteurs de la justice auraient « une aptitude initiale et intrinsèque à l'auto-réglementation<sup>603</sup> », pour améliorer le fonctionnement de la justice institutionnelle et matérielle dans leur ressort, grâce aux normes de procédure qu'ils édictent.

### III - La norme juridique processuelle

Le lien de droit processuel donne sa coloration à la norme qui sera de même nature. La norme doit permettre de réaliser la modification procédurale envisagée par la prise de l'acte contractuel processuel. L'intérêt processuel conduit à la manifestation des volontés de produire une norme processuelle, qui y répond, pour exaucer ce premier. La nature de la norme générée est le troisième trait caractéristique du contrat processuel. La norme est un modèle qui se conçoit en dehors de ses attributs et des obligations qu'elle impose (A). Cela permettra d'obtenir une conception épurée de la notion de norme processuelle, autre élément définitionnel du contrat processuel (B).

---

<sup>601</sup> Nous ne considérons pas la négociation comme un élément nécessaire à l'existence d'un contrat (individuel). Elle est en revanche essentielle pour le contrat collectif de travail et plus particulièrement le contrat collectif de procédure. Elle traduit le rapprochement nécessaire entre les signataires et donc le lien de droit. Cela permet de dire en quoi les intérêts doivent justement être liés, ce qui est la marque de tout contrat ; sur la négociation en général, I. BEYNEIX, L-C. LEMMET, « La négociation des contrats », *RTD com.* 2016, p. 1 ; pour une première définition de la négociation contractuelle, v. B. FAGES in « Le Lamy droit du contrat », éd. 2016, *Lamyline*, p. 51, n° 114 : phase durant laquelle les parties « se rapprochent en vue de négocier la conclusion d'un futur contrat dont elles envisagent ensemble le contenu et leurs modalités ».

<sup>602</sup> M. HAURIOU, « Principes de droit public », *DALLOZ*, rééd., 2010, p. 2014.

<sup>603</sup> Y. FERKANE, « L'accord collectif de travail », *DALLOZ*, 2017, p. 96, n° 128.

## A - La notion de norme

La norme de droit ne se définit donc pas uniquement par ses caractères qui manifestent une texture et une fonction normative particulière. La norme est une norme juridique, car elle émet un énoncé qui signale un comportement dans le monde du droit (1), peu importe la force de coercition de l'ordre juridique (2) et sa puissance déontique (3).

### 1 - La juridicité de la norme

**136. La définition de la norme.** La règle de droit est une norme de nature juridique<sup>604</sup>. En revanche, la norme n'est pas forcément une règle de droit. La norme est le genre de la règle de droit qui est une espèce dotée des caractères habituellement attachés à la loi, qui est abstraite, générale et contraignante. Les racines latines des mots « norme » et « règle » montrent que les deux termes sont, dans l'antiquité, des instruments physiques pour le tracé d'angles droits, de lignes droites et pour la vérification du degré de l'angle ou de la droite<sup>605</sup>. Avec le temps, la norme et la règle sont devenues des éléments psychiques qui ont servi à donner une mesure, un étalon, un modèle de référence pour l'action<sup>606</sup>. Les règles de droit ont pour objet de tracer une ligne droite qui se comprend comme une ligne de conduite à laquelle l'individu est tenu d'obéir<sup>607</sup>. Toute norme pose un modèle de conduite, un modèle de référence pour le comportement qu'il soit dans l'ordre juridique, moral, social, technique, *etc.*<sup>608</sup>.

L'agent modifie l'état du droit antérieur du seul fait qu'il énonce un état des choses ou une prescription pouvant être appréhendée par son destinataire. La norme constitue une référence pour l'action, car elle doit permettre à l'individu d'apprécier la manière dont il doit ajuster son comportement juridique, de manière préventive, pour évaluer les situations et envisager comment les choses sont ou seront à l'avenir et, à des fins curatives, quand il s'agit de se

---

<sup>604</sup> P. JESTAZ, « Le droit », *DALLOZ*, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 22 : « le droit dit ce qui doit être (en principe), mais ce qui doit être ne sera pas toujours », le caractère normatif se révèle à la structure de la règle : un présupposé et une imputation.

<sup>605</sup> C. THIBERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, n° 51, 2008, p. 353.

<sup>606</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER, « Traité de droit civil » *op. cit.*, p. 89 et 90, n° 129 et 130 ; P. AMSELEK, « Norme et loi », *APD*, n° 25, 1980, p. 94.

<sup>607</sup> C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires » in « Le droit souple », *DALLOZ*, 2009, p. 93, *spéc.* p. 106, n° 14.

<sup>608</sup> A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, p. 199 ; E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cah. Cons. constit.*, n° 2, janv. 2007 : « C'est donc une signification prescriptive d'un acte de volonté ». Le contenu de la norme varie ensuite entre obligation, autorisation, permission. La portée peut être générale ou individuelle, et viser des personnes identifiées ou non.

demander si les comportements passés ont été conduits comme ils auraient dû l'être. Dans ce dernier cas, un organe d'application du droit, qu'il soit administratif ou judiciaire, tire les conséquences des comportements adoptés.

**137. La norme de droit.** Toute norme prononcée par un acteur du droit est potentiellement génératrice d'effets de droit. Le droit ne transige pas avec la morale ou d'autres ordres normatifs. Il décide de ce qui relève de l'ordre juridique, même quand les auteurs de la norme ont voulu se placer dans un autre ordre normatif, comme celui de la morale<sup>609</sup>. Le *panjurisme*<sup>610</sup> empêche de placer des comportements manifestement juridiques dans un autre ordre normatif que celui du droit<sup>611</sup>.

L'engagement de nature juridique est facile à concevoir pour les contrats processuels individuels. Les normes qu'ils posent ne se situent pas dans l'ordre de la morale ou de la religion.

En revanche, en matière de contrats collectifs de procédure, évoquer la notion de codes de bonnes conduites fait écho à l'ordre de la morale et l'éthique et donc au non-droit<sup>612</sup>. Les auteurs et les destinataires du contrat collectif seraient liés parce que la morale/l'éthique professionnelle<sup>613</sup> leur imposerait de respecter le contenu des protocoles. Les acteurs de la justice, signataires des accords collectifs, entendraient donc se situer en dehors du droit, comme s'ils prenaient un engagement sur l'honneur.

---

<sup>609</sup> Cass. com. 23 janv. 2007, n° 05-13189, note X. DELPECH, « L'engagement moral peut être sanctionné juridiquement », *D.*, 2007, p. 442, J. MESTRE, B. FAGES, *RTD civ.*, 2007, p. 340 ; Y. LEQUETTE, F. TERRE, P. SIMLER, F. CHENEDE, « Droit civil. Les obligations », *op. cit.*, p. 103, n° 98.

<sup>610</sup> J. CARBONNIER, « Le non-droit » in « Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur », 10<sup>ème</sup> éd., *LGDJ*, 2001 ; J. CHEVALLIER, « L'État post-moderne », *op. cit.*, p. 108 : « la norme devient le vecteur privilégié d'encadrement et d'orientation » des conduites.

<sup>611</sup> L'article 1113 du code civil évoque seulement la « volonté de s'engager » et pas la volonté de *s'engager juridiquement*, car cela va de soi. Au contraire, l'article 2.101 des principes du droit européen des contrats (Projet LANDO) considère qu'« un contrat est conclu dès lors que (a) les parties entendaient être liées juridiquement, et (b) sont parvenues à un accord suffisant, sans qu'aucune autre condition soit requise ».

<sup>612</sup> J. CARBONNIER, « Introduction » in « L'évolution contemporaine du droit des contrats » *op. cit.*, p. 29, *spéc.* p. 38 ; M. LAROUER, « Les codes de conduite, sources du droit », *DALLOZ*, 2018, à propos des codes de conduite des entreprises qui fixent les valeurs environnementales et sociales d'une entreprise, v. p. 11, *spéc.* n° 8 et 9 ; droit et morale ont de nombreux points de connexion, v. M. VILLEY, « Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit », *DALLOZ*, 2001, p. 54, n° 39 et *spéc.* p. 55, n° 40, morale et droit relevant du juste, entre vertu de l'homme juste, la morale (*dikaïos*) et ce qui est affirmé comme ce qui est juste, le droit (*dikaion*).

<sup>613</sup> D. FENOUILLET, « Propos introductifs » in « Droit et morale », D. FENOUILLET, D. BUREAU, F. DRUMMOND (dir.), *DALLOZ*, 2011, p. 1, *spéc.* p. 20, n° 51 : « la morale se manifeste aujourd'hui particulièrement par ces sources spécifiques que sont l'éthique - ou plutôt les éthiques ? -, la déontologie, les codes d'honneur et (...) "droit mou" en doctrine... » ; M. LAROUER, « Les codes de conduite, sources du droit », *op. cit.* p. 9, *spéc.* n° 7 : « Le mot éthique vient du grec *ethos*, soit "mœurs, habitudes, comportements". Morale vient elle-même du latin *mores* signifiant "mœurs" » (...). L'éthique est entendue ici comme une source spécifique de la morale. Elle est son application la plus moderne ».



Les conventions collectives ne peuvent être déjuridicisées du seul fait qu'elles s'apparentent aux codes de conduites et que leur force obligatoire et contraignante est inconnue. Comment des conventions qui imposent des calendriers de procédure de mise en état, qui développent la procédure d'expertise judiciaire en matière civile et pénale ou qui promeuvent la communication par voie électronique des procédures peuvent-elles être des règles morales ? La norme du contrat collectif résulte sans doute d'une morale professionnelle et collective, mais la norme en soi n'appartient pas à l'ordre de la morale. La juridicité ne résulte pas de la puissance de coercition de l'ordre juridique ni du degré d'impérativité du commandement exprimé. Sinon, même une convention d'arbitrage dont la force contraignante est limitée à la fin de non-recevoir serait un engagement d'honneur, ce qui n'est pas concevable.

## **2 - La contrainte et la norme**

**138. La contrainte juridique.** La contrainte juridique aurait pu être rattachée à la juridicité, car une norme est traditionnellement vue comme une norme de droit, lorsqu'elle peut faire l'objet d'une contrainte par l'organe d'application de l'ordre juridique dans lequel elle s'insère. Un juge peut donc assurer le respect de la norme quand elle est prétendument bafouée. Cette vision de la norme juridique est en voie de dépassement. Une règle de droit n'est pas règle de droit parce qu'elle peut faire l'objet d'une sanction. L'analyse normative adaptée au droit des contrats permet, sinon de repenser les concepts de base, au moins d'en préciser les contours<sup>614</sup>.

L'effet de droit produit par le contrat est une norme, ce qui permet d'envisager le changement de la situation juridique antérieure. Il s'agit de l'obligatorité subjective du contrat. Elle ne doit pas être confondue avec la force obligatoire objective du contrat, ce qui s'appelle force contraignante. En général, la force obligatoire constitue l'obligatorité du contrat entre les parties à laquelle est associé le pouvoir de la contrainte étatique<sup>615</sup>. Il s'agit pourtant de deux facettes différentes. La force obligatoire appelée obligatorité subjective, sera dissociée de la force obligatoire contraignante, appelée contrainte juridique objective et qui permet de sanctionner le non-respect de la norme. La force contraignante relève de l'ordre juridique qui reçoit la norme et qui accepte de bien vouloir assurer sa sanction.

---

<sup>614</sup> C. THIBIERGE, « Conclusion » in « La force normative. Naissance d'un concept », C. THIBIERGE (dir.), *LGDJ*, 2009, p. 820.

<sup>615</sup> J-L. AUBERT, F. COLLART-DUTILLEUL, « Le contrat. Droit des obligations », *op. cit.*, p. 119 : « C'est dire que par nature et par essence, l'acte juridique engage son auteur et que la contrainte est inhérente à l'activité juridique volontaire, ce qui est dans la logique de sécurité qu'implique la fonction organisationnelle du droit ».

**139. Le respect de la parole donnée.** Pour M. le professeur AMSELEK, la contrainte s'appelle « l'obligatorité ». Le caractère obligatoire d'une norme peut avoir plusieurs sens. L'obligatorité est souvent estimée en tenant compte de la teneur du pouvoir de direction de la norme, à savoir, le degré de faisabilité du comportement ou de l'obligation voire l'interdiction qu'elle pose, sur le ton du commandement ou de la recommandation, la qualité de son auteur, de son destinataire, ainsi que le signal d'autorité envoyé<sup>616</sup>.

L'obligatorité « se rapporte à l'usage des normes juridiques et non à leur contenu : elles sont d'usage obligatoire, donc exclusif, à l'égard de toute situation entrant dans le champ de validité de l'ensemble normatif auquel elles appartiennent<sup>617</sup> ».

Le vrai sens de l'obligatorité se manifeste par la position de l'auteur qui édicte la norme à des fins de réglementation publique (collective) ou privée (particulière). Dans l'hypothèse du contrat, chaque contractant prétend se trouver en position de dirigeant privé qu'il tient d'une norme habilitante. Ce qui est essentiel, c'est de tenir compte de l'énoncé illocutoire de la norme en plus de son énoncé locutoire (la substance de la norme). L'énoncé illocutoire est justement l'émission d'un signal d'autorité qui traduit l'action juridique d'un individu. L'obligatoire se rattache à la modification de l'ordonnement juridique dans le sens où, désormais, la norme d'autorité édictée par le contrat devient la loi de ses destinataires. Établir la norme juridique contractuelle revient à la mettre en position d'applicabilité dans l'ordonnement juridique subjectif des parties : il devient obligatoire parce qu'il est créé dans la sphère de droit de ses destinataires et génère une contrainte mentale que ces derniers ne peuvent plus éluder et, potentiellement, une contrainte juridique, puisqu'un juge pourra être amené à sanctionner son inexécution<sup>618</sup>.

**140. La coercition juridique.** La coercition de l'ordre juridique (force obligatoire objective) est entendue comme la manière dont les normes obligatoires sont respectées<sup>619</sup>. Normalement, l'exécution des normes devrait être volontaire, car le contrat génère, d'un point de vue

---

<sup>616</sup> P. AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques » sur [www.paul-amselek.com](http://www.paul-amselek.com), p. 6 : la norme peut dire ce qu'il est possible de faire et ce qui *devrait* être fait.

<sup>617</sup> A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *op. cit.*, *spéc.* n° 20, et sur la faiblesse de la logique déontique, v. n° 5 : « Définir la norme juridique comme une règle (obligatoire) de conduite, c'est nécessairement postuler qu'elle a toujours pour objet un comportement, une action. Les spécialistes de logique juridique confortent cette vision (...) sur des propositions du type "x doit faire a", liant un nom de sujet (x) à un nom d'action (a) par un "foncteur propositionnel normatif". De ce foncteur dépend la nature de la règle - norme prescriptive ("doit faire"), prohibitive ("ne doit pas faire") ou permissive ("peut faire") - qui peut cependant être signifiée par des expressions du genre "Il est obligatoire ou interdit, ou permis de faire a ».

<sup>618</sup> E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *op. cit.* : « Dans la tradition juridique, les normes à portée générale sont souvent désignées sous le nom de règles juridiques, et de nombreux auteurs considèrent qu'il faudrait concevoir les règles comme désignant cette seule catégorie de normes ».

<sup>619</sup> Est-ce que la règle s'impose ? C'est là une question de force obligatoire. Comment elle s'impose ? C'est là une question de force contraignante.

déontique, un sentiment de soumission<sup>620</sup>. La force contraignante est une méthode extrajudiciaire et judiciaire pour faire respecter les stipulations contractuelles. Classiquement, il s'agit pour un juge de tenir des comptes des dispositions contractuelles devenues obligatoires et d'apprécier les moyens nécessaires pour les faire respecter.

**141. L'obligatorité des contrats processuels.** En matière de contrats processuels, le sens donné à l'obligatorité est fondamental. En matière de contrats individuels processuels, beaucoup d'accords sont en apparence difficilement contraignants au sein de l'ordre juridique, bien qu'ils soient obligatoires parce qu'ils régissent désormais la situation processuelle des parties. Les contrats processuels s'exécutent pour beaucoup en un trait de temps et n'impliquent aucun comportement actif, aucune prestation pour la réalisation de la modification de l'ordonnement juridique. En outre, les remèdes à l'inexécution du contenu contractuel sont plus limités qu'en droit civil : il serait impossible de forcer une partie à une convention d'arbitrage de réaliser une telle procédure, ni de la condamner à des dommages et intérêts, si elle saisisait le juge étatique en contravention de l'accord<sup>621</sup>. C'est pour cela que ces conventions trouvent une force de contrainte sur le terrain procédural, le demandeur étant invité à mieux se pourvoir s'il ne respecte pas les dispositions de la convention d'arbitrage.

En matière de contrat collectif de procédure, l'amalgame est facile entre le caractère obligatoire et la contrainte. Il est affirmé que les contrats n'ont pas de valeur juridique, car ils ne seraient pas contraignants. Ainsi, ils ne seraient même pas des contrats, car tout contrat (individuel) est forcément contraignant<sup>622</sup>. D'une part, les contrats collectifs de procédure ne sont pas tous dépourvus de contrainte. La loi confère à certains acteurs de la justice le pouvoir de les conclure pour qu'ils s'appliquent avec autorité. D'autre part, ceux dont la contrainte est incertaine ont déjà pu être appliqués par un juge et servent comme motifs des motifs en ce qu'ils permettent d'interpréter la règle de procédure pour l'appliquer au droit. Si certains peuvent être démunis de force contraignante, ils n'en restent pas moins obligatoires, dans le sens où ils s'insèrent dans l'ordre juridique et qu'ils ne peuvent plus être ignorés par leurs destinataires en tant que

---

<sup>620</sup> Les obligations qui proviennent du contrat ne sont pas différentes de celles de la loi : M. TROPER, « La philosophie du droit, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 68, s.

<sup>621</sup> L-F. PIGNARRE, « Convention d'arbitrage », *Rép. dr. civ.*, 2013, n° 121 : « La convention d'arbitrage, dépourvue d'effet obligationnel, est insusceptible d'inexécution (...). En tant que norme obligatoire elle s'impose aux parties, son non-respect est inconcevable, ses effets sont automatiques. C'est au demeurant l'analyse que retient, dans le silence des textes, la jurisprudence ».

<sup>622</sup> S. GUINCHARD, « Le rapport d'obligation dans la théorie du procès » in « Obligations, procès et droit savant », Mél. J. BEAUCHARD, *LGDJ*, 2013, p. 355, *spéc.* p. 367 : « Mais là encore, ces contrats n'en sont pas vraiment, en tous cas comment peuvent-ils s'imposer avec force obligatoire à des personnes, les auxiliaires de justice, qui ne les ont pas personnellement signés ? ».

norme de référence. Toutes les interrogations qui règnent sur le régime et la force contraignante des contrats collectifs se répercutent sur leur existence, alors qu'elles devraient être étudiées dans le cadre de l'analyse de leur efficacité (compétence et pouvoir des signataires, négociations obligatoires entre signataires, effet relatif des conventions, justiciabilité des accords). Les acteurs de la justice qui les prennent au niveau local ont bien pour ambition de modeler immédiatement les comportements de procédure individuels<sup>623</sup>.

### 3 - La norme et l'obligation

**142. L'obligation et la norme.** La norme peut prescrire un commandement obligatoire entendu comme foncteur déontique, c'est-à-dire le degré d'impérativité du commandement prescrit. En matière de contrat, l'obligation est à la fois ce foncteur et à la fois la nature particulière de la norme produite<sup>624</sup>.

Concernant le premier sens donné à l'obligation, dans sa dimension déontique, les foncteurs du droit représentent les fonctions particulières des normes selon une classification tripartite. La norme génère une obligation, une permission ou une interdiction, sous les termes « je dois », « je peux », « je ne dois pas ». Avec M. le professeur AMSELEK, il convient d'affirmer que le repérage des foncteurs est indifférent du sens et de la fonction portée par le contenu de l'énoncé juridique exprimé<sup>625</sup>. Les foncteurs permettent de comprendre la texture du droit et le degré d'impérativité du comportement posé. Ce n'est pas parce que le degré d'obligation est plus ou moins lâche que la norme n'en est pas moins une norme juridique contraignante. Toutes les normes définitionnelles ou qui ne sont pas formulées sur le ton du commandement demeurent juridiquement contraignantes. Il ne faut donc pas, de prime abord, tenir compte des termes

---

<sup>623</sup> L. CADIEP, « les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale », *op. cit.*, p. 67 : « Mais si c'est le cas, pourquoi les fait-on, pourquoi en parle-t-on ? Que d'énergie et de temps perdus ! Le fait est qu'ils sont là et qu'ils sont appliqués. Les faits sont têtus. Il ne suffit pas me semble-t-il, d'affirmer que ces protocoles n'ont "aucune valeur contraignante", les parties prenantes n'étant pas représentées par les personnes physiques signataires ».

<sup>624</sup> D. MOCKLE, « Deux variations sur le thème des normes », *Les Cahiers de droit*, n° 38-2, p. 437, *spéc.* p. 455 : « Il est toutefois erroné de vouloir attribuer systématiquement l'impérativité aux normes alors qu'en réalité c'est l'ordre juridique étatique qui apparaît globalement comme un système de contrainte. Ce scénario rend vraisemblable la formulation de normes non impératives afin de satisfaire d'autres finalités ».

<sup>625</sup> P. AMSELEK, « Les fonctions normatives ou catégories modales » in « L'architecture du droit », Mél. M. TROPER, *Economica*, 2006, p. 51, *spéc.* p. 54 : « Que les normes de conduite, et en particulier les normes juridiques, aient vocation à indiquer des permissions, des interdictions ou des obligations ne veut pas dire que les énoncés qui les expriment doivent nécessairement articuler des verbes ou des expressions du type "peut", "a le droit de", "doit" à l'obligation de", "ne peut pas", "il est interdit de"... Il s'agirait là, pour les tenants de la logique des normes, de prétendus "foncteurs normatifs ou déontiques" (...). En réalité, peu importe la texture formelle — le vêtement linguistique — utilisée pour l'énonciation des normes, et notamment des normes juridiques : il ne faut pas confondre l'énoncé émis par le législateur et la fonction de norme dévolue par lui au contenu de pensée énoncé (et que traduit, dans le domaine juridique, l'intitulé même de l'acte de parole accomplie : "la loi", "ordonnance", "décret" etc.) » ; A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *op. cit.*, n° 6, n° 20 : « Dire que "toute règle de droit est obligatoire" est truisme ou vain propos si l'on se réfère à la substance de la norme comprise comme une règle de conduite ».

lexicaux de l'énoncé de la norme pour déterminer son caractère juridique. L'autorité normative est un subtil mélange entre la qualité de l'auteur de la norme, son contenu et la qualité du destinataire de l'acte.

Comme le relèvent Mme le professeur DEUMIER et madame LAROUER, ces données expriment un faisceau d'indices pour évaluer le droit souple ou le droit dur<sup>626</sup>. Cela permet de jauger l'intensité des effets de droit produits difficilement saisissable<sup>627</sup>. En présence d'une ordonnance, d'un décret, d'une loi, nul besoin de s'attacher au vocabulaire du contenu prescrit. Le destinataire est censé être confronté à une norme d'autorité qui s'impose à lui. De la même sorte, le contrat processuel pose des normes qui doivent être respectées par leurs destinataires.

En matière de contrats processuels, la fonction même d'encadrement des conduites procédurales qui s'attache au contenu des énoncés suffit à dire que l'acte crée des normes obligatoires qui s'insèrent dans l'ordre juridique avec autorité<sup>628</sup>. La norme issue des contrats processuels n'est pas forcément obligationnelle ; hormis quelques accords de fin de conflits, les autres accords processuels envisagent surtout un ensemble de prérogatives juridiques objectives, ou plus particulières, qui dictent les comportements à suivre. Les destinataires de la norme contractuelle ont la possibilité de prendre conscience de son existence, du seul fait qu'elle ait été créée et, par référence à son présumé, conçue pour guider les conduites.

## B - La notion de norme processuelle

**143. Le caractère processuel de la norme.** La norme juridique est réduite à son plus simple appareil : c'est ce qui modèle les comportements juridiques. Compte tenu de la définition posée, il est possible d'affirmer que la norme processuelle est un modèle pour la conduite des comportements de procédure, énoncée en vue d'exaucer un intérêt processuel. La norme doit

---

<sup>626</sup> P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets » in « Le droit souple », CE (dir.), 2013, p. 254 : « Les effets du droit dur sont prédéterminés en fonction de l'auteur et de la forme. Ceux du droit souple, en revanche, faute d'une telle prédétermination, ne peuvent être appréciés qu'*a posteriori*, en fonction d'une conjonction d'indices de leur autorité » ; M. LAROUER, « Les codes de conduites, source du droit », *op. cit.*, p. 280, n° 196.

<sup>627</sup> G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », *op. cit.*, p. 154.

<sup>628</sup> L. CADIEU, « Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure et de la procédure pénale », *op. cit.*, p. 67 : dans cet article, l'auteur y aborde la force obligatoire des conventions collectives de procédure. L'auteur dissocie la force obligatoire en deux éléments. D'abord, la force obligatoire est considérée comme le contenu obligationnel. Ensuite, c'est leur valeur/force normative comprise comme le caractère contraignant des normes. Le caractère contraignant des protocoles ne nous occupera que plus tard en ce que cela relève de leur régime juridique. En effet, avant de savoir si ce que les protocoles produisent doit être pris en compte par un juge en cas de non-respect par les destinataires, il faut déjà vérifier quel est le contenu généré. M. le professeur CADIEU relève les mots clés des conventions qui évoquent selon lui la présence d'« obligations », les marqueurs de l'impérativité (l'impératif, le devoir, l'obligation, etc.). Les termes recueillis sont la marque de l'injonction adressée par les parties signataires aux destinataires avocats, juges et parquets.

décharger ses créateurs de leur pouvoir d'aménager le déroulement du mode de règlement du conflit, la procédure.

La position juridique de l'auteur de la norme dans le plan juridique processuel détermine les actes juridiques contractuels qu'il peut conclure pour satisfaire l'évolution du rapport de droit. L'auteur du contrat processuel est, soit l'acteur directement intéressé à la résolution du conflit substantiel (le juge n'y étant jamais partie), soit l'acteur de la justice au niveau local. La norme que ces auteurs produisent s'adresse à des destinataires qui sont les auteurs mêmes de cette norme, soit des tiers (justiciables, juges, avocats, *etc.*).

La norme de procédure ne doit donc pas consister en un épuisement de la faculté de résoudre le conflit substantiel ou d'organiser la gestion administrative de la justice. La norme processuelle impose une nouvelle conception du rapport processuel et, sans toucher à l'échange de valeurs entre des patrimoines, elle se situe sur un plan plus objectif que subjectif.

#### **IV - L'accord des volontés processuelles**

**144. L'accord des volontés, moteur juridique de l'action contractuelle.** L'accord des volontés constitue le lien entre la norme et l'intérêt qui la soutient. Ce lien est la manifestation des volontés conçue comme un mécanisme déclencheur dépourvu de toute volonté psychologique. Il existe naturellement, entre l'intérêt processuel et la norme qui sera de la même coloration, car la seconde est tournée vers la satisfaction du premier. Contrairement à d'autres études sur le contrat, la manifestation des volontés perdure comme élément essentiel du contrat. Simplement, l'accord des volontés a un rôle restreint. Il est considéré comme un déclencheur purement mécanique de l'intérêt processuel, en vue de générer la norme ayant vocation à exaucer ce dernier. L'accord des volontés est le vecteur de l'agissement de l'agent du droit qui porte le signal de la valorisation d'un intérêt juridique normatif, c'est le nexus des intérêts processuels et de la norme.

**145. L'accord des volontés : lien dialogique entre les intérêts et la norme créée.** Le lien entre l'accord des volontés et les effets de droit générés est insuffisamment tracé<sup>629</sup>. Il faut

---

<sup>629</sup> Le droit positif du contrat civil n'évoque pas non plus ce lien, v. C. civ., art. 1100-1 et 1101.

abandonner la lecture du contrat processuel en fonction de son objet, source des confusions qui nourrissent la contractualisation illusoire<sup>630</sup>.

Si le contrat est l'acte qui établit des effets de droit, ces effets doivent être strictement entendus. Dans la conception du contrat proposée, la norme dont il faut tenir compte est celle qui est générée par la liaison des intérêts processuels. L'accord des volontés permet de sceller le lien de droit entre les intérêts de chaque partie. C'est pour cela que l'accord des volontés constitue la passerelle entre les intérêts liés et la norme projetée.

Cette conception permettra de rejeter de nombreuses conséquences processuelles, comprises comme des effets de droit, qui ne découlent aucunement de la liaison des intérêts à sceller<sup>631</sup>. Parler de l'objet du contrat redevient donc possible, à condition de l'entendre comme l'objet de la norme, c'est-à-dire la modification de l'ordre juridique telle qu'envisagée directement par l'accord de volontés et guidée par l'intérêt<sup>632</sup>. *L'objet*, au sens strict, est le résultat voulu pour satisfaire l'intérêt tandis que *l'effet de droit* (conséquences juridiques) est le résultat juridique et factuel qui découle de l'existence de l'acte lui-même, voire d'une autre norme<sup>633</sup>. Ainsi, tous les accords de la contractualisation du procès ont des répercussions processuelles plus ou moins élevées, mais seuls certains d'entre eux créent des normes processuelles, par le jeu mécanique des manifestations de volontés des parties au conflit ou des acteurs de la justice.

**146. Le centre d'intérêts et la personnalité juridique.** Traditionnellement, sans personnalité juridique, le consentement contractuel n'existe pas et le contrat est, en général, considéré comme un acte nul<sup>634</sup>.

---

<sup>630</sup> P. ANCEL, « Contractualisation », *op. cit.* : « On peut principalement distinguer, en fonction de l'objet de la convention, entre les accords qui viennent à organiser le règlement juridictionnel et ceux qui prétendent s'y substituer » ; du même auteur, « L'encadrement de la juridiction par le contrat » *in* « Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends », *op. cit.*, p. 6, s. : « Je me suis vite rendu compte que, en soi, tout contrat, toute convention constitue par principe, un encadrement de l'activité juridictionnelle (...), il s'agit de se demander dans quelle mesure les parties peuvent, par avance, aménager leur droit d'agir en justice. Et, généralement, cette étude est menée d'un point de vue complètement subjectif, en s'intéressant à la finalité des clauses, au but recherché par les parties » ; N. CAYROL, « Les actes ayant pour objet l'action en justice », *op. cit.*, qui recherche l'acte processuel étant celui qui démêle un « problème de procédure civile » ; L. CADIEU, « Les accords sur la juridiction dans le procès », *op. cit.* ; C. SEVELY-FOURNIE, « Essai sur l'acte juridique extinctif », *DALLOZ*, 2010, p. 315, n° 218 ; concernant l'objet de la transaction par exemple, H. SLIM, « Les effets procéduraux de la transaction » *in* « Un droit en perpétuel mouvement », Mél. G. PIGNARRE, *LGDJ*, 2018, p. 783, s.

<sup>631</sup> R. ENCINAS DE MUÑAGORRI, « L'acte unilatéral entre les parties au contrat », *LGDJ*, 1996, p. 74, n° 63 : « La définition de l'acte juridique introduit alors une sorte de distance entre la norme posée par l'acte et l'effet de droit par lui produit. L'acte est donc considéré comme l'opération par laquelle une norme a pour objet - et non nécessairement pour effet - de modifier l'ordre juridique ».

<sup>632</sup> *Ibid.*, n° 64 : « il est préférable de retenir l'acception la plus stricte, à savoir celle où la manifestation de volonté a pour objet de modifier l'ordre juridique ».

<sup>633</sup> C. SEVELY-FOURNIE, « Essai sur l'acte juridique extinctif », *op. cit.*, p. 315, n° 317 : l'objet, « contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine, ne se confond pas avec la notion d'effet produit », et d'expliquer en NBP que : « l'objet immédiat, juridique, c'est l'opération juridique envisagée ou la création d'une norme ; l'objet réel ou concret, c'est le résultat attendu de l'application de la norme ».

<sup>634</sup> H. BARBIER, « Un contrat nul car conclu avec une entité dépourvue de personnalité juridique peut faire l'objet d'un commencement d'exécution ! et même d'une ratification ! ! », *RTD civ.*, 2017, p. 647 ; M. LATINA, « Retour sur l'inexistence et

La plupart du temps, celui qui a un intérêt juridique à valoriser sera doté de la personnalité juridique. Parfois, au contraire, et notamment pour les contrats collectifs de procédure, la lecture des volontés issues des organes concernés est plus délicate, car il est difficile d'identifier le réel signataire de l'acte<sup>635</sup>. Quoi qu'il en soit, toute volonté contractuelle doit émaner d'une personne juridique capable d'exercer ses droits et prérogatives, ou ceux d'autrui.

Ces considérations liées à l'existence d'une personnalité juridique bordent les frontières de la régularité de l'acte contractuel et moins celles de son inexistence, tout comme l'habilitation normative, la compétence, la représentation.

En outre, avec une lecture du contrat principalement basée sur la mise en œuvre d'un intérêt contractuel et la norme qu'il engendre, grâce à l'accord des volontés, le centre d'intérêts juridiques protégés passe avant la recherche de la personnalité juridique censée le contenir.

**147. Définition du contrat processuel.** Au stade de notre recherche, le contrat processuel peut être défini comme celui qui lie des intérêts processuels dans un accord de volontés, en vue de produire une norme prise pour exaucer ces intérêts. Il existe deux catégories de contrats découlant de l'acte juridique processuel.

### **§ 3 - Contrat processuel et acte juridique : émergence d'une théorie de l'acte processuel**

**148. Catégorisation du contrat processuel : entre contrat individuel et contrat collectif.** Le contrat processuel, désormais défini, peut être individuel ou collectif, comme tout acte juridique civil (C. civ., art. 1101-1). Cela conduit alors à envisager des actes juridiques bien différents selon que leur formation est individuelle ou collective et leurs effets individuels ou collectifs.

**149. Le caractère individuel ou collectif de la formation de l'acte.** L'acte juridique peut être individuel dans sa phase de formation : il s'agit d'un agent du droit qui agit seul en vue de faire valoir les intérêts qu'il défend. La formation de l'acte peut être collective dans la mesure

---

l'exception de nullité», *L'essentiel. Droit des contrats*, 2 mai 2017, n° 5, p. 4 ; le contrat passé avec une entité qui n'est pas une personne est existant (d'un point de vue subjectif et matériel), mais nul (d'un point de vue objectif et juridique).

<sup>635</sup> V. *infra* n° 363.



où son auteur est une partie dite plurale, composée de plusieurs volontés agissant dans un même intérêt<sup>636</sup> : l'acte est dit conjonctif<sup>637</sup>.

**150. Le caractère individuel ou collectif des effets de droit.** Peu importe qu'il soit individuel ou collectif dans sa formation, l'acte contractuel peut être individuel ou collectif dans ses effets. Dans ce dernier cas, la norme produite est à destination des auteurs de l'acte ou bien à destination d'autrui, que ses destinataires soient déterminés ou non. Il doit être rappelé que la définition classique du contrat (accord de volontés destiné à produire des effets de droit) ne vise aucunement les destinataires des normes produites. Compte tenu de la définition du contrat que nous avons également posée, puis éprouvée, il peut être individuel, mais aussi collectif, à destination d'autrui.

L'acte individuel ou collectif résulte de la mise en œuvre d'une norme offrant une liberté, une prérogative, un droit subjectif, un pouvoir. Quand la norme est individuelle, à destination d'une personne qui en est l'auteur, l'effet de droit est dit subjectif. Quand le cadre normatif à vocation à s'imposer à autrui, c'est le caractère réglementaire de l'acte qui est invoqué. Les contrats-loi ont une nature contractuelle incompressible, mais ont également un caractère réglementaire qui en fait leur spécificité<sup>638</sup> : le contrat aux effets collectifs demeure donc toujours contractuel, avant d'être un acte réglementaire<sup>639</sup>. Par exemple, la convention collective de travail génère des normes à la suite d'une procédure contractuelle, c'est donc un contrat. Toutefois, la norme

---

<sup>636</sup> G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Essai sur l'acte juridique collectif », *op. cit.*, p. 15 : « il faut par conséquent admettre qu'existent des accords de volonté qui ne sont point des contrats : ce sont des actes collectifs, c'est-à-dire des concours de volontés qui ont toutes le même contenu, et qui tendent toutes vers la réalisation d'un même but ». L'auteur évoque ensuite la dimension collective de la formation de l'acte où il reprend la définition de ROUAST (p. 21) : l'acte contractuel collectif est « celui qui émane d'un groupement non personnalisé ou qui est passé en dehors de toute intervention d'un être moral, et qui, par suite, de son caractère unitaire lie tous les individus de ce groupement, même les opposants ».

<sup>637</sup> R. CABRILLAC, « L'acte juridique conjonctif », *op. cit.*, p. 149, n° 274, qui considère que l'acte juridique est collectif quand une pluralité de personnes concourt à sa formation par l'émission de leurs volontés qui ne se mélangent pas et qui agissent dans un même intérêt, une posture convergente à la situation juridique créée. L'acte collectif permet alors d'exprimer les intérêts du groupe composé de ses membres.

<sup>638</sup> M. LATINA, « Contrat : généralités - notion de contrat », *Rép. dr. civ.*, 2019, n° 171 : « L'originalité de la convention collective provient ainsi du périmètre de ses effets, qui défie le principe traditionnel de l'effet relatif du contrat (...). En principe, le contrat ne peut en effet obliger que les parties à l'acte ou celles qu'elles représentent, les tiers devant se contenter de respecter la situation juridique engendrée par la convention. Ce n'est pas le cas de la convention collective qui peut s'imposer à des personnes autres que les contractants » ; E. DOCKES, G. AUZERO, D. BAUGARD, « Droit du travail », *op. cit.*, p. 1574, n° 1330 : « La convention collective est un accord créant des normes (règles). Lors de sa conclusion, elle est généralement traitée comme un contrat (...). En revanche, lors de son application, la convention est essentiellement traitée comme un règlement ».

<sup>639</sup> La nature mixte de la convention collective a mis fin au débat doctrinal entre les contractualistes et les normativistes pour qui l'acte était soit contrat, soit règlement : P. DURAND, « Le dualisme de la convention collective », *RTD civ.*, 1939, p. 367 où l'auteur considère que l'acte est à la fois plus ou moins contractuel et réglementaire dans sa formation et son exécution ; C. constit., DC. n° 89-257 du 25 juill. 1989 pour le caractère réglementaire et DC. n° 99-423 du 13 janv. 2000 pour le caractère contractuel ; L. CHARBONNEL, « La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat », thèse, AVIGNON, 2010, p. 212, n° 381, s. ; *contra*. A-L. PASTRE-BOYER, « L'acte juridique collectif en droit privé français. Contribution à la classification des actes juridiques », *PUAM*, 2006, p. 245, n° 345 et p. 50, n° 37, et 38 : « Le caractère conventionnel comme le caractère réglementaire participent de la nature de l'acte mais à des degrés, à des stades distincts (...). L'expression "acte mixte à prédominance contractuelle" pour qualifier les contrats collectifs n'a donc pas lieu d'être ».

produite est « générale et impersonnelle, elle a vocation à être “opposée” au-delà du cercle des parties »<sup>640</sup>.

Il convient de souligner que le contrat collectif peut également produire des effets individuels destinés à ses auteurs. Ainsi, pour le contrat processuel collectif, il y aura sans doute lieu d’opérer une analyse distributive entre le contenu normatif principal, à destination des tiers et dont le contenu est processuel, et le contenu accessoire, à destination de ceux qui ont créé l’acte<sup>641</sup>, dont le contenu est justiciable<sup>642</sup> ou substantiel, voire purement contractuel (entrée en vigueur, durée, résiliation fautive et procédure de résolution du contrat, publicité de la convention, suivi et/ou révision de la convention, *etc.*).

**151. La notion d’acte juridique processuel.** Les développements précédents permettent finalement de donner une définition de l’acte juridique processuel, dont le contrat processuel fait partie, aux côtés des actes juridiques unilatéraux, tels que les renonciations et autorisations processuelles. L’acte juridique est processuel quand un intérêt juridique processuel impulse, au moyen d’une manifestation de volonté, la prise d’une norme de même nature, en vue de satisfaire cet intérêt.

Les intérêts et les normes sont substantiels quand les agents du droit ont pour ambition de réduire une portion du conflit substantiel, bien que l’acte qu’ils prennent puisse automatiquement générer certaines conséquences processuelles.

Les intérêts et les normes sont justiciels quand les agents du droit ont pour ambition d’aménager les processus qui organisent collectivement l’administration du règlement des différends. L’acte est donc, en principe, à visée générale et impersonnelle. La norme justicielle peut malgré tout avoir des conséquences dans le plan processuel, par voie de conséquence, puisqu’elle se situe en amont de ce plan.

---

<sup>640</sup> Y. FERKANE, « L’accord collectif de travail », *op. cit.*, p. 62, n° 73 ; C. trav., art. L. 2261-1 : « Sans préjudice des effets attachés à l’extension ou à l’élargissement, l’application des conventions et accords est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires ».

<sup>641</sup> G. BORENFREUND, « Les syndicats bénéficiaires d’un accord collectif », *Dr. soc.*, 2001, p. 821.

<sup>642</sup> Les normes justicielles qui prévoient le fonctionnement de la justice s’adresseront aux signataires de l’acte collectif (par exemple, la création d’un *pool* ou comité de pilotage (COPIL) de magistrats chargés de coordonner l’activité de la médiation judiciaire, est une norme à destination du chef de la juridiction qui doit le créer) alors que les normes processuelles (détail de la procédure de médiation) s’adresseront aux acteurs du conflit et du procès qui organisent la médiation à l’occasion d’une procédure individuelle. Parfois, la norme justicielle peut être obligationnelle quand elle met en jeu le patrimoine de l’État grâce aux dotations financières que possèdent les personnes morales ou les entités juridiques qui y sont parties (la convention type et les conventions locales pour la mise en œuvre de l’article 41-3-1 du CPP prévoient, après avoir établi un cadre général processuel portant sur l’attribution du dispositif de téléprotection des personnes en très grave danger, les différents engagements des parties et notamment leurs engagements financiers avec la société ORANGE - MONDIAL ASSISTANCE (Circ. 24 nov. 2014, art. 6)).

Tous les actes des parties à un conflit ne sont donc pas forcément des actes processuels et tous les actes des acteurs de la justice ne le sont pas forcément non plus. Certains de leurs actes ne sont que, respectivement, substantiels ou justiciels, parce que leurs auteurs ne sont pas en position de faire valoir un intérêt processuel. Les parties à l'acte juridique sont alors en position d'agent du droit dans le plan substantiel ou justiciel, si bien que la norme produite issue de leur volonté est naturellement rattachée à son plan d'origine.

Quand l'intérêt juridique valorisé est la modification du rapport de droit substantiel orienté vers le règlement du litige, ou la modification du rapport de droit justiciel, orienté vers l'administration de la justice, l'acte ne peut donc pas être processuel, bien que ce contrat et son application puissent générer des conséquences processuelles, qui naissent ensuite de la loi ou d'un acte juridique ultérieur.

Il faut donc distinguer l'acte processuel motivé par un intérêt processuel et générant une norme de même nature qui lui répond, de l'acte à potentialité processuelle qui ne touche le procès que par voie de conséquence, car l'auteur est animé d'un intérêt substantiel ou justiciel. Ainsi, les actes processuels ne sont que les actes pris par des parties au conflit ou les acteurs de justice qui envisagent de modifier le cadre procédural. Cette ambition normative ne peut intervenir que pour modifier la situation juridique processuelle subjective ou subjective, c'est-à-dire poser un cadre normatif qui impose de nouvelles normes de procédures, des énoncés qui dictent la façon de mener la procédure de résolution du différend.

Par conséquent, le contrat processuel est l'accord de volontés qui scelle des intérêts processuels en vue de produire une norme individuelle ou collective processuelle. Le contrat à potentialité ou fin processuelle est l'accord de volonté qui scelle des intérêts substantiels ou justiciels en vue de produire une norme individuelle ou collective de même nature et qui peut générer automatiquement des conséquences juridiques processuelles, qui découlent de la loi, d'une action matérielle ou d'un autre acte juridique processuel.



**152. Conclusion du chapitre.** L'apparence de contractualisation qui domine en droit processuel devait être réfutée dans le but de révéler la contractualisation authentique. Il a été démontré que la contractualisation du procès est bâtie sur une illusion qui repose sur une charge consensuelle et une charge processuelle variant selon la conception plus ou moins subjective ou objective du contrat que chacun adopte volontairement ou de manière plus intuitive. L'accord des volontés est le moteur de cette contractualisation illusoire et le pouvoir qui lui est accordé conduit à qualifier un même accord de simple consensus ou de contrat.

La réfutation de l'illusion contractuelle a ainsi débuté par la recherche de la notion de contrat. Traditionnellement conçu, le contrat est en principe un accord de volontés destiné à produire des effets de droits, le plus souvent des obligations. Dans une dimension plus fonctionnelle, le contrat permet l'échange de valeurs à des fins économiques. Cette notion de contrat a dû être renforcée pour limiter les variations de la puissance créatrice de la volonté, pernicieuse sur les terres du procès où le contrat est loin de lui être familier. Cette notion a également dû être épurée pour limiter le contrat à sa fonction normative d'organisation des rapports juridiques. L'accord des volontés, trait caractéristique du contrat, a ainsi été renforcé par un autre élément essentiel à son existence, la liaison des intérêts juridiques des auteurs de l'acte. L'intérêt représente la possibilité pour un agent du droit de faire valoir sa position juridique au travers d'un acte lui permettant de tirer avantage de la modification du rapport normatif envisagé. Les intérêts entre les parties au contrat sont des intérêts à lier, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être valorisés ou exaucés l'un sans l'autre. La liaison des intérêts juridiques qu'implique tout contrat, avant d'être formé, est le fondement qui détermine la teneur de la norme contractuelle ; il existe donc une circularité entre les intérêts liés et la norme qui les exaucera.

Ainsi, le contrat a été défini comme une liaison d'intérêts juridiques qui se retrouvent scellés dans un accord de volontés signalant la prise d'une norme en vue d'exaucer ces premiers. Cette conception du contrat empêche de considérer que tout accord entre des volontés tendues vers le même effet de droit représente nécessairement un contrat. *A contrario*, lorsque les volontés semblent indépendantes, la présence d'intérêts similaires à lier permet de déjouer l'apparence d'acte unilatéral et de ramener l'accord dans le giron contractuel.

Après avoir renforcé la notion de contrat, il a fallu déterminer ce qui pouvait lui donner sa coloration processuelle, autrement dit, rechercher ce qui fait que le contrat est un contrat du procès. Il s'avère que les accords de la contractualisation illusoire du procès se situent dans plusieurs plans normatifs : le plan substantiel, le plan procédural et le plan judiciaire. Le plan substantiel contient les normes relatives au conflit, le plan procédural contient les normes relatives à l'organisation de la résolution du conflit et le plan judiciaire contient les normes qui

administrent la justice institutionnelle. Ces plans sont plus ou moins liés, en ce qu'un acte juridique se situant dans l'un des trois peut avoir des répercussions sur les deux autres, mais ils doivent demeurer dissociés. Un acte juridique ne peut appartenir qu'à l'un de ces trois plans, compte tenu des intérêts juridiques mis en œuvre. Le plan de la procédure, qui est un plan intermédiaire, est le seul plan pouvant contenir les normes issues du contrat processuel. En effet, le contrat processuel résulte de la manifestation des intérêts procéduraux valorisés par les acteurs du conflit substantiel et de la justice institutionnelle qui envisagent la modification du cadre normatif procédural. Le contrat processuel agit dans le plan normatif procédural, mais ne réduit jamais la portion de conflit substantiel et ne porte pas sur la gestion administrative du service public de la justice. Cependant, puisque le plan procédural est un plan intermédiaire, la norme de procédure issue du contrat processuel déclenche fréquemment des conséquences juridiques dans le plan normatif substantiel ou justiciel. Réciproquement, les accords qui portent sur la résolution du conflit substantiel et l'administration de la justice institutionnelle génèrent souvent des conséquences sur le plan normatif procédural. Toutefois, pour ces contrats, l'intérêt juridique n'est pas processuel, car le contrat ne permet pas à son auteur de faire valoir sa position juridique dans l'organisation de la procédure.

Le contrat processuel est donc celui par lequel les parties scellent, dans l'accord des volontés, un lien de droit entre des intérêts procéduraux, en vue de produire une norme de procédure permettant de les exaucer. Il s'insère dans la catégorie plus large de l'acte juridique processuel individuel ou collectif : il régit une procédure en particulier ou toutes les procédures mises en œuvre au sein d'un ressort donné.

Désormais, il est nécessaire de tester et d'éprouver la définition du contrat processuel ainsi posée sur les accords recensés. L'objectif est de révéler définitivement la contractualisation authentique du procès et de laisser de côté les simples contrats à fin processuelle qui ne relèvent pas de la liaison d'intérêts processuels.

## Chapitre 2 - Les catégories de contrats processuels

L'objectif du chapitre précédent était de vérifier l'existence du contrat en droit processuel et, le cas échéant, d'élaborer une définition conceptuelle du contrat processuel. Il s'agit désormais de tester la valeur de la définition posée sur les accords de la contractualisation illusoire. Le but est de parvenir à catégoriser les accords de la contractualisation authentique<sup>643</sup>. Les trompe-l'œil processuels fusent de tous les horizons. Pourtant, soit le contrat est processuel, car il résulte de la mise en œuvre de la liaison d'intérêts processuels, soit il ne l'est pas. La plupart des accords de la contractualisation sont des contrats à fin ou potentialité processuelle : l'intérêt que la norme doit satisfaire n'est pas processuel, car il ne permet pas à son auteur de faire valoir sa position juridique dans le plan procédural. L'intérêt juridique porté par le contrat à fin processuelle est donc seulement substantiel ou justiciable, même quand il génère des conséquences juridiques sur le plan procédural en vertu de la loi, d'une action matérielle ou d'un autre acte juridique (section 1). Les authentiques contrats processuels ne modifient quant à eux que le cadre procédural de l'action en justice, de l'instance et du jugement (section 2).

### Section 1 - La liaison d'intérêts substantiels et justiciables à des fins processuelles

Seront présentés les contrats à fin processuelle qui ne sont pas des contrats processuels, car les intérêts normatifs des parties qui justifient l'élaboration des normes de même nature sont substantiels (§1) ou justiciables (§2).

#### § 1 - La liaison des intérêts substantiels

Seront présentés les accords qui règlent les conflits substantiels civils et administratifs (I), puis ceux qui règlent un conflit substantiel pénal (II).

---

<sup>643</sup> Notre étude est dotée d'une double démarche, scientifique abstraite, et empirique, car il s'agit de débusquer les accords contractuels dans le *continuum* de la contractualisation illusoire ; P. ANCEL, « Le "droit *in vivo*", ou plaidoyer d'un membre de la "doctrine" pour la recherche juridique empirique » in « Libres propos sur les sources du droit », Mél. P. JESTAZ, DALLOZ, 2006, p. 13.

## I - Les accords sur la résolution des conflits civils et administratifs

Le point de départ sera l'analyse des accords transactionnels civils qui constituent le « noyau dur<sup>644</sup> » de la contractualisation, mais également le modèle des accords portant sur la résolution du différend, qu'il soit civil (A), administratif (B) ou même pénal. En effet, les accords transactionnels semblent manifestement processuels, car ils permettent de régler le conflit et ont des conséquences processuelles qui touchent au droit d'agir, à l'évitement ou à la poursuite du procès. De nombreux autres accords qui permettent d'éviter le procès ou de régler un point de fait et de droit en débat sont en réalité, comme la transaction, de simples contrats substantiels à potentialité processuelle (C).

### A – La transaction civile

**153. La transaction : modèle des accords de fin de conflit.** La transaction est un moyen consensuel d'éteindre le conflit d'intérêts substantiels entre particuliers, entre un mis en cause et la Société, entre administrations ou l'Administration et un particulier. C'est l'accord phare du droit processuel qui constitue le socle doctrinal de la contractualisation<sup>645</sup> ; la transaction est depuis toujours consubstantielle au procès en ce qu'elle constitue l'équivalent du jugement<sup>646</sup>. La transaction est le « contrat à la croisée du droit des obligations et du droit judiciaire privé<sup>647</sup> », celui par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Il convient d'expliquer pourquoi la transaction est manifestement un accord de la contractualisation illusoire (1) avant d'exposer de manière technique en quoi il s'agit seulement d'un accord à fin processuelle ne pouvant pas appartenir à la contractualisation authentique (2). HEBRAUD, tempérait déjà l'assimilation excessive de la transaction au

---

<sup>644</sup> P. ANCEL, « Contractualisation », *op. cit.*

<sup>645</sup> La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite du procès entre les parties. Elle a longtemps été dotée d'une autorité de la chose jugée alors assimilée à celle du jugement, l'acte le plus processuel qui puisse exister, v. B. PONS, « Contrat de transaction - Solutions transactionnelles », *DALLOZ*, 2013, p. 117, n° 121.04, s. ; B. GORCHS-GELZER, « Transaction : fallait-il légaliser les concessions réciproques » in « Un droit en perpétuel mouvement », Mél. G. PIGNARRE, *LGDJ*, 2018, p. 443 ; A-L. PONSARD, « La transaction administrative », thèse, PARIS 2015, p. 236 ; L. LE BESCOND DE COATPONT, « Le nouveau visage de la transaction en droit civil », *AJ contrat*, 2018, p. 152.

<sup>646</sup> Et ce, depuis les penseurs du code civil de 1804 et ses rédacteurs, v. C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.*, 1997, p. 267, n° 1 à 4, *spéc.* n° 3 : « En effet, elle se présente comme un contrat sur le droit d'agir et se situe donc au carrefour du droit judiciaire et du droit substantiel ; ses effets, proches de ceux du jugement, justifient l'appellation d'« équivalent processuel » qui lui a été donnée par CARNELUTTI » ; L. CADIEU, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse » in « Philosophie du droit et droit économique », Mél. G. FARJAT, *Éd. FRISON-ROCHE*, 1999, p. 25, *spéc.* p. 26 n° 4 : « le contrat peut se substituer au jugement pour assurer, concurrentiellement, la solution même du litige » ; B. PONS, « Contrat de transaction - Solutions transactionnelles », *op. cit.*, p. 117, n° 121.04, s. ; B. GORCHS-GELZER, « Transaction : fallait-il légaliser les concessions réciproques », *op. cit.*, p. 443 ; A-L. PONSARD, « La transaction administrative », *op. cit.*, p. 236 ; G. CORNU, J. FOYER, « Procédure civile », 3<sup>ème</sup> éd., *PUF*, 1996, p. 47.

<sup>647</sup> H. SLIM, « Les effets procéduraux de la transaction », *op. cit.*



jugement<sup>648</sup>. La transaction règle uniquement le conflit substantiel sans jamais devenir un contrat processuel<sup>649</sup> !

## 1 - Les causes du rattachement erroné de la transaction au plan processuel

**154. Le rattachement excessif de la transaction au procès.** La teneur processuelle de la transaction provient de la lecture jurisprudentielle et doctrinale des termes de la loi évoquant la « contestation » qu'elle règle, avec autorité de la chose jugée en dernier ressort (C. civ., art. 2044 et art. 2052 al. 1 ant.).

La transaction serait un contrat de nature processuelle en raison de son objet (la renonciation au droit d'agir) et ses effets processuels (autorité de la chose jugée/transigée). Cette lecture découle d'une vision subjective du contrat et de la volonté des cocontractants tournée vers l'évitement ou la fin du procès, l'*animus transactioni*<sup>650</sup>.

Aussitôt, après 1804, la cour d'appel de TOULOUSE, et un plus tard la Cour de cassation, ont précisé que l'objet de la transaction consistait pour les parties à s'octroyer des concessions réciproques (l'exigence d'un abandon réciproque d'une partie de leurs droits litigieux<sup>651</sup>), finalement codifiées en 2016<sup>652</sup>. Ces concessions révéleraient « la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions » (C. civ., art. 2048), ce qui entretient manifestement une logique processuelle.

**155. Les effets de droit de la transaction.** L'objet normatif de la transaction s'attache à la résolution du différend (C. civ., art. 2048, 2049). Depuis le droit romain, il porte sur le sacrifice d'un droit en position d'incertitude<sup>653</sup>.

---

<sup>648</sup> P. HEBRAUD, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux », *op. cit.*, p. 164, NBP n° 3 : déjà l'auteur considérait que la raison d'être de transaction n'était pas d'éviter le procès, mais bien de résoudre les droits substantiels des parties : « La cause des obligations assumées par les parties réside dans la suppression de l'aléa que la contestation faisait peser sur la réalisation de leur droit ».

<sup>649</sup> J. HERON, T. LEBARS, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 942, n° 1201 : « les parties terminent ou préviennent une contestation par des concessions réciproques, chacune d'elles renonçant à une partie de ses droits substantiels. Tout cela n'intéresse pas l'action : c'est l'accord sur les questions de droit substantiel qui rend l'instance sans objet et entraîne l'extinction »

<sup>650</sup> J-B. PERRIER, « la transaction en matière pénale », *op. cit.*, p. 16, n° 17 ; déjà depuis J. DOMAT, « Les Loix civiles dans leur ordre naturel », *op. cit.*, v. titre XIII « Des transactions », section 1, n° II, définissant la transaction comme une « convention entre deux ou plusieurs personnes, qui pour prévenir ou terminer un procès, règlent leur différend de gré à gré ».

<sup>651</sup> B. PONS, « Contrat de transaction - Solutions transactionnelles », *op. cit.*, n° 121.04, s.

<sup>652</sup> C. civ., art. 2044, L. 2016-1547 du 18 nov. 2016 (art. 10).

<sup>653</sup> B. PONS, « Contrat de transaction - Solutions transactionnelles », *op. cit.*, p. 120, n° 121.31, s., le code de JUSTINIEN évoquait déjà qu'il s'agissait de donner, de retenir ou de promettre quelque chose pour évacuer l'incertitude sur la réalisation du droit. Les travaux préparatoires du code civil évoquent encore la nécessité d'un doute avant le rabat d'une portion de leurs droits par les parties.

Les parties à la transaction sont en position de régler une situation de droit douteuse ou litigieuse. Le droit douteux est l'essence de la transaction : les concessions réciproques, objet du contrat, découleraient de ce doute. Le passage du droit douteux aux concessions réciproques a été facteur d'amalgames sur la nature du droit dont une portion doit être concédée. En effet, les concessions réciproques existent lorsque la « prétention » d'une partie est réduite au profit de l'autre<sup>654</sup>.

Deux conceptions s'affrontent alors, l'une considérant que le passage du doute à la concession traduit l'existence d'un objet transactionnel de nature processuelle, l'autre de nature substantielle. L'hésitation théorique provient de ce que la fin du doute implique le rabat du droit d'agir et des prétentions possiblement formulées devant un juge. BOYER a soutenu que les co-transigeants renonçaient avant tout à leur droit d'action, c'est-à-dire au droit de faire trancher leur litige par le juge, libérant par voie de conséquence les droits substantiels empêchés par le droit d'agir<sup>655</sup>.

Pour la plupart, l'objet de la transaction serait donc processuel. En effet, la doctrine considère que la transaction porte avant tout sur la délimitation des droits en litige, et renonciation de chaque partie à faire valoir une partie de ses prétentions sur le conflit, ce qui conduit à l'amalgame entre substance et procédure<sup>656</sup>.

Eu égard à l'assimilation de la transaction au procès, le code de 1804 a mentionné l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction. La doctrine a cependant très vite considéré qu'il

---

<sup>654</sup> X. LAGARDE, « Transaction et ordre public », *D.*, 2000, p. 217 et B. PONS, « Contrat de transaction - Solutions transactionnelles », *op. cit.*, p. 126, n° 121.7 : « l'exigence des concessions réciproques n'est pertinente au regard de l'exigence de renonciation qu'à la condition d'être comprise comme imposant que la renonciation sur le plan processuel soit doublée - et, conceptuellement, précédée - d'une renonciation sur le plan substantiel ».

<sup>655</sup> L. BOYER, « La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif », *Recueil Sirey*, 1947, p. 333 ; B. PONS, « Contrat de transaction - Solutions transactionnelles », *op. cit.*, p. 125, n° 121.72, citant BOYER puis MALAURIE, AYNES ET GAUTIER : « Ainsi, est-il classiquement observé que "dans la transaction, la renonciation de chaque partie porte sur son droit d'action, c'est-à-dire sur la faculté lui appartenant de demander au juge la vérification et la protection de ce qu'elle affirme être son droit". C'est un "élément irréductible" de cette convention » ; v. de manière plus mesurée, L. MAYER, « La transaction, un contrat spécial ? », *op. cit.*, n° 8, s., qui considère que l'effet de droit recherché est l'extinction du litige, même si, cette extinction, peut comporter selon elle une renonciation au droit d'action, ou non, et pour une seule partie, selon qu'il y a acceptation ou refus total ou partiel de la demande du demandeur : « si les parties transigent à 50, le demandeur potentiel renonce à son droit d'action à hauteur de 50, et son droit d'action relativement à l'autre moitié de la créance invoquée s'éteint par perte d'intérêt à agir, puisque l'autre partie accepte de la lui payer. Ainsi, l'intention des parties de mettre fin au litige prend la forme, soit d'une renonciation directe de la partie en position de demandeur à son droit d'action (en échange d'une concession), soit de l'acceptation par l'autre partie de se soumettre à la prétention adverse (là encore, en échange d'une concession), entraînant l'extinction du droit d'agir du demandeur par perte d'intérêt à agir, soit, enfin, dans l'hypothèse d'un accord sur une fraction d'une prétention unique, d'une formule intermédiaire mettant en œuvre les deux mécanismes ».

<sup>656</sup> F. DREIFUSS-NETTER, « Les manifestations de volonté abdicatives », *op. cit.*, p. 53, n° 41 ; G. DEHARO, « L'autorité de la chose transigée en matière civile », *Gaz. Pal.*, 1<sup>er</sup> déc. 2005, n° 335, p. 2 : « Au-delà de la volonté commune de mettre fin au litige, la transaction se caractérise par la renonciation à la voie contentieuse. Pourtant, elle ne porte pas directement sur le droit d'agir : (...) la renonciation au droit d'action est une conséquence de la disparition du litige consécutive aux concessions accordées par les parties (...). Dès lors, bien qu'elle ne porte pas directement sur le droit d'action, la transaction emporte un effet nécessaire sur l'exercice de celui-ci » ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *op. cit.*, n° 15 : « Mais on sait que l'effet essentiel de la transaction n'est pas là : c'est de mettre fin au litige, en interdisant à chaque partie de porter à nouveau l'affaire devant un juge, n° 16 : « les parties ont elles-mêmes convenu de la solution à donner à leur litige, elles sont liées par cet arrangement, par la norme qu'elles ont elles-mêmes posée à cet égard, et, en conséquence, elles ne peuvent demander à un juge de le trancher à nouveau ».

s'agissait d'une autorité de la chose transigée, une sorte de force obligatoire renforcée qui empêche de recommencer le procès quand l'identité d'objet, de cause et de partie est caractérisée<sup>657</sup>. L'autorité de la chose jugée est un *effet* du jugement qui pouvait s'attacher à un simple contrat mettant fin au litige. Or, tout contrat est défini comme l'accord de volontés qui génère des effets de droit. Il était donc aisé d'affirmer que la transaction était revêtue de l'autorité de chose jugée, cet effet extinctif qui s'attache à tout jugement.

## 2 - La transaction : un accord à fin processuelle

**156. Les intérêts substantiels des co-transigeants.** Malgré l'apparence processuelle, les parties à la transaction ne lient que des intérêts substantiels. Les parties sont en position de pouvoir tirer un avantage juridique de leur position d'acteur du conflit substantiel en y mettant fin.

Les parties règlent le litige en reconnaissant la situation factuelle et produisant une norme qui tire des conséquences juridiques de cette situation factuelle. L'intérêt des parties n'est pas processuel, car elles n'envisagent pas d'adopter une norme qui les déchargerait de leur pouvoir d'aménager la méthode de résolution du litige, sans toucher au litige. Bien au contraire, les parties entendent se décharger de leur intention de régler leur litige d'un commun accord. L'ambition normative est fondamentalement de régler le conflit, ce qui explique que la loi exige des concessions sur le plan substantiel.

L'intérêt subjectif et la volonté interne des parties portent sans doute sur l'évitement du procès à venir ou sur sa fin prématurée, mais les intérêts objectifs des parties pris en compte par le droit ne sont que substantiels. L'acte permet d'obtenir un avantage juridique sur le plan substantiel, pour que chaque litigant obtienne une partie de ce qui lui est dû.

En outre, la seule édicition de la norme substantielle n'empêche pas le recommencement du procès, contrairement au jugement. C'est seulement l'effectivité de cette norme substantielle, autrement dit l'exécution de la transaction, qui le permet<sup>658</sup>. L'inexécution de la transaction permet d'en demander sa résolution, preuve que le contrat ne concerne pas un abandon de droit processuel, mais bien une modification du rapport de droit substantiel. La transaction irrégulière peut également être annulée devant un juge qui tranchera le litige qu'elle avait pour but de

---

<sup>657</sup> Y. NOUVEL, « L'autorité de la chose jugée attachée à la transaction », *Procédures*, n° 8-9, août 2007, étude 18.

<sup>658</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juill. 2012, n° 09-11582, note P. THERY, « À propos de l'effet processuel de la transaction : quand éteint-elle le litige ? », *RTD civ.*, 2013, p. 169 et note sous « Chronique de jurisprudence », *Gaz. Pal.*, 8 déc. 2012, n° 343, p. 29, v. *contra*. P. PAILLER, « Une transaction inexécutée n'a pas autorité de la chose jugée », *D.*, 2012, p. 2577.

régler. L'apparence de l'intérêt processuel nous échappe encore plus quand les parties transigent sur le jugement. Un premier rapport processuel a consolidé leur rapport substantiel, mais elles peuvent s'en départir.

### 157. La norme transactionnelle : absence de renonciation substantielle ou processuelle.

La logique de la transaction implique des concessions, mais la norme produite ne constitue pas en soi un abandon ou une renonciation d'ordre substantiel ou processuel. L'action et la prétention des parties au conflit ont été considérées comme étant les objets de l'abandon généré par la transaction. Pourtant, la renonciation n'est pas l'objet de la norme transactionnelle. Déjà, une renonciation authentique est unilatérale<sup>659</sup>. En outre, la transaction s'en différencie en ce qu'il ne s'agit pas de renoncer à un droit substantiel déjà fixé, mais à un droit substantiel dont l'existence est incertaine et douteuse. Il n'y a donc pas de renonciation substantielle, puisque par nature, les droits substantiels sont douteux et inconnus et il n'y a pas non plus de renonciation processuelle, contrairement à ce qui est souvent soutenu<sup>660</sup>. Pour comprendre cela, les termes de « concession », « abandon du droit d'agir » et « prétention », doivent être précisés. Tous ces mots doivent traduire l'abandon d'une prétention, au sens commun du terme<sup>661</sup> et pas des prétentions processuelles formulées devant un juge, qui n'est pas forcément saisi. Les prétentions sont celles qui pourraient être hypothétiquement formulées devant un juge, bien qu'elles soient par nature insondables et reposent souvent dans le for intérieur des litigants, même quand des éléments objectifs permettent d'en délimiter les contours. La prétention de chaque co-transigeant n'est qu'une allégation, une revendication de leurs droits dans le plan substantiel et qui n'accède pas au plan processuel<sup>662</sup>.

---

<sup>659</sup> Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 2 févr. 2017, n° 16-13521, sur la différence entre renonciation et transaction à propos d'une quittance subrogative donnée par l'assuré à son assureur et consistant en une renonciation sur les droits substantiels, distincte de la transaction, v. A. PELISSIER, « Nature juridique de la renonciation consécutive à l'indemnisation du sinistre », *RGDA*, 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 3, p. 172 ;

<sup>660</sup> B. GORSCHS-GELZER, « Transaction : fallait-il légaliser les concessions réciproques ? », *op. cit.*, p. 448, n° 4 et *spéc.* p. 453 : « Il est donc vain de tordre le sens du mot "concession" pour lui conférer un soi-disant contenu positif (accorder/donner [abandonner]) de façon à révéler toutes les potentialités de la transaction » ; B. PONS, « Contrat de transaction - Solutions transactionnelles », *op. cit.*, p. 125, n° 121.73 et p. 126 n° 121.75 : « En d'autres termes, la renonciation processuelle à l'action ne représente qu'une résultante d'une renonciation substantielle sur le fond : ce sont les concessions sur le plan substantiel qui légitiment les renonciations sur le plan processuel ».

<sup>661</sup> P. CHAUVEL, « La transaction », *op. cit.*, n° 34 : « Sans doute y-a-t-il, cependant, dans cette opposition, une large part de verbalisme, car qu'est-ce que renoncer à un droit dont on se prétend titulaire, sinon renoncer à une prétention ? ».

<sup>662</sup> F. JULIENNE, « Transaction-Notion », *Jcl Civil*, fasc. n° 10, 2017, n° 22, s : « la conception souple de la notion de concession est renforcée par le fait qu'elle n'a pas pour objet les droits, mais les prétentions avancées par les parties. Ainsi, doit-on prendre en compte les intentions initiales des parties et non pas ce à quoi elles auraient effectivement droit (...) Cette analyse paraît être la plus logique, car, si l'on retenait l'exigence de concessions relatives aux droits des parties, cela supposerait que les juges déterminent au préalable quels sont ces droits avant de conclure sur la validité ou non de la transaction ».

La jurisprudence exige un sacrifice réel et chiffrable qui s'entend d'une concession sur des intérêts substantiels<sup>663</sup>. La concession est donc l'acceptation de la situation juridique conflictuelle douteuse et incertaine telle qu'alléguée par la partie adverse. Les parties *renoncent* donc effectivement à leurs positions primaires sur la situation substantielle litigieuse. Chaque co-transigeant rabat ses allégations initiales en corrélation avec la position de l'autre partie.

La logique transactionnelle implique un rabat des allégations substantielles de chacun et la norme qui découle de cette logique est transactionnelle. L'opération de transaction ne fait donc jamais monter le litige substantiel dans l'ordre juridique processuel. L'abandon du droit d'agir ne peut être l'objet et l'effet primaire de la transaction, à plus forte raison lorsqu'elle est conclue après un premier jugement. La nature processuelle des concessions relève de la dimension psychologique des auteurs de l'acte<sup>664</sup>. L'acte n'a de processuel que sa fin efficiente, aurions-nous pu écrire en conjuguant cette phrase au temps de la cause.

L'accord résulte d'intérêts substantiels à lier et met fin à l'incertitude sur la réalisation des droits substantiels en posant des normes de même nature qui trouvent leur fondement dans le rabat des allégations des parties<sup>665</sup>.

En revanche, la transaction génère effectivement des conséquences processuelles. Elles sont malgré tout indépendantes de la volonté et des intérêts en jeu, et naissent du seul fait de la loi au moment où la norme est exécutée.

---

<sup>663</sup> C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », *op. cit.*, n° 28 ; P. CHAUVEL, « Transaction », *op. cit.*, n° 40 : « La jurisprudence, quant à elle, exige que la renonciation s'applique, en tout premier lieu, à des éléments de fond, et que les concessions correspondent à "un sacrifice réel et chiffrable de part et d'autre" » ; Cass. ass. plén., 4 juill. 1997, n° 93-43375 ; Cass. soc., 3 nov. 1998, n° 96-42.510 ; Cass. soc., 8 juin 2011, n° 09-72835 ; CA, VERSAILLES, 17<sup>ème</sup> ch., 22 mai 2019, n° 16/04767 ; CA, PARIS, Pôle 6, 10<sup>ème</sup> ch., 6 avr. 2016, n° 14/10153 : « Les concessions consenties doivent constituer un sacrifice réel et chiffrable ». La jurisprudence de la Cour de cassation a pu rappeler, dans des hypothèses très particulières, que la transaction entretenait un lien étroit avec le procès. Mais dans ces cas, il y a toujours un sacrifice réel pécuniaire de la part de celui qui reçoit une somme d'argent moins élevée que celle à laquelle il prétendait, ainsi qu'une concession de la part de celui qui la verse et admet l'existence d'une dette, v. par ex. pour la confusion d'un contrat de remise de dette fondu dans une transaction, Cass. com. 2 oct. 2001, n° 98-19694, obs. A. LIENHARD, « Conditions de validité d'une transaction moyennant remise de dette consentie en période suspecte », *D.*, 2001, p. 3119, où l'acte est une remise de dette fondue dans une transaction, dont la qualification était invoquée par le liquidateur pour obtenir sa nullité en période suspecte. La transaction ne consiste pas seulement à faire l'économie d'un procès, même quand la Cour de cassation évoque les concessions certaines de part et d'autre et rappelle le but psychologique de la transaction, qui est d'éviter le procès (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 déc. 2007, n° 06-18049).

<sup>664</sup> F. DREIFUSS-NETTER, « Les manifestations de volonté abdicatives », *op. cit.*, p. 27, n° 10, s. *spéc.* n° 35 et p. 55, n° 45 : « La qualification de transaction suppose, non seulement la réunion d'éléments matériels, mais également la caractérisation d'un élément personnel, à savoir l'intention des parties de mettre fin au litige (...). Cette condition, relevant de la psychologie des acteurs de la transaction, se heurte à la difficulté de sonder leur véritable intention ».

<sup>665</sup> Un potentiel demandeur se prétend titulaire d'une créance de 100 alors que le potentiel défendeur prétend ne pas être débiteur du tout. Une fois les concessions opérées, chacun reconnaît une position substantielle dégradée par rapport à sa position originnaire. C'est en cela qu'il y a concessions aux « prétentions ».

**158. La transaction et les conséquences processuelles.** L'autorité de la chose jugée ne résulte pas de la manifestation de la volonté du juge, mais elle s'y attache automatiquement et par nature en raison de sa fonction. C'est donc une conséquence légale qui ne résulte pas de l'action de volonté des parties ou d'un juge. Depuis 2016, la transaction n'est plus dotée d'une autorité de la chose jugée assimilée à celle d'un jugement, mais son existence empêche le recommencement du procès. Cet « effet » processuel, proche de celui du jugement, n'est qu'une conséquence juridique qui ne résulte jamais de la manifestation de la volonté des parties à la transaction, mais de la loi, voire de la logique transactionnelle elle-même.

**159. L'effet extinctif de la transaction.** La transaction a un effet extinctif sur le plan processuel : elle cause la disparition de l'action, voire de l'instance par voie de conséquence, mais cette extinction n'est pas le produit même de la manifestation des volontés qui signalent la création d'une norme en vue de satisfaire des intérêts substantiels. Mme SEVELY-FOURNIE l'évoque très clairement dans sa thèse sur l'acte juridique extinctif<sup>666</sup>. Elle considère qu'à côté des faits extinctifs, il existe des actes extinctifs. Parmi les actes extinctifs, il existe des actes juridiques extinctifs authentiques, des actes qui ont pour objet une extinction en raison d'une « volonté extinctrice », et les autres actes juridiques, des actes ayant pour conséquence juridique l'extinction d'un droit<sup>667</sup>. La transaction relève pour elle de cette dernière catégorie. Ce n'est pas un acte juridique extinctif, mais un acte juridique qui entraîne par voie de conséquence une extinction du droit d'agir et la fin de l'instance dès que le juge en est informé (CPC, art. 384)<sup>668</sup>.

Le droit d'agir est éteint après la transaction, car la chose est transigée. Le conflit sur les droits substantiels a disparu. Les parties n'ont plus intérêt à faire valoir leur prétention substantielle

---

<sup>666</sup> C. SEVELY-FOURNIE, « Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé », *op. cit.*, n° 123 : « L'acte extinctif se distingue à la fois comme acte et comme acte extinctif (...) il se distingue d'abord comme acte en ce qu'il a l'effet extinctif pour fin et non pour conséquence. L'extinction n'est pas le résultat imposé d'un déterminisme objectif, mais bien le fruit d'une volonté (...). Or n'est-ce pas par son effet extinctif que l'acte extinctif se distingue des autres actes juridiques ? L'évidence est néanmoins trompeuse et une précision s'impose. Il suffit en effet d'étudier le mécanisme réalisateur des actes suspensifs, modificatifs, déclaratifs, constitutifs et translatifs pour s'apercevoir qu'ils sont aussi susceptibles de produire, dans une certaine mesure, directement ou indirectement un effet extinctif. Quant à l'acte extinctif, il semble pouvoir être lui-même à l'origine d'effets non extinctifs (...). À l'analyse, la différence spécifique réside donc moins dans l'effet produit que dans l'intention de l'auteur. Celui-ci ne recherche jamais que l'extinction pure et simple de la situation juridique soumise à son influence ».

<sup>667</sup> *Ibid.*, p. 388, n° 294 : « L'objet et encore ce qui permet de distinguer l'acte extinctif des autres actes juridiques. Certains actes, qu'une observation rapide aurait en effet tendance à qualifier d'extinctifs, échappent en réalité à cette qualification dans la mesure où ils n'ont pas l'extinction pour objet principal, mais simplement pour effet (...). Et la spécificité de l'objet rejaillit sur celle de la norme ainsi créée ».

<sup>668</sup> *Ibid.*, p. 147, n° 89, *spéc.* p. 148 : « De même la transaction a-t-elle un effet extinctif dans la mesure où l'efficacité de droits substantiels était entravée par l'existence du droit d'action des parties. L'effet extinctif n'est pas ici recherché pour lui-même, il participe au mécanisme juridique, comme complément technique nécessaire par lequel se réalise l'effet libérateur, objet spécifique de l'acte déclaratif » et de préciser en NBP que : « l'effet abdicatif est moins le résultat recherché sur le fond qu'un des moyens nécessaires à la réalisation de ce résultat. Elle produit un effet extinctif sans être pour autant elle-même un acte extinctif ».

devant un juge puisqu'elles l'ont déjà fait sans lui et ont réglé le litige. Cette extinction se justifie au travers de la force obligatoire du contrat de transaction qui devient la loi des parties. Nul besoin de passer par un substitut juridictionnel, une assimilation du contrat au jugement. Il demeure que la transaction pourra générer une fin de non-recevoir sur le plan processuel, à condition qu'un juge constate que l'action ayant le même objet est introduite en contravention avec la norme réglant le conflit<sup>669</sup>. La sanction de fin de non-recevoir n'est qu'un élément de régime, qui n'est pas probant pour affirmer à rebours que la transaction est un acte processuel (C. civ. art. 2052, ant et nouv.)<sup>670</sup>.

**160. L'effet déclaratif de la transaction.** L'effet déclaratif de la transaction<sup>671</sup> est conjugué à son effet extinctif dont les auteurs estiment qu'il est processuel. En fait, l'effet déclaratif se comprend parce que la transaction est un acte « libératoire ». L'effet libératoire consiste pour les parties à libérer l'exercice de leurs droits substantiels, en mettant fin à l'entrave qui résulte de leur confrontation, cette entrave étant assimilée à la mise en œuvre potentielle de l'action en justice<sup>672</sup>. L'effet déclaratif et extinctif vont de pair, mais les deux ne sont que le fruit de l'existence d'un accord de droit substantiel mettant fin au conflit juridique. L'extinction consécutive du droit d'agir permet seulement d'assurer l'efficacité des droits substantiels déclarés.

## B – La transaction administrative

**161. La transaction en droit administratif.** La doctrine administrativiste s'est peu interrogée directement sur la nature processuelle ou substantielle de la transaction, la réflexion

---

<sup>669</sup> C. JARROSSON, « La transaction comme modèle » in « Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends », *op. cit.*, p. 58, *spéc.* p. 68 : « C'est sous l'angle, non plus du droit substantiel, mais de la procédure que l'exception de transaction (qui s'analyse en une fin de non-recevoir particulière, calquée sur celle de chose jugée) prévue par l'article 2052 C. civ. développe d'effets particuliers ».

<sup>670</sup> H. SLIM, « Les effets procéduraux de la transaction », *op. cit.* : la réécriture des textes relatifs à la transaction en 2016 a conduit à supprimer l'autorité de la chose jugée en dernier ressort à laquelle sa finalité s'est substituée (C. civ., art. 2052) », c'est-à-dire empêcher la poursuite ou le recommencement de l'action en justice ayant le même *objet*, ce qui demeure selon l'auteur « source de difficulté », v. aussi (C. civ., art. 2044, 2048, 2049) ; tout dépend aussi des termes plus ou moins généraux de la transaction, not. en droit du travail, Cass. soc., 17 févr. 2021, n° 19-20635, les parties précisant être remplies de tous leurs droits substantiels et, par conséquent, renoncer à toute action en vue de réclamer une quelconque somme ultérieurement.

<sup>671</sup> Il s'agit de la reconnaissance de droits substantiels antérieurs. Cela ne sert en réalité qu'à dater le point de départ des normes transactionnelles. On parle d'effet, mais il ne faut pas comprendre effet normatif. Si l'acte est déclaratif, c'est qu'il en va de sa nature. L'effet déclaratif signifie que l'acte est aussi tourné vers le passé. L'acte se nourrit du litige et des prétentions substantielles passées et reconnues par les parties pour établir des prescriptions substantielles à venir, le réel objet normatif de la transaction.

<sup>672</sup> C. SEVELY-FOURNIE, « Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé », *op. cit.*, p. 144, n° 87 : « L'acte déclaratif a d'abord un *objet* "libératoire" (d'une situation préexistante) qui peut impliquer un effet extinctif ; l'acte extinctif a quant à lui un *objet extinctif* [d'une situation préexistante] qui peut avoir un effet libératoire [pour son auteur et/ou son destinataire] », l'auteur concevant l'objet comme nous le faisons, c'est-à-dire comme la modification de la situation juridique ou la création d'une norme.

étant focalisée sur le *quantum* des concessions réciproques<sup>673</sup>, pouvant, dans certaines espèces, être antinomique à la règle « l'administration ne fait pas de libéralité ». La circulaire de 2011 reconnaît que l'objet de la transaction doit être licite et les concessions chiffrables<sup>674</sup>. L'objet des concessions porte donc sur le rapport de droit substantiel, ces dernières causant, par voie de conséquence et en dehors de toute volonté des parties, l'abandon de l'action en justice. Cet effet résulte bien plus de la force obligatoire du contrat que de l'autorité de chose jugée<sup>675</sup>. Ainsi, même s'il est coutume de prévoir dans l'acte formel que la transaction porte/cause l'abandon du droit d'agir, cela n'est rien de plus qu'une mention informative destinée à préserver la liberté et la clarté du consentement de l'administré et de l'administration. Il ne s'agit aucunement de l'objet de leur engagement<sup>676</sup>. En outre, comme en matière civile, l'effet extinctif ne se produit qu'une fois que la transaction régulière a été exécutée<sup>677</sup>.

Les règles sont assez proches de la transaction civile. Les parties à la transaction agissent en vertu d'un intérêt substantiel mettant fin au litige. La norme prescrite est le résultat de la logique transactionnelle. Le litige étant réglé, il n'y a plus lieu d'envisager sa résolution devant le juge. La transaction administrative se conçoit donc facilement dans les hypothèses patrimoniales de plein contentieux, mais elle mérite de plus amples explications en matière de conflit sur la légalité d'un acte, selon que la légalité est objective ou subjective<sup>678</sup>.

**162. La transaction et le contentieux de la légalité objective.** Il existe un précepte doctrinal qui affirme qu'il est impossible de renoncer au recours pour excès de pouvoir : « nul ne peut renoncer à un recours pour excès de pouvoir par convention ». Le droit d'agir en matière de contentieux objectif de la légalité ne serait donc pas disponible. Il ne pourrait être abandonné

<sup>673</sup> A-L. PONSARD, « La transaction administrative », *op. cit.*, p. 147.

<sup>674</sup> Circ. 6 avr. 2011, relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits.

<sup>675</sup> A-L. PONSARD, « La transaction administrative », *op. cit.*, p. 239 : « En l'occurrence, par la transaction, les parties s'accordent pour éteindre les droits litigieux, et ce faisant, le droit d'agir en justice qui y est attaché. Aussi la transaction emporte-t-elle nécessairement renonciation à agir en justice (...). L'effet extinctif de la transaction repose sur l'effet obligatoire des contrats, sans pour autant être assimilé à une obligation contractuelle ».

<sup>676</sup> En outre, il est aussi parfois écrit que les parties s'engagent à se désister de leur instance. Cela est logique, car, la transaction, administrative n'entraîne pas non plus la disparition automatique de l'instance : il faut un acte de volonté supplémentaire du demandeur qui est un acte de désistement. *L'instrumentum* de la transaction sert donc de support à l'acte de désistement du demandeur, fait avec ou sans réserve, mais elle ne constitue toujours pas la matière de son engagement. Parfois, le non-lieu à statuer est préféré au désistement d'instance. La requête est vidée de son objet, il n'y a plus lieu de statuer sur le litige réglé par les parties. Le défendeur peut produire la transaction et solliciter le non-lieu à statuer si le demandeur ne le fait pas au moyen du désistement d'action ou du non-lieu : v. *Ibid.*, p. 240.

<sup>677</sup> Circ. 6 av. 2011, *op. cit.*, art. 1.4.1 : « Lorsqu'une transaction a été régulièrement conclue et que les parties ont exécuté les obligations qu'elle comporte, elle fait obstacle à tout recours juridictionnel ultérieur concernant le même litige. Un tel recours est irrecevable (CE 8 février 1956, *Dame GERMAIN*, Rec. p. 69 ; CE 31 mars 1971, *Sieur BAYSSE*, Rec. p. 1116) ».

<sup>678</sup> J. ARROYO, « Transaction et renonciation à l'exercice du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2019, p. 1056 : « Dans le premier cas, le recours conserverait sa dimension objective : il demeurerait un recours d'intérêt général, auquel il est impossible de renoncer sans heurter l'ordre public. Dans les autres hypothèses, le recours pour excès de pouvoir se rapprocherait, au contraire, du recours de plein contentieux, en présentant une dimension essentiellement individualiste ».



seul, expressément, ou par voie de contrat transactionnel. La transaction, si elle était admise dans le contentieux de la légalité, aurait donc un objet et des effets éminemment processuels, la doctrine considérant habituellement que la transaction ne peut empêcher le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes faisant grief, dans le but de sauvegarder la légalité administrative<sup>679</sup>.

En réalité, certains auteurs ont démontré que le Conseil d'État n'avait jamais posé la règle interdisant la renonciation au recours pour excès de pouvoir (REP) par voie de transaction, bien que, pour beaucoup de juridictions de fond, la nullité soit justifiée, car la transaction se heurte à l'ordre public, en tant qu'elle emporte renonciation à l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir<sup>680</sup>.

**163. La transaction et le recours contre un acte administratif réglementaire.** Comme tout contentieux objectif, le REP est une prérogative qui appartient à tous ceux qui justifient d'un intérêt et sont libres de l'exercer. Celui qui prétend pouvoir l'exercer agit au moins pour lui, mais pas seulement. Le recours objectif de la légalité se subjectivise, voire se « patrimonialise » de plus en plus. Il porte avant tout la défense des intérêts pécuniaires du requérant, en plus de ceux de la collectivité (la légalité de l'acte).

L'État ne peut pas disposer des règles touchant à la légalité des actes ; il est en principe tenu d'abroger les actes illicites (CRPA, art. L. 243-2). Une transaction ne peut donc pas avoir pour objet de monnayer l'abandon du recours pour excès de pouvoir qui n'appartient pas au requérant<sup>681</sup> et, quand la transaction vise à réparer les préjudices causés par l'illégalité de l'acte réglementaire, son objet ne porte pas non plus sur l'abandon du recours en excès de pouvoir, mais conduit seulement à ne plus pouvoir agir en vue de faire réparer le conflit d'ordre subjectif qui découle du conflit objectif. Le problème de la transaction prise pour éviter un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire potentiellement illicite repose sur des

---

<sup>679</sup> F. ALHAMA, « Transaction et renonciation à l'exercice du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2017, p. 503 : « Autrement dit, une personne privée ou publique ayant la capacité de transiger peut-elle s'engager par voie transactionnelle, explicitement (par le biais d'une clause expresse de la transaction) ou implicitement (à raison de l'effet extinctif de la transaction), à renoncer à l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire - on retient ici du terme "exercice" un sens large - s'engager soit à renoncer à introduire un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif unilatéral, soit, si un tel recours a déjà été introduit, à s'en désister ».

<sup>680</sup> *Ibid.*, : « l'interdiction de renoncer par transaction à introduire un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'un acte administratif unilatéral est introuvable dans la jurisprudence de la Haute juridiction administrative » (...) les arrêts *LOUARN* et *ANDREANI* n'ont pas la portée générale qu'on a parfois voulu leur conférer par "extrapolation" ».

<sup>681</sup> Circ. 6 avr. 2011, *op. cit.*, art. 1.3.2.2 : « Plus généralement, les questions de légalité sont hors du champ de la transaction. Ainsi l'administration ne peut pas transiger, en accordant une compensation financière pour permettre le maintien d'une décision illégale. Elle peut, en revanche, transiger pour indemniser le préjudice né d'une décision illégale, qui aurait, par ailleurs, été abrogée ou retirée ».

considérations tenant à son utilité et sa légitimité : la transaction n'engage que celui qui la conclut alors que la reconnaissance de l'illégalité bénéficie à tous les administrés.

**164. La transaction et l'acte administratif individuel.** Quand il y a transaction sur la légalité subjective d'un acte individuel qui édicte une norme personnelle, l'objet du contrat est substantiel. En effet, le plus souvent, l'administré accepte, en contrepartie d'une somme d'argent, de figer la situation substantielle qui découle de l'acte litigieux. Ce n'est que par voie de conséquence qu'il renonce à exercer un recours en annulation pour maintenir une décision potentiellement illégale. Il n'y a donc pas d'abandon du recours en excès de pouvoir en tant qu'objet de la transaction<sup>682</sup>.

En 2019, le Conseil d'État a expressément ouvert le contentieux de la légalité subjective à la transaction, comme cela se faisait d'ailleurs souvent en pratique<sup>683</sup>. La doctrine administrative s'est focalisée sur l'apport processuel de cette jurisprudence, qui mettrait fin à l'interdiction de renoncer au recours en excès de pouvoir par voie de transaction<sup>684</sup>. Le sens du raisonnement est dangereux, car il assimile l'objet de la transaction à la renonciation au droit d'agir et confond l'objet substantiel avec l'objet processuel<sup>685</sup>.

---

<sup>682</sup> L'article L. 600-8 du code de l'urbanisme prévoit qu'une décision d'urbanisme (comme un permis de construire) peut être maintenue grâce à la conclusion d'une transaction. Cette transaction spéciale est conclue entre le riverain lésé par la délivrance du permis de construire et le titulaire du permis de construire qui est souvent le promoteur immobilier. Ici, ce sont les conséquences et les atteintes sur les droits substantiels du tiers à la décision administrative qui sont monnayées en échange de la réalisation de la construction. Ce retrait n'est pas monnayé par l'administration, mais par le titulaire qui reconnaît les préjudices que pourrait entraîner l'édification de l'ouvrage.

<sup>683</sup> CE 5<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> srr., 5 juin 2019, n° 412732, *Centre hospitalier de SEDAN*, note E. AUBIN, « Le champ de la transaction s'étend aux litiges liés à la mise à la retraite pour invalidité », *AJFP*, 2020, p. 60 : dans une espèce du 5 juin 2019, un agent de la fonction publique hospitalière a fait l'objet d'une décision unilatérale de mise à la retraite pour invalidité non imputable à l'administration. Cette décision, et les précédentes auparavant, ont été annulées. Une transaction a été conclue juste avant que ne soit prononcé le jugement d'annulation de la dernière des décisions administratives. Sans originalité, le protocole prévoyait que l'agent renoncerait au recours pour excès de pouvoir (§6). Les décisions litigieuses modifiaient en l'espèce l'état du droit objectif, mais elles perturbaient aussi nécessairement la situation juridique substantielle du requérant dans ses relations de travail avec l'administration. Les décisions avaient un impact sur sa liberté d'exercer une activité professionnelle et sur son droit de propriété quant à ses droits à la retraite. Le Conseil d'État qui est amené à vérifier la légalité de la transaction ne vérifie aucunement la légalité des décisions attaquées et il se concentre uniquement sur le risque de l'annulation conduisant la personne publique à prendre des mesures qui auraient concerné la relation de travail entre elle et le fonctionnaire mis à la retraite (réintégration et reclassement, ouverture d'une rente viagère d'invalidité + préjudices résultant de la décision illégale) ; G. LE CHATELIER, « De la possibilité de renoncer par transaction à l'exercice du recours pour excès de pouvoir », *AJ Collectivités Territoriales*, 2019, p. 469, même si : « Le juge avait ainsi admis qu'il existait un principe d'ordre public empêchant de transiger si la contrepartie provenant de la partie privée résidait dans la renonciation par elle à contester devant le juge une décision administrative (CAA PARIS, 30 déc. 1996, n° 94PA02185, *BOYER c/Cne de BOULOGNE-BILLANCOURT*) ».

<sup>684</sup> G. LE CHATELIER, « De la possibilité de renoncer par transaction à l'exercice du recours pour excès de pouvoir », *op. cit.* : « Pendant longtemps, il a semblé admis qu'une partie à une transaction conclue avec une personne publique ne pouvait pas renoncer à l'exercice du recours pour excès de pouvoir par la voie de ce protocole transactionnel ».

<sup>685</sup> J. ARROYO, « Transaction et renonciation à l'exercice du recours pour excès de pouvoir », *op. cit.* : « Cette possibilité de renoncer au recours pour excès de pouvoir confirme la dimension subjective de celui-ci et affecte le principe de légalité. Par ailleurs, dans la mesure où la renonciation au recours emporte renonciation à l'exercice des droits substantiels du requérant, il importe de s'assurer de la concordance de l'opération avec sa liberté. Révélant l'étroitesse des liens unissant le procédural au substantiel, la décision est intéressante à deux titres : elle porte sur une transaction administrative ayant pour objet le recours pour excès de pouvoir, mais aussi sur une transaction administrative emportant renonciation à l'exercice des droits substantiels de l'agent public ».

Pourtant, comme le souligne le Conseil d'État, en matière de décision individuelle illicite, il s'agit encore de transiger sur les conséquences de l'illégalité fautive et non sur la légalité elle-même<sup>686</sup>. Les conséquences substantielles étant réglées du fait de la manifestation des volontés, c'est par voie de conséquence que le recours pour excès de pouvoir n'a plus lieu d'être et justifie le prononcé du désistement du requérant devant le juge saisi. Se demander si la relation substantielle, très statutaire soit-elle, est à la libre disposition des parties, est un problème qui concerne la validité de la transaction. Si le droit substantiel est indisponible, le droit d'agir pour le faire reconnaître en justice est sans doute lui aussi indisponible.

### C - Les autres accords sur la résolution des conflits civils et administratifs

**165. Les accords portant sur la réduction du champ du conflit.** La transaction est un contrat substantiel, à fin processuelle, ce qui devrait être de même pour le simple accord de fin de conflit en matière civile<sup>687</sup>, et en matière administrative quand il résulte d'une médiation (largement conçue)<sup>688</sup>.

Beaucoup d'autres accords touchent le conflit et le procès de très près, mais il faut les qualifier de contrats substantiels, à défaut d'intérêt processuel décelé.

Ce sont les conventions par lesquelles les parties organisent la solution du litige contractuel de manière conventionnelle, avant sa survenance, telles que les clauses pénales et résolutoires et les garanties à première demande<sup>689</sup>. Par exemple, la clause pénale à une fonction comminatoire

---

<sup>686</sup> CE, 5 juin 2019, *op. cit.*, §2 : est licite « une transaction par laquelle, dans le respect des conditions précédemment mentionnées, les parties conviennent de mettre fin à l'ensemble des litiges nés de l'édition de cette décision ou de prévenir ceux qu'elle pourrait faire naître, incluant la demande d'annulation pour excès de pouvoir de cette décision et celle qui tend à la réparation des préjudices résultant de son éventuelle illégalité » ; J. ARROYO, « Transaction et renonciation à l'exercice du recours pour excès de pouvoir », *op. cit.* : « Le Conseil d'État ne contrôle pas les conditions de légalité de l'acte de mise à la retraite d'office, et donc n'évalue pas le risque d'annulation contentieuse, mais s'attarde sur les conséquences - en particulier financières - de cette annulation éventuelle.

<sup>687</sup> L'accord de fin de conflit ne bénéficie pas du régime de la transaction (C. civ., art. 2052), mais l'action exercée en contravention avec l'accord réglant les droits des parties devrait être sanctionnée par une fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir (CPC, art. 31 et 122), v. concernant une transaction, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2018, n° 17-11628, note Y. STRICKLER, « Effet de la transaction sur le droit d'agir », *Procédures*, n° 6, juin 2018, comm. 177 ; l'accord de fin de conflit reste un accord mettant fin au conflit, sans concessions réciproques et, en matière civile, la transaction demeure le modèle, v. C. JARROSSON, « La transaction comme modèle », *op. cit.* ; C. POLI, « L'unité fondamentale des accords amiables », thèse, AIX-MARSEILLE, 2018, p. 619, n° 705, qui fait également de la transaction le modèle de l'accord amiable de fin de conflit en le considérant comme un « référent ».

<sup>688</sup> S. ELLIE, « Les conditions de l'homologation d'un accord issu d'une médiation », *op. cit.* : « il s'agit d'une entente, à portée souvent juridique, réglant un différend entre des particuliers. Il n'y a pas ici de notion de concessions réciproques, en tout cas pas forcément. Il nous paraît donc clair que le législateur a entendu donner à l'accord de médiation une portée plus large que celle de la transaction » ; E. DE LACOSTE LAREYMONDIE, « Office du juge administratif saisi d'une demande d'homologation d'un accord né d'une médiation », *AJDA*, 2019, p. 1296.

<sup>689</sup> L. CADIEU, « Clauses relatives au litige », *Jcl Contrats - Distribution*, fasc. n° 190, 2013, évoquant ces clauses autorisant la solution unilatérale du litige, n° 25 : « en quelque sorte le contrat délègue à la partie victime de l'inexécution le droit de se faire justice elle-même, sorte de privilège du préalable en matière privée ».

et sanctionnatrice, qui, par son objet, conduit le juge à ne pas évaluer le préjudice autrement que ce qui est stipulé dans cette convention.

Il s'agit également des contrats sur la loi nationale applicable, qui permettent d'éviter qu'un litige sur le droit applicable naisse en sus du conflit substantiel de base<sup>690</sup>.

Il s'agit enfin des contrats sur la preuve (C. civ., art. 1356)<sup>691</sup>. Ce sont des actes valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition. Depuis toujours, c'est par réflexe que la preuve est associée au règlement judiciaire du litige, puisque c'est l'élément factuel qui permet au plaideur d'obtenir d'un juge qu'il dise sa prétention bien fondée<sup>692</sup>. Pourtant, bien qu'elles se situent au carrefour du droit substantiel et du droit processuel<sup>693</sup>, les dispositions relatives à la preuve figurent essentiellement dans le code civil, qui renvoie au code de procédure civile (C. civ. art. 1357, 1374 et 1381, par ex.). La frontière n'est effectivement pas étanche<sup>694</sup>. La preuve et les modes de preuve appartiennent au droit substantiel quand l'administration de la preuve appartient au droit processuel<sup>695</sup> : en effet, le conflit appartient au droit substantiel et la manière de le régler appartient au droit processuel. Par symétrie, la preuve qui permet de réduire une portion de l'incertitude substantielle appartient au droit substantiel, alors que la manière de la rapporter devant le juge relève du droit processuel<sup>696</sup>. Le contrat sur

---

<sup>690</sup> L'accord des parties sur la loi de fond applicable au contrat - international - n'est pas de nature processuelle, bien que la question se pose essentiellement au moment du procès (CPC, art. 12). Il s'agit avant tout de régler les comportements substantiels des parties au contrat, et ce, au-delà du litige. C'est le cadre de référence qui permet aux parties de déterminer le champ possible de leurs stipulations contractuelles. Même sans élément d'extranéité, le choix du statut applicable n'a rien de processuel. C'est l'hypothèse dans laquelle les parties décident de soumettre leur bail au statut du droit commercial et pas celui des baux professionnels. Cet accord n'a qu'un impact processuel, en ce que le juge appliquera un système normatif substantiel qui n'est peut-être pas le système naturel.

<sup>691</sup> R. SCABORO, « Les conventions relatives à la preuve », thèse, TOULOUSE, 2013 ; les contrats sur la preuve sont licites depuis Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 nov. 1989, n° 86-16196, *CREDICAS*, obs. J. MESTRE, *RTD civ.*, 1990, p. 80 ; v. C. civ., art. 1316-2 ant.

<sup>692</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, « Traité élémentaire de droit civil » tome II, *Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence*, 1931, p. 1, n° 2 : « On appelle "preuves" les divers procédés employés pour convaincre le juge. C'est le sens que DOMAT donnait à ce mot quand il définissait la preuve "tout ce qui persuade l'esprit d'une vérité" » ; H. MOTULSKY, « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », *DALLOZ*, rééd., 2002, concevant le procès comme un espace permettant de construire l'édifice des faits servant de base au syllogisme juridictionnel.

<sup>693</sup> M. LAMOUREUX, « Les limites des clauses de preuve », *RLDC*, n° 71, 1<sup>er</sup> mai 2010, p. 19 ; E. VERGES, « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », *JCP G.*, n° 17, 27 avr. 2016, 486.

<sup>694</sup> V. DEPADT-SEBAG, « Les conventions sur la preuve » in « La preuve », C. PUIGELIER, (dir.), *Economica*, 2004, p. 13, *spéc.*, p. 19 ; v. D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance », *RTD civ.*, 1993, p. 499 ; la jurisprudence récente accentue le doute (Cass. com. 6 déc. 2017, n° 16-19615) : la clause de recette (de réception) insérée dans un contrat de fourniture de logiciel affecte avant tout un droit substantiel (la délivrance conforme), mais on a pu écrire que cette clause de preuve affectait aussi le droit processuel d'agir quand il devient impossible d'essayer de prouver le défaut de délivrance en respectant la méthode probatoire que l'accord instaure, J. KLEIN, « Contrats sur la preuve : sur la portée de l'interdiction d'établir une présomption irréfragable », *RDC*, 2 juin 2018, n° 2, p. 205, n° 10 : « Mais c'est alors le droit d'agir en justice et la substance des obligations sous-jacentes qui se trouvaient menacés (...) » ; L. LEVENEUR, « Un principe de validité, mais avec des limites », *CCC*, n° 3, mars 2018, comm. 40 ; v. déjà Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 10 mars 2004, n° 03-10154, dont le visa est l'article 6§1 de la Convention EDH.

<sup>695</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, « Traité élémentaire de droit civil », *op. cit.*, p. 1 n° 4 : « La théorie des preuves confine d'un côté au droit civil, de l'autre à la procédure » ; L. PAILLER, « Les conventions sur les présomptions », *AJ contrat*, 2019, p. 378, évoquant la gestion du risque probatoire et G. VIRASSAMY, « Preuve (en matière civile) », note sous l'arrêt *CREDICAS* précité, *JCP G.*, n° 46, 14 nov. 1990, II, 21576, n° 17 : « Ce ne sont plus leurs droits qui sont en cause, mais les pouvoirs et l'office du juge dans l'appréciation de la force de conviction de la preuve produite ».

<sup>696</sup> La preuve est l'élément probant en soi ; le mode de preuve est une typologie d'instrument contenant une preuve, c'est l'*instrumentum* de la preuve en quelque sorte, le support qui la véhicule, son vecteur : un écrit, une parole (témoin, aveu, serment judiciaire) ; l'administration de la preuve est la méthode procédurale qui règle la manière de faire valoir la preuve en justice et la découverte judiciaire de la preuve. Ainsi, la charge de la preuve, l'objet de la preuve, le choix d'un mode de preuve

la preuve aménage la charge, l'objet et l'admissibilité de la preuve, c'est donc du droit substantiel<sup>697</sup>. Les contrats qui conviennent de mesures d'instruction devant une juridiction, ou en dehors, sont des contrats processuels. Certains de ces accords sont envisagés parmi les actes de procédure d'avocats<sup>698</sup>.

## II - Les accords de fin de conflit pénal

**166. La transaction pénale.** La transaction pénale *stricto sensu*, la convention judiciaire d'intérêt public et la composition pénale (les transactions pénales *lato sensu*) permettent de régler un conflit pénal. Il s'en dégage une dimension contractuelle et processuelle. Cependant, le consensus entre l'autorité de poursuite (l'administration ou procureur) et le mis en cause se plie difficilement à l'habit contractuel, selon la doctrine majoritaire. Leur dimension contractuelle est réfutée, car le droit pénal relève du donné et du subi. L'emprise pénale empêcherait la personne suspectée ou poursuivie de donner un consentement suffisamment libre. Toutefois, étrangement, ce consentement est considéré comme source d'un consensus ou d'actes unilatéraux aux effets processuels<sup>699</sup> et, même si l'accord n'est pas contrat, son existence fonctionnelle est reconnue (la célérité de la justice pénale essentiellement).

À l'excès, il serait possible d'affirmer que tout consentement contractuel est une œuvre de soumission<sup>700</sup>, voire le sceau de la reféodalisation pour M. le professeur SUPIOT. La volonté et le consentement utilisés par les auteurs pénalistes reposent sur une conception subjective et

---

admissible et sa force probante relèvent du droit substantiel (Cass. soc. 19 déc. 2018, n° 17-18190). La charge processuelle de la preuve (répartition des rôles entre le juge et les parties sur la manifestation de la vérité), la communication et la délivrance des preuves en justice, les litiges sur l'élaboration de la preuve, la conduite des mesures d'instruction et autres, relèvent du droit processuel.

<sup>697</sup> C-E. BUCHER, « La clause aménageant la charge de la preuve », *CCC*, n° 5, mai 2018, form. 5 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, « Traité élémentaire de droit civil », *op. cit.*, p. 1, n° 4, « Néanmoins, leur théorie appartient également au droit civil pour une triple raison » ; M. MEKKI, « La gestion contractuelle du risque de la preuve (2<sup>ème</sup> partie) », *RDC*, 4 avr. 2009, n° 2, p. 4523.

<sup>698</sup> S. AMRANI-MEKKI, « L'avocat du 21<sup>ème</sup> siècle - Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats », *JCP G.*, n° 41, 5 oct. 2015, 1052.

<sup>699</sup> J-B. PERRIER, « La transaction en matière pénale », *op. cit.*, p. 540, n° 695 : l'obstacle commun et majeur à la reconnaissance du contrat en droit pénal repose sur la liberté insuffisante du consentement de l'auteur de l'infraction dans un contexte pénal subi et imposé. Il y aurait « une antinomie irréductible entre le contrat et le droit pénal », l'accord consensuel *sui generis* permettant uniquement de se placer sous un nouveau statut pénal ; X. PIN, « Le consentement en matière pénale », *op. cit.*, p. 347, n° 404, s. : « celui qui est amené à consentir à telle ou telle mesure n'est jamais sur un pied d'égalité avec les autorités répressives. Il est, au contraire, dans un état de sujétion », p. 348, n° 407 : « cet aspect répressif ne laisse aucune place au contrat, créateur d'obligations », « cette liberté créatrice est étrangère à la matière pénale », p. 539, n° 693 : « or précisément, le droit pénal, à la différence du droit privé ou du droit public, en raison de sa nature sanctionnatrice, procède uniquement du donné donc du statut. Par conséquent, il manquera toujours à ses acteurs - les justiciables et les autorités répressives - cette liberté fondamentale de construire leur relation (...) » ; S-M. CABON, « La négociation en matière pénale », *op. cit.*, p. 346, n° 370 : « les antagonismes intrinsèques aux deux domaines - accord et répression - semblent en être la raison principale », p. 371, n° 401 sur le consentement insuffisamment libre.

<sup>700</sup> M-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *op. cit.*, *spéc.* n° 3 et 7 : « On comprend alors que le consentement puisse être un signe de faiblesse, de vassalité, là où la volonté est signe de puissance et d'autonomie ».

civiliste du contrat<sup>701</sup>, ce qui conduit à renforcer les charges consensuelle et processuelle mises en lumière, les parties étant alors plus ou moins libres de *transiger*<sup>702</sup>. Dans cette optique, il est donc naturel de ne pas voir de contrat en procédure pénale, le procès étant par nature subi et non choisi, pour le mis en cause, comme l'autorité de poursuite qui ne dispose pas de l'action en justice. La doctrine considère que les acteurs du conflit manifestent leur consentement de se placer sous un nouveau statut de droit pénal, ce qui fait songer à l'acte-condition de DUGUIT, difficilement maniable et pleinement unilatéral<sup>703</sup>. Pourtant, aujourd'hui, tout contrat supporte une très forte dose de statut.

La validation par le juge des accords de fin de conflit pénal n'est plus dirimante pour renier leur nature contractuelle. Au contraire, la composition pénale est désormais parfois libre de vérification judiciaire (CPP, art. 41-2, depuis L. 2019-222, art. 59). La validation est d'ailleurs plus souvent considérée comme un moyen d'assurer la conformité constitutionnelle des mécanismes et moins comme un passage vital qui assure la validité de l'accord<sup>704</sup>. La validation permet surtout de garantir la liberté de l'individu mis en cause, compte tenu de la gravité plus ou moins élevée des mesures pénales acceptées. La validation est un « enregistrement » nécessaire de l'accord, grâce à la fonction d'un tiers qui contrôle l'existence et la légalité

---

<sup>701</sup> X. PIN, « Le consentement en matière pénale », *op. cit.*, p. 538, n° 692 : « sous l'influence du dogme de l'autonomie de la volonté, des définitions subjectivistes ont été avancées, mais on est revenu aujourd'hui, à une définition relativement neutre. Or cette neutralité dissimule les principes sur lesquels repose la notion même de contrat à savoir le principe d'égalité (...) et le principe de la liberté de contracter » ; S-M. CABON, « La négociation en matière pénale », *op. cit.*, p. 334, n° 357 qui, après avoir dissocié volonté et consentement vicié, précise que : « la véritable question porte davantage sur le fait de savoir où se situe la limite au-delà de laquelle la volonté de l'individu se trouve illégitimement contrainte, plutôt que sur l'existence de la contrainte elle-même. Soumis à la menace d'une répression plus forte, le consentement du mis en cause apparaît d'autant plus "forcé" que la menace de sanction entre les deux options révélera un écart important » ; J-B. PERRIER « La transaction en matière pénale », *op. cit.*, p. 546, n° 667 : « si dans le cadre d'une alternative aux poursuites, le consentement de l'intéressé ne doit, évidemment pas être vicié par l'erreur, le dol ou la violence, il n'a pas pour autant à respecter les mêmes exigences de "liberté" que le consentement contractuel ». Il s'agit toujours d'une manifestation de volonté en vue de produire des effets de droit, obligatoire ou quasi-obligationnel, mais qui ne se confond pas avec le contrat, v. p. 549, n° 671 et 672.

<sup>702</sup> La contrainte pénale demeure elle aussi relative, et donc subjective, v. G. POISSONNIER, « Première convention judiciaire d'intérêt public entre le parquet national financier et une banque. Une révolution sans lendemain ? *JCP E.*, n° 7, 15 févr. 2018, 1088 : « Il est probablement impossible à un procureur français, aussi puissant soit-il, de négocier à égalité avec une telle banque internationale forte de 300.000 collaborateurs et qui gère près de 2.500 milliards d'euros d'avoirs » ; *contra*. S-M. CABON, « Entre pragmatisme et idéalisme, quelle place pour la négociation en droit pénal fiscal ? », *Droit fiscal*, n° 11, 14 mars 2019, p. 199, n° 19 : « Mais ce choix de consentir à l'application d'une procédure alternative semble moins relever de l'expression d'une liberté d'action que de la crainte d'une menace répressive ».

<sup>703</sup> Lui-même a pu hésiter sur la nature de conventionnelle d'un des actes-condition par excellence, la nomination d'un fonctionnaire, L. DUGUIT, « Traité de droit constitutionnel », t. 3, « La théorie générale de l'État », 2<sup>ème</sup> éd., E. DE BOCCARD, 1921, p. 117, n° 62, et « Traité de droit constitutionnel, t. 1, La règle de droit, le problème de l'État », *op. cit.*, p. 424. Suivant DUGUIT, on serait plus proche de l'union que de l'option en matière pénale, et l'union est une convention.

<sup>704</sup> J-B. PERRIER, « Réflexions et perspectives sur la transaction en matière pénale », *AJ pénal*, 2015, p. 474 ; J-P. CERE, P. REMILIEUX, « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le "plaider coupable" à la française », *AJ pénal*, 2003, p. 45 : « Cette immixtion d'un magistrat du siège n'a pas d'autre objet que de garantir les droits de la personne impliquée et de se conformer à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui avait refusé de valider la précédente réforme en l'absence d'intervention d'un juge du siège » ; C. SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC*, 2004, p. 827 : « Ce rôle de chambre d'enregistrement aurait pu sembler acceptable tant que la composition pénale était appaentée à un évitement des poursuites ».

manifeste de l'accord, sans avoir besoin de motiver la décision de validation ou de refus<sup>705</sup>. Si la validation est refusée, la proposition du procureur est caduque<sup>706</sup> ; l'acceptation de la personne suspectée l'est également par voie de conséquence. Autrement dit, l'accord se suffit en lui-même<sup>707</sup>, ce qui est corroboré par le mécanisme de la convention judiciaire d'intérêt public, l'accord étant au centre de cette alternative (un délai de réflexion et de rétractation, même après la validation judiciaire, et l'ordonnance de validation « n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation » (CPP, art. 41-1-2)).

**167. Affirmation de la nature contractuelle des contrats de fin de conflit pénal.** Il faut bien noter que la proposition de sanction du procureur n'est pas effective sans l'accord du mis en cause. Le procureur ne peut rien décider seul. La modification de la situation juridique ne s'opère que si deux volontés sont convergentes<sup>708</sup>. La qualification de convention, voire de contrat, ne serait plus vraiment une hérésie, d'autant plus que le code de procédure pénale a franchi le Rubicon. Il parlait déjà de transaction, mais il parle désormais de « convention judiciaire d'intérêt public » (CJIP) pour les accords conclus entre le parquet et la personne morale suspectée d'avoir commis des infractions financières (CPP, art. 41-1-2), ce mécanisme reposant même sur la négociation<sup>709</sup>, marqueur fort de la contractualisation.

L'accord de fin de conflit ne peut constituer un simple échange de renonciations unilatérales croisées. La renonciation est par nature unilatérale et porte un abandon. Or, la norme qui résulte de l'accord des parties ne se résume pas à un abandon<sup>710</sup>. Il n'est pas non plus justifié d'y voir

<sup>705</sup> J. DANET, S. GRUNVALD, « Brèves remarques tirées d'une première évaluation de la composition pénale », *AJ pénal*, 2004, p. 196 ; Circ. crim. 2001-14 F1/11-07-2001 de présentation des dispositions concernant la composition pénale issues de la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et du décret du 29 janvier 2001, JUSD0130103C, 4.4 : « La décision du président du tribunal, bien que qualifiée d'ordonnance par l'article 41-2, ne présente pas un caractère juridictionnel, mais constitue une décision *sui generis*. Elle n'est en effet pas prise de façon contradictoire, l'audition de la personne n'étant que facultative, sauf demande de l'intéressé, et ne pouvant être considérée comme permettant un débat contradictoire. Elle n'est par ailleurs pas motivée. Enfin, comme l'indique expressément l'article 41-2, elle n'est susceptible d'aucun recours ».

<sup>706</sup> La nullité n'est pas possible puisque le juge ne vérifie pas toutes les questions relatives à la validité et ne peut pas la prononcer à défaut de pouvoir juridictionnel. En revanche, on peut se demander quel est l'élément essentiel qui a disparu et qui justifie la caducité. Ce serait sans doute le consentement du procureur qui expirerait au jour du refus de validation, v. C. civ., art. 1186 : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ».

<sup>707</sup> Ce que M. le professeur PERRIER évoquait à la fin de sa thèse en proposant la réécriture des articles relatifs à la transaction et à la composition pénale. L'auteur entendait renforcer l'accord des volontés et assurer leur validité et leur efficacité en proposant notamment un délai rétractation et le moyen d'obtenir la nullité de l'acte pour vice du consentement.

<sup>708</sup> Cass., crim., 20 nov. 2007, n° 07-82808, à propos de la composition pénale.

<sup>709</sup> Le code parle même de « proposition de convention », « d'accord », de « rétractation », d'« obligations » « mises à exécution », « d'exécution intégrale des obligations prévues », de « l'exécution partielle des obligations prévues par la convention ».

<sup>710</sup> Le mis en cause renoncerait à quoi ? Au procès équitable ? Il n'y renonce pas vraiment, ni aux garanties qui s'y attachent, puisque, justement, il envisage un règlement non juridictionnel qui, par nature, laisse le statut du procès équitable et ses droits procéduraux inappliqués. Renonce-t-il à ne pas contester les faits ? Nous pensons qu'il s'agit de déterminer et d'accepter les faits pour trouver une sanction adaptée. De toute façon, les droits de procédure ne sont pas tant abandonnés, que retardés, v. CEDH, NATSVLISHVILI et TOGONIDZE c. GEORGIE, du 29 avr. 2014, n° 9043/05 § 91, s. et déjà, DEWEER c. BELGIQUE, 27 févr. 1980 n° 6903/75 pour une acceptation transactionnelle obtenue sous la contrainte ; v. *in globo* sur les renonciations du procès

des volontés unilatérales de substitution ayant pour but de renoncer à un statut, pour préférer l'application d'un autre, et ce, sans jamais se rencontrer, pour les raisons rappelées.

Les manifestations de volonté croisées portant l'option se conçoivent de manière solidaire. Sans la rencontre de l'une avec l'autre, les normes proposées (les sanctions) ne naissent pas. Il ne s'agit pas pour le procureur de choisir un statut et, pour le mis en cause, de donner son accord à l'option<sup>711</sup>. En outre, le mis en cause ne libère pas la faculté de punir du procureur dont il n'est pas titulaire à part entière. Le consentement donné par ce dernier n'est donc pas une autorisation laissée au procureur.

Il faut pourtant noter que la norme envisagée par chaque manifestation de volonté est la même : elle définit les modalités substantielles de la résolution du conflit après reconnaissance des faits infractionnels ; la qualification de l'infraction étant reconnue, la sanction convenue en tire les conséquences. Le procureur agit dans l'intérêt de la Société (il met fin au trouble public) et l'auteur agit pour payer sa dette auprès la société (sanction), qu'il reconnaît, et auprès de la victime (réparation du préjudice)<sup>712</sup>.

La transaction *stricto sensu*, la composition pénale et la convention judiciaire d'intérêt public sont donc des contrats. Chaque auteur du contrat sur la sanction pénale est en position de faire valoir un intérêt contractuel reconnu par le Droit en vue de mettre fin au conflit substantiel. Les parties à l'accord sont toutes les deux amenées à tirer avantage de leur posture d'acteur au conflit pénal en liant leur intérêt contractuel. Le mécanisme est tel que sans volonté d'une partie, l'autre ne peut produire aucun effet. La liaison des intérêts contractuels est nécessaire et, sans être scellée dans l'accord des parties sur les faits et la sanction, aucune norme ne peut mettre fin au conflit substantiel. La conception des intérêts contractuels en jeu permet d'outrepasser les faiblesses de la volonté subjective conduisant à voir tantôt du contrat, tantôt un acte seulement très consensuel.

---

équitable, « Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », déc. 2019 disponible sur le site internet de la CEDH. Le procureur renoncerait à quoi ? Au déclenchement de l'action publique qui ne lui appartient pas ? Les renoncements ne constituent que des conséquences juridiques et matérielles qui s'attachent à l'existence de l'accord. L'évitement du procès n'est donc qu'un but psychologique de l'acte.

<sup>711</sup> *Contra.*, X. PIN, « Le consentement en matière pénale », *op. cit.*, p. 544, n° 700 : « Il est préférable pour décrire le processus consensuel substitutif, de le présenter comme procédant d'un droit d'option d'ordre pénal. Il s'agirait pour le justiciable, d'accepter sur proposition des autorités répressives, une modification de son statut ou, tout simplement, du droit de choisir son statut ».

<sup>712</sup> Si le mis en cause avait intérêt à produire une norme d'autorisation ou une norme de renonciation en vue de libérer la faculté d'agir du procureur, ce dernier devrait être libre d'agir après la manifestation de volonté de ce premier. Or, il ne peut pas décider de ne plus aller au bout du processus une fois l'accord scellé (Cass. crim., 20 nov. 2007, précité).



**168. La nature substantielle des intérêts pénaux.** Les accords transactionnels concernent d'abord le plan substantiel avant le droit processuel. En effet, l'accord offre avant tout la possibilité d'éteindre le conflit infractionnel avant d'aménager la procédure. Par exemple, la composition pénale est un processus permettant d'aboutir à un accord sur la sanction pénale. Le procureur met en œuvre une prérogative punitive qui lui est reconnue, mais subordonnée à l'acceptation de l'infacteur, dans la limite des garanties que lui offre ce mécanisme procédural. Procureur et mis en cause manifestent leur volonté en vertu d'un même intérêt substantiel qui se comprend comme la valorisation de leur position juridique pour mettre fin au trouble public résultant de l'infraction. Le procureur envisage de mettre fin au conflit d'intérêt public en proposant de fixer les faits à l'origine du conflit et une sanction adaptée pour y remédier. Le mis en cause envisage également de mettre fin au trouble public en reconnaissant au moins l'existence de ces mêmes faits et en acceptant la mesure envisagée.

Il devient compliqué de nier l'intérêt substantiel de l'auteur supposé de l'infraction qui n'a vocation qu'à organiser sa défense en démontrant qu'il n'est pas l'auteur des faits ou que la sanction n'est pas justifiée<sup>713</sup>. De plus, il est aujourd'hui impossible de considérer que le procureur n'a qu'un intérêt processuel d'orientation et de conduite procédurale, allant de la décision de poursuivre jusqu'au jugement et son exécution. Il ne peut pas prononcer de peine, certes, mais l'essor des mécanismes alternatifs tend à laisser penser, qu'en tant que défenseur des intérêts de la Société<sup>714</sup>, il peut mettre fin au conflit en étant partie active à la détermination d'une sanction avec l'accord du mis en cause et sous le contrôle du juge<sup>715</sup>. L'objet de la norme contractuelle permet de satisfaire les intérêts substantiels en ce qu'il porte sur une sanction mettant fin au conflit substantiel entre la Société et le mis en cause. La logique est similaire à celle de la transaction civile : chaque acteur rabat une partie de ses prétentions substantielle

---

<sup>713</sup> C. Constit., QPC, n° 2014-416 du 26 sept. 2014, §15 : « Considérant que ni le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, qui découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789, ni aucune autre exigence constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une personne suspectée d'avoir commis une infraction reconnaisse librement sa culpabilité et consente à exécuter une peine ou des mesures de nature à faire cesser l'infraction ou en réparer les conséquences ».

<sup>714</sup> En matière fiscale ou environnementale, l'intérêt est encore plus substantiel quand il s'agit d'obtenir réparation du préjudice et moins de punir : J-B. PERRIER, « La transaction matière pénale », *op. cit.*, p. 163, n° 180, s.

<sup>715</sup> C. SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *op. cit.*, : « L'une des études portant sur la mise en œuvre de la composition pénale, si elle ne retient pas le terme de négociation de la peine, met en avant une discussion sur la nature et le quantum de la peine », comme d'ailleurs le fait la circulaire de 2011 : « il est nécessaire non seulement que la personne reconnaisse sa culpabilité, mais également qu'elle accepte le principe même d'une sanction » ; J-C. CROCQ, « Du droit de la transaction au droit à la transaction en matière pénale : pour une recomposition des procédures alternatives et simplifiées » *RSC*, 2015, p. 595 et *AJ pénal*, 2015, p. 46 : « Le "parquet à la française" est pleinement qualifié pour jouir de prérogatives de transaction et de sanction. En dépit de la spécificité du statut du ministère public, la jurisprudence constitutionnelle a confirmé son appartenance à l'autorité judiciaire et sa compétence pour veiller à la garantie des droits sous l'angle de l'article 66 de la constitution ».

dont la mesure peut être prise au regard des règles du code pénal (un comportement frauduleux et une « peine »).

L'esquive du procès, même si elle est voulue, ne peut que satisfaire une volonté subjective, qui ne doit pas être prise en compte pour définir l'existence d'un contrat en procédure pénale. L'action en justice est éteinte, par voie de conséquence légale, du seul fait que l'accord transactionnel est exécuté. La transaction pénale est donc, comme en matière civile, un contrat à fin processuelle. La reconnaissance de la capacité des acteurs du conflit pénal à organiser le règlement du conflit dans son versant processuel serait pourtant particulièrement bienvenue en procédure pénale<sup>716</sup>.

## § 2 - La liaison des intérêts judiciaires

À l'image des accords qui paraissent processuels et qui ne sont que substantiels, des doutes s'agrégent sur les accords qui relèvent en réalité du champ judiciaire. Ce sont, pour la plupart, des accords judiciaires qui pourraient être qualifiés de « convention de l'administration »<sup>717</sup>. Seront d'abord présentés quelques contrats manifestement judiciaires, qui organisent le fonctionnement de l'institution judiciaire et qui peuvent avoir de simples conséquences sur les règles de procédures (I). Il sera ensuite illustré que la nature judiciaire ou processuelle d'autres contrats collectifs est bien plus incertaine. Les doutes peuvent, en revanche, être levés au regard de l'intérêt juridique mis en œuvre (II).

### I - Les contrats sur l'administration de la justice

**169. Les conventions portant création des maisons de justice et du droit.** Les maisons de justice et du droit (MJD) sont des lieux d'accueils des justiciables implantés dans une localité<sup>718</sup>. Elles sont créées par voie de convention entre les acteurs locaux de la justice, et le contenu de la convention vise à organiser le fonctionnement de ce nouveau lieu de justice et de droit. Ces conventions concernent donc l'organisation du service public de la justice<sup>719</sup>.

Depuis leur développement dans les années 1990, les MJD ont un rôle secondaire permettant le règlement des conflits pénaux et civils. Elles sont un lieu où l'activité judiciaire pénale peut

---

<sup>716</sup> V. *infra* n° 184, s.

<sup>717</sup> S. HOURSON, « Les conventions d'administration », *LGDJ*, 2014.

<sup>718</sup> La création d'une MJD et son fonctionnement sont encadrés par le code de l'organisation judiciaire, art R. 131-1, s.

<sup>719</sup> L. CADIET, « Droit judiciaire privé », *JCP G.*, n° 18, 1<sup>er</sup> mai 2002, doct. 132, *spéc.* n° 10 qui précise qu'il s'agit d'« une nouvelle manifestation de la contractualisation contemporaine de la justice ».

s'exercer autour des mesures alternatives aux poursuites mises en œuvre par des associations agréées ou par des médiateurs. Elles sont aussi un lieu propice à la conciliation et à la médiation pour les litiges civils. Dans ces deux cas, et plus globalement, il s'agit d'un lieu qui offre une justice de proximité pour répondre aux besoins institutionnels locaux. C'est donc avant tout, et là est leur mission première, un point d'accès à l'institution judiciaire<sup>720</sup>, un point d'accès au droit<sup>721</sup>. Les MJD se sont développées pour offrir une structure locale d'accès au droit pour les citoyens et, en deçà, elles représentent un lieu de vie du quartier tourné vers une politique de communication et d'explication de la justice à destination des élus locaux, des autres partenaires de la justice, mais aussi des populations<sup>722</sup>.

Les conventions portant création d'une MJD n'aménagent donc pas des règles de procédures, mais rendent seulement possible l'exercice de certaines de ces règles dans des lieux de justice différents de ceux du Palais. Il est malgré tout possible de déceler un infime résultat sur le droit du procès en ce que les procédures sont susceptibles d'être mieux appliquées parce que les défis judiciaires sont mieux appréhendés à l'échelle territoriale<sup>723</sup>. L'intérêt des nombreux signataires est purement justicier<sup>724</sup>. Leur ambition est la création et le fonctionnement d'un nouveau lieu de justice. C'est d'ailleurs là-dessus que portent les normes édictées par convention (COJ, art. R. 131-4). Le Conseil d'État rappelle que les conventions de création de MJD ne sont pas prises à la légère. L'intérêt justicier de tous les acteurs doit être respecté avant que le ministre de la Justice n'homologue la convention par arrêté (COJ, art. R. 131-5)<sup>725</sup>.

**170. Les conseils départementaux d'accès au droit (CDAD).** Le conseil départemental d'accès au droit est un groupement d'intérêt public créé par une convention organisant ses modalités de fonctionnement. Ce dernier a pour objet de définir une politique économique et sociale locale de l'accès au droit et à la justice. C'est d'ailleurs pour cela que le texte organisant le CDAD se trouve dans la loi sur l'aide juridique<sup>726</sup>. Il s'agit donc de constituer une personne

---

<sup>720</sup> V. COJ, art. L. 7-12-1-1, s. (ant.).

<sup>721</sup> L'article R. 131-1 du COJ précise que les MJD « assurent une présence judiciaire de proximité et concourent à la prévention de la délinquance, à l'aide aux victimes et à l'accès au droit ».

<sup>722</sup> Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 956) relatif à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, J. BRUNHES (dir.), 25 juin 1998.

<sup>723</sup> F. FRECHEDE, « Les maisons de justice », *Droit et ville*, 1<sup>er</sup> juin 1994, p. 130 ; A. WYVEKENS, « Justice de proximité et proximité de la justice. Les maisons de justice et du droit », *Droit et société*, 1<sup>er</sup> mars 1996, p. 363 ; A. LEJEUNE, « Justice institutionnelle, justice démocratique. Clercs et profanes : La Maison de justice et du droit comme révélateur de tensions entre des modèles politiques de justice », *Droit et société*, 1<sup>er</sup> mai 2007, p. 361.

<sup>724</sup> COJ, art. R. 131-3 : préfet, maire, président du TJ, procureur, bâtonnier, associations, CDAD, autres collectivités territoriales.

<sup>725</sup> L'absence de l'une de ces parties du projet de convention ou le refus de l'une d'elles de le signer empêche la création de la MJD (CE, 6 avr. 2006, n° 279445, v. « Une Maison de justice et du droit ne peut être créée sans l'accord du bâtonnier de l'ordre des avocats », *AIDA* 2006, p. 1575).

<sup>726</sup> L. n° 91-647 du 10 juill. 1991, art. 54 s. ; D. n° 91-1266 du 19 déc. 1991, art. 141, s.

morale qui pourra aussi passer des conventions avec des acteurs locaux de la justice pour définir les modalités de leurs participations aux actions d'aide à l'accès au droit. Rien de processuel dans tout cela. Un organisme juridique est créé par voie de convention par les acteurs locaux motivés par leur volonté d'assurer le financement de l'accès au droit au niveau local.

**171. Les contrats locaux de sécurité<sup>727</sup>.** Le contrat de sécurité est une convention signée à l'échelon local entre les services de l'état (préfet, procureur de la République, parfois le recteur d'académie) et les collectivités locales (maire, président du conseil général, président du conseil régional), en y invitant parfois divers partenaires sociaux (associations de victimes, bailleurs sociaux, etc.)<sup>728</sup>. Puisqu'ils portent apparemment sur l'action pénale locale et qu'un procureur de la République est signataire, il y aurait des indices laissant présager leur caractère à la fois judiciaire et processuel. Pourtant, le procureur n'agit pas comme représentant de la juridiction, mais comme coordonnateur local de la politique pénale, recevant les instructions du procureur général, qui les reçoit lui-même du ministre de la Justice<sup>729</sup>.

De nos jours, il existe des contrats de sécurité intégrée<sup>730</sup>. Ces contrats instituent un partenariat actif entre des acteurs locaux qui ont pour mission de déterminer une politique de sécurité de la ville, mais il n'y a rien de judiciaire au sens où nous l'entendons, c'est-à-dire l'objectif d'assurer la bonne administration de la justice locale. Les intérêts sont politiques et de nature à préserver la sécurité et prévenir la délinquance. L'objet de ces contrats est d'adapter l'action quotidienne des acteurs de la sécurité et de la délinquance « autour de priorités définies à partir d'un

---

<sup>727</sup> La question s'est posée de savoir s'il s'agissait de vrais contrats. Des auteurs ont répondu par l'affirmative, car les circulaires de 1997 et de 1999 parlaient de « contrats ». Le fait qu'il y ait des signataires qui soient exclusivement des représentants de l'État (procureur, maire, préfet, recteur d'académie, etc.), et donc, manifestant la volonté de la même personne morale, n'est pas un obstacle à la reconnaissance d'un contrat, en ce que chacun peut faire valoir des intérêts propres (V. LEWANDOWSKI, « Le contrat local de sécurité est-il un véritable contrat administratif ? », *Dr. Admin.*, n° 1, janv. 2002, chron. 2, qui plaide en faveur d'une reconnaissance contractuelle ; circ. 28 oct. 1997 relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité ; circ. 7 juin 1999 relative aux contrats locaux de sécurité, v. plus tard circ. INTK0600110C du 4 déc. 2006 relative à l'élaboration des contrats locaux de sécurité (CLS) de nouvelle génération) ; aujourd'hui leur qualification contractuelle est explicite : D. n° 2007-1126 du 23 juill. 2007 relatif au conseil local et au conseil intercommunal de sécurité et de prévention de la délinquance et au plan de prévention de la délinquance dans le département, remplaçant D. n° 2002-999 du 17 juill. 2002 relatif aux dispositifs territoriaux de sécurité et de coopération pour la prévention et la lutte contre la délinquance. Il s'agit de mettre en œuvre un plan de la prévention de la délinquance défini par le préfet et le procureur (CGCT, art. D. 2211-1).

<sup>728</sup> N. PANNIER, « Les contrats locaux de sécurité et la politique de la ville », *RFAP* 2001/3, p. 127.

<sup>729</sup> Circ. 28 oct. 1997 précitée, art. I.1 et circ. 12 avr. 2006 NOR/INT/A/06004. La circulaire de 2006 liste le contenu des actions et donc la teneur des normes envisagées, qui sont loin d'être justicielles : « Champs couverts par les actions : - la prévention des conduites addictives, - l'assistance aux victimes, - les violences sous toutes leurs formes faites aux mineures et aux femmes, - l'accès au droit, - l'apprentissage et la promotion de la citoyenneté, - la prévention situationnelle, - la prévention de la récidive et de la réitération, - l'accompagnement parental des familles en grave difficulté, - la lutte contre l'absentéisme scolaire, - la prévention et la lutte contre les violences en milieu scolaire, - la prévention et la lutte contre les violences dans le sport et les loisirs éducatifs et culturels, cette liste est indicative. La nature des actions composant le CLS est déterminée par les caractéristiques du quartier » ; A. WYVEKYNS, « Les politiques de sécurité : une magistrature sociale pour quelle proximité », *Droit et Société*, 2000, n° 44/45, p. 127.

<sup>730</sup> Circ. 16 avr. 2021, n° 6258-SG de mise en œuvre des contrats de sécurité intégrée.

diagnostic<sup>731</sup> ». Pour ce faire, « il s'agit à la fois d'établir un diagnostic approfondi sur une situation locale à partir de rencontres avec les policiers, les associations de quartier, les travailleurs sociaux et les élus, et d'assurer des missions de proximité<sup>732</sup> ». Le contenu normatif de ces conventions établit donc une politique de prévention et de sécurité par le développement des moyens humains et financiers entre institutions publiques et acteurs sociaux<sup>733</sup>. Ces contrats ne reposent donc pas sur des intérêts processuels, même si certains contrats peuvent rappeler l'existence de certaines règles de procédure pénale<sup>734</sup>.

**172. Les autres accords judiciaires.** Beaucoup d'accords pris par les représentants d'institutions locales sont de nature à prétendre à l'amélioration de l'administration du service public de la justice. C'est l'hypothèse classique du contrat d'objectifs conclu en vue de dynamiser l'administration de la justice, mais également les procédures juridictionnelles mises en œuvre. *Prima facie*, certaines conventions ont tout l'air de vrai ou de faux contrats de procédure. Pourtant, ce n'est pas parce que les mots « protocole » et « convention » sont cités dans *l'instrumentum* liant la juridiction à des tiers, qu'il s'agit d'un aménagement du cadre procédural<sup>735</sup>. Le tri est à faire, et, la plupart du temps, l'intérêt des acteurs à l'acte est d'abord judiciaire avant d'être processuel.

Prenons quelques exemples. La convention relative aux modalités de mise en œuvre de l'intervention du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de CHAMBERY, en matière de soins sans consentement, a été signée entre la juridiction (président du TGI) et procureur de la République, le directeur du CHS de la SAVOIE, et le bâtonnier de l'ordre des avocats le 10 avril 2015. Tout à l'air d'être processuel. Pourtant, il ne s'agit pas de procédure, l'intérêt et la norme de nature processuelle font défaut. La convention n'engendre

---

<sup>731</sup> F. MOLINS, « Ministère public », *Rép. dr. pén. et proc. pén.*, 2015, n° 67 ; il existe plusieurs générations des contrats locaux de sécurité, les premiers en 1997, les seconds en 2006 : A. BONFILS, « Utilisation et évolution des contrats locaux de sécurité », *AJ collectivités territoriales*, 2010, p. 155 ; B. LAPOUILLE, « Une circulaire pour la mise en place des nouveaux contrats locaux de sécurité », *DALLOZ Actualité*, 5 janv. 2007.

<sup>732</sup> C. MAUGÛE, « Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative : l'exemple des contrats locaux de sécurité », *AJDA*, 1999, p. 36.

<sup>733</sup> A. BONFILS, « Utilisation et évolution des contrats locaux de sécurité », *op. cit.* ; il s'agit de cibler la délinquance à partir d'un diagnostic local de sécurité (DLS), avant de décider des moyens pour y mettre fin. Les nombreuses actions sociales prévues sont principalement éducatives, informatives et de réinsertions. Elles se conjuguent à la redéfinition des conditions d'interventions de la police et de la gendarmerie et sa communication avec les institutions politiques et judiciaires.

<sup>734</sup> Par ex. Contrat de prévention et de sécurité du 20<sup>e</sup> arrondissement de PARIS, 2016-2020, sur le site web de cette mairie.

<sup>735</sup> Le mot protocole est cité dans certains articles du code de procédure pénale. Pourtant il ne s'agit pas de protocole de procédure au sens où nous l'entendons. Il peut s'agir d'un protocole international, qui n'est rien d'autre qu'un texte de procédure internationale (CPP, art. 622-1, art. 689-7). Il peut aussi s'agir d'un protocole entre deux administrations visant à déterminer la bonne administration de plusieurs services publics qui sont amenés à travailler ensemble. Citons le protocole prison/hôpital (CPP, art. D. 369), P. PEDRON, J-P DUROCHE, « Droit pénitentiaire », 2<sup>ème</sup> éd. VUIBERT, 2013, *spéc.* n° 827 qui « définit très précisément les moyens humains (médecins généralistes ou spécialisés, infirmiers, dentistes, kinésithérapeute, etc.) et matériels (radiologie, matériel médical...) mis à disposition des personnes détenues au sein de l'établissement pénitentiaire et précise les obligations des personnels de santé (effectuer un examen systématique de tous les "entrants", délivrer des soins courants, organiser les soins à l'extérieur en tant que de besoin) ».

pas de normes de procédure et n'a pas l'ambition première d'améliorer le cadre procédural applicable. Cette convention porte uniquement sur le fonctionnement du service public de la justice en matière de soins forcés. Il s'agit de délocaliser le palais de justice dans l'enceinte d'un établissement de soins comme le permet l'article L. 3211-12-2 du code de la santé publique et pour les procédures dans lesquelles le JLD intervient. Certes, il y a toujours une ambition plus lointaine de célérité et de qualité procédurale et matérielle à laquelle une dimension processuelle pourrait être donnée, mais ce n'est pas l'objectif premier. Les intérêts des auteurs de la convention visent à organiser le processus administratif pour créer une salle d'audience dans un centre hospitalier, compte tenu de la particularité du contentieux<sup>736</sup>.

Ces conventions qui relèvent de l'organisation judiciaire sont très nombreuses. Parmi elles, figure encore les conventions qui habilite des associations à mettre en œuvre les mesures alternatives aux poursuites. Malgré leur nom, elles ne font que désigner l'association qui peut mettre en œuvre les mesures de l'article 41-1 CPP, lorsque celle-ci agit en qualité de délégué du procureur de la République (CPP, art. R. 15-33-30). Ces conventions d'habilitation ne prévoient donc pas de cadre processuel, mais simplement une organisation justicielle<sup>737</sup>.

## II - les contrats sur la communication par voie électronique (CPVE) : l'exemple de la procédure civile

**173. L'hésitation sur la nature des conventions sur la CPVE.** La doctrine spécialisée a martelé que la CPVE n'est que de la procédure et rien que de la procédure<sup>738</sup>. Nous souscrivons en partie à cette analyse, à condition de préciser la position processuelle des acteurs locaux signataires de ces conventions, car « la communication électronique n'est pas [non plus] une couche transparente que l'on pose sur les règles de procédure civile<sup>739</sup> ».

L'objectif initial de la communication des actes de procédure par voie électronique s'insère dans une plus vaste opération de dématérialisation. D'abord, la dématérialisation peut être vue

---

<sup>736</sup> Cette convention justice/hôpital définit par exemple le lieu de l'audience et le jour des audiences, comme l'accessibilité et l'aménagement sécurisé de la salle d'audience dans un établissement de soins.

<sup>737</sup> Convention relative à la mise en œuvre des mesures alternatives aux poursuites signée le 7 oct. 2015 entre la première présidente de la cour d'appel de VERSAILLES et son procureur général et l'association socio-éducative des YVELNES (ASSODEY) : elle prévoit notamment un budget prévisionnel de l'association ainsi qu'un volume prévisionnel des mesures susceptibles d'être prises en charge (enquêtes sociales, de personnalités, contrôles judiciaires socio-éducatifs, 41-1 CPP, etc.), le délai et le lieu pour les réaliser.

<sup>738</sup> C. BLERY, J-P. TEOUL, « La communication électronique par voie procédurale, de la procédure avant tout ! », *JCP G.*, 2012, 1189 : « C'est cette illusion qu'il convient de combattre en répétant que la communication par voie électronique n'est ni plus ni moins que de la procédure civile ».

<sup>739</sup> H. CROZE, « NAPOLEON reviens, ils sont devenus fous ! », *op. cit.* : « Le problème est que la communication électronique n'est pas une couche transparente que l'on pose sur les règles de procédure civile. Elle les influe, les gauchit les rigidifie ».

comme la modernisation du service public de la justice issue d'une politique de *new management*<sup>740</sup>. C'est pour cela que la CPVE implique des questions d'ordre technique et économique, mais aussi culturel, bien avant des questions d'ordre procédural. Pour que la communication par voie électronique soit opérationnelle, il a fallu créer des cadres nationaux et locaux relatifs à son organisation et à son fonctionnement, en somme, l'architecture technologique et matérielle d'un service public de la justice 2.0.

Ensuite, en renversant la perspective, c'est-à-dire en partant du but ultime de la communication par voie électronique, qui porte sur l'amélioration de la qualité des procès (et donc les règles de procédure et donc *in fine* la justice substantielle), c'est le droit processuel et les questions procédurales qui sont au cœur de la CPVE. Il s'agit de transmettre des actes et des pièces de procédure par le média électronique<sup>741</sup>, ce qui peut perturber l'application de la règle de procédure.

**174. Le caractère judiciaire des protocoles de CPVE.** La convention de communication par voie électronique signée entre une juridiction et un barreau fait montre du caractère apparemment très judiciaire des normes produites<sup>742</sup>. En effet, la CPVE exige la mise en place d'un cadre technique pour son instauration et son fonctionnement. Ce cadre relève plus globalement d'une politique d'organisation et de fonctionnement de la justice, que de l'aménagement des règles de procédures<sup>743</sup>. La convention-cadre nationale conclue entre le Conseil national des barreaux (CNB) et la Chancellerie en 2005, remodelée en 2007, puis en 2010 et 2016, puis 2021<sup>744</sup>, envisage la création de ce cadre administratif qui précise les obligations juridiques techniques et financières du Conseil national des barreaux et de l'État. Elle établit une structure de référence générale fonctionnelle et technique et elle laisse le soin aux acteurs locaux de conclure des conventions locales, calquées sur la convention nationale, pour convenir plus particulièrement de la mise en œuvre organisationnelle de la CPVE. Les conventions de procédure locales, surtout les premières, reprennent pour beaucoup la structure de la convention-cadre en l'adaptant au niveau local<sup>745</sup>. Elles doivent établir un cadre technique

---

<sup>740</sup> L. CADIET, « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies. Rapport de synthèse » *Procédures*, n° 4, avr. 2010, doss. 8, n° 30.

<sup>741</sup> E. DE LEIRIS, « Communication électronique », *Rép. proc. civ.*, 2016, n° 1.

<sup>742</sup> H. CROZE, « Le progrès technique de la procédure civile, *JCP G.*, 2009, I. 108, *spéc.* n° 28, s. et « Une procédure bien sous tous les rapports », *Procédures*, 2010, rep. 9.

<sup>743</sup> Rapport législatif annexé à la L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 1.1 : « Le ministère doit s'engager résolument dans la démarche de l'État-plateforme, tout en garantissant aux publics éloignés du numérique un accès proche et de qualité ».

<sup>744</sup> V. les conventions sur [cnb.avocat.fr](http://cnb.avocat.fr).

<sup>745</sup> Le protocole de LILLE signé le 7 juin 2006 entre le bâtonnier, le greffier en chef et le président du TGI qui est l'un des premiers en matière électronique précise dans son l'article I que : « La présente convention locale a pour objet de mettre en

sécurisé, avant d'évoquer la procédure. Elles prévoient, dans un ressort particulier, les différentes obligations, juridiques<sup>746</sup>, techniques<sup>747</sup> et financières<sup>748</sup> à la charge des signataires<sup>749</sup>.

Après cela, les conventions abordent les modalités organisationnelles de la communication par voie électronique qui comprennent la marge de manœuvre des acteurs locaux au regard des spécificités du ressort. La procédure commence à transparaître. À cet échelon, des boîtes aux lettres électroniques applicatives auxquelles peuvent être envoyés certains actes de procédure sont créées pour chaque service ; des codes de données sont aussi créés pour faciliter la lecture de l'objet de l'envoi électronique ; la procédure à suivre en cas de défaillance du système que chaque utilisateur doit dénoncer<sup>750</sup> et encore, par exemple, ce qui doit être considéré comme une cause étrangère justifiant qu'il ne soit pas recouru à la CPVE quand elle est imposée, ce qui peut conduire à proroger un délai de procédure pour déposer l'acte papier. Les conventions répondent encore à la question de savoir « jusqu'à quelle heure exacte le greffe de la juridiction peut-il admettre un message, sachant que la technique permet de l'envoyer 24 heures sur 24, mais que le greffier est tenu à des horaires précis<sup>751</sup> ». Ces questions d'ordre matériel ont une influence sur les règles de procédure.

Ce cadre juridique et matériel traduit avant tout l'ambition de créer le contexte technico-juridique de la CPVE au sein du service public de la justice connecté, sans que les règles soient forcément de nature procédurale. En revanche, une fois que le cadre propre au fonctionnement du service public de la justice est établi, il s'agit bien de le confronter aux règles de procédure

---

place et d'adapter au fonctionnement du tribunal de grande instance de LILLE le protocole de communication électronique instauré par la convention-cadre nationale du 4 mai 2005 ».

<sup>746</sup> Les parties s'engagent à définir et respecter leurs obligations techniques, économiques et surtout la mise en œuvre organisationnelle (l'étendue de la communication électronique, essentiellement concernant l'accès, la récupération, la consultation de données enregistrées, la transmission de données, l'échange de courriers électroniques, la transmission de l'équivalent électronique des actes et pièces de procédure).

<sup>747</sup> Inscription des avocats au moyen de communication électronique et exploitation quotidienne du système, fiabilité du système.

<sup>748</sup> Répartition des charges d'entretien du système de communication électronique.

<sup>749</sup> Plus concrètement, les obligations juridiques portent sur l'obligation de respecter le cadre global convenu par les signataires et les acteurs locaux d'un procès, en particulier par les avocats du barreau. Il est question d'organiser les modalités de la gestion de l'inscription et de la résiliation des avocats au réseau privé virtuel (RPVA). Il s'agit encore et surtout pour les acteurs locaux de s'obliger à garantir la fiabilité des échanges. Les obligations techniques sont essentiellement la traduction concrète des obligations juridiques. Les parties à la convention locale assurent la gestion des inscriptions et des désinscriptions des avocats au RPVA et contrôlent leur accès au réseau. L'obligation technique essentielle est de pourvoir au fonctionnement quotidien du système et sa fiabilité. Dans les obligations techniques et financières figurent aussi les obligations relatives aux équipements communs : elles portent sur la répartition des coûts pour la maintenance de l'infrastructure électronique et sur la sécurité du système, comme le contrôle de l'habilitation de l'avocat pour accéder au réseau et la confidentialité d'échanges électroniques.

<sup>750</sup> CA, REIMS, ch. civ. sec. 1, 27 nov. 2012, n° 12/02121 ; H. CROZE, « Irrecevabilité des conclusions pour violation d'une convention de procédure », *JCP G.*, n° 52, 1<sup>er</sup> déc. 2012, 1394 : « Cette convention imposait d'ailleurs aux avocats une procédure particulière en cas d'incident de fonctionnement du Réseau privé virtuel avocats (RPVA) qui ne fut pas respectée en l'espèce ».

<sup>751</sup> N. FRICERO, « Procédure civile », *op. cit.*



qui subissent les nouvelles exigences technologiques<sup>752</sup>. D'ailleurs, les protocoles sont importants en ce qu'ils adaptent les règles de procédure civile à la CPVE et aux spécificités techniques au niveau local. L'objectif initial était de définir un cadre des consultations et échanges électroniques dans chaque juridiction, en tenant compte des exigences technologiques avant les premiers arrêtés techniques (25 septembre 2008, 7 avril 2009, 5 mai 2010 et 30 mars 2011).

Les premiers protocoles locaux ont eu pour fonction essentielle d'anticiper la généralisation progressive des règles du code de procédure civile (CPC, art. 748-1 à 748-5), depuis 2006, dans les juridictions ordinaires, avant leur application étendue sur l'ensemble du territoire<sup>753</sup>. Ces protocoles ont ainsi, au moins, édicté une norme de procédure manifestant l'intention processuelle des signataires : l'application anticipée des textes précités dans un ressort donné<sup>754</sup>. À l'inverse, des protocoles ont pu fermer la CPVE, alors que rien de l'interdisait<sup>755</sup>. En ce sens, les conventions collectives ont déterminé le champ d'application progressif de moyen de communication<sup>756</sup>.

**175. La CPVE et la procédure.** Les protocoles étudiés regorgent de normes de procédure. Les dispositions relatives à la CPVE sont même fondues avec d'autres dispositions relatives à

---

<sup>752</sup> Des protocoles ont envisagé l'outil informatique pour des procédures qui n'en bénéficiaient pas officiellement, v. Protocole d'accord relatif à l'utilisation de l'agenda électronique devant le juge de l'exécution signé le 27 juin 2013 entre le président de la chambre départementale des huissiers de justice de PARIS, le bâtonnier de l'ordre des avocats de PARIS, et la présidente du tribunal de grande instance de PARIS : « il n'y a cependant pas de connexion entre les modules e-juridiction et WINCI, ni entre e-juridiction et e-barreau. Dans l'attente d'une décision au plan national, le barreau de PARIS et la chambre départementale des huissiers de justice de PARIS conviennent d'un circuit d'échanges entre les avocats et les huissiers de justice de PARIS, pour la prise de date devant le juge de l'exécution par voie d'assignation » ; « Dématérialisation : accord relatif à l'utilisation de l'agenda électronique des audiences devant le juge de l'exécution », *LexisNexis Actualités*, 3 sept. 2013.

<sup>753</sup> D. n° 2005-1678 du 28 déc. 2005, art. 88, puis plus tard en appel, D. n° 2009-1524 du 9 déc. 2009.

<sup>754</sup> Circ. relative à l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2006 du D. du 28 déc. 2005 n° 2005-1678 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom : « Elles auront pour objet de définir le champ du recours à la communication électronique et de déterminer les actes de procédure à dématérialiser, en s'assurant du respect de la confidentialité et de la sécurité des échanges » ; C. BLERY, « Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de LYON : un exemple qui interroge », *JCP G.*, n° 50, 10 déc. 2012, 1357 : à propos du protocole de procédure passé au tribunal de commerce de LYON : « Ce déploiement est prématuré et dépourvu de valeur juridique, à défaut d'arrêté "748-6" l'autorisant » ; v. A. du 25 septembre 2008 portant application anticipée pour la procédure devant le tribunal de grande instance des dispositions relatives à la communication par voie électronique, art. 2.

<sup>755</sup> C. BLERY, « Le protocole, le juge de l'exécution et la communication par voie électronique », *DALLOZ Actualité*, 13 mars 2018, à propos de l'arrêt Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> mars 2018, n° 16-25462 ; C. BLERY, « Droit et pratique de la procédure civile », *op. cit.*, p. 898, n° 300.33.

<sup>756</sup> Avenant n° 2 de la Convention relative à la communication électronique pour les tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel de RENNES signé le 8 février 2017 entre le procureur général et le premier président de la cour d'appel de RENNES, les présidents des TGI, les procureurs de la République et les ordres des avocats de SAINT-BRIEUC, BREST, QUIMPER, RENNES, SAINT-MALO, NANTES, SAINT-NAZAIRE, LORIENT ET VANNES, « périmètre d'application » : « toutes les procédures civiles avec ou sans représentation obligatoire devant les chambres et les services civils, y compris celles où le ministère public est partie ou partie jointe dès lors qu'un avocat est constitué dans le dossier et inscrit à e-barreau sauf : les requêtes des articles 493 et suivants, 812 et suivants du code de procédure civile, requêtes JEX, la CIVI, le bureau d'aide juridictionnelle, les saisies immobilières, les expropriations, les procédures collectives, les contrôles des mesures d'expertise ».

l'organisation générale de la procédure devant une chambre ou une juridiction<sup>757</sup>. Plus techniquement, les protocoles ont permis d'envisager, au cours de l'expérimentation, quelles *sanctions* interviendraient en cas de non-respect de ses dispositions (il s'agit d'irrecevabilité machine ou technique quand la boîte électronique du greffe rejette automatiquement l'envoi de l'acte de procédure ou que le greffier renvoie un courriel manuellement)<sup>758</sup>. Ils ont également pu prévoir que l'auxiliaire de justice était censé avoir accepté la CPVE comme mode de communication, quand il était inscrit au RPVA<sup>759</sup> ; que pour être pris en compte aux audiences, certains messages devaient être adressés avant un certain délai<sup>760</sup> ; ils prévoyaient que la mise en état ne ferait pas l'objet d'audience physique<sup>761</sup>, sauf opposition des avocats et information de leur contradicteur.

De nombreuses questions procédurales ont ensuite émergé. Les conclusions sont-elles valablement notifiées à la juridiction lorsqu'elles ont été adressées à une mauvaise adresse électronique d'un service ? L'acte est-il valablement notifié lorsqu'il n'entre pas dans le champ d'application du protocole de procédure ?

Par conséquent, ces premières conventions établissent bien un cadre judiciaire. Toutefois, celui-ci a pour seule fin de permettre la réalisation du cadre procédural qui constitue la réelle ambition normative<sup>762</sup>. C'est en cela qu'on peut considérer qu'il s'agit d'un contrat processuel.

En matière pénale, la CPVE s'est réalisée de manière concomitante et, outre la numérisation des dossiers pénaux, il s'agissait bien de prévoir quels actes et pièces de procédure pouvaient faire

---

<sup>757</sup> Convention relative à la mise en état électronique d'affaires civiles avec représentation obligatoire signée entre la cour d'appel de VERSAILLES, les TGI de CHARTRES, NANTERRE, PONTOISE, VERSAILLES et les barreaux de CHARTRES, NANTERRE, PONTOISE, VERSAILLES, le 12 juin 2017.

<sup>758</sup> Avenant toutes procédures de référés, signé le 2 juillet 2012 entre le TGI de LYON et l'ordre des avocats au barreau de LYON : « L'inscription ne sera enregistrée qu'après vérification par le greffe de la conformité du fichier structuré avec l'acte de saisine. Dans la négative l'enregistrement n'est pas validé et l'avocat reçoit un message en ce sens. La procédure ne peut être considérée comme enrôlée ».

<sup>759</sup> C. Cass., rapport T. VASSEUR, à propos de la demande d'avis n° 13-70005, p. 26, *spéc.* n° II.2.3.1.2.

<sup>760</sup> Avenant à la convention entre le tribunal de grande instance de GRENOBLE et l'ordre des avocats de GRENOBLE concernant le protocole de communication électronique entre le tribunal de grande instance et l'ordre des avocats signé par le président du TGI, le procureur de la République, le bâtonnier de l'ordre des avocats et la directrice de greffe, annexe 2 : « Les assignations devant le JEX devront être adressées au greffe au plus tard le vendredi précédent l'audience de 17 h » ; Avenant n° 2 à convention relative à la communication électronique pour les tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel de RENNES signée le 8 févr. 2017, *op. cit.* : « pour être pris en compte, aux audiences du président et de mise en état, tout message doit être transmis électroniquement au plus tard deux jours ouvrés avant l'audience. Tout message transmis au-delà de ce délai ne sera pas pris en considération lors de la conférence, sauf cas d'urgence dûment justifiée ».

<sup>761</sup> Convention relative à la communication électronique en matière civile devant les tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE entre la cour d'appel et les tribunaux et ordres des avocats d'AIX-EN-PROVENCE signée le 12 mai 2017 : « Les audiences de référé, du juge de l'exécution, les conférences présidentielles et audiences de mise en état de chacune des chambres civiles de la famille, sont fixées par l'ordonnance de roulement. Les conférences présidentielles et les audiences de mise en état sont tenues virtuellement par le juge de la mise en état, avec lequel les avocats constitués communiquent par messages électroniques ; sont maintenues "physiquement" : les audiences d'incidents, les audiences sollicitées par les avocats ou provoquées par le juge pour évoquer l'affaire, certaines conférences présidentielles ».

<sup>762</sup> En matière administrative, le développement fut similaire : Convention conclue entre la cour administrative d'appel de PARIS, le tribunal administratif de MELUN et l'ordre des avocats de CRETEIL concernant l'utilisation de la communication électronique devant les juridictions administratives signée le 13 janvier 2014.

l'objet d'un envoi dématérialisé (CPP, art. D. 591). En matière civile, les conventions persistent alors que l'expérimentation est achevée. L'intérêt des actes est donc moins processuel que judiciaire en ce que les conventions continuent de poser un cadre technique, même si la technique subordonne toujours l'application de certaines règles de procédure.

## **Section 2 - La liaison des intérêts processuels**

Il convient désormais de présenter les catégories de contrats processuels qui résultent de la liaison d'intérêts processuels et qui établissent des normes processuelles. En guise de présentation, une classification objective des contrats processuels sera opérée, selon que les intérêts processuels permettent de prendre des normes qui sont relatives à l'action en justice (§1), l'instance (§2) ou au jugement (§3)<sup>763</sup>.

### **§ 1 - Les contrats sur l'action en justice**

Les contrats processuels, individuels (I) et collectifs (II), posent des normes processuelles qui sont de nature à bouleverser les règles établies et qui touchent l'action en justice. Ils sont largement admis et fréquents en ce qu'ils tendent à évincer l'application du modèle juridictionnel classique et s'insèrent en ce sens dans l'œuvre contemporaine de déjudicisation et de déjudiciarisation.

#### **I - Les contrats processuels individuels sur l'action en justice**

Les contrats processuels sur l'action en justice permettent d'organiser une voie procédurale alternative au règlement judiciaire/juridictionnel du conflit devant un juge étatique (A). Parmi eux, existent aussi des accords qui portent sur le choix du tiers, souvent le juge (B), ou des accords qui délimitent son office (C).

---

<sup>763</sup> Des classifications d'accords processuels ont déjà été établies par madame MULLER puis M. le professeur CADIET, selon qu'il s'agit d'acte / de convention d'administration processuelle ou de disposition processuelle propres à la matière civile. Une classification a déjà été présentée pour les contrats collectifs des procès, v. N. FRICERO, D. COURET, « Les, conventions et contrats de procédure », *op. cit.*, p. 81 : le classement a été opéré de la façon suivante en trois catégories selon le contenu des protocoles. Ont été distingués « les protocoles relatifs à la communication électronique », « les protocoles de procédure » et « les guides de bonnes pratiques ».

## **A - Les contrats sur le principe d'un mode alternatif de règlement des différends**

Les contrats sur le mode de règlement alternatif empêchent l'office du juge, parfois de manière provisoire. Ce sont des contrats qui portent la création d'un circuit procédural de résolution du conflit qui n'est pas celui du juge étatique (le schéma traditionnel) et qui n'est pas envisageable sans le jeu de la volonté des participants au litige, en matière civile et administrative (1). Ceux conclus en matière pénale sont en l'état inexistantes (2). Dans les deux cas, les intérêts processuels des participants justifient un tel aménagement du cadre procédural du règlement du différend. Les parties au conflit manifestent des intérêts processuels qui sont pris en vue de porter une norme qui ne touche pas au conflit, mais sur la méthode de résolution envisagée. Les acteurs agissent ainsi dans le seul plan processuel.

### **1 - Les contrats sur le mode alternatif de règlement des conflits en matière civile et administrative**

**176. Les accords sur la mise en œuvre d'un processus alternatif au règlement du litige.** Les normes des parties à l'accord processuel définissent le processus de règlement du différend qui conduit à l'exclusion du traitement juridictionnel du litige par un juge étatique. Les parties ont pour intérêt d'organiser la méthode de règlement du litige, sans pour autant le régler. L'analyse portera sur des oubliées des codes de procédure, les conventions de médiation et conciliation, la part belle étant faite aux conventions d'arbitrage et de procédure participative dont l'existence et le régime sont très amplement prévus par les textes de loi.

**177. Les conventions de médiation et de conciliation extrajudiciaires.** Ces conventions sont des contrats processuels qui déclenchent l'obligation de suivre une procédure de règlement du différend alternative à celle proposée par l'institution étatique<sup>764</sup>.

À l'image de l'arbitrage, il existe plusieurs contrats qui se combinent en matière de médiation/conciliation<sup>765</sup>. Vivent ainsi, côte à côte, le contrat processuel sur le principe du mode

---

<sup>764</sup> X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des conflits », *Rev. arb.* 2001, p. 423, les parties qui conviennent de recourir à un mode alternatif de règlement des différends « s'engagent dans les liens d'un contrat » entre eux et le médiateur.

<sup>765</sup> Il existe le contrat d'arbitrage et le contrat d'arbitre. Le premier contrat organise l'arbitrage entre les parties et a vocation à prévoir de manière obligatoire le processus alternatif à la justice étatique. Le second contrat est un acte d'application du premier qui est conclu entre chaque partie au litige et le(s) tiers arbitre(s), il prévoit une prestation de service qui se rapproche du contrat d'entreprise ; *contra*. C. POLI, « L'unité fondamentale des accords de fin de conflit », *op. cit.*, p. 346, n° 469, s. qui considère

alternatif, le contrat qui détaille plus ou moins le processus (désignation du tiers, mission du tiers, nombre de séances de conciliation/médiation, confidentialité, *etc.*), le contrat conclu entre les litigants et le tiers conciliateur/médiateur (*contrat sui generis* avec le tiers conciliateur, médiateur), entre le litigant et son avocat<sup>766</sup>, le contrat portant sur l'accord tenant à la répartition des frais du processus<sup>767</sup> et celui mettant fin au conflit (accord amiable, transaction)<sup>768</sup>. Il est donc nécessaire de bien noter que seul le premier contrat qui prévoit l'organisation du processus résulte d'intérêts processuels à lier<sup>769</sup>.

Ces derniers prennent plusieurs formes. Soit la forme de clauses qui sont autonomes par rapport à un contrat principal qui les contient, soit la forme de convention concluent une fois le litige né. Ils se développent en pratique, mais le code civil refuse de les nommer à côté des conventions d'arbitrage et de procédure participative. Il y a lieu d'expliquer pourquoi.

**178. Les causes de l'absence de reconnaissance d'un contrat processuel**<sup>770</sup>. Le caractère volontaire et amiable des processus de médiation et de conciliation masque paradoxalement leur caractère contractuel. L'oralité, le consensualisme, l'absence d'obligations générées, l'organisation du processus au fil de l'eau et la faculté d'y mettre fin unilatéralement, sont des éléments qui, pris ensemble, empêchent d'y voir du contrat. Le consentement de chaque acteur au processus de médiation/conciliation est donc vu de manière unilatérale et subjective. Cependant, le droit positif conçoit les modes de résolution amiable comme des processus structurés de nature conventionnelle (livre V du CPC). S'ils sont conventionnels dans leur conduite, ces processus ont donc nécessairement pour point de départ un contrat. En fait, il s'agit là de l'acte le plus important, car il conditionne l'existence de tous les actes successifs. En pratique, le cadre procédural de la médiation ou de la conciliation dépend de l'avocat-conseil

---

que le contrat de médiation inclut nécessairement les parties et le médiateur et le différencie de l'accord *inter partes* de fin de conflit.

<sup>766</sup> On pourrait rajouter un quatrième contrat, celui passé entre les parties et l'institution de médiation ou de conciliation qui est chargée d'organiser la procédure.

<sup>767</sup> Ce contrat empêche la mise en œuvre de la loi ou de la jurisprudence (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15-25687) : à défaut d'accord, les frais sont répartis par moitié, comme c'est le cas en matière de procédure participative (CPC art. 1545) et de médiation judiciaire (L. 1995, art. 22-2, Cpc, art. 131-13), ce qui implique d'ailleurs une solidarité en arbitrage. Ces contrats sont de nature substantielle, ils n'intéressent pas la procédure, mais les liens pécuniaires du contrat d'entreprise *sui generis* entre les parties et le tiers. L'accord des parties sur la répartition des frais du procès civil est de la même nature (CPC, art. 399).

<sup>768</sup> Pour des exemples de conventions sur le principe et les modalités de la médiation ainsi que le contrat avec le tiers, v. par ex. C. DENOIT-BENTEUX, C. EMMANUEL, « Convention de médiation avec avocats » et « Convention d'honoraires de médiateur », *AJ famille*, 2017, p. 573, et 2017, p. 578.

<sup>769</sup> Dans la procédure de règlement des petites créances, l'accord sur le principe du processus est bien différencié de l'accord substantiel sur le fond impliquant que le débiteur accepte le paiement de la créance, CPCE, art. R. 125-2 et R. 125-5.

<sup>770</sup> Certains n'ignorent pas ces accords, v. N. FRICERO et *alii.*, « Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD), 3<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2017, p. 212, n° 221.41 : « L'accord des parties pour recourir à la médiation résulte d'un échange de consentements sans formalisme particulier. Il peut s'agir d'un accord purement verbal ou d'un échange écrit de consentements. En tout état de cause, le médiateur doit veiller à ce que le consentement des personnes soit libre et éclairé. Il doit refuser toute mission lorsqu'il constate que le consentement de l'une des personnes peut être altéré ».

et des enjeux du litige<sup>771</sup>. En matière commerciale et dans le contentieux de la construction, les processus seront le plus souvent bétonnés, contrairement aux médiations civiles et familiales, dont les processus sont le plus souvent aménagés au fur et à mesure, de manière consensuelle.

**179. Les intérêts de la reconnaissance comme contrat processuel.** Il y a d'abord un intérêt théorique et académique. L'accord peut revêtir l'habit contractuel et, dans ce cas, il n'y a pas d'intérêt à laisser les volontés concordantes à l'état d' « accord ». Il s'agit en outre d'aligner les processus de la médiation et de la conciliation avec ceux de l'arbitrage et de la convention de procédure participative qui sont dotés d'un régime contractuel. Cela permettrait de donner un socle contractuel cohérent à l'ensemble de ces processus qui organisent une voie processuelle différente de celle de l'action en justice.

L'objectif est également de sécuriser et renforcer ces processus qui, sans base contractuelle, se confondent aisément avec la procédure contractuelle de formation du contrat de fin de conflit. De plus, au vu de l'incitation actuelle des pouvoirs publics au recours des modes alternatifs de règlement du litige, la reconnaissance expresse de ces contrats qui organisent un processus autonome est bienvenue pour en faire leur promotion<sup>772</sup>.

La reconnaissance d'un tel contrat serait d'autant plus légitime que leur méconnaissance est sanctionnée par une fin de non-recevoir conventionnelle : le défaut du droit d'agir trouve sa source dans un contrat qui retarde l'accès au juge parce que les parties ont voulu tenter un processus alternatif avant la voie étatique. De surcroît, cela permettrait de concevoir parfaitement le sens de l'article 2238 du code civil qui considère que la prescription est suspendue à compter du jour où « les parties conviennent » du processus et « à défaut d'accord écrit », à compter du jour de la première réunion de médiation/conciliation, par le recueil - écrit - d'un accord le plus souvent oral.

Il s'agit ensuite et surtout de mettre l'accent sur l'accord de principe des parties au processus de médiation/conciliation qui est loin d'être anodin, surtout dans les matières où il y peut y avoir une partie faible (droit de la consommation<sup>773</sup>, droit du travail) ou dans les cas où le

---

<sup>771</sup> Certaines éthiques et déontologies, suggérant la conclusion d'un contrat de médiation, v. « Code national de déontologie du médiateur », *Rassemblement des organisations de la médiation*, PARIS, 5 févr. 2009, p. 7 : « La convention de médiation est écrite. Cette convention comprendra notamment les éléments qui participent à l'organisation de la médiation : (...) ».

<sup>772</sup> La convention matérialisée dans un *instrumentum* et qui porte sur le principe de la médiation ou de la conciliation obligatoire avant la saisine du juge peut être un élément de preuve suffisant pour caractériser l'exécution des diligences entreprises qui y sont prévues.

<sup>773</sup> Le code de la consommation prévoit que le consommateur a le choix de l'initiative de recourir à la médiation, le professionnel devant lui garantir le signalement, la mise en œuvre d'un tel processus et sa gratuité. Le professionnel doit quand même donner son accord de principe à la mise en œuvre du processus. Son refus peut être justifié si les conditions ne sont pas remplies v. C. conso., art. L. 612-2.

processus de résolution est spécial (tel que la médiation en ligne<sup>774</sup>). La médiation gagnerait en efficacité si les parties se l'appropriaient vraiment, de l'organisation du processus à l'accord de fin de conflit. L'objectif est donc d'affirmer l'autodétermination des parties, de les alerter sur le sens de leur engagement, qui conduit à esquiver les garanties du juge, leur faculté de prévoir le processus qui leur sied le mieux, et le cas échéant, les règles très techniques envisagées qui détaillent la méthode de règlement du différend. Au-delà du simple contrat sur le principe du processus alternatif, il y a donc lieu de donner une place importante au contrat qui détaille ce processus et qui est appelé « règlement de procédure ».

**180. La reconnaissance du caractère contractuel de l'accord sur le principe d'un mode de règlement amiable.** Sans l'accord des volontés, la mise en œuvre des processus de médiation et de conciliation conventionnelle n'est pas possible. L'intérêt processuel des parties doit être lié, cela résulte de l'entente même qui s'induit du processus dont les contours peuvent être aménagés par la volonté des parties. L'accord des parties n'est donc pas la traduction de leur souhait d'opter pour le déclenchement d'un simple statut, celui de la conciliation ou de la médiation. Le statut est justement déclenché en application de l'accord de principe qui ordonne la mise en œuvre d'un processus structuré différent de celui du juge. En outre, supplétif de volonté, ce statut qui régit le déroulement du processus de règlement alternatif pourra être exclu quand les parties l'auront contractuellement aménagé.

**181. Les clauses contractuelles du choix du mode amiable.** Le caractère contractuel des clauses de médiation et de conciliation ne fait pas de doute et leur autonomie vis-à-vis du contrat substantiel qui les porte est reconnue<sup>775</sup>. Il faut préciser que la clause doit au moins envisager le recours de principe à ce mode de règlement. Auparavant, l'accord sur le principe du mode amiable pouvait se fondre partiellement avec celui qui organise le processus amiable. En effet,

---

<sup>774</sup> B. ENGLISH, « “On respecte toutes les règles de la médiation et de l'arbitrage” », *LPA*, 4 juin 2019, n° 111, p. 4 : « Si la partie adverse accepte, tout le parcours est digitalisé. Les parties signent alors une convention de médiation ou d'arbitrage en ligne et se mettent d'accord sur un profil d'arbitre ou de médiateur et le processus commence, avec une salle de médiation ou d'audience virtuelle ».

<sup>775</sup> L. CADIET, « L'effet processuel des clauses de médiation », *RDC*, 1 déc. 2003, n° 1, p. 182 ; N. CAYROL, « Opposabilité et force obligatoire des clauses processuelles », *RDC*, 1<sup>er</sup> déc. 2014, n° 4, p. 704, qui évoque l'hypothèse dans laquelle la clause ne serait pas assez précise : « Mais si elle n'institue pas une fin de non-recevoir conventionnelle, reste du moins une obligation de négocier de bonne foi un arrangement amiable, simple obligation de faire qui doit normalement se résoudre en dommages-intérêts en cas de manquement » ; la clause compromissoire qui prévoit uniquement le recours à l'arbitrage pour tout litige relatif au présent contrat dans lequel elle s'insère n'en reste pas moins une convention d'arbitrage, bien qu'elle ne prévoit pas une procédure d'arbitrage contractuelle (règlement d'arbitrage) ; S. POLLOT-PERUZZETTO, « Médiation - la directive générale », *Rép. droit européen*, 2018, n° 34 : « Que la médiation soit institutionnalisée, judiciaire ou non, elle repose sur l'accord des parties à s'y soumettre. Le consentement à la médiation qui doit être volontaire et exempt de tout vice. Il peut provenir d'une convention signée entre les parties ou échangé devant une juridiction en réponse soit à une invitation du juge, soit à une obligation provenant de la législation nationale ».

la Cour de cassation a pu admettre que ces clauses étaient valides, mais seulement efficaces quand elles prévoyaient le caractère obligatoire du processus alternatif ainsi que des modalités plus ou moins détaillées de sa mise en œuvre (telles que la désignation du tiers et des délais de conciliation)<sup>776</sup>. À notre sens, le verrou posé par la chambre commerciale en 2014<sup>777</sup> n'a pas été complètement levé en 2018<sup>778</sup>, pour s'aligner sur la position incertaine de la troisième chambre civile dans sa décision rendue en 2016<sup>779</sup>. Désormais, il semble que la clause de conciliation doive au moins détailler la manière de désigner le tiers, s'il n'est pas déjà nommément stipulé<sup>780</sup>. Ces décisions demeurent étonnantes, voire paradoxales avec la volonté de développer les modes amiables, en ce qu'il s'agit plutôt de considérer *in abstracto* que les parties n'ont pas eu la réelle volonté de s'engager dans un processus conciliationnel obligatoire avant la saisine du juge<sup>781</sup>. En outre, la clause d'arbitrage reste valable, même dépouillée sur le détail de la procédure. Cette règle doit être transposée pour la clause de conciliation qui n'a pas besoin d'être assortie d'un accord supplémentaire sur le déroulement du processus<sup>782</sup>. L'accord de principe sur le déclenchement d'un mode alternatif devrait suffire<sup>783</sup>, même, de manière extrême, si la clause est de « style<sup>784</sup> ».

Ainsi, l'accord sur le principe du processus alternatif peut être dissocié de l'accord sur les modalités organisationnelles du processus qui comprend, notamment, les modalités de désignation du tiers (même si, pour la sécurité des contrats, il est préférable de détailler le processus de règlement du conflit et de prévoir, au moins, la procédure de désignation du tiers).

---

<sup>776</sup> Pour une synthèse, L. VEYRE, « La clause de conciliation : un régime à perfectionner ! », *D.*, 2020, p. 1046.

<sup>777</sup> Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27004, au visa de l'article 122 du CPC : « Attendu que la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci ».

<sup>778</sup> Malgré la clause pathologique de l'espèce : « en cas de litige, les parties s'engagent à trouver un accord amiable avec l'arbitrage de la FEDIMAG » ; Cass. com., 30 mai 2018, n° 16-27691.

<sup>779</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 19 mai 2016, n° 15-14464 : « pour tous les litiges pouvant survenir dans l'application du présent contrat, les parties s'engagent à solliciter l'avis d'un arbitre choisi d'un commun accord, avant tout recours à une autre juridiction ».

<sup>780</sup> Cass. com. 3 oct. 2018, n° 17-21089 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 4 avr. 2019, n° 18-11339 ; Cass. com., 19 juin 2019, n° 17-28804 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 déc. 2019, n° 18-15848 ; v. H. BARBIER, « Vers une interprétation stricte du champ des clauses de conciliation ou de médiation », *RTD civ.*, 2019, p. 578.

<sup>781</sup> N. FRICERO, « Le paradoxe des clauses de règlement amiable », *D.*, 2015, p. 607.

<sup>782</sup> Sauf, actuellement, en ce qui concerne le processus de désignation du tiers, car l'efficacité de la clause en dépend. Toutefois, il serait préférable que les juges se livrent, si besoin, à l'interprétation des clauses, de manière subjective, au cas par cas, afin de vérifier la réelle intention des parties de se soumettre à une conciliation préalable.

<sup>783</sup> Les limites sur la mise en œuvre ultérieure du processus, qui n'est pas détaillé par la clause et qui dépend de la volonté des parties d'y participer, ne doivent pas ressurgir sur la qualification de la clause et la volonté réelle des parties qui touchent à sa nature. Le processus est moins préservé qu'en arbitrage (procédure pouvant être déclenchée de manière unilatérale par l'une des parties, même quand rien n'est prévu dans la clause compromissoire), certes, mais là réside justement la souplesse des modes amiables qui peuvent être dessinés d'un commun accord au fil de leur avancement. En revanche, on comprend mieux l'intérêt d'exiger une clause précise quand il s'agit de se demander quelle action en justice doit être précédée d'une conciliation, v. en matière d'exécution forcée, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 févr. 2015, n° 13-27968, 22 juin 2017, n° 16-11975 et 21 mars 2019, n° 18-14773, *D.*, 2019, p. 1306, obs. A. LEBORGNE.

<sup>784</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 11 juill. 2019, n° 18-13460.



En droit administratif, le débat est moins vigoureux. Le non-respect de la clause donne également lieu à une fin de non-recevoir, sans besoin que la clause soit plus ou moins expressément détaillée<sup>785</sup>, à moins qu'il ne soit nécessaire, comme l'exige la jurisprudence, de préciser son caractère obligatoire avant l'action en référé (expertise<sup>786</sup>), ce qui n'est pas nécessaire quand il s'agit d'un référé provision<sup>787</sup> ou en ce que toute clause empêche la collectivité d'édicter des titres exécutoires<sup>788</sup>.

Ainsi, il existe deux types d'accords processuels. Le premier et toujours présent, porte sur le principe de la mise en œuvre du mode amiable. Le second porte sur les modalités procédurales de mise en œuvre du mode et il se rattache au premier accord en ce qu'il n'est qu'un contrat d'application. En fait, on pourrait considérer qu'il s'agit toujours d'un accord unique. Il est vain de dissocier les deux en matière de mode amiable conventionnel. Si les parties ne prévoient pas de règlement de procédure, elles s'en remettent au statut auquel elles peuvent déroger de manière raisonnable au cours du processus qu'elles sont libres d'aménager<sup>789</sup>. La nature contractuelle de ces accords est d'autant plus évidente au regard de l'accord de médiation pouvant être intégré dans un processus participatif<sup>790</sup>.

**182. Le contrat et le mode amiable judiciaire<sup>791</sup>.** Selon M. le professeur CADIET, l'accord des parties à la médiation proposée par le juge serait un accord-assentiment, devenant un accord-convention quand il est spontanément le fruit de la concertation des parties<sup>792</sup>.

L'accord qui déclenche le processus alternatif de médiation judiciaire demeure un acte juridique contractuel. L'intérêt processuel des parties à la médiation judiciaire est le même qu'en matière de clause ou de contrat de médiation/conciliation extra-judiciaire. Il est simplement donné

---

<sup>785</sup> CE, 6 oct. 1976, n° 98433, KOCH, LEBON p. 396.

<sup>786</sup> CE, 21 oct. 1977, n° 99606, OPHLM de la ville de NICE.

<sup>787</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> ssr., 10 juin 2009, n° 322242.

<sup>788</sup> N. CAYROL, « Une clause de conciliation préalable s'oppose à l'émission directe d'un titre exécutoire », *RTD civ.*, 2020, p. 462, note sous CE 20 sept. 2019, n° 419381.

<sup>789</sup> A. AUDRERIE, V. GARCIA, « Contrat et procès : double "je" » in « Jeu (x) et droit » A. CHARPY, V. GARCIA, C. REVET, S. SEBAL (dir.), *Éditions L'Épitoge*, vol. XXIV, oct. 2019, p. 84.

<sup>790</sup> CPC, art. 1546-3 5° ; Y. STRICKLER, « Les dispositions de procédure civile du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 », *Procédures*, n° 7, juill. 2017, étude 24, n° 21 : « Le décret encadre les modalités des accords processuels que la convention de procédure participative peut poursuivre ».

<sup>791</sup> D'abord, éliminons l'hypothèse du juge conciliateur qui peut décider de tenter de concilier les parties à sa guise et du juge qui peut déléguer sa mission au conciliateur de justice. Le juge tient cette faculté de l'article 21 CPC, l'accord des parties n'est pas requis, le juge décide (TGI PARIS, 2 oct. 1989, JCP 1990. II. 21 518, note BEAUCHARD). Bien entendu, celles-ci doivent au moins manifester un minimum de volonté pour participer à la mesure de conciliation diligentée comme en matière de mesures prises sous 41-1 CPP par le procureur ; mais il n'y a pas ici de contrat, bien que cet article mérite d'être remodelé pour libérer toute l'efficacité de l'aménagement contractuel des parties qui seraient légitimes de pouvoir modeler le rôle de conciliateur du juge (moins ou plus proactif dans la découverte de l'accord de fin de conflit). Le CPC a opéré des rectifications quand il s'agissait de déléguer sa mission de conciliation.

<sup>792</sup> V. *supra* n° 42.

devant une autorité judiciaire. Madame JOLY-HURARD a ainsi proposé de baptiser ces accords de « contrats de pourparlers judiciaires<sup>793</sup> ». Leur appellation est justifiée, bien que la négociation, en droit processuel, doive être différenciée du processus du règlement contractuel. En revanche, madame JOLY-HURARD considère qu'il s'agit de contrats très statutaires, de contrats dirigés. En fait madame JOLY-HURARD estime qu'il existe des contrats de pourparlers judiciaires de droit commun et des contrats de pourparlers judiciaires délégués<sup>794</sup>. Dans les deux cas, l'auteur a une vision très subjective de la volonté et assimile le consentement à la médiation/conciliation comme celui qui porte l'acceptation de la tenue de la mesure de médiation/conciliation. Cela la conduit à voir des contrats processuels, même quand la structure de la conciliation judiciaire est imposée, parfois à peine de sanction, comme en droit du travail (C. trav. art. R.1454-12), ou plus simplement, quand le juge décide de concilier d'office les parties.

Dans l'hypothèse réservée d'une conciliation judiciaire, les parties ne sont justement pas admises à valoriser d'intérêts processuels. La conciliation judiciaire par le juge et la conciliation déléguée ne peuvent pas être (actuellement, au vu des textes et des mécanismes processuels) des contrats processuels. L'intérêt processuel des parties n'est justement pas pris en compte. Lorsque les parties se présentent volontairement aux audiences de conciliation, elles acceptent sans doute - subjectivement - la mesure à venir, mais leur accord n'est pas matière à contrat, même forcé. En effet, l'office de conciliation relève du juge, car la loi l'impose ou lui donne la faculté de décider de concilier les parties quand il l'estime opportun<sup>795</sup>. A fortiori, les parties ne peuvent pas, à l'heure actuelle, aménager l'office du juge conciliateur, alors que cela pourrait être une voie procédurale bénéfique.

De ces premières démonstrations, madame JOLY-HURARD a pu dire que les contrats de pourparlers sont des contrats dirigés, car les parties ne maîtrisent pas le moment, le lieu, l'étendue litigieuse, ni le reste de la procédure, la loi ou le juge s'en chargeant. Justement, il faut opérer avec minutie et disséquer les mécanismes. En matière de médiation ordonnée par le juge, les parties ne contractent jamais sur les modalités organisationnelles de cette médiation, seul le juge chargé de la proposer pouvant ordonner sa mise en œuvre dans le cadre qu'il définit

---

<sup>793</sup> J. JOLY-HURARD, « Conciliation et médiation judiciaire », *op. cit.*, n° 80, s.

<sup>794</sup> Les premiers sont réalisés par le juge et toucheraient plus le droit d'agir et donc l'office du juge, donc des conventions de dispositions processuelles, quand les seconds sont réalisés par un tiers sous l'égide du juge et ont trait aux modalités procédurales de l'affaire, donc des conventions d'administration processuelle.

<sup>795</sup> L'évolution des mécanismes concernant la délégation de la mission de concilier à un tiers est flagrante à ce sujet. Au début, certains textes permettaient au juge de déléguer leur pouvoir de concilier à un conciliateur de justice avec l'accord des parties (par ex. CPC, art. 860-2). Cet accord n'est plus exigé, ce qui est pertinent vu l'office naturel conciliatoire du juge (CPC, art. 21 et 128).

et sous son contrôle. Cette présentation masque pourtant la nature contractuelle incompressible de l'accord sur le principe de la médiation qui relève des seuls intérêts processuels à lier entre les parties. En fait, si le juge détient l'initiative processuelle et propose la médiation aux parties, seules ces dernières en disposent<sup>796</sup> (à la différence de la conciliation judiciaire où le juge ordonne et dispose<sup>797</sup>). La mise en œuvre de la médiation reste toujours une option, d'où le fait que la loi du 23 mars 2019 ait paré l'absence de volonté des parties en permettant au juge d'ordonner qu'elles rencontrent un médiateur afin de déclencher leur accord, toujours si elles le souhaitent (L. n° 95-125, art. 22-1). La loi du 8 février 1995 sur la médiation judiciaire s'attache justement depuis toujours à prendre en compte la volonté concordante des parties sur le principe de la médiation. Il ne s'agit pas d'une autorisation donnée au juge<sup>798</sup> par les parties, ou d'une renonciation<sup>799</sup>. Le lien entre les intérêts des parties à l'acte processuel est entériné par leur accord en vue de prendre une norme sur le même plan. Sans leur acte de volition, la médiation judiciaire ne peut jamais avoir lieu<sup>800</sup>. Les parties se mettent d'accord sur le principe de la médiation quand le juge prend un acte d'application de cet accord et ordonne la désignation du médiateur selon le cadre processuel qu'il définit. L'intérêt processuel de l'acte juridique du juge est d'administrer le cours de la procédure pour faire progresser la résolution du conflit. L'intérêt de l'acte des parties est également processuel, mais il porte sur la tentative d'une voie alternative comme méthode de résolution de leur litige.

En somme, que les parties agissent spontanément ou sur proposition du juge, l'accord de principe sur la médiation judiciaire reste un contrat processuel, même si sa forme peut rester discrète<sup>801</sup>.

---

<sup>796</sup> L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, « Théorie générale du procès », *op. cit.*, p. 449, n° 235, *spéc.* p. 451 : « le juge ne peut recourir à la médiation qu'après avoir obtenu l'accord des parties ; il ne pourrait donc pas y procéder d'office. En vérité, il n'a jamais été question de permettre au juge d'imposer la médiation : il la propose et les parties en disposent » ; le juge peut toutefois imposer aux parties de rencontrer un médiateur, v. CPC, art. 127-1, L. 95-125, art. 22-1.

<sup>797</sup> Bien que les parties puissent envisager de saisir le juge à des fins de conciliation, sans demande sur le fond, v. un arrêt confus, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 16 juin 1993, n° 91-15332 ; P. JULIEN, « La mission de médiation conférée à un magistrat est exclusive de tout pouvoir juridictionnel », *D.*, 1992, p. 124 ; F. VERT, La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. Pal.*, 31 mai 2015, n° 31, p. 8.

<sup>798</sup> Le juge ne doit pas demander l'autorisation d'organiser la médiation. Seules les parties peuvent solliciter du juge une autorisation et, concernant la médiation administrative, la réponse du juge n'a pas pour intérêt de libérer leur faculté de médier. En matière de médiation, la formulation de l'article 1071 CPC est sans doute plus juste : « Saisi d'un litige, il peut proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur familial pour y procéder ».

<sup>799</sup> Les parties ne renoncent à rien de manière définitive. La norme produite n'est pas un abandon d'un droit. En outre la norme de renonciation produit seule des effets juridiques. Au contraire, les parties manifestent ici leur volonté de produire une norme positive, ce qui conduit au déclenchement d'un nouveau statut.

<sup>800</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 déc. 2005, n° 02-15418 : « la décision d'ordonner une médiation judiciaire, qui ne peut s'exécuter qu'avec le consentement des parties, est une mesure d'administration judiciaire non susceptible d'appel ni de pourvoi en cassation ; que le moyen, mal fondé en sa première branche, est irrecevable en sa seconde », Cass. soc., 18 juill. 2001, n° 99-45535 ; les dispositifs des juges du fond visent d'ailleurs régulièrement l'accord des parties : CA, PARIS, Pôle 4, 9<sup>ème</sup> ch., 4 oct. 2012, n° 11/01032 ; la Cour de cassation a précisé à titre d'information que l'accord de principe des parties était un principe directeur de la médiation, annexe n° 9 de Bull. info. C. cass., hors-série n° 4, 2006, n° 1-3, v. Rapport « La médiation devant la Cour de cassation », juill. 2021, p. 14.

<sup>801</sup> C. LECOEUR, « Le défaut d'accord préalable des parties : un exemple du dévoiement de la médiation judiciaire », *LPA*, 8 avr. 2016, n° 71, p. 9 : « En vertu de l'article 131-1 du code de procédure civile, l'accord des parties est ainsi un préalable

**183. Les nouvelles règles relatives à la médiation administrative.** Les règles du code de justice administrative sont plus claires que les règles civiles. La dichotomie médiation judiciaire et médiation conventionnelle est délaissée au profit de la médiation à l'initiative des parties et de la médiation à l'initiative du juge. Dans les deux cas, les médiations sont pleinement contractuelles. Dans la deuxième hypothèse, le juge ne fait que proposer aux parties une médiation et elles doivent toujours l'accepter<sup>802</sup>. Parce qu'il la propose seulement, il doit toujours recueillir l'accord des parties et le mentionner dans son ordonnance qui organise le processus en conséquence (CJA, art. R. 213-5 et R. 213-6). La médiation à l'initiative des parties traduit paradoxalement le rôle d'appui du juge qui peut organiser le processus de médiation à leur place. Il intervient comme soutien procédural à l'image du juge d'appui en arbitrage (CJA, art. L. 213-5 al. 2). Les parties peuvent alors, une fois qu'elles se sont mises d'accord sur le principe de la médiation, demander au juge, même en dehors de toute instance, d'organiser entièrement le processus, ou simplement lui demander de désigner un tiers médiateur. La médiation à l'initiative du juge ne change pas de nature quand il est de principe que le juge organise la médiation à partir de l'accord des parties sur le principe du mode amiable.

Ces contrats lient des intérêts processuels en vue de créer une norme qui ordonne une voie procédurale alternative, voire plusieurs normes qui organisent le processus alternatif. Sans accord, pas de processus possible. En matière pénale, la focale est mise sur l'accord de fin de conflit qui selon la doctrine majoritaire n'est pas contractuel. À notre sens, développer le contrat processuel en matière pénale serait également bénéfique. Il est d'ailleurs moins choquant, vis-à-vis des concepts pénaux traditionnels, de pouvoir passer un contrat sur la procédure qu'un contrat sur la sanction. La négociation pénale existe de plus en plus et elle mériterait d'être encadrée.

## **2 - Les contrats sur le mode alternatif de règlement du conflit pénal**

**184. Les incertitudes tenant aux voies alternatives en matière pénale.** En matière pénale, le code prévoit expressément qu'il existe des procédures alternatives aux poursuites (CPP, art. 40-1 al. 2). Ces alternatives sont consensuelles et le code se concentre sur l'accord de fin de conflit. C'est le cas de l'accord de composition pénale et de la convention judiciaire d'intérêt

---

indispensable au recours à la médiation. On peut regretter qu'il n'ait jamais été précisé par décret, comme l'y invitait la loi n° 95-125 du 8 février 1995 (art. 22) instaurant la médiation judiciaire, selon quelle forme cet accord devait être recueilli ».

<sup>802</sup> CJA, art. L. 114-1 et L. 213-7 ; les parties disposent même d'un délai pour se prononcer, v. R. 213-5.

public. Le droit objectif organise ainsi la procédure contractuelle menant vers le règlement du conflit pénal. Pourtant, le code de procédure pénale évoque des « procédures » et leur caractère alternatif. Elles devraient donc être considérées comme des voies processuelles contractuelles débutant par un accord sur le principe de la voie alternative (de nature processuelle) et se soldant par un accord sur la sanction (de nature substantielle). Il ressort des mécanismes en vigueur que l'intérêt processuel des contractants peut exister en demi-teinte dans les processus de composition pénale et dans la CJIP.

**185. La teneur processuelle de la composition pénale.** Le caractère processuel de la composition pénale transparait avec évidence en ce que cet accord relève de la contractualisation illusoire<sup>803</sup>. En effet, une fois que le mis en cause a accepté la composition pénale, le procureur est tenu de saisir le juge de la validation et il n'est plus en mesure de saisir le tribunal correctionnel<sup>804</sup>. Une fois que l'accord est passé, la liberté procédurale du parquet disparaît. Ces effets procéduraux sont fondés sur la présence d'un accord qui lie avant tout des intérêts juridiques processuels, bien que l'accord de composition pénale de fin de conflit soit un accord substantiel qui porte une sanction. L'accord apparaît plus processuel que substantiel, car les mesures sanctionnatrices envisagées d'un commun accord demeurent, par principe (sauf quand la validation n'est pas nécessaire), dans un état d'incertitude juridique tant qu'elles n'ont pas été validées<sup>805</sup>. Il s'agit en quelque sorte d'un accord processuel définitif et d'un accord substantiel provisoire, tant que le juge n'aura pas opéré les vérifications minimales attendues (à l'inverse de la CRPC où le procureur n'est plus enfermé dans un choix procédural définitif<sup>806</sup>).

**186. Les bénéfices du caractère processuel de la composition pénale.** Aucun accord de principe et exprès sur le choix de la voie alternative au procès pénal n'existe en droit positif. Pourtant, en dissociant concrètement l'accord processuel de l'accord substantiel, la composition pénale regorgerait de potentialités procédurales. Il faut pour cela opérer une lecture combinée des articles 41-2 et R. 15-33-38 et suivants du CPP au regard des pratiques procédurales<sup>807</sup>. La

---

<sup>803</sup> P. CONTE, « La nature juridique des procédures "alternatives aux poursuites" : de l'action publique à l'action à fin publique » in « Sciences pénales & sciences criminologiques », Mél. R. GASSIN, *PUAM*, 2006, p. 189, *spéc.* p. 194, n° 12.

<sup>804</sup> À propos de Cass. 20 nov. 2007, n° 07-82808, note Y. JOSEPH-RATINEAU, « Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet », *D.*, 2008, p. 1035.

<sup>805</sup> J-B. PERRIER, « La transaction en matière pénale », *op. cit.*, p. 633, n° 770 : « de la contrainte procédurale existant sur le procureur, lequel ne peut renoncer à la composition pénale une fois la mesure acceptée (...) ce serait oublier que le procureur n'est contraint que lorsque les mesures ont été acceptées par l'auteur des faits ».

<sup>806</sup> Cass. crim., 29 oct. 2008, n° 08-84857 et CPP, art. 495-5-1, *contra*. Cass. crim., 4 oct. 2006, n° 05-87435.

<sup>807</sup> J-D REGNAULT, « Composition pénale : l'exemple du tribunal de CAMBRAI », *AJ pénal*, 2003, p. 55.

procédure de composition pénale est finalement assez libre, à condition de pouvoir fournir les garanties minimales exigées.

La gravité du mécanisme mériterait un système à double détente avec une convention sur le principe de la composition pénale, qui fixerait le cadre de la négociation (même très sommairement), puis une convention substantielle qui fixerait la sanction. Ce qui doit être protégé en matière pénale, c'est le consentement de l'auteur des faits. Or, la signature d'une composition pénale peut aller très vite : il suffit que le mis en cause signe le procès-verbal proposé par le procureur ou le délégué du procureur qui l'a convoqué (R. 15-33-39). La présentation des garanties procédurales à l'auteur des faits se fait à ce moment-là et elles sont rappelées sur le procès-verbal qui prévoit également les sanctions. Ces garanties sont censées avoir été dûment expliquées au mis en cause en amont, lors de l'entretien avec le procureur ou son délégué. Un système à double détente (accord processuel – accord substantiel) permettrait d'accroître le niveau de garantie tenant au consentement du mis en cause sur la gravité de la voie processuelle qu'il accepte souvent malgré lui, parce que la sanction envisagée est moins grave que la peine encourue. En somme, il s'agit de renforcer le consentement de la personne mise en cause, dès le début, d'autant plus que la validation n'existe plus pour certains accords<sup>808</sup>. En outre, l'organisation d'une voie alternative et le cheminement vers la découverte d'un accord substantiel, dans le respect du cadre choisi, sont la marque de tous les modes alternatifs au procès - pénal -. Le procureur et le mis en cause devraient donc conclure un contrat d'acceptation sur le principe d'une tentative de composition pénale.

L'accord processuel pénal devrait, à peine de validité, inclure toutes les informations processuelles sur les garanties du processus qui sont au moins celles listées par l'article R. 15-33-40 du code de procédure pénale (possibilité d'obtenir un délai de réflexion après connaissance de la proposition, assistance par un avocat). Cet accord permettrait surtout de garantir le consentement de la personne suspectée, susceptible d'accepter une procédure sans juge, en l'informant de son déroulement et des conséquences sur sa situation (exécution de l'accord, extinction de l'action publique, inscription au B2...). Les garanties processuelles

---

<sup>808</sup> C'est pouvoir donner réellement le choix de la procédure au mis en cause tel qu'évoqué il y a déjà trente ans par la Commission DELMAS-MARTY qui proposait de créer un principe d'initiative non irréversible pour la maîtrise de sa défense : Rapport « La mise en état des affaires pénales », Commission Justice pénale et Droits de l'homme, *La documentation française*, 1991, en synthèse, J. LEROY, « L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable », *Gaz. Pal.*, 21 août 2014, n° 233 : « Dès 1990, la commission Justice pénale et droits de l'Homme, présidée par M<sup>me</sup> DELMAS-MARTY, attirait l'attention du législateur sur la nécessité de donner à la défense une capacité d'initiative accrue ainsi que le droit pour l'avocat d'accéder en permanence au dossier constitué afin d'assister son client qui doit pouvoir lui-même participer au choix de la procédure applicable. Les droits de la défense impliquent que la reconnaissance de culpabilité intervenue en présence de l'avocat ne soit pas irréversible. La personne poursuivie doit être en mesure de maîtriser son système de défense et si nécessaire se rétracter ».

pourraient être augmentées par voie de convention quand l'accord envisagerait la possibilité pour le mis en cause de faire une contre-proposition ou d'avoir accès au dossier de procédure<sup>809</sup>. L'objectif est de rendre le contrat sur la procédure le plus utile possible. Il devient une œuvre de prévisibilité, de transparence et de compréhension des mesures processuelles qui vont suivre. C'est également réduire l'apparence d'une mesure pénale subie, un lieu de pouvoir et de contrainte, ce qu'elle n'est plus vraiment. Cela permettrait surtout de conférer une véritable logique contractuelle à ces mécanismes dont certains estiment que le consentement n'est pas assez libre pour constituer un contrat négocié sur la peine<sup>810</sup>. Cela conduirait enfin à l'amélioration du processus de composition pénale qui est assez lourd, tout en renforçant son efficacité<sup>811</sup>. Concrètement, il s'agit de faire remonter les garanties processuelles au stade d'un premier accord sur le principe du processus<sup>812</sup>. L'utilité de ces mesures est d'autant plus pertinente en matière de convention judiciaire d'intérêt public, laquelle ne comporte jamais de déclaration de culpabilité.

---

<sup>809</sup> La composition pénale pourrait alors être de nouveau proposée pendant la garde à vue. L'accord processuel pourrait couvrir la confidentialité des échanges et des aveux lors de la procédure de composition pénale ; l'accord processuel permettrait de renforcer le sens des réformes proposées par J-B. PERRIER, « La transaction en matière pénale », p. 667, proposition de réécriture de l'article 41-8 not. sur le consentement à la transaction pénale.

<sup>810</sup> M. DOLIVEUX, « Réforme des alternatives procédurales : de (grands) petits pas vers un nouvel équilibre de la procédure pénale ? », *Gaz. Pal.*, 3 sept. 2019, n° 29, p. 71 : « Cependant, il est nécessaire d'accueillir avec prudence un nouvel équilibre procédural où l'aveu tient une place toujours plus centrale. La vertu de certains procès ne doit pas être oubliée face aux avantages pratiques des alternatives étendues. Surtout, le traitement plus favorable consenti face à un aveu peut être de nature à le forcer. Il peut en effet dissuader un mis en cause, qui ne recevrait pas les conseils avisés d'un avocat, de provoquer un débat légitime sur la caractérisation de l'infraction qui lui est reprochée ».

<sup>811</sup> J. VOLFF, « La composition pénale : un essai manqué », *Gaz. Pal.*, 28 mars 2000, n° 88, p. 2 ; J. HEDERER, « Un an d'expérimentation de la composition pénale dans un tribunal de grande instance », *Aj pénal*, 2003, p. 53, décrivant un « circuit lourd et compliqué » similaire à celui d'une convocation devant le tribunal correctionnel, voire même plus compliqué.

<sup>812</sup> La procédure de composition pénale pourrait être la suivante : si le mis en cause ne propose pas lui-même la composition pénale (v. pour CRPC, art. 495-15), dès que le procureur prend connaissance d'une infraction qui peut manifestement faire l'objet d'une composition pénale, il envoie par courrier une proposition de contrat sur l'accord de principe de la voie alternative. La forme de l'accord ne nécessite pas de rencontre physique vu l'enjeu qui n'est pas d'accepter la sanction. Cet accord pourrait même avoir lieu de manière dématérialisée, ou à l'oral, si le mis en cause y consent lors d'une audition ou d'une garde à vue. Si le mis en cause refuse la voie alternative, alors, il n'y a pas lieu de décider d'une date de convocation ultérieure pour la présentation et la signature concomitante de la mesure de composition pénale envisagée dont le procès-verbal est en principe pré-rédigé. Le procureur n'a donc pas à examiner en profondeur le dossier pour décider de la mesure alternative la plus adaptée à proposer, puisque cette voie est refusée. Il peut ainsi classer ou poursuivre. L'acceptation de la voie alternative déclenche cependant les garanties d'une procédure qui devient irrémédiable jusqu'à son échec ou jusqu'à l'exécution de l'accord trouvé et validé le cas échéant. Les délais de prescription sont interrompus au même moment. Avant la présentation du mis en cause devant le juge ou le délégué du procureur ou son médiateur, il est informé par le courrier précédemment reçu du sens et des conséquences de la procédure, d'autant plus, s'il lui a été d'ores et déjà précisé qu'il pouvait se faire assister par un avocat. La convocation du mis en cause devant le procureur ou son délégué rend l'entretien plus efficace, car le mis en cause a pu obtenir, de son avocat ou du simple courrier du procureur, une information complète sur le déroulement de la procédure et ses conséquences, une information sur la mesure susceptible d'être proposée, ainsi qu'une estimation des mesures raisonnables qu'il est opportun d'accepter ou de refuser, selon ce que peut lui indiquer son avocat, compte tenu des peines encourues si l'action publique était déclenchée. Cela serait donc un moyen d'éviter l'utilisation d'un délai supplémentaire de réflexion d'au moins 10 jours auquel il a droit s'il le souhaite. Mieux, après utilisation du délai de réflexion, la nouvelle convocation pour acceptation devant le procureur ou le tiers délégué pourrait être évitée si le mis en cause y renonce.

**187. La convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) : un contrat processuel**<sup>813</sup>. Pour être plus qualitatif, ce processus devrait prévoir un mécanisme à double détente (accord processuel - accord substantiel) à l'instar des propositions précédentes sur la composition pénale<sup>814</sup>. La dimension processuelle peut être démultipliée en ce que le cœur du mécanisme repose en pratique sur la négociation pénale, bien que les textes soient muets à ce sujet<sup>815</sup>, contrairement aux lignes directrices édictées entre le parquet national financier et l'Agence française anticorruption, la négociation étant même une condition de minoration de l'amende<sup>816</sup> (voire une condition de la validation de l'accord), ce qui retranscrit la logique transactionnelle du processus et la célérité qui lui est attachée<sup>817</sup>. La CJIP est un mode alternatif collaboratif entre la personne morale et l'autorité de poursuite et la négociation mérite d'être encadrée à plusieurs égards par un contrat de nature processuelle. Il faut distinguer selon qu'elle a lieu avant ou durant l'enquête, ou une fois le juge d'instruction saisi.

**188. La CJIP envisagée avant l'enquête ou au cours de l'enquête pénale.** La circulaire et les lignes directrices précisent que la personne morale peut se rapprocher spontanément de l'autorité judiciaire de poursuite. Le mécanisme repose sur la coopération spontanée et la révélation des faits. Cette spontanéité doit conduire à envisager la conclusion d'une convention

---

<sup>813</sup> Pour une vue d'ensemble de la CJIP, A. ARTIAS, P. BARBIER, « Les conventions judiciaires d'intérêt public », *Cah. dr. entreprise*, n° 1 janv. 2020, doss. 3 ; L. SAENKO, « Première convention judiciaire d'intérêt public : HSBC face à l'Histoire », *RTD com.*, 2018, p. 530 ; A. GAUDEMONT, N. LENOIR, « Corruption internationale. L'espoir placé dans la convention judiciaire d'intérêt public est-il en passe de devenir réalité ? », *JCP E.*, n° 40, 4 oct. 2018, 1495.

<sup>814</sup> P. SERVAN-SCHREIBER, « Collaboration et coopération dans le droit "global" », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 14 janvier 2018, p. 8, en droit américain, la différence entre la négociation sur le processus et la négociation de la sanction apparaît plus clairement : les entreprises « confient à des cabinets d'avocats de premier plan le soin de négocier avec les autorités le périmètre de l'enquête, puis de mener eux-mêmes cette enquête interne destinée à identifier puis à révéler tout manquement aux règles dont ces autorités ont la garde. À l'issue de ce processus, les mêmes avocats négocient, au nom de leur client, les sanctions qui seront imposées sur la base des preuves qu'ils auront eux-mêmes portées à la connaissance des autorités, toujours grâce au principe de collaboration ».

<sup>815</sup> A. MIGNON COLOMBET, « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? », *op. cit.* ; A. HUKKELAAS GAUSTAD, M-A. NICOLAS, « La convention judiciaire d'intérêt public. Quelles compatibilités entre intérêt public de la Société et intérêt privé des sociétés », *Cah. dr. entreprise*, n° 2, mars 2017, doss. 9 ; K. HAERI, V. MUNOZ-PONS, « Lutte contre la corruption : les nouveaux enjeux du dialogue entre les juges et les régulateurs », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 16, janv. 2019, p. 10 : « La transformation portée par la CJIP consiste dans le fait de placer une négociation sur la sanction au cœur de la procédure pénale. Il s'agit d'une révolution culturelle tant pour le procureur de la République que pour l'avocat » ; la négociation est présumée à la lecture du deuxième alinéa du III de l'article 41-1-2 qui évoque une sorte de confidentialité du processus empêchant le procureur de faire état de la discussion et des documents obtenus devant la juridiction d'information ou de jugement si le processus finit par échouer ; la circulaire ne dit mot, circ. 2016/F/0138/FA1 du 31 janv. 2018 relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016.

<sup>816</sup> M. KROUTI, P. DUFOURQ, « Décryptage des nouvelles lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public », *DALLOZ Actualité*, 12 juill. 2019 : « Le PNF pose donc la coopération à l'enquête comme condition sine qua non au recours à la CJIP (...) », « Au niveau de la négociation de la CJIP, la coopération de la société mise en cause pourrait avoir pour effet de réduire le montant de l'amende encourue » ; v. P. DUFOURQ, « Justice négociée : les enseignements de la convention judiciaire d'intérêt public Airbus », *DALLOZ Actualité*, 18 févr. 2020 ; circ. 31 janv. 2018, *op. cit.*, p. 17 : « En principe, l'existence ou la mise en place après les manquements de programmes de détection et de prévention de corruption sera principalement prise en compte non par une diminution de l'amende mais par un coût réduit du programme de mise en conformité, qui constitue l'autre volet de la convention ».

<sup>817</sup> A. HUKKELAAS GAUSTAD, M-A. NICOLAS, « La convention judiciaire d'intérêt public. Quelles compatibilités entre intérêt public de la Société et intérêt privé des sociétés », *op. cit.* : « En d'autres termes, donner du crédit à l'entreprise qui collabore permettra de solder les dossiers plus rapidement ».



substantielle dont le contenu devrait prévoir une sanction minorée. À la lecture du droit positif, il appert qu'il n'existe aucune certitude que le parquet propose la conclusion d'une telle convention ni n'applique un coefficient minorant l'amende d'intérêt public<sup>818</sup>. Les lignes directrices évoquent des pourparlers officieux et oraux, ce qui est assez dangereux en matière pénale<sup>819</sup>. Le mécanisme repose également sur la définition d'un cadre d'enquête dit amiable, à côté de l'enquête judiciaire, la personne morale mise en cause pouvant ainsi participer à la découverte de la preuve<sup>820</sup>. La confidentialité des données et documents échangés est alors incertaine en l'absence de proposition de convention sur la fin de conflit ou en cas de défaut d'acceptation, voire de validation. Ces pourparlers se situent en dehors du cadre procédural de la convention judiciaire d'intérêt public et sont donc susceptibles d'être réutilisés par le parquet si l'action publique est finalement déclenchée. En fait, pour certains, parler de négociation serait un « abus de langage », tant le déséquilibre entre le ministère public et le mis en cause est grand<sup>821</sup>.

Le processus se joue sur une relation de confiance, mais la confiance n'est pas suffisante en procédure pénale française (le modèle est loin d'être pleinement américanisé). La confiance peut être maximisée quand un accord processuel rend prévisibles le déroulement du processus et l'éventuelle conclusion d'un accord sur la sanction<sup>822</sup>. Le rapprochement spontané des parties

<sup>818</sup> A. KIRRY, A. BISH, « Deux insuffisances du mécanisme anti-corruption de la loi SAPIN II », *JCP E.*, n° 20, 17 mai 2018, p. 1252, n° 11 : « Le problème est que la loi SAPIN II n'offre aux entreprises aucune certitude que la révélation spontanée des faits permettra une telle solution négociée, puisque la CJIP n'est pas de droit ».

<sup>819</sup> M-A. NICOLAS, « Les lignes directrices du PNF et de l'AFA sur la mise en œuvre de la CJIP », *JCP E.*, n° 31-35, 1<sup>er</sup> août 2019, 533 : « il est précisé qu'aucun écrit n'est nécessaire pour engager les pourparlers préalables à la formalisation d'une proposition de CJIP (lignes directrices, préc., p. 7). Cela relance la question du sort des informations échangées au cours de ces pourparlers ».

<sup>820</sup> Il ne faut cependant pas que le mécanisme tende à inverser la charge de la preuve : S. SCEMLA, « La décision U.S. v. CONNOLLY remet-elle en cause l'étendue de la coopération avec les autorités de poursuite ? », *Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, n° 1, févr. 2020, comm. 44 ; G. DAÏEF, G. POISSONNIER, « Les premiers pas prometteurs de la justice pénale négociée », *JCP G.*, n° 38, 17 sept. 2018, 592 : « En effet, la CJIP, ou plus exactement la perspective d'une CJIP, peut être bien plus qu'une simple alternative au jugement, en devenant également une alternative à l'enquête judiciaire "classique" pour ces affaires, enquête préliminaire ou information judiciaire », « Il est probable que la négociation de "la peine" a commencé dès le début de l'enquête, et surtout - c'est une révolution dans la pratique d'un procureur - que "l'enquête" elle-même ait fait l'objet d'une négociation, en particulier les modalités de cette enquête : périmètre et profondeur ; actes coercitifs ou non ; moyens mobilisés ; durée ».

<sup>821</sup> A. KIRRY, A. BISH, « Deux insuffisances du mécanisme anti-corruption de la loi SAPIN II », *op. cit.*, n° 19 : « Dans l'hypothèse où le parquet refuserait de proposer une CJIP à une entreprise lui ayant spontanément révélé des faits délictueux dans le but de parvenir à une solution conventionnelle, les protagonistes se retrouveront dans des positions fort déséquilibrées. Passe encore que l'entreprise ne puisse pas retirer une révélation spontanée de faits délictueux et revenir au *statu quo ante*. Aucun système pénal connu ne permet de provoquer une sorte d'amnésie légale du ministère public. Dès lors que celui-ci a pris connaissance de faits délictueux, il lui appartient d'engager ou non des poursuites » ; S. SCEMLA, « Les lignes directrices du PNF et de l'AFA sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public en matière de corruption. La création de nouvelles conditions pour pouvoir bénéficier d'un accord », *Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, n° 4, août 2019, comm. 143 : « Une telle démarche n'est pas sans risque. Non seulement elle pourrait conduire les autorités à engager une procédure alors qu'une enquête n'aurait pas nécessairement été ouverte, mais surtout rien ne garantit la confidentialité des éléments communiqués aux autorités à ce stade de la procédure ».

<sup>822</sup> G. POISSONNIER, « Première convention judiciaire d'intérêt public entre le parquet national financier et une banque. Une révolution sans lendemain ? », *op. cit.*, n° 6 : « Rien n'est moins sûr au regard des conditions actuelles qui n'encouragent pas les personnes morales fautives sur le plan pénal à entrer en voie de négociation avec le parquet ».

et la négociation consubstantielle au processus mériteraient de donner lieu à une convention processuelle différente de la convention substantielle que le code de procédure pénale envisage - comme le point de départ des règles applicables au mécanisme -.

Le contrat processuel permettrait de sécuriser les échanges résultant du rapprochement spontané entre le procureur et la personne morale, le domaine infractionnel, la négociation entre les parties (avec l'accès au dossier), le cadre de l'enquête amiable menée par le mis en cause qui participe à la découverte des faits reprochés<sup>823</sup> et la confidentialité du processus, dont l'étendue est très incertaine<sup>824</sup>. Une fois que l'accord processuel est conclu, la prescription est suspendue et le procureur ne pourrait pas déclencher l'action publique jusqu'au terme prévu par l'accord processuel ou dès qu'il fait valoir une cause de rupture légitime laissant penser qu'aucun accord sur le fond ne pourra être trouvé. Cet accord processuel pourrait également être envisagé pour rendre la CJIP attractive, alors qu'un juge d'instruction est déjà saisi.

**189. La CJIP envisagée lors d'une information pénale.** Quand la personne morale était mise en examen, le mécanisme initial n'était pas jugé suffisamment intéressant ou protecteur en droit positif. Pour basculer, au moins momentanément, de l'information judiciaire, au cadre procédural de la CJIP, la personne morale devait reconnaître les faits et accepter la qualification pénale retenue (CPP, art 180-2 ant.). Ensuite, le juge d'instruction ordonnait la transmission de la procédure au procureur par voie d'ordonnance, si ce dernier avait également donné son accord préalable. Cette « erreur de plume<sup>825</sup> » laissait penser que la personne morale devait

---

<sup>823</sup> D'abord, quand il s'agit du rapprochement entre les acteurs de la procédure, le contrat processuel permettrait à chacune de sonder les connaissances de l'autre sur les faits litigieux. En outre, dans cet accord, le procureur et le mis en cause pourraient définir le cadre exact des échanges d'informations et de documents selon l'avancement de la négociation. Il s'agit de sécuriser le processus. Le procureur pourrait même s'engager à formuler une proposition de CJIP si certaines informations et documents réclamés sont transmis et révélés. En outre, des coefficients minorants pourraient être envisagés selon les degrés de collaboration. Les lignes directrices du PNF et de L'AFA recommandent des pourparlers officieux. Un contrat processuel permettrait alors de border la confidentialité du processus et les pièces qui peuvent être confidentielles ou non, la discussion commençant en amont d'une proposition de CJIP (qui constitue le point de départ de la confidentialité selon le code). Une enquête interne peut être réalisée par la personne morale en parallèle ou non de l'enquête judiciaire à l'encontre des personnes morales ou d'autres personnes physiques. Il s'agit alors de contractualiser le cadre de l'enquête, ce qui se fait déjà en pratique de manière officieuse et que l'on retrouve ensuite dans la convention sur la sanction en guise de geste minorant la sanction. La convention permettrait d'établir clairement les obligations de chacun dans la recherche des preuves, car, si la CJIP implique que la personne morale collabore, elle ne devrait collaborer que dans une juste proportion et elle ne devrait pas se substituer aux autorités de poursuites. Il s'agit de déterminer d'un commun accord quels sont les éléments de preuve attendus ? Comment doivent-ils être récoltés ? Par qui ? l'entreprise ou la justice ? L'avocat de l'entreprise devrait négocier cela avec le parquet (G. DAÏEF, G. POISSONNIER, « CJIP avec AIRBUS : les derniers freins à l'autorévéléation des faits levés », *Gaz. Pal.*, 24 mars 2020, n° 12, p. 24).

<sup>824</sup> M-A. NICOLAS, « Les lignes directrices du PNF et de L'AFA sur la mise en œuvre de la CJIP », *op. cit.* La confidentialité prévue à l'article 41-1-2 a vocation à ne couvrir que les documents échangés à compter de la formalisation d'une proposition de CJIP, mais pas tout ce qui se passe avant, au cours de la négociation initiale qui constitue le cœur du mécanisme ; M. KROUTI, P. DUFOURQ, « Décryptage des nouvelles lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, *op. cit.* : « Dit autrement, tout ce qui a été versé ou communiqué par la personne morale avant tout accord sur l'exposé des faits, sur la qualification pénale susceptible de leur être appliquée et sur la nature et le quantum de ses obligations pourra être réutilisé par le parquet ».

<sup>825</sup> A. GAUDEMONT, A. DILL, « Convention judiciaire d'intérêt public : une première particulière », *Jcp G.*, n° 51, 18 déc. 2017, 1331 ; erreur corrigée avec la nouvelle rédaction de l'article 180-2 prévue par la L. 2020-1672 du 24 décembre 2020.

s'auto-incriminer avant toute proposition de convention sur les faits, les qualifications pénales attachées et les sanctions envisagées<sup>826</sup>. En outre, en cas d'échec, cette révélation n'était pas couverte par la confidentialité. Le respect du droit de ne pas s'auto-incriminer était éludé<sup>827</sup>. L'article 180-2 CPP mériterait d'être articulé autour d'un accord processuel. Le procureur et la personne morale, qui se sont rapprochés en cours d'information, devraient conclure un accord processuel sur le principe et les modalités de la tentative d'une CJIP autorisée par le juge d'instruction, pour améliorer l'attractivité et l'efficacité de ce mécanisme<sup>828</sup>.

### 190. Les intérêts processuels et la conformité aux principes de la procédure pénale.

Concevoir le contrat processuel implique de reconnaître un intérêt processuel au mis en cause, même si l'on admet, par principe, que l'opportunité processuelle demeure entre les mains du procureur, dans les limites du caractère indisponible de l'action publique (ce dernier disposant d'une faculté d'exercer la voie de procédure qui lui paraît la plus adaptée, CPP, art. 40-1). Le principe de l'opportunité des poursuites n'empêche pas de concevoir que le procureur puisse envisager une procédure alternative acceptée par le mis en cause, qui l'enferme dans un choix processuel définitif<sup>829</sup>, tant que l'accord n'est pas inexécuté. Il faut donc analyser le principe d'opportunité des poursuites comme un simple pouvoir d'initiative du procureur (en principe, lui seul propose la sanction envisagée)<sup>830</sup>. Le mis en cause reste plus passif, mais il est opportun

---

<sup>826</sup> A. ARTIAS, P. BARBIER, « Les conventions judiciaires d'intérêt public », *op. cit.* : « Or, en cas d'échec des négociations avec le parquet en vue de la conclusion d'une CJIP, comment la société pourrait-elle continuer à nier les faits reprochés après s'être "auto-incriminée" ? ».

<sup>827</sup> S-M. CABON, « Entre pragmatisme et idéalisme, quelle place pour la négociation en droit pénal fiscal ? » *op. cit.*, n° 18 : « dès lors qu'au terme d'une information judiciaire, ce n'est plus un simple acquiescement à l'exposé des faits mais bien une reconnaissance formelle de ces derniers qui est exigée, qu'advient-il de ces informations lorsque le président du TGI concerné rend une ordonnance de refus de validation ? » ; A. HUKKELAAS GAUSTAD, M-A. NICOLAS, « La convention judiciaire d'intérêt public. Quelles compatibilités entre intérêt public de la Société et intérêt privé des sociétés », *op. cit.* : « Qu'advient-il dans un tel cas de l'acceptation originelle de la société ? Sera-t-elle maintenue dans le dossier d'instruction ou sera-t-elle réputée n'avoir jamais été donnée parce qu'il serait considéré que l'acceptation était conditionnée à la conclusion d'une CJIP ? D'un point de vue général, une telle situation nous semble difficilement conciliable avec le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (...) Dans une telle situation en effet, l'objectif recherché au travers de la CJIP visant à accepter d'endosser une responsabilité sans pour autant admettre de culpabilité, devient pour le moins relatif ».

<sup>828</sup> Dans ce cas, le juge reçoit cet accord et, le cas échéant, il prononce une autre norme qui porte sur la transmission de la procédure au parquet. Cette norme processuelle préciserait au moins le cadre du litige : les faits et les qualifications pénales probables. Cet accord permettrait de considérer qu'il y a une reconnaissance de la volonté des parties de tenter une voie alternative pour les infractions mentionnées, sans reconnaissance de la commission des faits et des qualifications pénales. Le processus devrait donc être plus sécurisant pour la personne morale. En outre, le processus mériterait d'être organisé, car, en principe, les parties n'auront que trois mois pour conclure une convention judiciaire, l'information devant reprendre sur réquisitions du procureur (on peut sans doute considérer que ce délai puisse être repoussé puisque le procureur est maître de la retransmission de la procédure au juge d'instruction).

<sup>829</sup> J-B. PERRIER, « La transaction en matière pénale », *op. cit.*, p. 633, n° 770 : « Cette contrainte peut en revanche s'analyser comme une "obligation" pesant sur le procureur, lui imposant de poursuivre l'exécution de l'accord de composition une fois celui-ci conclu (...). Plus qu'une explication d'une théorie processuelle de la composition pénale, cette contrainte semble révéler son aspect "obligationnel" » ; D. CARON, S. MENOTTI, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2008, p. 109.

<sup>830</sup> M-A. NICOLAS, « Les lignes directrices du PNF et de l'AFA sur la mise en œuvre de la CJIP », *op. cit.* : « Si, aux termes de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale, l'initiative de formuler la proposition de conclure une CJIP est réservée au procureur de la République, l'expérience a déjà montré que, dans les faits, l'initiative pouvait venir de la société concernée ou de ses conseils (...) ».

de lui reconnaître une faculté de plus en plus grande de faire valoir un intérêt processuel, au regard des nouveaux mécanismes procéduraux<sup>831</sup>. L'intérêt processuel du mis en cause mérite surtout d'être valorisé quand certains accords sur la sanction sont désormais libres de vérifications judiciaires, notamment en matière de composition pénale, alors que la collaboration se renforce entre le parquet et la personne mise en cause.

Outre les accords sur le processus alternatif à la saisine du juge étatique, se trouvent des accords qui, dans le cadre des règles touchant à l'action en justice, affectent le choix d'un juge.

## B – Les accords sur le choix du juge

**191. Les accords sur la compétence.** Parmi les accords permettant aux parties de choisir leur juge, les accords sur la compétence sont bien connus. Ils prennent la forme de clauses attributives de compétence territoriale en matière civile et administrative (CPC, art. 48, CJA, art. R. 312-2)<sup>832</sup>. Sans l'accord des volontés qui lie des intérêts processuels sur le choix de la juridiction, les parties ne peuvent aménager les règles de compétence territoriale normalement applicables. Il peut être utile de préciser qu'il n'y a pas de nouvel accord contractuel lorsqu'une partie refuse de se prévaloir de la clause de compétence devant le juge saisi en contravention avec cette clause. Il convient d'y voir seulement un abandon de la norme de procédure stipulée.

Ces accords sont beaucoup plus incertains en matière pénale en ce qu'ils portent sur la renonciation commune des intéressés au procès pénal de contester la compétence d'attribution de la juridiction correctionnelle saisie<sup>833</sup>. Bien que la pratique connaisse ces accords, peu contestés dans chaque procédure<sup>834</sup>, il s'agit malgré tout d'une volonté processuelle subjective,

---

<sup>831</sup> L'intérêt processuel ne cesse de croître. Le mis en cause peut interroger le procureur sur les suites qu'il entend donner au dossier ou faire annuler certains actes d'investigations devant un juge de la liberté et de la détention, CPP, art. 77-2, s. issu de L. 2016-731 et art. 802-2 issu de L. 2019-222.

<sup>832</sup> Les mêmes accords existent toujours en matière de compétence matérielle puisqu'un taux de compétence est conservé pour certaines chambres de proximités détachées d'un tribunal judiciaire, CPC, art. 41 al. 1 et COJ, annexe tableau IV-II par ex., v. aussi art. D. 212-19-1.

<sup>833</sup> En procédure pénale, les accords sur la compétence portent sur la correctionnalisation judiciaire, v. B. BOULOC, « Procédure pénale », *op. cit.*, p. 623, n° 710 : « il s'agit de correctionnaliser en abandonnant des circonstances aggravantes, en disqualifiant certaines infractions en omettant un élément matériel ou psychologique ou en choisissant l'infraction délictuelle en cas de concours idéal d'infraction ». En réalité, on peut se demander si cet accord est un accord substantiel ou processuel, car après, tout, il s'agit de rétrograder des faits criminels en les qualifiant de délictuels, la compétence étant alors naturellement bouleversée puisque l'examen du conflit sera confié au tribunal correctionnel en lieu et place de la cour d'assises. On peut aussi dire qu'il s'agit pour les parties de renoncer ensemble à la contestation de la compétence pour des faits litigieux décidés unilatéralement par le mis en cause. À notre sens, l'accord fait valoir des intérêts à modeler la compétence pénale d'ordre public, mais il est illicite. Or, on constate également que la correctionnalisation s'opère par le jeu des différents actes de procédures légaux et une volonté subjective manifestée (positivement ou par abstention).

<sup>834</sup> S. LAVRIC, C. MENABE, M. PELTIER-HENRY, « Enjeux et perspectives de la correctionnalisation », *AJ pénal*, 2018, p. 188 : « La correctionnalisation pouvant être dénoncée, son succès suppose une entente de toutes les parties à la procédure : autorités

et non des intérêts processuels à lier<sup>835</sup>. En effet, un accord exprès des parties serait finalement *contra legem*, les parties ne pouvant pas se mettre d'accord sur les qualifications pénales et a fortiori sur la compétence de la juridiction par voie de conséquence<sup>836</sup>.

### C - Les accords sur l'office du juge et d'autres tiers

Ces accords déterminent le contenu de la saisine du tiers. Ils existent surtout en matière civile et ils sont plus audacieux une fois le litige né, en matière de procédure judiciaire étatique<sup>837</sup>. Ces contrats sont admis en droit positif, car ils tendent à limiter l'office du juge en définissant strictement la manière dont la matière litigieuse devra être perçue.

**192. Les contrats sur la prescription.** Parmi les contrats qui empêchent l'accès au juge, la convention portant sur le droit d'agir dans le temps peut être exposée. Elle est régie aux articles 2254 et suivants du code civil. L'intérêt des parties est processuel en ce qu'elles envisagent de réduire ou d'augmenter leur délai pour agir en justice. Le contrat pose une norme qui concerne la faculté d'agir en justice en l'abrégeant ou l'allongeant, sans toutefois la réduire en deçà d'un an ou la porter au-delà de dix ans. L'objectif n'est pas d'éteindre un droit substantiel ou tenter d'allonger sa durée de vie, mais il s'agit d'aménager la faculté de le faire reconnaître devant un juge s'il se trouvait en position d'incertitude. En outre, l'accord qui permet aux parties d'ajouter aux causes de suspension et d'interruption est pleinement processuel en ce que l'intérêt des parties n'est pas de se délester du pouvoir de régler le litige, mais d'organiser la manière de le résoudre en *neutralisant* le délai de prescription<sup>838</sup>.

---

chargées de la poursuite et de l'instruction, personnes poursuivies, parties civiles et juridictions de jugement de première instance et d'appel. Or, compte tenu de la rareté de sa contestation, on peut estimer que la pratique est indubitablement dans l'intérêt des différents protagonistes, du moins ne paraît-elle pas en leur défaveur»; Rapport n° 441 (2002-2003) de M. F. ZOCCHETTO, sous art. 55, évoquant également une pratique illégale, mais peu contestée en pratique. Le Conseil constitutionnel refuse de transmettre les QPC à son sujet, v. M. BENILLOUCHE, «La censure constitutionnelle de la correctionnalisation judiciaire : une occasion manquée...», *D.*, 2013, p. 1219.

<sup>835</sup> P. SALVAGE, «Le consentement en matière pénale», *RSC*, 1991, p. 699, n° 2, visant «l'accord de toutes les parties prenantes (...) de manière à ce que l'incompétence ne soit pas invoquée»; A. DARSONVILLE, «La légalisation de la correctionnalisation judiciaire», *Dr. pén.*, n° 3, mars 2007, n° 4, *spéc.* n° 2 : «La correctionnalisation judiciaire est donc bien une pratique illégale (...). Tous les protagonistes d'une affaire, les parties comme les juges, feignent d'ignorer la violation évidente de la compétence matérielle, pourtant d'ordre public. En outre, la correctionnalisation ne trouve à s'appliquer qu'en raison de l'approbation du tribunal correctionnel saisi, qui se garde bien de soulever son incompétence contrairement aux exigences légales qui lui incombent».

<sup>836</sup> Le ministère public ou le juge d'instruction lui peut en revanche qualifier comme il veut, quitte à ce que son « erreur » volontaire soit contestée ensuite devant le tribunal. La *substance* de la correctionnalisation a été légalisée sous CPP art. 469 et 186-3, afin de réduire la contestation de la compétence.

<sup>837</sup> Les accords processuels sur les processus alternatifs délimitent aussi l'office d'un arbitre ou des parties, mais ils sont moins originaux en ce qu'il ne s'agit pas d'aménager le statut légal organisant l'office du juge, de sorte qu'ils ne seront pas spécialement détaillés.

<sup>838</sup> B. PONS, «Le temps de la négociation transactionnelle face au temps de la procédure judiciaire : comment sécuriser des pourparlers avant l'introduction d'une instance ?», *Gaz. Pal.*, 28 févr. 2015, n° 59, p. 15.

**193. La requête conjointe et ses accords dérivés.** La requête conjointe est un acte de procédure introductif d'instance et elle peut comprendre plusieurs accords sur l'étendue du désaccord. La requête conjointe, dans sa dimension intellectuelle, est l'acte par lequel les parties soumettent au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs, la requête conjointe valant conclusions. Plus procéduralement, la requête conjointe est un acte de procédure (*instrumentum*) qui porte un contrat processuel (*negotium*). Ce contrat pose une norme qui est la détermination de l'objet du litige. Les parties conviennent d'obliger le juge à statuer sur l'objet du litige tel qu'elles l'ont fixé et qui ne peut être outrepassé par une demande supplémentaire<sup>839</sup>. Dans la requête conjointe, les parties forment donc l'objet du litige et elles ordonnent au juge de bien vouloir se prononcer sur ce dernier tel qu'elles l'ont envisagé (le juge ne disposant pas d'intérêt processuel à faire valoir sur la fixation du cadre litigieux)<sup>840</sup>.

La requête conjointe se distingue d'autres accords que son *instrumentum* pourrait comporter<sup>841</sup>. Elle peut constituer un vrai règlement de procédure qui pose plusieurs normes processuelles, voire substantielles. Il s'agit tantôt de vrais contrats, tantôt d'accords qui sont pris en dehors de toute liaison processuelle et demeurent ce que nous avons appelé des sollicitations processuelles.

Pour les normes pouvant être envisagées dans la requête conjointe, il convient de présenter celles que les parties définissent pour saisir le juge aux fins de lui confier une qualité de *médiateur* (proposer une solution que ces premières acceptent d'avance)<sup>842</sup> ; pour éviter les débats (CPC, art. 435) ou les audiences (CPC, art 828 et COJ, art L. 212-5-1) ; pour conclure un calendrier de procédure (781) ; pour que le juge chargé d'instruire l'affaire puisse tenir l'audience seul (CPC, art. 805) ; pour confier l'affaire à un juge unique ou renoncer à la collégialité (CPC, art. 759) ; pour fermer l'appel (CPC, art. 12 et 556, s). Parmi ces normes, la plupart ne relèvent pas d'un accord de volonté en ce que le droit ne tient compte que de la seule

---

<sup>839</sup> S. PIERRE-MAURICE, « Requête conjointe », *Rép. proc. civ.*, 2018, n° 36 : « Ensuite, le dispositif conventionnel d'introduction de l'instance que consacre la requête conjointe conduit à restreindre la recevabilité d'une demande additionnelle présentée unilatéralement par l'une des parties. Le plaideur ne peut de son propre chef ni élargir les points de désaccord ni modifier le fondement ou l'objet des prétentions définies dans la requête conjointe par des conclusions additionnelles. Une demande additionnelle n'est envisageable que si elle émane de toutes les parties signataires de la requête ».

<sup>840</sup> *Ibid.*, n° 2 et spéc. n° 12 : « Par son but, elle s'apparente à une assignation : elle introduit, en effet, l'instance contentieuse et produit des effets identiques. Par sa technique conventionnelle, elle ressemble à un compromis d'arbitrage ».

<sup>841</sup> La requête conjointe suppose un accord entre demandeur et défendeur, à la différence de la requête unilatérale ou de la requête collective, en droit civil, et surtout en droit administratif, où il s'agit, dans un même *instrumentum*, de faire figurer plusieurs demandes introductives d'instance de personnes différentes qui tendent aux mêmes fins (requête collective personnelle), CJA, art. R. 411-5.

<sup>842</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 16 juin 1993, n° 91-15332.

manifestation de volonté du juge de produire l'effet de droit envisagé (accord sur juge unique/collégialité). Ces manifestations des volontés ne sont donc que des planifications processuelles sollicitées par les parties, à l'inverse des autres accords qui peuvent figurer dans la requête conjointe (fermeture de l'appel). Il convient d'examiner les accords contractuels processuels qui figurent dans l'acte de requête conjointe.

**194. La liaison de la qualification de la matière litigieuse**<sup>843</sup>. Selon l'article 12 al. 3 CPC, le juge ne peut changer la dénomination (des moyens et de la demande) ou le fondement juridique quand les parties l'ont lié par un accord exprès sur cette dénomination ou ce fondement. Par exemple, le juge doit tenir compte de la qualification donnée à un contrat litigieux (contrat de vente et pas contrat de location) ou de la volonté d'appliquer un ensemble de règles plus protectrices qui ne sont pas normalement applicables (droit de la consommation au lieu du droit civil pour un contrat de vente, droit commercial en lieu et place du droit civil pour un contrat de bail). L'accord concerne la matière litigieuse disponible et les parties peuvent par conséquent décider contractuellement de limiter le débat sans que le juge puisse changer la dénomination ou le fondement juridique<sup>844</sup>. Les parties ont donc des intérêts à faire valoir pour limiter la matière litigieuse qui leur appartient.

**195. Le caractère faussement substantiel de l'accord sur la qualification juridique.** M. HERON et M. le professeur LE BARS considèrent l'accord comme étant de nature substantielle<sup>845</sup>. MOTULSKY concevait dès les années 1960 de telles conventions comme étant le choix des parties portant sur l'application d'un statut de droit (substantiel), que le litige soit né ou pas, le caractère exprès de la convention permettant seulement au juge de s'assurer de la volonté des parties qui expriment une qualification juridique anormale, pour la résolution de leur litige, dans les limites de l'ordre public<sup>846</sup> (le critère de la disponibilité cité par l'article 12

---

<sup>843</sup> L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, « Théorie générale du procès », *op. cit.*, p. 477 n° 249 : « dans tous les cas, le juge perd le pouvoir qui lui est reconnu par l'alinéa 2 (...) c'est-à-dire, concrètement, son pouvoir de qualification ainsi que son pouvoir de relever d'office des moyens de droit ».

<sup>844</sup> L. CADIET, E. JEULAND, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 477, n° 535 : « Avant même la naissance du litige, les parties peuvent lier le juge par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat : lui demander par exemple de se prononcer sur le fondement des règles de la vente (car les parties veulent exclure l'application des règles du contrat d'entreprise), de soumettre volontairement aux régimes de protection définis par le code de la consommation des contrats de crédits qui n'en relèvent pas en vertu des dispositions de ce code, de ne se prononcer que sur les questions d'exécution du contrat (car les parties ne veulent pas que le juge traite des problèmes éventuels de formation de leur convention) etc. L'immutabilité du litige s'étend alors au droit et le juge perd son pouvoir de requalification ».

<sup>845</sup> J. HERON, T. LE BARS, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 237, n° 291 : « Pouvoir des parties sur le droit substantiel. Les alinéas 3 et 4 de l'article 12 du code de procédure civile permettent aux parties de modifier les pouvoirs du juge ».

<sup>846</sup> H. MOTULSKY, « Écrits. Études et notes de procédure civile », *DALLOZ*, rééd., 2009, p. 101, dans son article sur « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *spéc.* p. 108, n° 11 : « la question se pose fréquemment de savoir dans quelle mesure les parties peuvent imposer au juge une qualification conventionnelle (...). Il faut distinguer d'abord, interprétation et qualification ; celle-ci n'intervient qu'une fois que l'on a décelé la commune intention des parties sur le terrain

CPC des droits fait écho aux droits substantiels). En outre, il n'y a pas besoin que le litige soit né pour que les parties puissent conclure un accord fixant la qualification juridique. Cela renforcerait son aspect substantiel (*contra*. CPC, art. 58).

La nature manifestement substantielle de l'accord a été renforcée par l'usage qu'en ont fait les juristes dans des affaires où il y avait des conflits de loi applicable. Ils ont distingué l'accord procédural sur la loi applicable passé devant le juge pour la résolution d'un litige (contractuel) et l'accord de fond inclus dans le contrat des parties qui détermine la loi applicable à leur relation (contractuelle) et qui s'impose lui aussi au juge en cas de litige<sup>847</sup>. Si l'un est exclusivement passé pour des raisons contentieuses, les deux envisagent le système normatif que doit appliquer le juge. Dans ce cas, il ne s'agit pas de modifier la procédure de résolution du différend, mais de réduire la portion du litige lui-même<sup>848</sup>. La Cour de cassation ne se fonde d'ailleurs plus sur l'article 12 al. 3 quand il s'agit d'évoquer la force obligatoire de l'accord sur le système normatif choisi.

**196. L'intérêt processuel des parties à l'accord sur la qualification juridique.** L'accord est processuel, car il lie contractuellement les parties au procès qui sont déjà acteurs d'un rapport processuel entre elles et le juge. Ce faisant, elles ne peuvent plus proposer de nouvelles qualifications juridiques et points de droit sans l'accord de l'autre, le juge ne pouvant pas non plus soulever de nouveau fondement juridique. Cet accord permet de fixer la matière litigieuse entre les parties<sup>849</sup>. Or, la matière litigieuse est à jamais processuelle, comme l'objet du litige,

---

des faits, puis la qualification réelle ayant été opérée par le juge sur la base de la situation ainsi déterminée, un double problème surgit : il faut rechercher - et c'est à nouveau une interprétation - si les parties ont eu l'intention de changer la qualification réelle (ce qui implique que les parties connaissaient l'inexactitude de la qualification qu'elles imprimaient à leurs rapports) ; et si cette intention est avérée, il faut - les parties pouvant disposer du droit lorsqu'il n'est pas soustrait à leur emprise dans l'intérêt général - faire dépendre la solution du caractère supplétif pour impératif de la règle de droit objectivement applicable : on peut assurément prévoir une indemnité d'éviction pour un bail professionnel ; on ne peut pas en revanche, supprimer le droit au maintien légal dans les lieux. Le choix conscient d'un statut juridique en soi inapproprié ne doit, en d'autres termes, être prescrit que dans la mesure où il est contraire à l'ordre public ».

<sup>847</sup> La spécificité étant surtout que l'accord procédural doit toujours être expresse et ne peut valoir que pour le litige contractuel, alors que l'accord de fond sur la loi applicable qui se situe dans le contrat intéressant la relation économique des parties est susceptible de générer, pour tout type de contentieux, l'application du même droit applicable, P. LAGARDE, « Loi applicable aux exclusions de garantie dans les ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *Rev. crit. Dip*, 1990, p. 316, *spéc.* n° 10 : « L'extension de cette solution à la matière contractuelle, que réalise l'arrêt rapporté, est moins claire. Tandis qu'en matière délictuelle, la mise à l'écart de la *lex causae* ne peut résulter que de l'accord procédural prévu à l'art. 12 al. 3 NCPC (ex. art. 12, al. 4) en vue de lier le juge par les points de droit auxquels les parties entendent limiter le débat, en matière contractuelle, au contraire, une confusion peut s'établir entre cet accord procédural et l'accord de fond sur la loi applicable au contrat, prévu par la règle de conflit elle-même. Le risque de confusion est d'autant plus réel que l'on admet aujourd'hui que le choix de la loi applicable, en vertu de la règle de conflit, peut être postérieur à la conclusion du contrat ».

<sup>848</sup> L'accord procédural n'a pas besoin de recueillir les formes de l'article 12 CPC. Les juges ne se fondent plus sur lui de toute façon, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 1997, n° 95-15557, v. P. MAYER, « Office du juge dans la recherche de la teneur de la loi étrangère et régime de l'accord procédural », *Rev. crit. Dip*, 1998, p. 60 ; v. D. BUREAU, « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. crit. Dip*, 1996, p. 587, *spéc.* 29, s.

<sup>849</sup> J. MIGUET, « Immutabilité et évolution du litige », *LGDJ*, 1977 et « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit » in « Mél. P. HEBRAUD », *Université des sciences sociales de TOULOUSE*, 1981, p. 567, *spéc.* p. 570 : « Les effets généraux de l'accord des parties, tels qu'ils peuvent se développer en première instance, apparaissent d'abord, comme le souligne la rédaction du texte, dirigés vers le juge, pour ne pas dire contre le juge, puisqu'il s'agit de le lier.



bien que ces données processuelles portent des énoncés qui touchent le plan du droit substantiel. La matière litigieuse n'est qu'une transmutation des données substantielles sur le plan processuel. Les intérêts des parties au contrat processuel sur la qualification juridique sont exclusivement processuels pour la bonne raison que les accords n'ont pas l'ambition de réduire une portion du litige concernant la nature de l'acte ou du fait litigieux. Elles agissent en tant que litigantes et leur accord ne vaut que durant l'instance (au moins celle durant laquelle l'accord est passé). Ainsi, les parties ne doivent plus soulever de nouvelles qualifications juridiques sur les points de fait déterminés et le juge ne peut pas non plus se prévaloir de nouveaux fondements juridiques. Si l'accord n'est pas préventif, il est alors curatif, selon l'usage qu'en propose MIGUET. Dans ce cas, l'intérêt est purement processuel, car il s'agit d'empêcher le juge de soulever un moyen de droit qu'il envisage de soumettre à la contradiction le cas échéant<sup>850</sup>.

En définitive, lorsque l'intérêt des parties est de fixer la matière litigieuse, l'accord relève de l'article 12 al. 3 CPC. Cet accord se distingue alors des accords sur le fond du droit, envisagés par les parties, même au seuil de l'instance, dans le but de soumettre leur relation juridique (contractuelle ou délictuelle) à un système normatif qui n'est pas normalement celui attendu, mais qui résulte de leur intention commune. Dans ce cas, leur accord dépasse le cadre de l'instance et guide aussi leurs comportements juridiques sur le plan substantiel. Le pacte d'amiable composition fait également partie de ces accords plutôt substantiels, bien qu'il puisse être manifestement processuel, car l'office du juge est modifié.

**197. Le pacte d'amiable composition.** L'accord est prévu à l'article 12 al. 4 CPC qui dispose que les parties peuvent, une fois le litige né, confier au juge la mission de statuer comme amiable compositeur. C'est un contrat qui peut exister en dehors de l'acte de requête et sans le caractère exprès de l'extériorisation des volontés<sup>851</sup>. En principe, il s'agit pour les parties de conférer au juge le pouvoir de trancher le litige en équité. Dans ce cas, on pourrait penser que

---

Mais le juge n'est pas seul en cause ici : sa liaison nécessitant l'accord des parties, cet accord, comme toute convention, va restreindre la liberté des parties elles-mêmes, et il convient donc de déterminer d'abord la mesure de cette liaison ». Il serait donc peu utile en pratique d'envisager cet accord au seul du procès, dans une requête conjointe par exemple (CPC, art. 58).

<sup>850</sup> *Ibid.*, p. 582, s. : « l'accord des parties a été conçu en liaison avec la requête conjointe : même si cette liaison n'est pas impérative, elle semble cependant avoir guidé le législateur (...). Par contre, le pouvoir donné aux parties de lier le juge peut prendre toute son utilité face aux initiatives de ce juge, c'est-à-dire postérieurement à la demande en justice et en réponse à ces initiatives. Par exemple, on peut très bien concevoir que dans un litige relatif à l'exécution d'un contrat, le juge soulève la nullité du contrat alors que l'annulation ne serait intéressante pour aucun des plaideurs », « il faut que la liaison ait lieu avant qu'il ait soulevé le moyen, car après il serait trop tard. On peut même dire que rationnellement, c'est cette liaison *a posteriori* qui semble la plus naturelle : pourquoi en effet lier le juge *a priori* alors que dans la grande majorité des cas le juge statue en fonction de la demande sans soulever de moyen nouveau ? Ce n'est que lorsqu'il devient actif que l'utilité de le lier apparaît ».

<sup>851</sup> Cass. com., 10 juill. 2001, n° 97-21648 : « Attendu qu'en se prononçant ainsi, sans constater que les parties avaient conféré au juge mission de statuer comme amiable compositeur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ; Cass. soc. 20 mars 1996, n° 93-19471.

l'accord est purement processuel, puisque l'office du juge est affecté au regard des règles tenant à la *jurisdictio* et à la motivation, qui sont aménagées par le jeu des volontés<sup>852</sup>. Pourtant, des auteurs soulignent que les parties ont avant tout pour ambition de soumettre l'examen de leur conflit substantiel à un autre système normatif, celui de l'équité. Madame WEILLER évoque l'amicable composition comme « la renonciation à la stricte application du droit<sup>853</sup> » portée par une convention abdicative sur les droits substantiels<sup>854</sup>.

Il est difficile de voir à quoi servirait un tel accord en dehors de l'office du juge, même s'il est possible de considérer que les parties puissent vouloir (en vain) régir leur rapport substantiel selon les règles de l'équité, même en dehors du procès. L'accord permet de valoriser des intérêts juridiques de procédure (à l'instar de l'article 12 al. 3 permettant de fixer la matière litigieuse) et d'empêcher le juge de faire une application immédiate d'une autre source normative, en l'occurrence le Droit. Il s'agit d'écarter « à cette fin les règles de droit qui paraissent inéquitable<sup>855</sup> ». Autrement dit, l'intérêt des parties à ce contrat est de limiter le champ des règles applicables à celles qui relèvent de l'équité, ce qui peut conduire le juge à appliquer la règle de droit s'il vérifie que son application est équitable.

## II - Les contrats processuels collectifs sur l'action en justice

**198. L'aménagement collectif de l'action en justice.** Les contrats collectifs ayant un effet sur les règles relatives à l'action en justice sont ceux qui posent des normes qui concernent le développement des modes alternatifs au règlement du différend juridictionnel étatique. Les auteurs de ces contrats ont pour but d'organiser les processus de mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des conflits, c'est-à-dire essentiellement la médiation judiciaire, pour la matière civile<sup>856</sup>. La chose est semblable en matière administrative quand il s'est agi de

---

<sup>852</sup> Dans un autre sens, on peut concevoir l'amicable composition non pas comme la recherche d'un résultat équitable, mais comme un processus qui donne au juge un office conciliatoire particulier que les parties sont susceptibles d'aménager alors qu'elles ne le peuvent pas en vertu de l'article 21 CPC (mission de conciliation appartenant au juge). En amiable composition, les parties seraient naturellement enclines à trouver un accord de fin de conflit et seulement, à défaut, *subir* une décision juridictionnelle équitable, v. H. MOTULSKY, « Arbitrage, expertise, transaction » in « Écrits. Études et notes sur l'arbitrage », *DALLOZ*, 1973, p. 33 ; P. FOUCHARD, « L'arbitrage judiciaire » in « Études P. BELLET, *Litec*, 1991.

<sup>853</sup> L. WEILLER, « Principes directeurs du procès - la matière litigieuse, conciliation du principe dispositif et du principe de juridiction », *Rép. proc. civ.*, 2019, n° 271.

<sup>854</sup> Une décision de la Cour de cassation en matière arbitrale avait laissé penser que les parties qui convenaient de conférer au tribunal arbitral la mission d'amicable compositeur avaient renoncé à l'exécution des droits nés de leur contrat, l'arbitre pouvant modérer les effets du contrat en écartant au besoin certains droits nés de la convention, CA, PARIS, 19 avr. 1991, *Rev. arb.* 1991. 673, obs. LOQUIN.

<sup>855</sup> J-P. BROUILLAUD, « Plaidoyer pour une renaissance de l'amicable composition judiciaire », *D.*, 1997, p. 234.

<sup>856</sup> Protocole relatif à la médiation civile entre le tribunal de grande instance de PARIS et l'ordre des avocats du barreau de PARIS signé le 14 décembre 2009, dans le but de « parvenir à une implantation durable du recours à la médiation civile dans la juridiction ».

susciter l'intérêt de la conciliation pour tout type de litige<sup>857</sup> et, depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, la médiation, dont le développement est contrôlé par le Conseil d'État<sup>858</sup>, ou encore quelques médiations plus particulières dans le contentieux de la fonction publique<sup>859</sup>. En matière pénale, sont des contrats collectifs les accords sur le développement de la justice restaurative<sup>860</sup>, mais pas les lignes directrices générales entre le parquet financier de PARIS et l'Agence française anticorruption sur la convention judiciaire d'intérêt public<sup>861</sup>. En revanche, des protocoles seraient sans doute bienvenus dans chaque juridiction en vue d'aménager le déroulement des alternatives aux poursuites qui se multiplient (CPP, art. 40-1)<sup>862</sup>.

## § 2 - Les contrats sur l'instance

Les contrats individuels sur l'instance (I) seront étudiés avant les accords collectifs (II). Les accords individuels sont moins nombreux que les contrats collectifs. La raison, sans doute évidente, est la suivante : une fois que les parties saisissent un juge étatique, ils ne maîtrisent que marginalement l'application des règles relatives au déroulement de la procédure. Le juge a un office de police procédurale qui lui impose de préserver la bonne avancée de l'instance en

---

<sup>857</sup> Convention relative à la mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des différends devant le tribunal administratif de LYON signée le 21 janvier 2015, *op. cit.*, art. 1, à propos de l'unique article du code en vigueur relatif à la « conciliation » (CJA, art. L. 211-4, ant.) : « La présente convention a pour objet, dans l'intérêt des parties à concilier, de mettre en œuvre concrètement les dispositions législatives précitées, afin de pouvoir parvenir dans le plus grand nombre de domaines possibles, et dans les délais raisonnables, à des solutions de conciliation. Il est entendu que le terme de conciliation doit être compris dans son acception large et vise les solutions destinées à mettre fin, par un mode alternatif de règlement des différends (...), à un litige juridictionnel relevant de la compétence du tribunal administratif de LYON, par le recours à un tiers choisi pour ses compétences dans l'intérêt de chacune des parties ».

<sup>858</sup> Convention cadre nationale relative à la mise en œuvre de la médiation dans les litiges administratifs entre le Conseil d'État et le Conseil national des barreaux, signée le 13 déc. 2017, art. 2 et en annexe la convention type, art. 1 : « La présente convention a pour objet de fixer un cadre de référence pour les parties qui s'engagent dans une médiation conventionnelle (...) à décrire les modalités concrètes possibles de mise en œuvre d'une médiation conventionnelle (...) ; v. Convention relative à la mise en œuvre de la médiation dans le ressort du tribunal administratif de MARSEILLE, entre le tribunal administratif de MARSEILLE et le barreau des HAUTES-ALPES signée le 21 janvier 2019, qui « s'engagent à diffuser la culture de la médiation en remplacement de l'action du juge - différends de proximité, différends de faible intensité qui ne posent pas de questions juridiques difficiles ou nouvelles - ou en complément de cette action - litiges très lourds en raison des enjeux pour les parties, de la nécessaire poursuite de leurs relations, de l'urgence d'y apporter une solution. Les centres de médiation sont encouragés à favoriser l'intervention commune de plusieurs médiateurs ».

<sup>859</sup> Projet de convention d'expérimentation de la médiation préalable obligatoire entre le centre de gestion de la fonction publique territoriale D'ILLE-ET-VILAINE, et la collectivité ou l'établissement public signataire qui y adhèrera.

<sup>860</sup> Circ. du 15 mars 2017 relative à la mise en œuvre de la justice restaurative applicable immédiatement suite aux articles 10-1, 10-2 et 707 du code de procédure pénale, issus des articles 18 et 24 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, art. 5.1 : « Un projet partenarial associant l'ensemble des acteurs concernés (autorité judiciaire, barreau, SPIP, PJJ, secteur local associatif socio-judiciaire, secteur associatif localement dédié à l'aide aux victimes) doit être élaboré en amont de la mise en œuvre d'une mesure de justice restaurative. Ce projet doit être formalisé par une convention définissant la méthodologie employée, les étapes du projet, son financement, le fonctionnement du dispositif et le rôle de chacun des acteurs ».

<sup>861</sup> Ce guide de conduite n'est pas destiné à la juridiction parisienne en particulier et les contentieux pénaux financiers ne relèvent pas uniquement de la compétence du parquet national financier (CPP, art. 705, s) ; Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, signées le 26 juin 2019 entre le Parquet national financier et l'Agence française anticorruption ; circ. du 12 mai 2017 sur les mesures alternatives aux poursuites (JUSD1714357C), p. 13, donnant un modèle de « protocole portant sur la mise en œuvre de l'injonction thérapeutique ».

<sup>862</sup> Convention relative à la mise en œuvre de la procédure de rappel à l'ordre par le maire au sein du tribunal de DRAGUIGNAN conclue entre les maires et le parquet le 18 février 2021, sur le fondement de l'article L. 132-7 du code de la sécurité intérieure.

prenant soin de veiller aux intérêts des parties. En outre, cet office procédural découle essentiellement de la nécessité qui résulte de préserver les intérêts du service juridictionnel, qui ne peut pas supporter, à l'heure actuelle, des aménagements conventionnels trop importants, sauf quand ils conduisent à accélérer le cours du procès. À l'inverse, les accords collectifs sont très nombreux, car, au contraire, ils dynamisent les règles de procédure étatique et sont considérés comme des leviers d'optimisation du traitement des conflits.

## I - Les contrats processuels individuels sur l'instance

**199. Les contrats sur l'administration de l'instance.** Les accords contractuels qui peuvent aménager le cours de l'instance étatique sont plus rares que les accords qui aménagent le déroulement d'un processus de règlement des différends de source conventionnelle<sup>863</sup>. En effet, par nature, le déroulement de l'instance implique des comportements de procédure unilatéraux imposés aux parties sous le contrôle du juge. Les accords sur l'instance sont ainsi réduits à peau de chagrin, et ce, dans toutes les matières. Ils pourraient être bien plus nombreux, si le procès acceptait pleinement le contrat. Les contrats sur l'instance concernent tantôt les mesures d'instruction (A), de tels accords étant amenés à se développer fortement, et l'organisation des débats (B).

### A - L'essor des contrats sur l'instruction

**200. La mise en état conventionnelle.** Le calendrier de procédure, auparavant nommé « contrat de procédure », n'est justement pas un contrat de procédure. Que ce soit en matière civile ou administrative, seul le juge à un intérêt processuel à fixer le calendrier de procédure, après avoir recueilli l'avis des avocats ou des parties. Il s'agit là de contractualisation illusoire.

En revanche, des accords processuels se développent pour organiser le déroulement de la mise en état de l'affaire, même en matière pénale<sup>864</sup>. En matière civile, ils vont se développer au

---

<sup>863</sup> Il ne s'agit pas d'évoquer ici tous les accords pris pour aménager le déroulement des processus alternatifs comme la médiation, l'arbitrage, la procédure participative, *etc.* Nous y reviendrons plus tard, leur qualification contractuelle et leur nature processuelle ne faisant pas de doute, car ils prévoient par exemple, un calendrier de procédure, le nombre et la forme des échanges et des réunions/audiences, les délais de la procédure, des mesures d'instruction, l'office du tiers, *etc.*

<sup>864</sup> L. n° 2021-1729 du 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, art. 6, réformant l'article 276-1 CPP, E. VERNY, « Loi n° 2021-1729 et loi organique n° 2021-1728 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire », *AJ pénal*, 2022, p. 8 : « La loi pour la confiance dans l'institution judiciaire modifie aussi le jugement des crimes à plusieurs égards. Elle prévoit la création d'une réunion préparatoire criminelle qui, d'ailleurs, avait jusqu'à présent souvent lieu de façon informelle. Cette réunion sera organisée par le président de la cour d'assises, en présence du ministère public et des avocats de l'ensemble des parties, afin de rechercher un accord sur la liste des témoins et experts qui seront cités à l'audience

moyen de l'acte de procédure d'avocat (acte juridique) qui trouve un support matériel dans l'acte contresigné par avocats (C. civ., art. 1374).

L'article 1546-3 CPC précise que les parties peuvent, par actes contresignés par avocats, prendre des actes processuels, plus ou moins innovants, en vue d'organiser le déroulement de l'instruction de leur conflit<sup>865</sup>. Ces accords processuels, non limitatifs, peuvent être l'objet de la convention de procédure participative aux fins de mise en état, mais ils peuvent également être pris indépendamment de ce mode alternatif.

Ces accords sont des contrats processuels que les parties exécutent elles-mêmes ou par l'intermédiaire d'un tiers. Ils sont motivés par des intérêts processuels qui portent sur la progression procédurale du litige.

Pour les accords les plus innovants, ceux qui touchent manifestement à la preuve, il ne s'agit pas de contrats sur la preuve, qui relèvent du droit substantiel<sup>866</sup>, mais de contrats qui portent sur l'administration judiciaire de la preuve et puis le déroulement de l'instruction, ce qui concerne intimement le droit du procès, même si certaines mesures contractuelles impliquent parfois de prendre un acte matériel aux fins de consigner la preuve (dans les hypothèses où l'acte d'avocat implique le recueil de preuve : consigner des éléments factuels fournis par les parties, les tiers ou un technicien). Il ne s'agit donc aucunement de définir l'objet de la preuve, pour prouver, mais de définir l'objet de l'acte d'administration de la preuve, pour la découvrir<sup>867</sup> et organiser les débats entre les parties sur le fait et le droit.

---

et sur leur ordre de déposition, ainsi que sur la durée de l'audience » ; E. DAUD, « Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire : dispositions relatives à la procédure de jugement et à l'exécution des peines », *DALLOZ Actualité*, 1<sup>er</sup> févr. 2022 : « L'instauration d'une telle réunion n'est pas sans rappeler les recommandations du rapport GETTI, qui proposait la mise en place d'une "audience criminelle d'orientation" ("La finalité de cette nouvelle étape consisterait à procéder à une mise en état en amont du procès criminel, afin de rationaliser la durée prévisible de l'audience et d'acter l'orientation du dossier devant la cour d'assises sur reconnaissance de culpabilité", *Rapport de la commission cours d'assises et cours criminelles départementales*, 11 janv. 2021 ».

<sup>865</sup> Énumérer les faits ou les pièces qui ne l'auraient pas été dans la convention, sur l'existence, le contenu ou l'interprétation desquels les parties s'accordent ; déterminer les points de droit auxquels elles entendent limiter le débat, dès lors qu'ils portent sur des droits dont elles ont la libre disposition ; convenir des modalités de communication de leurs écritures ; recourir à un technicien selon les modalités des articles 1547 à 1554 ; désigner un conciliateur de justice ou un médiateur ayant pour mission de concourir à la résolution du litige ; consigner les auditions des parties, entendues successivement en présence de leurs conseils, comportant leur présentation du litige, leurs prétentions, les questions de leurs avocats ainsi que leurs réponses et les observations qu'elles souhaitent présenter ; consigner les déclarations de toute personne acceptant de fournir son témoignage sur les faits auxquels il a assisté ou qu'il a personnellement constatés, recueillies ensemble par les avocats, spontanément ou sur leur interrogation ; consigner les constatations ou avis donnés par un technicien recueillis ensemble par les avocats.

<sup>866</sup> S. AMRANI-MEKKI, « L'acte de procédure d'avocat » in « 40 ans après... une nouvelle ère pour la procédure civile », C. BLERY, L. RASCHEL (dir.), *DALLOZ*, 2016, p. 17 et spéc. p. 21, s : « il s'agit d'une convention sur la preuve dont la validité devrait d'ailleurs être directement affirmée dans un futur article 1357 », l'auteur évoquant plutôt l'acte formel (l'acte contresigné par avocats) que l'acte intellectuel, la mesure d'instruction.

<sup>867</sup> L'acte de consignation des preuves par les avocats n'est pas de nature contractuelle. Si l'on suit Mme le professeur MAYER dans sa thèse, *op. cit.*, il s'agirait peut-être d'actions juridiques. L'acte d'avocats, lui-même mode de preuve, joue essentiellement le rôle de support des preuves recueillies (C. civ., art. 1374) et il ne faut pas y voir un nouvel acte intellectuel d'acceptation des faits trouvés. Il n'y a pas de norme nouvelle, mais un simple enregistrement de l'exécution d'un acte de procédure contractuel.

Quand les accords de l'article 1546-3 CPC sont pris dans le cadre de la procédure participative de mise en état, l'objectif des parties est d'externaliser la mise en état judiciaire<sup>868</sup>. Il faut souligner que cette externalisation demeure éphémère, car la mise à l'écart du juge déjà saisi est en principe temporaire durant l'exécution d'une convention de procédure participative de mise en état (renvoi à l'audience ou retrait du rôle, CPC, art. 1546-1).

Quand ils sont pris en dehors du cadre de la procédure participative, l'externalisation de la mise en état paraît encore plus illusoire, car la plupart des accords proposés par l'article 1546-3 CPC n'ont alors de sens qu'une fois que l'instruction civile devant le juge est en cours (par conséquent, ces accords pourraient être utilisés, devant le juge déjà saisi, pour instruire l'affaire). En outre, la liste des accords textuellement prévue n'est pas limitative, ce qui impliquerait une faculté légale de pouvoir aménager la mise en état judiciaire, alors que le juge est déjà saisi<sup>869</sup>. Le caractère non limitatif de l'article 1546-3 du Cpc est sensé, dans la mesure où les accords processuels sont l'objet de la convention de procédure participative de mise en état. En revanche, la loi ne règle pas le conflit de normes concurrentes, prises par les parties et le juge, en ce qu'elles peuvent tendre aux mêmes fins pour organiser la procédure. Par exemple, les parties pourraient ordonner des mesures d'instruction externalisées par acte de procédure d'avocat, alors que le juge chargé d'instruire l'affaire pourrait ordonner des mesures d'instruction judiciaires<sup>870</sup>. Vu l'incertitude des textes, les parties ne pourraient pas à l'heure actuelle imposer au juge de prendre telle ou telle mesure d'instruction judiciaire, mais simplement de prendre une telle mesure d'instruction en dehors du juge.

---

<sup>868</sup> L. CADIET, « Le développement de la procédure participative », *op. cit.* ; H. CROZE, « Procédure écrite ordinaire devant le tribunal judiciaire - essai d'archéologie juridique contemporaine », *Procédures*, n° 3, mars 2020, étude 6 ; T. CLAY, « La mise en état conventionnelle et la césure du procès », *op. cit., spéc.* p. 51 ; M. KEBIR, « Réforme de la procédure civile : promotion de la mise en état conventionnelle et extension des pouvoirs du JME », *DALLOZ Actualité*, 23 déc. 2019.

<sup>869</sup> À la lecture de CPC, art. 1546-3 al. 1, le caractère limitatif ne vaut, semble-t-il, que pour des actes contresignés à l'occasion d'une convention de procédure participative...

<sup>870</sup> À l'heure actuelle, au regard des dispositions de l'article 1546-3 CPC, les parties pourraient de manière novatrice et même en dehors de toute convention de procédure participative, convenir des « modalités de communication de leurs écritures », « recourir à un technicien selon les modalités des articles 1547 à 1554 » du CPC, consigner leurs déclarations, celles de tiers, des témoins et des techniciens. Dans ces cas, l'objectif est de fournir une preuve après avoir ordonné une mesure d'instruction privée à l'image du juge ordonnant et définissant les modalités de communication des écritures quand cela est possible ou une mesure d'instruction judiciaire (recours à technicien, comparution personnelle des parties, enquêtes pour entendre les témoins).

## B - L'essor des contrats sur le déroulement de l'instance

**201. Les accords sur la mise en pause de l'instance.** Le retrait du rôle est un contrat<sup>871</sup>, sans l'accord des deux parties, l'affaire ne peut être retirée du rôle<sup>872</sup>. Le retrait prend effet quand le juge enregistre l'accord des parties et le dévoile dans une ordonnance considérée comme une meure d'administration de la procédure. Les parties sont en position de faire valoir des intérêts qu'elles seules peuvent faire valoir, le juge ne pouvant pas décider du retrait du rôle. Les auteurs considèrent, en général, qu'il s'agit d'un acte qui retire au juge momentanément son obligation d'examiner la prétention qui lui est soumise.

L'action de retirer momentanément au juge son pouvoir de juger ne constitue que l'intérêt subjectif des parties et il ne doit pas être pris en compte. Le contraire laisserait à penser que la nature de l'acte frôle la matière litigieuse et donc le plan substantiel<sup>873</sup>. Pourtant, le retrait du rôle appartient au plan processuel. Le lien d'instance n'est pas non plus rompu<sup>874</sup>, il demeure, car l'affaire peut être réintroduite. Le lien d'instance est seulement gelé dans l'état où il était au moment du retrait. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation abonde en ce sens en ce que la radiation conventionnelle n'emporte d'ailleurs pas la ratification d'un protocole d'accord substantiel<sup>875</sup>. L'intérêt subjectif qui soutient la manifestation des volontés n'a que peu d'importance, la cause motivant le retrait du rôle étant inopérante. Il n'est donc pas important que les parties aient voulu empêcher le juge de statuer sur le litige ou neutraliser les diligences procédurales qu'elles doivent effectuer en vue de faire progresser l'instance, dans l'espoir, par exemple, de se laisser du temps pour trouver un accord amiable. La Cour de

<sup>871</sup> Il ne s'agit en aucun cas de deux renoncations unilatérales croisées : en matière de retrait du rôle, les parties « renoncent » ensemble et par principe provisoirement à la poursuite de l'instance.

<sup>872</sup> Cass. ass. plen. 24 nov. 1989, n° 88-18188 : « qu'après avoir énoncé qu'au cas où les parties considèrent de leur intérêt d'éviter ou de différer une solution judiciaire, elles ont la possibilité de suspendre le cours de l'instance en formant une demande conjointe de radiation, laquelle s'impose alors au juge », note R. PERROT, *RTD civ.*, 1990, p. 145, le juge n'a pas à vérifier les intérêts substantiels des parties qui sont une cause subjective de l'accord : « le juge n'ayant pas à rechercher si le comportement de ceux-ci est conforme ou non à l'intérêt bien compris de leurs mandants respectifs » ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 17 févr. 2011, n° 10-14863, note R. PERROT, *Procédures*, 2011, n° 165.

<sup>873</sup> L'intérêt des parties à la manifestation de leur volonté ne doit pas être exagéré vers l'intérêt substantiel, car les parties n'auraient pas la maîtrise du déroulement de l'instance, v. *contra*. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, « Théorie générale du procès », *op. cit.*, p. 475, n° 247 : « La solution semble logique, qui peut le plus, c'est-à-dire la solution conventionnelle du litige, cause d'extinction de l'instance, envisagée par l'article 384 du code à travers la transaction, doit pouvoir le moins, c'est-à-dire, la radiation de l'affaire, qui n'est qu'une cause de suspension de l'instance, surtout lorsque cette suspension est motivée par la recherche d'un règlement amiable du litige (...). L'idée perçue ici que c'est la maîtrise de litige par les parties qui est en cause, plus que l'administration de la procédure par le juge, et ce pourrait être une loi que l'accord des parties s'impose d'autant plus au juge que cet accord a pour objet la matière même du litige et sa solution par le juge », les auteurs qualifiant le retrait du rôle de convention de disposition processuelle portant sur l'instance (p. 483, n° 251).

<sup>874</sup> À propos de la radiation du rôle, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 nov. 2004, n° 02-14528, obs. P. JULIEN, N. FRICERO, « Procédure civile », *D.*, 2005, p. 332, la Cour précise « qu'une décision de radiation du rôle, mesure d'administration judiciaire qui n'a pas de caractère juridictionnel, et n'a pas d'incidence sur le lien juridique d'instance, ne peut être déférée à la Cour de cassation, fût-ce pour excès de pouvoir ».

<sup>875</sup> Cass. com., 27 nov. 1979 ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 21 janv. 1981, n° 79-14037, *RTD civ.*, 1982, p. 469, obs. R. PERROT : « l'acceptation d'un contrat, si elle peut être tacite, ne peut résulter que d'actes démontrant avec évidence l'intention de la partie d'accepter le contrat proposé ; qu'en déduisant de la seule radiation l'acceptation des époux y..., la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

cassation précise que, dès lors que les parties sont d'accord pour le retrait du rôle et qu'elles ont motivé leur choix, celui-ci s'impose au juge<sup>876</sup>. Les parties envisagent de tirer avantage d'un intérêt processuel à la suspension de l'instance qui génère une norme portant sur la mise en pause de l'instance, ordonnée par le retrait de l'affaire du rang des affaires en cours.

**202. Les autres contrats sur le déroulement de l'instance.** Les accords sur l'instance se multiplient dans la mesure où ils permettent de faciliter le travail judiciaire. C'est ce qui justifie que le législateur les multiplie. Cela est flagrant avec la consécration des contrats qui portent sur l'absence d'audience où les parties sont les seules à pouvoir manifester des intérêts processuels à lier pour choisir une procédure entièrement écrite et sans plaidoirie (COJ. art. L. 212-5-1, décliné ensuite dans chaque procédure). Plus généralement, l'article 1546-3 du CPC précité qui liste des accords de manière non limitative pourrait constituer ce fondement juridique qui donne le pouvoir aux parties d'aménager le déroulement de la procédure devant le juge saisi, sans pour autant pouvoir lui imposer le contenu de certains accords, qui rentrent en concurrence avec son office processuel.

## **II - Les contrats processuels collectifs sur l'instance**

**203. Des contrats collectifs très nombreux.** L'intérêt processuel des signataires porte sur l'élaboration d'un schéma de procédure qui va de l'introduction de l'instance jusqu'au jugement. Les accords collectifs de procédure les plus connus sont ceux relatifs à la communication par voie électronique, pris pour faciliter son essor, puis garantir et maintenir son utilisation d'un point de vue procédural et administratif. Ils ont été nombreux en matière civile (D. 2008-1678, art. 88), pénale (CPP, art. D. 591 et 592 ant. et A. 53-9) et administrative<sup>877</sup>, au moins lors des phases expérimentales de la dématérialisation.

Les autres accords collectifs portent sur l'organisation juridictionnelle du règlement des litiges et ont des objets processuels plus ou moins larges. Ils ont surtout trait à la mise en état, car la procédure, ou seulement quelques règles de procédure étatiques doivent être expliquées, développées, promues, remodelées, complétées.

---

<sup>876</sup> La Cour de cassation censure la cour d'appel qui a refusé d'ordonner le retrait du rôle en raison d'un mouvement de grève des avoués, les juges du fond n'ayant pas à vérifier le motif qui causait le retrait (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 17 févr. 2011, n° 10-14683).

<sup>877</sup> Convention conclue entre le Conseil d'État et le Conseil national des barreaux concernant l'utilisation de la communication électronique devant les juridictions administratives », 2013, art. 6 : « Des conventions seront conclues entre les présidents des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs, d'une part, et les bâtonniers des ordres des avocats, d'autre part, pour préciser les conditions de mise en œuvre de la présente convention au niveau local ».



Les accords collectifs détaillent alors les façons de procéder concernant les procédures de divorces et de liquidations des régimes matrimoniaux<sup>878</sup>, les procédures contentieuses concernant le dépôt des plaintes en matière d'infractions dans le milieu conjugal. Ils portent encore sur la détermination des compétences des acteurs de la police administrative et judiciaire pour les infractions environnementales<sup>879</sup> ; et, de manière plus atypique, sur le cadre d'enquête pénale propre aux infractions commises sur les nourrissons<sup>880</sup>.

Les conventions sont aussi prises concernant les mesures d'instruction générales ou plus particulières. Ainsi les intérêts processuels des signataires sont tournés vers la production d'un cadre procédural pour détailler une mesure d'instruction particulière, l'audition d'enfants devant le juge aux affaires familiales<sup>881</sup> ou pour préciser le cadre des expertises civiles et pénales<sup>882</sup>. Certains accords collectifs sont plus généraux et structurent les mises en état devant

---

<sup>878</sup> Ces conventions ont pour objectif de « de définir les règles d'usage et d'harmoniser les pratiques de ces professionnels dans le cadre des opérations de liquidation du régime matrimonial et de partage des biens, au cours du divorce ou, à défaut, postérieurement », v. « Charte PARIS "Procédure de divorce et règlement des régimes matrimoniaux" », *Gaz. Pal.*, 24 nov. 2012, n° 329, p. 5 : ce protocole est signé le 6 juillet 2012 entre le bâtonnier de l'ordre des avocats de PARIS, la présidente du TGI de PARIS et le président de la chambre des notaires de PARIS. Le but est de fournir un guide de procédure en matière de divorce combinant les règles de procédure civile avec celles du code civil. Les normes exposées portent sur les mesures provisoires ordonnées par le juge comme les modes alternatifs de règlement des litiges, la faculté pour le juge de prononcer la jouissance des biens et d'ordonner le règlement temporaire des dettes, d'ordonner une procédure d'expertise confiée à un professionnel du notariat. Il est également prévu l'introduction de l'instance, le prononcé du divorce, les opérations de règlement du régime matrimonial après divorce, soit amiable soit judiciaire simple ou complexe.

<sup>879</sup> Circ. du 21 avr. 2015 relative aux orientations de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement : « Par ailleurs, l'établissement de protocoles d'accord avec les préfets et les établissements publics concernés doit être encouragé afin d'articuler les réponses pénales et administratives » et *spéc.* art. 1.3.2, ces protocoles permettant de déterminer « les modalités pratiques du traitement des procédures et l'organisation des échanges avec les polices spéciales de l'environnement », comme les modes de recherche et de constatation des infractions ou les différentes réponses pénales envisagées pour chaque type d'infraction, l'objectif étant « d'améliorer l'articulation entre les réponses administratives et pénales tout en fluidifiant le traitement des procédures ».

<sup>880</sup> En sus des enquêtes prévues par le code, le protocole établit les premiers jalons d'une enquête particulière propre à la mort inattendue du nourrisson, Protocole relatif au traitement de la mort inattendue du nourrisson dans les YVELINES entre le procureur du TGI de VERSAILLES, et différents signataires comme le colonel commandant du groupement de gendarmerie des YVELINES, la directrice du centre hospitalier de VERSAILLES et différents médecins-chefs de service, pour harmoniser les pratiques et proposer un modèle d'investigation permettant de déceler les causes du décès (accidentelle ou criminelle).

<sup>881</sup> Convention pour l'audition d'enfants devant le juge aux affaires familiales signée le 29 novembre 2017 entre le TGI de CAYENNE et l'ordre des avocats au barreau de la GUYANE, son objet est « d'améliorer et de clarifier les modalités relatives à l'audition de l'enfant au sens des dispositions de l'article 388-1 du code civil (...) afin d'assurer l'effectivité du droit de l'enfant à être entendu ».

<sup>882</sup> Convention entre le TGI de PARIS, l'ordre des avocats à la cour d'appel de PARIS et l'Union des compagnies d'experts de la cour d'appel de PARIS concernant la conduite et la gestion des expertises civiles, signée le 4 mai 2006 et qui définit des pratiques procédurales afin « de mettre en œuvre pour l'exécution dans les meilleures conditions des mesures d'instruction confiées à des techniciens en général, et des expertises en particulier ». Il s'agit de « prévenir les difficultés que l'expert et les parties risquent de rencontrer au cours du déroulement des opérations, qui peuvent s'avérer lourdes de conséquences pour la procédure (...), et de faciliter la mise en œuvre effective du principe de contradiction en assurant une grande transparence, afin de renforcer la qualité et la pertinence de l'avis donné par le technicien », C. HUSSON-TROCHAIN et B. MAUROY, « La conférence de consensus "sur les bonnes pratiques judiciaires de l'expertise civile" », *Rev. Experts*, 2007, n° 75, p. 10.

les juridictions où la procédure est écrite<sup>883</sup> ou orale<sup>884</sup>. Parfois, ils sont très précis, comme ceux qui posent des normes sur l'organisation formelle des écritures<sup>885</sup>.

Certains sont propres à tous les contentieux, alors que d'autres concernent très spécifiquement l'attractivité d'un service juridictionnel ou un contentieux en particulier (tel que le contentieux commercial international), créant une procédure sur-mesure plus attractive pour une catégorie de litigants (en l'occurrence les acteurs d'un conflit international qui seraient séduits par la procédure de la juridiction parisienne<sup>886</sup>).

Les contrats processuels collectifs sur l'instance sont les plus nombreux<sup>887</sup>. En effet, ils ont pour objet de modeler le comportement des acteurs d'un procès aux fins d'améliorer la qualité de la justice, mais surtout l'administration de la justice, en dynamisant les processus (calendrier de procédure<sup>888</sup>) et en évitant les temps morts, même en matière pénale<sup>889</sup>, où ils se développent de plus en plus pour prévoir des sortes de calendriers de procédure<sup>890</sup>.

---

<sup>883</sup> J-C. MAGENDIE, « Le nouveau "contrat de procédure" civile. Objectifs, exigences et enjeux de la réforme parisienne », *op. cit.*, qui fait du juge rapporteur et de l'audience des éléments clés de la procédure.

<sup>884</sup> Ils ont vocation à *rigidifier* le cadre de la procédure orale jugée trop souple. Ils créent un cadre allant de la saisine au jugement, que la procédure soit au fond, ou en référé, prévoyant même les alternatives amiables. En matière commerciale : C. BLERY, « Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de BOBIGNY : un exemple à suivre ? », *op. cit.*, l'objet du protocole est de prévoir un « "schéma général de déroulement de procédure" : celui-ci comporte deux phases, une de mise en état orale en audience publique, avec quatre audiences, et une de mise en état » ; O. DUFOUR, « Cour d'appel de PARIS : avocats et magistrats tentent de remédier à l'asphyxie des chambres sociales », *op. cit.*, le protocole élabore aussi des schémas de procédure selon des types d'affaires déterminés (appels manifestement irrecevables, affaires très simples, affaires urgentes, affaires normales, au fond, en référé ou sur contredit) avec des calendriers de procédure dans des délais idéaux, tout en prévoyant la structuration des écritures.

<sup>885</sup> S. LATASTE, « Le protocole sur la mise en œuvre des principes de concentration des écritures est un guide de bonnes pratiques pour les avocats », *Gaz. Pal.*, 3 mars. 2012, n° 63, p. 5 ; « P. GRANET, « Protocole de procédure civile - les bonnes pratiques devant le tribunal de grande instance de PARIS » *JCP G.*, n° 24, 11 juin 2008, act. 400.

<sup>886</sup> F. ANCEL, « La nouvelle chambre commerciale internationale de la cour d'appel de PARIS : quels enjeux procéduraux ? », *JCP G.*, supplément au n° 14, 8 avr. 2019, p. 49 : « Les modalités de traitement des procédures applicables devant cette chambre, qui s'appuient sur un protocole de procédure dédié, permettent non seulement de redécouvrir les vertus de dispositifs oubliés du code de procédure civile et au-delà, incitent à en donner une nouvelle lecture internationale pour s'approcher des standards internationaux, reconnus comme étant adaptés au traitement des litiges du commerce international ».

<sup>887</sup> V. *infra* n° 203, s.

<sup>888</sup> Convention de mise en état des affaires civiles de 10.000 € conclue le 4 mai 2021 dans le ressort de la cour d'appel de ROUEN avec le barreau de l'EURE ; Convention de mise en état civile harmonisée au sein des tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel de LIMOGES le 28 juin 2017.

<sup>889</sup> Convention de procédure pour la chambre des appels correctionnels de la cour d'appel d'AGEN conclue le 21 mai 2021 entre le premier président, le procureur général et les trois bâtonniers du ressort, qui encadre notamment les renvois d'audience et la liste des pièces à fournir concernant l'aménagement des peines.

<sup>890</sup> Charte de bonnes pratiques relatives à la fluidité de l'audience correctionnelle, signée le 6 décembre 2019, entrée en vigueur au 6 janvier 2020, entre les juridictions du ressort de la cour d'appel de FORT-DE-FRANCE et le barreau de la MARTINIQUE : l'objectif est d'optimiser les temps d'audience et de maîtriser la gestion des renvois d'audience, en prévoyant notamment des audiences relay permettant de faire un point sur la mise en état du dossier. Il y est également prévu la mise en place d'une fixation concertée de la date d'audience en appel, pour garantir l'effectivité du nouvel article 509-1 CPP, issu de la loi du 23 mars 2019. Le protocole prévoit aussi la mise en place d'un contrat de procédure afin d'accélérer les audiences statuant sur les seuls intérêts civils.

### § 3 - Les contrats sur le jugement

Les accords sont individuels (I) et collectifs (II). Ils sont assez rares en ce que le jugement est l'acte du juge et que les parties peuvent se l'approprier en matière civile et administrative, une fois qu'il est rendu.

#### I - Les contrats processuels individuels sur le jugement

**204. La rareté des contrats processuels qui aménagent le jugement.** Les contrats sur le jugement sont rares. L'accord des parties pour éluder l'obligation de motivation du juge qui prononce le divorce en fait partie (CPC, art. 1123 et 1128). La motivation est une garantie processuelle à destination des justiciables qui relève de l'office juridictionnel. L'abandon est assez grave pour être justifié par voie de contrat. L'accord doit d'ailleurs être pris dans les formes de l'acte de procédure au moyen d'une acceptation expresse et par des conclusions concordantes (C. civ., art. 245-1 et CPC, art 1128). Il s'agit d'une convention abdicative pour les époux qui refusent de connaître le motif du dispositif.

**205. Les contrats qui empêchent une voie de recours.** Outre les accords de droit substantiel qui peuvent aménager la solution rendue par le juge, il existe des accords processuels sur le jugement. L'accord type est celui prévu par l'article 41 al. 2 du code de procédure civile<sup>891</sup>. Il précise qu'une fois le litige né, et si elles ont la libre disposition de leurs droits, les parties peuvent convenir par un accord exprès que le litige sera tranché sans appel.

La professeure FRICERO considère que l'abandon de l'appel avant le jugement peut être unilatéral<sup>892</sup>. Cependant, il existe une différence entre l'abandon de l'appel une fois le litige né, mais avant la solution juridictionnelle de première instance, et l'abandon de l'appel, une fois que le jugement de première instance est rendu. Les deux mécanismes, s'ils empruntent les mêmes conditions de validité (litige né et libre disposition des droits), sont pourtant différents et n'interviennent pas au même moment<sup>893</sup>, seul l'abandon de l'article 41 al. 2 CPC étant contractuel. Après le jugement, la renonciation s'envisage de manière unilatérale, que la voie de recours soit formée ou non, car l'une des parties peut s'en remettre au contenu normatif du premier acte juridictionnel (le dispositif du juge). Ainsi, cette renonciation emporte d'autres

---

<sup>891</sup> P. DELEBECQUE, « Les renonciations à recours » *op. cit.*

<sup>892</sup> N. FRICERO, « Parties à l'instance d'appel - Appelant. Intimé », *Jcl Proc. civ.*, fasc. n° 900-65, 2019, n° 43, s. *spéc.* n° 46 : « Si elle a lieu avant le jugement, la renonciation doit être, en principe, expresse ; elle peut être unilatérale ».

<sup>893</sup> N. GERBAY, « Jugements susceptibles ou non d'appel », *Jcl Proc. civ.*, fasc. n° 900-60, 2019, n° 4.

conséquences qui ne dépendent pas de la manifestation de volonté du renonçant (extinction de l'instance, acquiescement au jugement). Pour ne pas amenuiser l'intérêt de la distinction faite par le code, il faut donc éviter de confondre la *renonciation* contractuelle à l'appel avant le jugement et la renonciation unilatérale postérieure<sup>894</sup>. Ces accords individuels sur le jugement sont tout aussi rares que les contrats collectifs.

## II - Les contrats processuels collectifs sur le jugement

**206. La rareté des accords sur le seul jugement.** En matière civile, ils sont inclus dans les protocoles de mise en état dits généraux, qui détaillent la procédure dans son ensemble, de la saisine au jugement, et prévoient, par exemple, le temps maximum de délibéré ou la façon dont il sera prononcé. D'autres accords collectifs relatifs au jugement existent de manière plus atypique. Ils portent par exemple sur l'intervention de la CPAM afin de lui rendre commun le jugement pour le règlement des actions civiles<sup>895</sup> et pour la notification des décisions pénales<sup>896</sup>. Ont aussi été conclus des protocoles pour la saisie des sommes en espèces en vue du recouvrement des amendes forfaitaires pénales<sup>897</sup>, et des accords qui modifient la procédure d'aménagement des peines (CPP, art. 723-15 et 474)<sup>898</sup>.

---

<sup>894</sup> Justement, l'éloignement des mécanismes est justifié. Le contrat d'abandon du droit d'appel avant le jugement permet d'avertir les parties sur la gravité de leur acte. Elles ne peuvent que renoncer ensemble d'un commun accord. Une fois le jugement intervenu, le droit des plaideurs est fixé, et la renonciation peut se faire en tout état de cause. C'est parce que l'un renonce que l'autre y renonce aussi. Sans le lien entre les parties, la renonciation devrait être inopérante.

<sup>895</sup> Convention de partenariat entre la CPAM des YVELINES et le TGI de VERSAILLES dans le cadre d'un préjudice corporel pris en charge par la CPAM, signée le 26 juin 2015 entre le président du tribunal, le procureur de la République, le directeur de la CPAM des YVELINES : l'objectif est de faciliter l'intervention de la CPAM dans les causes dans lesquelles elle doit impérativement intervenir en vertu des articles L. 376-1, L. 454-1 et L. 455-2 du code de la sécurité sociale, à peine de nullité du jugement, pour qu'elle puisse faire connaître sa position relativement au recouvrement des créances dont elle a pu faire l'avance aux victimes de dommages corporels. La finalité est d'éviter un renvoi de l'affaire pour mise en cause de la CPAM, son avis étant indispensable. L'information est portée par des documents *navette* préétablis selon que l'affaire est orientée en comparution immédiate ou non.

<sup>896</sup> Convention entre la CPAM de HAUTE-SAVOIE et le TGI d'ANNECY pour la notification des décisions de justice signée le 22 septembre 2015, *op. cit.* : il s'agit ici de choisir de manière automatique pour toutes les procédures le choix de délivrer à la CPAM par greffier et non par exploit d'huissier, en vertu de l'article 555-1 CPP, les jugements qui doivent lui être notifiés. Le protocole prévoit la procédure à suivre, l'objectif étant de réduire le temps et le coût des significations tout en s'assurant de la bonne notification de la décision.

<sup>897</sup> Convention pouvant être conclue entre le parquet, la DGFiP et la gendarmerie, en vue de satisfaire notamment, l'article 707 CPP, v. T. DELAUNAY, « Une convention signée pour faciliter le recouvrement des amendes en EURE-ET-LOIR », *L'écho Républicain*, 17 juill. 2021.

<sup>898</sup> Convention entre la cour d'appel d'AGEN et les barreaux du ressort sur les calendriers de procédure et les aménagements de peine à la chambre des appels correctionnels, signée le 21 mai 2021, rappelant les nouvelles règles issues de la loi du 23 mars 2019 et encadrant les pièces à produire devant la juridiction de l'application des peines, afin de renseigner les juges le plus précisément possible sur la situation de la personne condamnée ; V. SAGANT, « L'aménagement des peines dans la juridiction de CRETEIL », *Revue d'Histoire de la justice, des crimes et des peines*, 13 nov. 2013.

**207. Conclusion du chapitre.** La notion de contrat processuel retenue a permis de déjouer la contractualisation illusoire du procès en déterminant quels sont les vrais contrats processuels qui aménagent le cours des procès. Ces contrats sont le fruit de la liaison nécessaire des intérêts processuels des cocontractants qui sont en position juridique d'envisager la prise d'une norme de procédure pour satisfaire ces intérêts. Les auteurs agissent sur le plan procédural pour aménager les règles relatives à l'action en justice, à l'instance et au jugement. Les contrats processuels diffèrent des contrats à fin ou potentialité processuelle. Ces derniers sont le résultat de la liaison d'intérêts substantiels ou justiciels qui ne régissent pas le cadre procédural, bien que ce dernier puisse être affecté par voie de conséquence, de près comme de loin. La plupart des accords de la contractualisation sont en réalité des contrats à fin processuelle, leur objet n'ayant rien de processuel. Par exemple, la transaction est le noyau dur de la contractualisation du procès, mais il ne s'agit pas d'un contrat processuel. La transaction est simplement un accord à fin processuelle dont les conséquences sur le procès sont secondaires, l'intérêt et les normes produites agissant au principal dans le plan du droit substantiel.



**208. Conclusion du titre.** Le premier titre aura permis de déjouer l'apparence de la contractualisation du procès. Cette dynamique contractuelle est illusoire en ce qu'elle repose sur une conception très subjective et économique du contrat dans laquelle la puissance de la volonté et la liberté contractuelle sont prédominantes. Cette conception conduit à entrevoir les accords de la contractualisation tantôt comme des contrats, tantôt comme de simples accords, chacun étant plus ou moins processuel. Sans faire de choix entre une conception subjective ou objective, il fut préférable de stabiliser « la volonté » dans le but de déceler ce que pourrait être un contrat en droit processuel. La liaison entre les intérêts contractuels des cocontractants a été proposée comme le moyen de stabiliser l'accord des volontés se manifestant sur les terres du procès.

Le contrat processuel a donc ainsi été défini : c'est l'accord des volontés qui fixe des intérêts processuels à lier en vue de prendre des normes de procédure émises pour satisfaire ces intérêts. Le contrat processuel existe bel et bien en droit processuel et il appartient à la catégorie des actes juridiques processuels, qu'ils soient individuels ou collectifs. Le contrat individuel règle la procédure entre les acteurs d'un conflit pour leur procès, alors que le contrat collectif organise la procédure pour l'ensemble des acteurs du conflit et des procès dans un ressort donné.

En éprouvant cette définition, il a été démontré que la plupart des accords que l'on concevait traditionnellement comme étant de nature processuelle n'agissaient pas sur l'organisation du procès. Beaucoup d'accords de la contractualisation sont des accords ou des contrats qui demeurent sur le plan du droit substantiel ou justiciable, sans déborder dans le plan procédural, l'unique plan processuel. Ils ne touchent donc le procès que de près ou de loin. Ce sont des contrats à fin (ou à potentialité) processuelle. Les normes qu'ils produisent n'ont pas vocation à organiser la procédure de résolution du conflit et quitter le champ de leur plan d'origine, soit substantiel, soit justiciable. Seuls les contrats processuels ont le pouvoir d'encadrer la méthode de résolution du différend, sans toucher au conflit ni à l'administration de la justice. Cette première étape fondamentale aura permis de passer de l'illusion au réel.

À ce stade de l'étude, le contrat processuel a une existence théorique. Le contrat peut exister dans la sphère de droit subjective de ses auteurs et destinataires. Toutefois, il n'est pas certain que le contrat processuel puisse trouver une place au sein de l'ordre juridique et objectif. Pour cela, il est nécessaire de dévoiler le pont permettant d'assurer le passage du contrat processuel de l'existence théorique et subjective vers l'existence pratique et objective. Le passage du contrat dans l'ordre juridique dans lequel il a vocation à s'insérer s'opère en examinant ses fonctions normatives en tant que source du droit processuel. Il s'agit de s'interroger sur la

normativité du contrat processuel en tant que source capable de servir de modèle de conduite pour les acteurs du procès.



## Titre 2 – La normativité du contrat processuel

**209. De l'existence subjective vers l'existence objective.** Le contrat processuel peut exister en théorie. C'est l'accord des volontés destiné à créer des normes de procédure pour satisfaire des intérêts processuels devant être liés. Dès lors que ses éléments caractéristiques sont établis, le contrat processuel apparaît au moins dans la sphère de droit de ses destinataires. Il génère une contrainte mentale faisant que ces derniers ne peuvent plus l'éluder. Toutefois, il n'existe pas encore dans l'ordre juridique objectif pour servir de référentiel à un organe d'application du droit. Afin de pouvoir exister pleinement dans l'ordre juridique, le contrat processuel doit être doté d'une normativité certaine. Cette normativité représente le pont assurant son passage de l'ordre subjectif des parties vers le plan objectif, la scène juridique. Elle se manifeste par la démonstration de l'utilité normative du contrat processuel vis-à-vis des normes étatiques de procédure. En effet, tout contrat processuel est, au minimum, un instrument juridique qui génère des comportements de procédure en vue d'organiser les comportements des acteurs du procès dans une procédure donnée. Cependant, la vigueur normative du contrat processuel doit se concevoir à travers son insertion dans un ordre juridique qui lui est traditionnellement réfractaire ou peu propice. L'ordre juridique processuel est en principe impératif et unilatéral. Le droit du procès est un droit objectif et légaliste qui impose aux acteurs de chaque procédure de prendre des actes juridiques et des actes matériels unilatéraux en vue de progresser vers la résolution du conflit. Ces actes unilatéraux et matériels sont les seuls moyens à disposition des acteurs du procès pour cheminer vers l'issue de la procédure. Au fur et à mesure, chaque acte déclenche automatiquement et *crescendo* les règles du statut légal, à mesure que la procédure progresse. Le contrat processuel a ainsi vocation à s'insérer dans un ordre juridique processuel déjà construit, qui va de la plus haute norme de procédure de droit objectif jusqu'à la plus petite action matérielle effectuée par un acteur d'un procès particulier.

**210. La recherche de la normativité du contrat processuel.** La normativité est l'aptitude de l'acte juridique ou de la norme à servir de modèle de conduite. Elle implique de rechercher l'utilité de la norme au sein de l'ordre juridique objectif en tant que prescription ayant vocation à régir les comportements juridiques des individus. Concernant les contrats processuels, il appert que ceux-ci s'interposent entre le présumé de la règle de droit objectif étatique et l'agissement factuel que l'agent du procès entend tirer de ce présumé. Ils opèrent une distraction normative : l'acteur du procès faisant progresser la procédure par voie de convention

est donc moins amené à prendre en compte le référentiel de la *loi* et le résultat de l'action unilatérale qu'elle prescrit que le contenu de l'acte contractuel. Il convient alors de démontrer que le contrat processuel est utile en lui-même, dans l'ordonnement juridique du procès, en tant qu'acte tendu vers l'obtention d'un résultat normatif que lui seul peut procurer. Cela conduit à dévoiler sa normativité, de la manière la plus épurée possible.

L'utilité du contrat repose sur la relation entre les règles contractuelles et les règles étatiques de procédure, ce qui conduit à envisager le contrat comme source du droit processuel. Cela revient d'abord à se demander si le contrat processuel trouve une place dans notre conception post-moderne du Droit, évalué comme un réseau de normes et moins comme une pyramide hiérarchiquement structurée (chapitre 1). La chose n'est pas aisée, car le contrat n'est habituellement pas un acte créateur du droit objectif, mais un acte d'application, créateur de rapports juridiques subjectifs et substantiels. Cet obstacle peut être surmonté en définissant la raison d'être du contrat processuel ayant vocation à régir les conduites de procédure.

L'utilité du contrat processuel *per se* passe ensuite par la définition de ses fonctions normatives en tant que source du droit (chapitre 2). La fonction de réglementation privée qu'il porte a pour vocation d'aménager l'(in)effectivité, l'efficacité, et l'efficience des règles étatiques de la procédure. Ces fonctions dévoilent le passage de l'hétéronomie étatique à l'autonomie (contrat processuel individuel) ou l'hétéronomie locale (contrat processuel collectif).

## **Chapitre 1 - Le contrat : source du droit processuel**

**211. La contractualisation de la production du droit.** La contractualisation de la production normative signifie que le contrat peut être une source qui crée et régit les comportements de procédure en lieu et place des actes juridiques unilatéraux imposés par le statut. Pour que le contrat soit doté d'une telle puissance normative, et puisse exister pleinement, il devrait être élevé au rang de source du droit<sup>899</sup>.

L'étude des sources est un passage obligé en droit processuel qui trouve sa raison d'être dans le recueil des normes de procédure, dont la substance permet d'en tirer des enseignements communs et généraux. Cette étude est d'autant plus importante dans la mesure où il est aisément prétendu que beaucoup d'accords processuels auraient une force de contrainte assez dérisoire et bien éloignée de celle des contrats civils. Elle l'est encore plus en ce que le contrat n'est pas, en général, une source du droit. Il demeure traditionnellement conçu comme un acte d'application du droit objectif en vue de créer de nouveaux rapports de droits subjectifs, patrimoniaux, réels et/ou personnels (section 1). Considérer le contrat processuel comme source du droit reviendrait à lui donner une chance de s'élever dans l'ordre juridique. Dans une théorie renouvelée des sources, le contrat processuel possède une utilité normative qui lui est propre (section 2).

### **Section 1 - Le contrat processuel dans la théorie classique des sources du droit**

**212. La production du droit jaillit de tout lieu.** Rappelons ce qu'est une source du droit selon la théorie classique des sources (§1), avant de montrer que le contrat processuel revêt le statut de source matérielle au regard de cette théorie (§2). Les constructions doctrinales classiques de la théorie des sources s'estompent, les auteurs mettant en lumière de nouveaux outils de régulation, malgré l'idéal légicentriste encore très prégnant. Le contrat processuel ne peut donc être relégué au simple rang de source matérielle.

---

<sup>899</sup> L. CADIEP, « Liens d'obligations, liens du procès : une introduction » *op. cit.*, p. 26, n° 5 : « Mais c'est surtout sous l'angle de la source contractuelle du rapport d'obligation que seront comprises les relations que ce lien de droit entretient avec le procès civil, que le contrat soit saisi par le procès civil ou que le procès civil soit lui-même saisi par le contrat ».

## § 1 - La conception classique de la théorie des sources du droit

**213. Les sources formelles.** Lorsque la doctrine pense le Droit, ou les sources du droit, c'est à la catégorie des « sources formelles » qu'elle se réfère immédiatement<sup>900</sup>. Les sources formelles sont « les injonctions d'autorités extérieures à l'interprète et ayant qualité pour commander à son jugement, quand ces injonctions, compétemment formées, ont pour objet propre et immédiat la révélation d'une règle, qui sert à la direction de la vie juridique<sup>901</sup> ». Les sources formelles demeurent, au premier rang, « la Loi écrite<sup>902</sup> » et la coutume<sup>903</sup>. À un degré inférieur viennent la tradition ou les autorités modernes, c'est-à-dire un fond normatif qui ne crée pas, mais qui sert à l'explication et l'application des règles issues des sources formelles générant le droit (doctrine et jurisprudence)<sup>904</sup>. En somme, une source est formelle quand un énoncé catégorique contraignant est pris sous les formes requises par l'organe habilité constitutionnellement à prendre ces règles, en suivant la procédure de formation imposée. Il s'agit du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire pour la *loi* et de tout autre organe naturel constitué par le corps social pour la coutume.

**214. Les autres sources du droit, les sources matérielles.** La catégorie des « sources matérielles » et des « sources réelles » du droit fut établie pour contrebalancer la puissance des sources formelles<sup>905</sup>. Les sources matérielles ou réelles ont pour vocation d'établir la frontière entre le droit des sources formelles et le non-droit. Les sources matérielles représenteraient le fonds du droit spontané, ce droit qui n'est pas encore droit pour ne pas être formellement consacré, mais qui génère toutefois des comportements juridiques suivis. RIPERT<sup>906</sup> évoquait les forces créatrices du droit pour représenter toutes les circonstances factuelles (« les données » selon GENY) qui ne contiennent pas de règles de droit, mais qui influencent leur création, qu'elles soient philosophiques, morales, sociales, économiques, en somme les « passions

---

<sup>900</sup> F. TERRE, « Introduction générale au droit », 10<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2015, p. 192, n° 242 ; M. LEHOT, « propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ*, 2003-4, p. 2235, *spéc.* p. 2340, n° 6 : « Il est coutume de considérer que l'expression "source du droit" équivaut à celle de "source de règle de droit" ».

<sup>901</sup> F. GENY, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique », t. 1, rééd., *LGDJ*, 1919, p. 237, n° 91.

<sup>902</sup> *Ibid.*, p. 222, n° 88 ; S. GERRY-VERNIERES, « Les "petites" sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes », *LGDJ*, 2012, p. 33, n° 23, p. 39, n° 29, s. et p. 42, n° 32.

<sup>903</sup> Ce qui est moins évident pour la coutume, P. JESTAZ, « Source délicieuse », *RTD civ.*, 1993, p. 73.

<sup>904</sup> F. GENY, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique », t. 2, rééd., *LGDJ*, 1919, p. 2, n° 138, p. 49, n° 149 et p. 53, n° 150, s.

<sup>905</sup> On les appelle encore sources substantielles, réelles, idéales ou brutes, v. C. THIBIERGE, « sources du droit sources de droit : une cartographie » in « Libres propos sur les sources du droit », Mél. P. JESTAZ, DALLOZ, 2006, p. 519, *spéc.* p. 539 ; M. LAROUER, « Les codes de conduite, source du droit », *op. cit.*, p. 55, n° 46.

<sup>906</sup> Voir avant lui, l'école allemande qui étudiait les lieux d'où jaillit le droit ; A. DUFOUR, « La théorie des sources du droit dans l'école de droit historique » in « Droits de l'homme, droit naturel et histoire », *PUF*, 1991, p. 258.

humaines »<sup>907</sup>. Ainsi, les sources matérielles seraient toutes les données de fait qui peuvent générer des comportements juridiques spontanés et inspirer le droit formel.

**215. La destruction progressive de la *summa divisio*.** D'un côté les sources formelles, de l'autre, les sources matérielles. Seule la première catégorie est productrice de droit et la *loi* (matérielle et formelle) est l'instrument type de cette production<sup>908</sup>. Par symétrie, les règles de droit sont forcément issues d'une source formelle. Les instruments de production du droit formel sont alors assimilés à leur contenu constitué d'une ou plusieurs règles de droit.

La règle de droit est donc celle qui dote son énoncé normatif des critères de la loi, qui est générale ou abstraite, impersonnelle et contraignante<sup>909</sup>. Les deux premiers critères sont relatifs et la doctrine les confond ou les dissocie plus ou moins<sup>910</sup>. Le troisième critère, celui de la contrainte, est encore prédominant pour repérer l'énoncé de la règle de droit issue d'une source du droit. C'est la marque essentielle du droit dans la conception classique des sources du droit. La règle de droit est donc celle qui est contraignante, c'est-à-dire coercitive, ou portant une sanction juridique. Une règle est contraignante quand son présupposé a la caractéristique de pouvoir être pris en compte par une autorité administrative ou judiciaire<sup>911</sup>. C'est le marqueur de la juridicité, parfois appelé « justiciabilité » de la norme comprise comme un énoncé normatif sanctionné. Par conséquent, les modes de production du droit qui ne produisent pas de règles contraignantes ne sont pas des sources - formelles - du droit et sont naturellement relayés au rang des sources matérielles.

---

<sup>907</sup> G. RIPERT, « Les forces créatrices du droit », *LGDJ*, rééd., 1994, p. 80, n° 27 et p. 86, n° 31, évoquant une *summa divisio* de ces forces avec « les forces conservatrices » et les « forces réformatrices » ; P. ROUBIER, « Théorie générale du droit », *DALLOZ*, rééd., 2005, p. 8, n° 2, *spéc.* p. 12 ; M. DELMAS-MARTY, « Le relatif et l'universel », *SEUIL*, 2005, p. 7, s. où l'auteur parle de « force imaginative » du droit.

<sup>908</sup> Il ne faut pas se limiter à la production normative des organes qui sont constitutionnellement habilités à prendre des lois (sens formel), mais y ajouter les lois prises par tout organe compétent pour le faire (sens matériel), v. J. GHESTIN, H. BARBIER, « Traité de droit civil - Introduction générale », *op. cit.*, p. 379, n° 420.

<sup>909</sup> R. CABRILLAC, « Introduction générale au droit », 13<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2019, p. 7, n° 6 : « La règle de droit est habituellement définie comme une règle de conduite dans les rapports sociaux, générale, abstraite, et obligatoire, dont la sanction est assurée par l'autorité publique » ; J.-L. BERGEL, « Théorie générale du droit », 5<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2012, p. 44, n° 30, s. décrivant la norme comme une « une prescription juridique », « caractérisée par un commandement et une sanction » et qui a un « caractère permanent, général et abstrait ».

<sup>910</sup> Ils sont relatifs en ce qu'ils ne permettent pas de dissocier la règle de droit de la règle venant d'un autre ordre normatif comme la morale ou la religion. J. GHESTIN, H. BARBIER, « Traité de droit civil », *op. cit.*, p. 129, n° 168, s. ; D. DE BECHILLON, « Qu'est-ce qu'une règle de droit », *op. cit.*, p. 36, considérant que « la généralité est une propriété quantitative. Elle a trait au nombre des sujets de la règle, et à rien d'autre (...). Générale, la norme possède un nombre indéfini d'applications ; individuelle ou particulière, elle en concerne un nombre fini. L'abstraction constitue par contre une propriété qualitative : celle de renvoyer à un concept, à une idée, à une manifestation de l'esprit ».

<sup>911</sup> J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, « Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », *op. cit.*, p. 3, n° 5 : « On découvre, alors, que ce qui constitue le critère de la règle de droit, c'est d'être une règle coercitive », p. 17, n° 21 : « la sanction de l'autorité publique qui s'attache à la règle de droit signifie qu'il est possible d'en exiger l'exécution, au besoin en recourant à un organe de la justice institué par l'État » ; P. DEUMIER, « Introduction générale au droit », *op. cit.*, p. 31, n° 25 : « c'est la possibilité d'obtenir une sanction par le juge qui caractérise la règle de droit et non sa sanction effective : le critère est alors celui de la justiciabilité de la règle de droit, de la possibilité de mise en avant d'une juridiction ».

Les auteurs considèrent que la distinction entre règles formelles et matérielles est une dichotomie difficile à saisir, qui n'est pas stable. Ce qui est sûr, c'est que la catégorie des sources matérielles peut recevoir tout ce qui ne rentre pas dans la catégorie des sources formelles qui devient alors interminable et insondable<sup>912</sup>. Ainsi, dans une conception traditionnelle, il existe une échelle graduée permettant de classer les sources entre celles qui sont le plus proches de la catégorie des sources formelles et à l'opposé celles qui sont de simples idées ou forces non juridiques plus proches des sources matérielles. Le contrat processuel y trouve nécessairement une place, mais il s'agit alors, à l'heure actuelle, d'une source plus proche de celles de la catégorie matérielle.

## **§ 2 - Le contrat processuel et le statut de source matérielle**

Dans la théorie des sources du droit, la question de la place du contrat est rarement abordée. Confronté à la conception classique, le contrat peut se situer à la base de la pyramide et il ne produit pas de règles de droit (I). Pourtant, il produit inévitablement du droit, mais il demeure assimilé à une simple pratique. Il permet aux acteurs juridiques d'appliquer les règles de droit supérieures dans un but de régulation privée (avec une dimension créatrice de situations subjectives particulières). Le contrat est alors un acte d'application pure du droit objectif qui relève de la pratique du droit et non de sa création, et cela, pour des considérations d'ordre technique et symbolique. Le contrat processuel est alors forcément relégué au même niveau (I).

### **I - Le contrat : acte juridique d'application du droit objectif**

**216. Les raisons de l'absence de la reconnaissance du contrat parmi les sources formelles.** Une raison technique et une raison symbolique en sont la cause. Une raison technique d'abord, car le contrat ne revêt pas les traits de la source formelle (ceux de la loi<sup>913</sup>) entendue comme une prescription générale et abstraite contraignante<sup>914</sup>, si bien qu'il ne crée

---

<sup>912</sup> T. REVET, P. DEUMIER, « Source du droit - problématique générale » in « Dictionnaire de la culture juridique », D. ALLAND, S. RIALS (dir.), PUF, 2003.

<sup>913</sup> F. TERRE, « Introduction générale au droit », *op. cit.*, p. 192, n° 242 : « Dans l'approche classique de la genèse du droit, approche aujourd'hui presque unanimement répandue, on réserve le mot source à ce que l'on appelle de manière plus précise les *sources formelles* du droit, seules aptes à générer, au prix de procédures d'élaboration précises, des règles générales obligatoires ».

<sup>914</sup> P. PUIG, « Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative » in « La contractualisation de la production normative », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), DALLOZ, 2008, p. 285, *spéc.* p. 286 : « Loi et contrat opèrent en définitive dans des ordres différents, l'ordre général pour la loi, l'ordre privé pour le contrat (...). Mais ces distinctions se sont peu à peu brouillées (...) » ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, *spéc.* n° 5.

pas du droit objectif<sup>915</sup>, mais des *droits et situations subjectifs* producteurs de normes de droit particulières<sup>916</sup>. Le contrat est convenu par les parties en raison d'une prérogative accordée par *le droit*, afin qu'elles et seulement elles puissent s'y soumettre.

Une raison symbolique ensuite, car l'étude d'un contrat, œuvre privée destinée à régir une infime partie de l'activité juridique n'est pas attrayante face à l'étude du grand droit qui mérite d'être connu et analysé<sup>917</sup>. Avec le contrat, les parties ne représentent pas l'intérêt de la société ni celui des tiers, mais font œuvre d'égoïsme motivé par des intérêts privés qui s'opposent ou s'attirent. Elles n'ont pas l'ambition de faire de leur contrat une loi au caractère général et impersonnel dont le présupposé est susceptible de s'appliquer de manière répétée à de nouvelles situations qui émergeraient pour eux et pour d'autres individus<sup>918</sup>.

Ainsi, l'étude du contrat processuel individuel, sous l'angle des sources du droit, n'aurait rien de délicieux, pour reprendre les propos de M. le professeur JESTAZ, en ce qu'il est une norme privée de procédure. Le contrat processuel collectif, en revanche, serait plus intéressant au sein d'une étude des sources de la procédure, car il résulte d'une erreur génétique « à la fois, accomplissement et dépassement de la technique contractuelle<sup>919</sup> ». Qu'ils soient individuels ou collectifs, les contrats processuels ne sont que très rarement présentés comme une source du droit, alors qu'ils témoignent d'un besoin de régulation des comportements.

---

<sup>915</sup> J-L. BERGEL, « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 58, n° 43 ; J-L. AUBERT, E. SAVAUX, « Introduction au droit et thèmes fondamentaux », *op. cit.*, p. 5, n° 6, s : « il ne s'agit pas de règles de droit au sens propre, plutôt de "normes individuelles" ».

<sup>916</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *op. cit.*, n° 7, 9 et 20 : « L'essentiel, pour nous, est de poser que l'acte contractuel n'est pas seulement producteur de droits, mais que, plus fondamentalement, il est d'abord producteur de droits, de règles juridiques » ; J. GHESTIN, H. BARBIER, « Traité de droit civil. Introduction générale », *op. cit.*, p. 135, n° 172.

<sup>917</sup> P. DEUMIER, « Introduction générale au droit », *op. cit.*, p. 25, n° 17 : « La norme individuelle ne prétend pas guider le comportement en société, mais plus modestement régler une situation en particulier et c'est probablement la raison pour laquelle la définition du droit met plus volontiers en avant la règle » ; D. DE BECHILLON, « Qu'est-ce qu'une règle de droit », *op. cit.*, p. 33.

<sup>918</sup> C. DELFORGE, « Le contrat aujourd'hui » in « Les sources du droit revisitées », vol. 2 « Normes internes et infraconstitutionnelles », I. HACHEZ et *alii* (dir.), *Presses de l'Université de SAINT-LOUIS*, 2012, p. 831, n° 20 et s., se posant la question du statut de source du droit du contrat, et y répondant : « S'il nous paraît convaincant d'affirmer que *du point de vue interne des sujets*, les normes de conduite, qu'elles soient générales ou individuelles, sont souvent ressenties comme revêtant une même "nécessité juridique" comme générant un même "sentiment d'obligations", ce n'est pas pour autant que l'on pourrait, selon nous, les identifier *d'un point de vue externe*, celui de la structure du système juridique (...). Les acteurs n'ont le plus souvent pas l'intention de créer une règle de droit. Ils assurent la conciliation de leurs intérêts à travers une opération économique particulière dont ils attendent que le droit, vis-à-vis duquel ils sont extérieurs, préserve la crédibilité et assure le respect ».

<sup>919</sup> T. REVET, « Le contrat-règles » in « Libre droit », Mél. P. LE TOURNEAU, *DALLOZ*, 2007, p. 925 ; J. GHESTIN, H. BARBIER, « Traité de droit civil », *op. cit.*, p. 300, n° 363 : « L'originalité de la convention collective de travail a conduit à s'interroger sur l'originalité de ce processus où la mise en œuvre d'un droit subjectif peut donner lieu à du droit objectif » ; F. TERRE, « Introduction générale au droit », *op. cit.*, p. 301, n° 376 : « Il n'est donc pas étonnant que l'on ait été conduit à s'interroger sur la place de la convention collective dans la hiérarchie des normes par rapport au droit international et au droit interne, par rapport aux lois, aux usages, aux contrats ».

## II - Le contrat processuel : quasi-source matérielle du droit processuel

**217. Les sources et le droit processuel.** Le droit processuel est un droit de toutes les sources contenant des règles relatives au procès<sup>920</sup>. Les sources du droit processuel sont connues. Ce sont essentiellement des textes internationaux, la Constitution et la loi ou le règlement ; en somme, il s'agit des règles de droit, le droit dur. Dans la théorie classique des sources *du* droit processuel, le contrat processuel n'est pas reconnu. L'acte juridique processuel, dont il est une espèce, ne l'est pas non plus, car ce dernier est considéré, à tort, comme étant plus proche de l'acte matériel ou formel, que de l'acte juridique (intellectuel), en raison du pouvoir limité de la volonté de définir librement la conduite des procès.

Le contrat processuel est alors un acte d'application, une source *de* droit qui se situe à côté de la pratique procédurale<sup>921</sup> et qui ne s'élève même pas au rang des usages et coutumes, à cause du changement incessant du droit procédural qui est en perpétuelle révolution<sup>922</sup>. Le contrat processuel ne figure généralement pas dans les ouvrages de droit processuel et de procédure. En revanche, lorsqu'il y est présenté, seul le contrat collectif y trouve une mince place et il est considéré comme l'activité des professionnels du droit qui assurent le passage du droit (les règles de procédure) aux faits (les comportements de procédure)<sup>923</sup>, autrement dit la pratique.

**218. La faiblesse congénitale des contrats processuels.** Le terme « faiblesses » est choisi, car les contrats processuels, même collectifs, sont difficilement perçus comme des contrats *généraux et impersonnels*, dotés d'une force normative *contraignante* élevée.

---

<sup>920</sup> S. GUINCHARD et *alii*, « Droit processuel », *op. cit.*, les auteurs du Précis parlent même d'un fonds commun processuel et l'architecture de la première partie de l'ouvrage est bâtie autour des « sources d'attraction du droit processuel à la garantie des droits fondamentaux » et des « sources d'adaptation du droit processuel à la mise en œuvre des droits fondamentaux ».

<sup>921</sup> J. CARBONNIER, « Droit civil », vol. 1. « Introduction, la famille, l'enfant le couple », *PUF*, 2004, p. 16 n° 6 : l'auteur fonde l'usage dans la coutume et la définit comme « une règle de droit qui s'est établie, non par la volonté du chef, du prince, de l'État, émise en un trait de temps, mais par une pratique répétée des sujets eux-mêmes. C'est du droit qui s'est constitué (grossièrement résumé) par l'habitude ». Elle présente deux éléments : l'un matériel : « c'est la pratique effective d'une certaine conduite en un cas donné. Mais cette pratique doit présenter quelque épaisseur dans l'espace et dans le temps, des caractères de généralité et de constance ». L'autre psychologique, « c'est la persuasion, chez les intéressés qu'ils sont obligés et obligés par le droit, d'agir comme ils le font, comme le font les autres ».

<sup>922</sup> P. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.*, 1996, p. 299.

<sup>923</sup> C. CHAINAIS et *alii*, « Procédure civile », *op. cit.*, p. 46, n° 61, qui les classent parmi « les sources prétorienne de la procédure civile » ; S. GUINCHARD et *alii*, « Droit processuel », *op. cit.*, p. 469, n° 266, qui les considèrent comme une « source d'adaptation du droit processuel » ; A. BERGEAUD-WETTERWALD, E. BONIS, Y. CAPDEPON, « Procédure civile », *Éditions CUVAS*, 2017, p. 25, n° 47 : « Par ailleurs, pour encadrer et discipliner les pratiques, on assiste, ces dernières années, à l'écllosion d'un phénomène nouveau : la multiplication de conventions passées entre un barreau et une juridiction que l'on appelle communément "les protocoles de procédures" (...). Il faut bien comprendre que ces protocoles ne constituent pas une véritable source de la procédure civile » ; L. CADIEU, E. JEULAND, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 24, n° 28, qui les évoquent parmi les « autres sources nationales » ; E. JEULAND, « Droit processuel général », *op. cit.*, p. 227, n° 122, qui les traite au détour de « la notion de source du droit processuel et la question de l'applicabilité ».



Il est régulièrement affirmé que les accords processuels individuels<sup>924</sup> et collectifs<sup>925</sup> ne sont pas obligatoires en l'absence d'obligation à exécuter. Ils ne seraient pas non plus contraignants, car les effets de droit générés ne sont que sanctionnés par des mécanismes processuels, bien éloignés des remèdes à l'inexécution des contrats civils. Ces défauts apparents ressortent du régime de l'acte processuel et se répercutent sur la question de son existence en tant que contrat.

Les accords individuels du procès manqueraient donc d'autorité, tandis que les actes juridiques unilatéraux bénéficient d'une toute-puissance normative en ce qu'ils sont le fruit d'une seule volonté, traditionnellement suffisante en droit du procès. Imagine-t-on par exemple sanctionner celui qui n'aurait pas respecté le calendrier de procédure prévu à la convention de procédure participative de mise en état ? Pourrait-on y voir une perte de chance d'obtenir une décision juridictionnelle rapide, voire un accord amiable, sachant que le non-respect des conventions d'arbitrage et de conciliation ne donne pas lieu à l'utilisation de remèdes contractuels civils classiques, mais à des remèdes processuels, dont la nature fait l'objet de discussions<sup>926</sup>. Le contrat individuel crée des normes particulières et il pourrait être rangé par défaut dans la catégorie des sources réelles lorsque les mécanismes de la pratique sont innovants et passent ensuite dans les codes<sup>927</sup>.

Les accords collectifs, dont l'existence n'est pas souvent révélée, sont des plus instables, s'ils ne résultent pas d'une habilitation normative codifiée. Ils sont présentés comme des bonnes pratiques, occultant ainsi leur caractère de source du droit et leur caractère contraignant, ne restant alors que la bonne volonté de ceux qui s'y croient soumis pour trouver une application concrète. Ils n'auraient donc pas de valeur<sup>928</sup> et seraient du droit souple vu comme un fait matériel<sup>929</sup>. À notre sens, ces contrats ont bien une valeur juridique et peuvent être considérés

---

<sup>924</sup> Les accords individuels de procédure ne s'appellent jamais « contrat », mais « convention », justement pour montrer leur infériorité normative, outre leur décalage avec le contrat substantiel civil. Par exemple, la convention d'arbitrage ne produit pas d'obligation dont le non-respect peut donner lieu à des sanctions contractuelles comme l'exécution forcée ou bien des dommages et intérêts. Comment la partie au retrait du rôle pourrait-elle outrepasser de manière fautive la cause du retrait, sachant qu'elle peut réintroduire l'affaire seule, à moins de supposer qu'une réintroduction soit préjudiciable tant que la cause persiste ?

<sup>925</sup> Sauf dans les rares cas où la loi les prévoit... et encore ce n'est pas sûr en toute matière, v. CPP, art. D. 591 et A. 53-9 ; L. CADIER, E. JEULAND, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 24, n° 28 : « la plupart des protocoles ne soulèvent pas de difficultés particulières parce qu'ils ne portent pas atteinte aux règles du code ou n'ont aucune valeur contraignante ».

<sup>926</sup> P. ANCEL, M. COTTIN, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *D.*, 2003, p. 1386.

<sup>927</sup> On peut évoquer la dérogation conventionnelle aux règles de compétence pour les contrats administratifs, autorisée en jurisprudence (CE, 12 juin 1963, *Cts PINSE*), puis codifiée (CJA, art. R. 312-11).

<sup>928</sup> C. BLERY, « Les protocoles n'engagent que ceux qui les respectent ! », *DALLOZ Actualité*, 7 nov. 2017, note sous. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 oct. 2017, n° 16-24234.

<sup>929</sup> L. MAYER, « Il est urgent d'assouplir la procédure d'appel avec représentation obligatoire », *Gaz. Pal.*, hors-série n° 3, 2016, p. 40 : « Et pourquoi ne pas conférer un rôle plus important au droit souple, je fais allusion aux protocoles de procédure, de plus en plus nombreux, et en général méconnus par les avocats des barreaux qui en sont signataires ».

comme du droit (dur), car l'ambition des signataires est de modeler le comportement des destinataires des normes édictées<sup>930</sup>, à l'aide de la contrainte étatique, ou par une force d'influence. Dans une conception classique des sources, les contrats collectifs sont indéniablement une source réelle. Ils sont une force créatrice du droit procédural, et plus particulièrement, une source d'inspiration. Le contenu des contrats collectifs représente un véritable vivier juridique qui peut être choisi pour devenir du droit dur (surtout en matière civile, qui touche aux sphères d'intérêts privés et car les protocoles y sont les plus nombreux).

**219. Les contrats collectifs comme source de droit réelle.** De nombreuses normes issues des protocoles ont été codifiées dans le courant des réformes MAGENDIE<sup>931</sup>, pour améliorer la qualité et la célérité des procès. C'est le cas du calendrier de procédure devant le tribunal de grande instance, de l'audience interactive des plaidoiries et de la pratique du dépôt des dossiers avant l'audience de jugement (CPC, art. 761, 779 et 785, depuis 2005).

En matière de communication par voie électronique, l'interprétation de l'article 748-2 CPC tenant au consentement à la communication a été réalisée par voie de protocole, la substance fut entérinée par le décret du 11 mars 2015<sup>932</sup>.

Les contrats collectifs ont fortement bouleversé la matière orale. L'article 446-2 CPC a été introduit en 2010<sup>933</sup>. Il prévoyait l'accord des parties pour le passage de la matière orale à la matière écrite, avec l'élaboration éventuelle d'un calendrier de procédure et la fixation des méthodes de communication des actes et pièces de procédure. Or, de nombreux protocoles organisaient déjà cela bien avant la réforme, et ce en matière commerciale<sup>934</sup> et prud'homale<sup>935</sup>.

---

<sup>930</sup> C. BLERY, « Les métamorphoses des sources », *op. cit.*, n° 15 : « Mis à part le cas du protocole qui se veut une charte de bonnes pratiques et qui n'a donc pas de valeur impérative - c'est du droit mou ou souple par la grâce récente du Conseil d'État », « il faut constater qu'une force obligatoire est souvent reconnue aux protocoles, qui deviennent de ce fait du droit dur » ; C. BLERY, « Les protocoles de procédure » in « La qualité de la norme », E. BONIS, V. MALABAT (dir.), *Mare & Martin*, 2016, p. 177, n° 1 : « Je dois d'emblée dire que les protocoles ne sont pas seulement du droit souple, qu'ils contiennent aussi des dispositions de droit dur. C'est dès lors "une réalité incontestable", que les protocoles "ont des effets juridiques sur leurs destinataires", *a fortiori* puisqu'ils se veulent contraignants ».

<sup>931</sup> J.-C. MAGENDIE, « Le nouveau "contrat de procédure civile". Objectif, exigences et enjeux de la réforme parisienne », *op. cit.*, qui parlait déjà d'une « réforme parisienne » par voie de protocole.

<sup>932</sup> V. Rapport VASSEUR, *op. cit.*, art. 2.3 pour les différentes conventions locales prévoyant « l'hypothèse d'un consentement donné par les ordres des avocats à l'occasion de conventions souscrites avec les cours d'appel » ; D. 2015-282 du 11 mars 2015. La Cour de cassation avait déjà statué, C. cass. 2<sup>ème</sup>, 9 sept. 2013, avis n° 15012 : « L'adhésion d'un avocat au "réseau privé virtuel avocat" (RPVA) emporte nécessairement consentement de sa part à recevoir la notification d'actes de procédure par la voie électronique ».

<sup>933</sup> D. n° 2010-1165 du 1<sup>er</sup> oct. 2010, art. 5.

<sup>934</sup> Protocole entre le barreau de PARIS, le tribunal de commerce et le greffe signé le 18 décembre 2009, *op. cit.* : « En vertu de l'article 861 du CPC, l'affaire est confiée à un juge rapporteur chargé de : recevoir les parties pour fixer le calendrier de la mise en état, assurer le suivi de cette mise en état, puis appliquer les dispositions du deuxième alinéa de l'article 869 du CPC ».

<sup>935</sup> O. DUFOUR, « Cour d'appel de PARIS : avocats et magistrats tentent de remédier à l'asphyxie des chambres sociales », *op. cit.* : « un magistrat de la chambre examinera chaque affaire afin de vérifier les convocations, fixer le cas échéant un calendrier

Après la réforme de 2010, des protocoles ont prévu que le passage de la procédure orale vers la procédure orale-écrite se ferait de manière automatique, et sans l'accord des parties pourtant imposé par l'article précité. Cela était envisagé au moyen d'une concertation plus ou moins évidente entre le juge et les avocats des parties<sup>936</sup>. Il faut constater que, depuis 2017, l'article 446-2 CPC a été modifié, de telle sorte que l'accord des parties a été remplacé par leur simple avis, sauf dans le cas où le juge souhaite fixer les conditions de la communication des écrits.

Pêle-mêle, les décrets n° 2017-891 et n° 2017-892 ont repris des charges processuelles élaborées par les signataires des protocoles parisiens. Furent consacrées : l'obligation pour une partie d'adresser spécialement ses conclusions au conseiller de la mise en état pour les demandes qui relèvent exclusivement de sa compétence (CPC, art. 914)<sup>937</sup> ; le principe de structuration des écritures devant le TGI et la cour d'appel (CPC, art. 446-2, 753 et 954)<sup>938</sup> avec l'obligation de faire figurer les nouveaux moyens de manière très apparente<sup>939</sup> ; de manière moins expresse, un « principe » de concentration intellectuelle des demandes constituant l'objet de l'appel, dès les premières conclusions (CPC, art. 910-4)<sup>940</sup>, les protocoles prévoyant déjà une

---

de procédure, et prendre une ordonnance précisant les diligences minimales à accomplir pour une bonne préparation de l'affaire ».

<sup>936</sup> C. BLERY, « Protocoles de procédure », *op. cit.*, p. 904, n° 300.61 : « ils présument souvent de manière simple (CAEN, art.1.1), p. 3), voire irréfragable (LYON : art. 2,2), que les parties ont consenti à la dispense de présentation (et non de comparution) et donc accepté de recourir à des écrits autonomes. Autant dire qu'ils présument que l'oralité est moderne et non classique » ; Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de TROYES conclue le 1<sup>er</sup> octobre 2016, art. 1-4 : « le calendrier de procédure établi en vertu de l'article 446-2 du CPC est par principe impératif et les parties représentées par des avocats sont réputés l'avoir accepté. Les parties à la présente convention considèrent que l'adoption du calendrier de procédure vaut autorisation donnée aux parties par le tribunal, de formuler leurs prétentions et leurs moyens par écrit, sans se présenter aux audiences, conformément aux articles 446-1 et 861-1 du CPC. La communication par voie électronique RPVA/RPVJC, est privilégiée » ; Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce d'AJACCIO signé le 3 avril 2017, art. 1-2 : « Désormais, les parties s'entretiennent avec le juge chargé d'instruire l'affaire du calendrier de procédure qu'il convient d'adopter et l'élaborent contradictoirement. L'accord des parties à cette fin, exigé par l'article 446-2, est réputé donné par les avocats au barreau D'AJACCIO par la signature du présent protocole. Il s'agit d'une présomption simple, laissant toute possibilité aux avocats ne souhaitant pas concourir à l'application des dispositions du décret de 2010 de renverser la présomption » ; cela est à mettre en corrélation avec la possibilité pour le juge de dispenser les parties de se présenter à l'audience lorsque l'instruction a été organisée par écrit selon calendrier de procédure. v. par ex. CPC, art. 861-1.

<sup>937</sup> S. AMRANI-MEKKI, « La redéfinition des règles de procédure sous contrainte managériale », *Gaz. Pal.*, 30 août 2016, n° 29, p. 56 : « C'est la raison pour laquelle certains protocoles d'accords entre le Barreau et les juridictions vont jusqu'à imposer des conclusions spécifiques, alors même que leur force contraignante est questionnée. C'est ainsi que l'article 2.2.2 du protocole d'accord conclu entre le barreau de PARIS et le tribunal de grande instance de PARIS prévoit que les parties "doivent très spécifiquement indiquer dans leur en-tête qu'elles sont adressées au juge de la mise en état" et que le "message de transmission indique clairement en objet qu'il s'agit de conclusions d'incident" » ; C. BLERY, « De l'obligation, pour les avocats, de dédier les conclusions au magistrat instructeur - Ou de l'obligation de "soigner leur copie" ! » *D.*, 2016, p. 1290.

<sup>938</sup> S. LATASTE, « Le protocole sur la mise en œuvre des principes de concentration et de structuration des écritures est un guide de bonnes pratiques pour les avocats », *op. cit.* ; v. la convention en question du 13 décembre 2011 et son préambule qui prévoit : « un plan-cadre ou plan type, permettant l'application des recommandations ainsi dégagées. Cette démarche vise également à l'harmonisation des écritures et des jugements en première instance et devrait s'étendre, à terme, aux juridictions du premier ressort qui ne l'auraient pas elles-mêmes entreprise » ; Protocole de procédure signé le 5 novembre 2008 par la directrice de greffe, le président de la chambre des avoués et le premier président de la cour d'appel de PARIS, II-A.

<sup>939</sup> Protocole de procédure civile signé le 11 juillet 2012 entre le bâtonnier de PARIS, le procureur de la République et la présidente du tribunal de grande instance, *op. cit.* : « les jeux successifs de conclusions sont numérotés et datés à la date d'établissement des conclusions ; les conclusions font apparaître par un trait rouge en marge leurs modifications successives et l'indication des pièces citées (...) ».

<sup>940</sup> J. PELLERIN, « La réforme de la procédure d'appel : nouveautés et vigilance ! », *Gaz. Pal.*, 23 mai 2017, n° 20, p. 13 ; S. AMRANI-MEKKI, « L'appel en matière civile : en marche vers un nouvel équilibre procédural ? À propos du décret n° 2017-891

limitation du jeu d'écritures déposées (appelé concentration matérielle)<sup>941</sup>, un principe de concentration des moyens renforcé et une synthèse des prétentions et des moyens<sup>942</sup>.

La loi du 23 mars 2019 de réforme de la justice consacre plus amplement la pratique du dépôt des dossiers, en créant un circuit procédural sans audience, ce qui était déjà le cas dans certaines juridictions dotées d'un protocole de procédure<sup>943</sup>.

La Cour de cassation continue de s'inspirer de mécanismes innovants, qui résultent d'une interprétation renouvelée des textes de procédure dans le contexte actuel. Par exemple, les protocoles parisiens sur la structuration des écritures ont toujours prévu que le dispositif des conclusions d'appel devait prévoir une mention telle qu'infirmes/réforme ou annule, ce qui est consacré en jurisprudence depuis le 20 septembre 2020<sup>944</sup>.

## Section 2 - le contrat processuel dans la théorie renouvelée des sources du droit

Dans une théorie des sources, dite classique, le contrat processuel appartient aux sources matérielles du droit, car il est à la fois acte d'application et acte d'innovation, certains comportements pouvant être appréhendés par la loi s'ils sont jugés satisfaisants. La capacité des contrats processuels à produire des comportements juridiques de procédure est créatrice d'interrogations, de doutes et de contestations. L'hésitation repose sur l'absence de

---

du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile », *JCP G.*, n° 23, 5 juin 2017, doctr. 659 ; N. FRICERO, « L'appel nouveau est arrivé ! » *DALLOZ Actualité*, 12 mai 2017 ; structuration de plus en plus souhaitée, ce à quoi les avocats s'opposent, R. HAIK, S. POISSON, « Des mots, toujours des mots (1000), mais de moyens... », *DALLOZ Actualité*, 1<sup>er</sup> octobre 2021.

<sup>941</sup> Protocole parisien du 13 décembre 2011, *op. cit.*, art. 2.2, al. 2 : « Une approche plus matérielle du principe de "concentration" postule que chaque partie ne puisse prendre qu'un nombre déterminé de conclusions : un premier jeu pour exposer la thèse et par exemple un second pour répliquer. L'article 912 du CPC tend d'ailleurs à un tel objectif, en permettant au conseiller de la mise en état de fixer le nombre de jeux d'écritures des parties. Cette concentration "matérielle" inclut la concentration des moyens ».

<sup>942</sup> *Ibid.*, al. 3 et l'autre protocole parisien signé le 11 juill. 2012, *op. cit.*, spéc. 2.2.1, al. 5 : « L'instruction de l'affaire doit être menée avec la volonté de promouvoir le principe de la contradiction, c'est à dire : - invoquer dès les premières conclusions tous les faits, tous les moyens principaux et subsidiaires et toutes les preuves qui fondent les prétentions » ; O. DUFOUR, « Cour d'appel de PARIS : avocats et magistrats tentent de remédier à l'asphyxie des chambres sociales », *op. cit.* : « dans un document annexe "une synthèse précise et succincte des moyens invoqués et des demandes" destinée à faciliter le travail des magistrats et susceptible d'être intégrée dans l'arrêt au titre de l'exposé des prétentions ».

<sup>943</sup> COJ, art. L. 212-5-1 ; v. par ex. Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de LYON du 21 déc. 2015, *op. cit.*, art. 3.2 : « Un certain nombre d'affaires concernent des litiges simples à résoudre pour lesquels les explications orales ne sont pas indispensables pour éclairer ce tribunal. Les parties au présent avenant conviennent dès lors que : ces dossiers simples (à savoir les demandes principales ou reconventionnelles inférieures à 10 000 € - hors demandes de l'article 700 du code de procédure civile - les cautionnements, les simples demandes de délais de paiement) feront l'objet d'un simple dépôt de dossiers (sans courtes explications, sauf à ce que l'un de parties ou son conseil fasse une demande motivée écrite, lors de l'audience de fixation, aux fins de voir son affaire appelée en plaidoirie collégiale interactive ».

<sup>944</sup> Protocole de procédure signé le 5 novembre 2008 par la directrice de greffe, le président de la chambre des avoués et le premier président de la cour d'appel de PARIS, *op. cit.* ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 17 sept. 2020, n° 18-23626, v. C. LHERMITTE, « Demande d'infirmation dans le dispositif des conclusions : pas d'inventaire à la PREVERT ! », *Dalloz Actualité*, 12 mars 2022.

reconnaissance de l'acte processuel dans l'ordre juridique et sur son régime incertain. L'étude de l'existence du contrat processuel ne peut s'achever qu'à condition de parvenir à démontrer qu'il s'agit d'un acte qui oriente les comportements de procédure.

La théorie des sources est en pleine reconstruction. Des thèses récentes sont venues bousculer les façons de concevoir les lieux d'où jaillit le droit, et donc, ce qu'est le droit. La théorie des sources du droit entretient une circularité avec ce que peut être le droit. Elle doit donc être adaptée pour embrasser les nouveaux énoncés normatifs et instruments qui les portent. Notre thèse s'inscrit dans cette continuité (§1) afin de concevoir le contrat comme un acte juridique processuel créateur de droit (§2).

## § 1- La reconstruction de la théorie des sources

**220. Le point de départ de la reconstruction.** La théorie classique des sources du droit subit des assauts répétés depuis le début des années 2000. Les premières attaques portent sur la notion même de source formelle jugée bancale. Les professeurs THIBIERGE et JESTAZ ont fait remarquer que le doyen GENY avait une conception très englobante de la notion de source formelle du droit positif mêlant ceux qui créent (les créateurs) avec comment ils créent (la procédure) et ce qui est créé (l'énoncé normatif)<sup>945</sup>. Surtout, la doctrine ne cesse de démontrer l'inadaptation de la théorie des sources du droit pour comprendre la réalité juridique<sup>946</sup>. C'est l'inadéquation courante du droit au fait qui revient constamment<sup>947</sup>. Cette incapacité de la théorie classique à comprendre le monde réel va de pair avec l'affaissement du modèle de la loi en pleine crise, car ne pouvant plus répondre à tous les besoins de la vie juridique<sup>948</sup>. L'heure est donc au choix : conserver le diktat de la loi ou recomposer l'éventail des sources du droit<sup>949</sup>.

---

<sup>945</sup> P. JESTAZ, « Source délicieuse », *op. cit.* ; C. THIBIERGE, « Sources du droit sources de droit : une cartographie », *op. cit.*, p. 538 : « Coexistent ainsi en doctrine, des conceptions larges, intermédiaires ou étroites de la notion de “sources formelles”, ce qui en fait une notion à contenu doctrinal variable » ; ces deux auteurs exposent que le terme « source » est lui-même porteur de plusieurs sens pouvant nuire à l'unité de la notion (entre 5 et 8).

<sup>946</sup> P. DEUMIER, « Introduction générale au droit », *op. cit.*, p. 60, n° 61 : « C'est la réalité qui s'est chargée de démentir cette vision extrémiste des sources du droit ».

<sup>947</sup> S. GERRY-VERNIERES, « Les “petites” sources du droit », *op. cit.*, qui constate que les « petites sources du droit » comme les circulaires ou les avis de la Cour de cassation ne peuvent pas être classées parmi les sources formelles, car elles n'ont justement pas de force contraignante. Pour autant, ces sources ne méritent pas pour autant d'être relayées au rang des sources matérielles, car leur force d'influence est vraiment proche de la loi (voire supérieure).

<sup>948</sup> F. ZENATI, F. TERRE, « La “crise de la loi” », *APD*, n° 25, 1980, p. 17, *spéc.* p. 20 : « il y a une revanche des particularismes contre le généralisme, des pluralismes contre le monisme » ; même en droit administratif, P. BRUNET « Les normes législatives et administratives » in « Traité de droit administratif », *op. cit.*, p. 494.

<sup>949</sup> F. GENY, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique », t. 1, *op. cit.*, p. 239, n° 91 : « Naturellement, c'est dans leur vie actuelle, que nous avons ici à envisager ces sources ».

## 221. Le renouvellement de la théorie des sources du droit par le prisme du droit souple.

La conception du droit a fondamentalement changé avec la révélation d'un droit souple, issu des mots anglais « *soft & law* »<sup>950</sup>. Les instruments juridiques de droit souple sont originellement dépourvus de contrainte juridique<sup>951</sup>, caractère dont on prétend pourtant qu'il est le marqueur fondamental de la juridicité dans la conception classique des sources. Mme le professeur THIBIERGE expose qu'il existe alors de nouveaux énoncés juridiques qui peuvent être plus ou moins flous (énoncés peu précis et directifs), doux (les énoncés conseillent ou recommandent des comportements) et mous (énoncés dépourvus de contrainte juridique), la conception la plus usuelle du droit souple étant le droit mou, celui qui est dépourvu de sanction<sup>952</sup>.

Sous ce vocable générique de *soft law*, appartenant par défaut aux sources matérielles, la doctrine regroupe depuis plusieurs années de nombreux énoncés potentiellement juridiques qui émanent de nouvelles sources publiques et privées<sup>953</sup>. Même si la loi n'est plus l'habit normatif par excellence<sup>954</sup>, les nouveaux énoncés normatifs de droit souples ne peuvent pas non plus être assimilés à de simples forces directrices matérielles. Ils bousculent la frontière entre le droit (source formelle) et le non-droit (source réelle)<sup>955</sup>. La palette du droit souple est si large et nuancée que tout ce qui n'est pas du droit rigide peut être qualifié de droit souple.

Le droit et les sources qui le génèrent devraient être perçus sans *summa divisio* clivante, mais de manière unique et protéiforme<sup>956</sup>. Entre sources formelles et matérielles, il y a donc peut-

---

<sup>950</sup> P. DEUMIER, « Introduction générale au droit », *op. cit.*, p. 62, n° 63 : « Enfin, la complexité de la société contemporaine est venue mettre en lumière le caractère très incomplet des sources traditionnelles (...). Particulièrement, comment ranger dans la classification traditionnelle toutes les nouvelles formes de *soft law* qui, sans être contraignantes, produisent un effet juridique ».

<sup>951</sup> P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 247 : « l'expression de "droit souple" est très généralement utilisée pour désigner un droit non contraignant ».

<sup>952</sup> C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599 : il s'agit selon elle des déclarations, recommandations (qui émanent d'une organisation internationale, d'un organe communautaire, d'une AAI), les directives, avis, chartes, codes de conduite, avis de la Cour de cassation, préambule d'une loi, directive administrative, Principes Unidroit, code de conduite d'entreprise, communications, communiqués, circulaires, engagements d'honneur, lettres d'intention, déclarations internationales, résolutions, lois d'orientation, de programmation, la déformation professionnelle, quelques usages et diverses pratiques professionnelles.

<sup>953</sup> P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », *op. cit.*, p. 250 : « le propre du droit souple est de ne pas être contraignant et sa reconnaissance comme source du droit est justement en question » ; I. HACHEZ, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa ? » in « Les sources du droit revisitées », vol. 4 « Théorie des sources du droit », I. HACHEZ et alii (dir.), *Presses de l'Université Saint-Louis*, 2011, p. 51 : « Que dire, alors, à l'heure où jaillissent de toutes parts ces nouvelles "sources" que, faute de mieux, l'on regroupe sous l'appellation *soft law* ? ».

<sup>954</sup> F. TERRE, « Pitié pour les juristes », *RTD civ.*, 2002, p. 247 : « Pendant combien de temps faudra-t-il répéter qu'une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, mais sanctionnée parce qu'elle est juridique ».

<sup>955</sup> C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse » in « Le droit souple », *op. cit.*, p. 141 ; M. LEHOT, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *op. cit.*, p. 2234, *spéc.* p. 2339, n° 5 : « On est donc amené à envisager la question de l'existence de sources du droit qui n'émettent pas de règles de droit, mais qui, pourtant, par d'autres processus normatifs, produisent du Droit », p. 2341, n° 6, s. : « La distinction entre la source et la règle de droit illustre donc le fait que le Droit existe au-delà de la règle de droit » ; F. MELLERAY, « Brèves observations sur les "petites" sources du droit administratif », *AJDA*, 2019, p. 217 : « On constate ainsi que le droit souple peut soit être entendu *lato sensu* comme désignant tous les instruments juridiques ne relevant pas du droit dur, autrement dit ne contenant pas de normes juridiques impératives, soit entendu *stricto sensu* comme visant uniquement une partie de ces instruments ».

<sup>956</sup> P. BERLIOZ, « Droit souple ou droit dur, un (non) choix lourd de conséquences », *Rev. sociétés*, 2018, p. 644 : « Le droit souple est bien du droit car, outre une formalisation identique, il présente la finalité caractéristique de la règle de droit : "influencer

être lieu pour une troisième voie<sup>957</sup>, qui n'en est finalement pas une, en ce qu'il s'agit d'une voie unique comprenant une palette d'énoncés normatifs de puissances juridiques différentes, un *continuum* des possibilités juridiques.

Le droit serait un *continuum* de normes qui oscillent de la source la plus formelle à la source la plus matérielle<sup>958</sup>. Le système pyramidal décrivant notre ordre juridique organisé de manière hiérarchique a laissé place au réseau, des sources productrices d'énoncés de droit plus interconnectées que hiérarchisées qui s'influencent l'une et l'autre et qui modélisent les comportements des acteurs du droit. Il y aurait autant de matrices susceptibles de générer du droit que d'énoncés juridiques produits.

**222. Le droit vu comme un réseau de normes à l'intensité juridique variée.** Le droit ne se comprend plus seulement au travers d'une norme juridique qui recouvre les traits traditionnels de la loi. La théorie des sources du droit recomposée offre un éventail de sources qui oscillent entre source *de* droit et source *du* droit<sup>959</sup>. Le statut de source dépend alors de plusieurs facteurs. Il faut prendre en compte l'origine de la source (source privée ou publique), sa reconnaissance (source officieuse ou officielle), son support (source non écrite ou écrite), son mode de formation (source spontanée, source édictée), sa texture (source de droit souple, source du droit dur), sa nature (source non formelle ou formelle), sa portée (source de normes individuelles, collectives ou générales), son rôle (source d'inspiration ou d'interprétation), son objet (source de droit fondamental ou de droit positif) et ses modes de création (sources indirectes ou directes). Plus la source prend les premiers caractères de chacun des éléments de reconnaissance, plus il s'agit d'une source de droit, plus elle prend les derniers caractères, plus il s'agit d'une source du droit.

Cette cartographie des sources est plus particulièrement relayée par une construction de la force normative des énoncés juridiques. Il s'agit moins de se focaliser sur la source d'un point de vue global que sur le produit de la source lui-même. Corrélativement, plus la force normative est

---

de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent" », l'auteur reprenant les propos du CE, 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NUMERICABLE*.

<sup>957</sup> I. HACHEZ, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa ? », *op. cit.*, p. 55 : « Ce faisant, on souscrit à la plus-value d'une catégorie tierce, par rapport à la traditionnelle *summa divisio* sources formelles et matérielles ».

<sup>958</sup> I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *RIEJ*, 2010/2, vol. 65, p. 1, *spéc.* p. 40, n° 38 : qui évoque ce continuum entre *hard law* et *soft law* : « loin d'être absolue, la frontière entre *soft law* et *hard law* s'apparente à une zone grise, à telle enseigne que le passage de l'un à l'autre se conçoit sous la forme d'un *continuum* et non sous celle du franchissement d'un seuil » ; C. POMART, « Les dispositions légales non-normatives : une invitation à penser la normativité en termes de continuum », *RRJ*, 2004-3, p. 1679.

<sup>959</sup> C. THIBERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », *op. cit.*, p. 533, expliquant que la source de droit n'est pas ce qui recouvre les caractéristiques traditionnelles de la loi.

élevée, plus l'intensité juridique de la source révèle son statut de source *du* droit et pas seulement de source *de* droit. Dans le rapport de synthèse de l'étude consacrée au droit souple, la notion de la normativité est affinée par Mme le professeur THIBIERGE qui expose ce qu'il faut comprendre par norme obligatoire. Elle brosse ainsi un « éventail de normativité<sup>960</sup> » qui décline la palette des aptitudes de la norme à être un instrument de tracé, une référence et un modèle pour l'action. La fonction des normes est prise en compte en ce qu'elles sont obligatoires<sup>961</sup>, recommandatoires<sup>962</sup>, déclaratoires<sup>963</sup> et posent des modèles les plus divers pour les individus en obligeant avec ou sans contrainte, en formulant des souhaits, ou en guidant vers un objectif<sup>964</sup>. C'est alors un nuancier de la force normative qui se dessine<sup>965</sup> et qui oscille entre la valeur normative plus théorique, la portée normative plus empirique et la garantie normative plus technique. La première est la force conférée par la source<sup>966</sup>, la seconde est la force exercée sur les destinataires<sup>967</sup> et la troisième est la force attribuée par le système juridique<sup>968</sup>. Plus l'intensité juridique est forte, plus le droit est Droit. Dans une conception renouvelée des sources, le contrat peut être une source de droit à part entière en matière processuelle.

## § 2 - Le contrat processuel et le statut de source du droit

**223. Le contrat dans la théorie renouvelée des sources du droit.** Avec une approche renouvelée des sources du droit, le contrat se comprend plus facilement comme un élément faisant pleinement partie du Droit sans distinction de petit ou grand droit<sup>969</sup>. Il n'est pas moins important que la loi, ce qui ne signifie pas qu'il est son égal<sup>970</sup>. La vision de M. le professeur

---

<sup>960</sup> C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse », *op. cit.* p. 154.

<sup>961</sup> Qui lui-même se décline en norme de prohibition, de prescriptions entre normes impératives, supplétives et facultatives et incitatives.

<sup>962</sup> Qui lui-même se décline en normes incitatives qui promeuvent une récompense, en normes optatives générales qui relèvent du souhait, en normes consultatives sollicitées spécialement par le destinataire sur une action en particulier.

<sup>963</sup> Qui lui-même se décline en déclaratoire pur traçant les grandes lignes à emprunter, et le proclamatoire qui fixe l'objectif à atteindre ou encore en normes déclamatoires qui affirment des valeurs essentielles ou des faits de mémoire.

<sup>964</sup> Cet éventail de la normativité regroupe l'impératif, le possible, le souhaitable et l'idéal, et entre le prohibitif et l'inspiratoire, la positivité et la juridicité (modulation de l'action juridique des individus et prise en compte par le juge) varient, mais tout est normatif.

<sup>965</sup> C. THIBIERGE, « Conclusion » in « la force normative », *op. cit.*, où l'auteur établit un nuancier de la normativité qui tourne autour de l'adéquation ou de la distorsion entre les trois pôles suivants de la valeur normative, de la portée normative et de la garantie normative.

<sup>966</sup> Il s'agit notamment de rechercher la source, la qualité et l'autorité de l'émetteur, sa place dans la hiérarchie des normes, sa validité formelle, la nature de l'instrument qui porte la norme, la formulation de son énoncé (foncteurs), sa légitimité et l'intention de l'émetteur.

<sup>967</sup> Il s'agit notamment de rechercher si la norme produit des effets sur les conduites, les pratiques, le droit lui-même, quels sont les effets de la norme entre régulation et harmonisation, la norme est-elle reçue par les destinataires, la doctrine le corps social ou la rejettent-ils ?

<sup>968</sup> Il s'agit notamment de rechercher si la norme est contraignante, sanctionnable, contestable, utilisable pour contrôler la légalité d'autres normes, si elle est opposable, mobilisable par le juge même d'office, tout simplement invocable devant lui.

<sup>969</sup> R. LIBCHABER, « L'ordre juridique et le discours du droit », *op. cit.*, p. 426, n° 313.

<sup>970</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER, « Traité de droit civil », *op. cit.*, p. 129, n° 168 et p. 300, n° 363 : « La généralité de la norme posée, si elle est une caractéristique fréquente de la règle de droit n'en est pas pour autant une composante essentielle ».



ANCEL, largement reprise, peut laisser croire que le contrat appartiendrait au droit objectif : « le contrat à force obligatoire aussi bien à l'égard des tiers que pour les parties elles-mêmes<sup>971</sup> », vision qu'il ne faut pas exagérer selon lui<sup>972</sup>.

La cause de l'assimilation hâtive du contrat au droit objectif résulte de l'interchangeabilité du mot norme avec celui de règle et de loi. Les termes font écho au droit objectif et donc au produit des sources formelles<sup>973</sup>, à celui de la conception classique dominante, ainsi qu'au système normatif objectif de KELSEN fortement réactivé par M. le professeur GHESTIN dans la même période à propos du contrat<sup>974</sup>. La pensée traduit alors l'intercession d'une norme de conduite entre le contrat et son contenu obligationnel. Il produirait quelque chose de supérieur et d'extérieur qui se dégage de l'engagement des parties : la Norme des parties. Le contrat est d'ailleurs, comme la loi, un acte de commandement, un acte d'autorité. Lire cette dernière phrase sous le prisme descriptif d'un système juridique objectif est pourtant malvenu<sup>975</sup>. Elle énonce simplement que le contrat entend régir la conduite des individus qui en sont destinataires en établissant leur *sollen*, leur devoir être, mais la norme issue du contrat reste toujours, sauf exception, à jamais enfermée dans le domaine des situations juridiques particulières qui ne déborde pas le cadre de la relation des parties<sup>976</sup>. En cas d'interaction de la sphère contractuelle

<sup>971</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *op. cit.*, n° 53 et 57 : « En d'autres termes si l'obligationnel, dans le contrat, ne concerne en principe que les parties, l'obligatorité, elle, est nécessairement générale ».

<sup>972</sup> *Ibid.*, *spéc.* n° 5 et 7 : « Considérer le contrat comme un acte normateur ne revient pas, comme semblent le supposer certains auteurs à l'élever au niveau de la loi de l'État, à admettre que les personnes privées ont une sorte de "blanc-seing" pour créer du droit » ; « Il faut en effet rappeler que "la généralité n'est ni une condition, ni un critère, ni même un signe de la normativité juridique" » ; P. ANCEL, « La force obligatoire. Jusqu'où faut-il la défendre ? » in « La nouvelle crise du contrat », *op. cit.* p. 163, *spéc.* p. 164, « La force obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations » in « Un droit en perpétuel mouvement », *op. cit.* et « Droit des obligations », 1<sup>ère</sup> éd., DALLOZ, 2018, p. 222 : « l'idée que le contrat crée une norme, réglant la situation juridique entre les parties comme la loi et l'État le fait d'une manière générale pour tous les sujets de droit, la portée de cette comparaison ne doit pas être exagérée. D'abord la loi contractuelle n'est que la loi des parties ».

<sup>973</sup> P. AMSELEK, « Norme et loi », *op. cit.* p. 91 ; R. LIBCHABER « L'ordre juridique et le discours du droit », *op. cit.*, p. 288, *spéc.* n° 217 ; J. HAUSER, « Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique », *op. cit.*, p. 60, n° 47 : « le fait que la notion de norme générale étant confondue avec la notion de droit objectif, il est invraisemblable qu'un droit subjectif puisse être rapproché de la notion même de norme. Or cette assimilation est manifestement abusive, car l'obligation ou le droit subjectif apparaît comme une norme individuelle qui ne fait que concrétiser ou individualiser la norme générale "*pacta sunt servanda*" et se distingue donc nécessairement du droit objectif conçu comme norme générale ».

<sup>974</sup> J. GHESTIN, H. BARBIER, « Traité de droit civil », *op. cit.*, p. 26, n° 24 : « Alors que le droit positif a pour objet d'imposer des règles de conduite aux individus il serait illogique d'en écarter les normes qui les régissent individuellement de façon toute particulière » et p. 303, n° 365 : « les actes juridiques - et en particulier les contrats - sont du droit, car ce sont eux qui posent le droit, même si c'est une autre autorité qui les impose » ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « KELSEN et la théorie générale du contrat », *op. cit.*, n° 7 : « Considérer que le contrat cadre crée une norme et modifie l'ordre objectif, c'est se donner les moyens de mieux comprendre et d'analyser les liens entre un contrat cadre et des contrats d'exécution ».

<sup>975</sup> P. AMSELEK, « Théorie des actes de langage et acte juridique », *op. cit.*, p. 321 : « Ce n'est pas parce que les actes juridiques sont des actes d'édiction de normes instituées par la réglementation juridique, qu'ils sont *ipso facto* des actes d'édiction de normes juridiques, des actes de commandement juridique. Les normes juridiques ne peuvent être conçues indépendamment de l'idée de pouvoir public ».

<sup>976</sup> P. ROUBIER, « Droits subjectifs et situations juridiques », DALLOZ, rééd., 2005, p. 3 et 4 : « Mais nous ne pouvons pas reconnaître à un seul contrat (...) une autorité qui leur permette de dépasser de dépasser le cas concret qui s'y trouve visé et de revendiquer la règle générale et abstraite. (...) Les contrats les plus importants (...) ne créent jamais directement que des situations juridiques, non pas des règles juridiques », « Ce n'est toujours qu'une illusion : les règles prévues au contrat ne sont posées que pour un cas concret, et elles ne peuvent donc aspirer à jouer le rôle de règles véritables ».

avec la sphère du monde extérieur<sup>977</sup>, la loi active pour les parties et les tiers un système de défense pour la protection de ces bulles qui se retrouvent en contact par erreur (l'acte contractuel producteur de norme est opposable aux tiers et par les tiers).

En revanche, le renouvellement de la théorie des sources permet de concevoir très facilement le contrat-règle qui produit des normes à destination d'agents qui n'en sont pas les créateurs.

En matière processuelle, que la dimension du contrat soit celle de contrat-règle ou celle d'un contrat modifiant une situation subjective, les règles posées sont souvent « objectives » en ce qu'elles constituent un modèle pour l'action processuelle qui joue sur les comportements des destinataires, sans impliquer des prestations particulièrement subjectives. Elles imposent la manière dont les procès seront conduits désormais, l'application de la norme créée étant alors déclenchée, sans qu'une partie effectue ou non une prestation.

**224. L'effet juridique et la fonction normative.** Pour caractériser une source du droit, il faudrait constater au minimum la production d'énoncés à potentialité juridique, destinés à orienter les comportements juridiques. Le contrat processuel a vocation à s'insérer dans un ordre juridique déjà bâti. Le contrat processuel peut obtenir le statut de source du droit s'il parvient à jouer un rôle dans l'ordre juridique processuel. Mme le professeur GERRY-VERNIERES a démontré que, dans une conception théorique renouvelée, le statut de source s'obtenait dès que l'instrument normatif créait des énoncés juridiques assortis d'une fonction d'interprétation ou de régulation des comportements juridiques.

Le diptyque norme juridique et fonction normative permet de vérifier si le contrat processuel peut réellement exister dans l'ordre juridique processuel et, *in fine*, y être intégré, afin d'orienter les comportements de procédure<sup>978</sup>. Avec cette approche, le contrat processuel n'est plus simplement perçu comme de la pratique procédurale. Le contrat processuel, bien qu'il soit proche du comportement final de procédure, n'est pas relayé au rang de simple pratique du droit proche de la source matérielle. Il mérite alors sa reconnaissance dans l'ordre juridique processuel étatique, en tant qu'outil producteur de normes objectives ayant un effet sur les règles de procédure.

---

<sup>977</sup> H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », *APD*, 1968, vol. XXI, p. 14, *spéc.* p. 27 : « Certes à l'égard des tiers, le contrat ne peut être regardé comme un lien purement individuel, lequel ne concernerait que les parties qui y ont consenti ».

<sup>978</sup> S. GERRY-VERNIERES, « Les "petites" sources du droit », *op. cit.*, p. 139, n° 164 et « Délimitations : les figures du "petit" droit » in « La qualité de la norme », E. BONIS, V. MALABAT (dir.), *Mare & Martin*, 2016, p. 95, *spéc.* p. 105, n° 16.

**225. Conclusion du chapitre.** Dans la théorie classique des sources du droit, le contrat processuel n'a pas d'existence objective propre. Il est perçu comme une source matérielle, acte d'application et acte d'innovation. Il s'agit de « petit » droit, plus proche du fait matériel que d'un acte juridique objectif ayant une valeur normative. Le contrat processuel individuel n'est pas créateur de droit objectif, mais il génère au mieux des liens de droit subjectifs. Quant au contrat collectif, il est souvent réduit à de la pratique juridique et son application découle d'un acte juridique ou matériel ultérieur de la part des acteurs du procès. En outre, la doctrine prétend que les contrats processuels sont dépourvus de force contraignante de sorte qu'ils ne pourraient être créateurs de droit. Pourtant, le contrat processuel est un acte ayant pour ambition de se substituer au droit étatique afin de régir les comportements de procédure. Dans une conception renouvelée des sources du droit, le contrat peut être considéré comme tel, ce qui permet d'envisager utilement son intégration dans l'ordre juridique du procès déjà construit. Le contrat processuel peut obtenir le statut de source du droit au regard des énoncés juridiques qu'il porte, à condition de déployer des fonctions normatives qui lui sont propres.



## Chapitre 2 - Les fonctions normatives du contrat processuel

Dans une théorie renouvelée des sources du droit, la normativité du contrat processuel procède de l'énoncé normatif qu'il génère auquel s'ajoute une fonction normative. Cela représente son utilité normative qui traduit l'unicité de la source du droit comme étant le seul moyen de parvenir au résultat juridique envisagé par ses créateurs. Les fonctions normatives du contrat processuel sont appréhendées d'un point de vue général et d'un point de vue spécial. Les fonctions normatives générales sont celles qui sont propres à toute source du droit, entre régulation des comportements juridiques et interprétation des normes juridiques en vigueur (section 1), alors que les fonctions spéciales s'inscrivent parmi ces premières et sont propres au contrat processuel (section 2). Chaque contrat ainsi doté de fonctions propres conduit à révéler un véritable ordre normatif contractuel en droit processuel.

### Section 1 - Des fonctions normatives générales

La norme est processuelle quand elle fournit un énoncé qui peut servir d'instrument de tracé et de mesure pour l'action procédurale. Le tracé oriente la conduite des comportements, la mesure permet de jauger et juger la direction qu'il faut, ou fallait, prendre. La fonction normative se distingue de la portée normative qui mesure la réaction des destinataires de la norme (son effectivité, voire les leviers de son effectivité). La fonction normative se conçoit de la façon la plus épurée possible (§1) afin d'élever le contrat processuel au rang de source du droit processuel pouvant s'intégrer dans un ordre juridique déjà organisé (§2).

#### § 1 - Les fonctions normatives générales des sources du droit

**226. Entre régulation et interprétation.** La fonction normative consiste à repérer la norme juridique destinée à servir de modèle pour l'organisation du procès, puis lui trouver une raison d'être dans l'ordre juridique<sup>979</sup>. C'est une fonction très épurée de la juridicité, qui dévoile une norme ayant vocation à s'insérer dans l'ordre juridique d'une manière qui n'est pas neutre. Le contrat processuel ne peut que s'insérer dans un ordre juridique processuel déjà construit par

---

<sup>979</sup> C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse » *op. cit.*, p. 159 : « L'effet normatif, c'est donc tout simplement l'effet d'une référence, d'un modèle. Ceci vaut pour la norme en général. Avoir un effet normatif en droit, c'est plus précis, tout en étant plus large que l'effet obligatoire. Car la norme juridique, on l'a vu, est un modèle pour agir et/ou pour juger. Par conséquent, un instrument a un effet juridique normatif lorsqu'il sert de modèle pour agir et/ou pour juger ».

les sources étatiques, de sorte que ses fonctions normatives doivent se concevoir à l'intérieur de ce système. La fonction attachée aux normes du contrat processuel doit donc être bâtie en contemplation du droit procédural déjà existant. L'accomplissement de la norme contractuelle de procédure se fait donc au travers de sa fonction normative dans le réseau normatif processuel<sup>980</sup>.

La *summa divisio* des fonctions normatives repose sur la combinaison entre la fonction de régulation et la fonction d'interprétation. Réguler, c'est créer une norme porteuse d'un sens *ex nihilo*, interpréter c'est donner la lecture la plus fidèle, sans création, ni destruction du sens conféré<sup>981</sup>. Il n'existe pas de frontière très nette entre ses deux fonctions, car les deux envisagent la (re)création du droit<sup>982</sup>. L'interprète est finalement lui aussi un créateur et un régulateur<sup>983</sup>. Il n'y a donc pas vraiment de différence entre régulation et interprétation, les deux faisant partie de la fonction de réglementation. Tout acte processuel produit des normes en vue de réguler les comportements de procédure, à un niveau plus particulier ou plus général.

**227. Le contrat processuel et la fonction de réglementation procédurale.** Le contrat individuel est l'acte qui produit des normes qui s'adressent aux acteurs du conflit qui les ont eux-mêmes déterminées. Le contrat collectif est un acte producteur de normes processuelles qui sont édictées de manière générale et impersonnelle pour toutes les procédures du ressort. Il est pris par les acteurs de la justice au niveau local. Dans les deux cas, la norme produite constitue un signal d'autorité pour ses destinataires. La norme existe et, à cet effet juridique, s'ajoute une fonction d'aménagement des règles procédurales qui repose à la fois sur la réglementation et à la fois sur l'interprétation. Les contrats individuels ont une fonction de

---

<sup>980</sup> En effet, la norme contractuelle a vocation à s'insérer dans l'ordre processuel par le bas de la pyramide ou, dans une vision moins classique, en marge du nœud central du réseau de normes.

<sup>981</sup> G. TIMSIT, « La Régulation. La notion et le phénomène », *RFAP*, 2004/109, p. 5 : « Elle désignerait, dans ce cas, une forme de réglementation, dont le nom en français, simplement transposé du mot anglais *régulation*, renverrait à un type de normes juridiques sur la nature desquelles l'on aurait à s'interroger pour les distinguer des normes de la réglementation classique ».

<sup>982</sup> L'interprétation conduit forcément à la création d'un sens normatif qui se superpose à la norme de régulation. Interpréter c'est encore réguler. Certes, l'interprétation ne se fait pas *ex nihilo*, puisqu'elle se base au moins sur une norme existante, mais l'interprétation peut mener à la création d'une norme nouvelle qui est tellement éloignée du sens originel de la norme expliquée, si bien qu'on peut se demander s'il n'y a finalement pas une nouvelle régulation opérée. On le constate à propos des circulaires impératives dont le Conseil d'État accepte d'en contrôler la légalité. Tout dépend la démarche interprétative, l'une étant littérale, l'autre plus extensive. La première consiste à retrouver à partir d'un énoncé ce que l'auteur a voulu dire explicitement ou implicitement. La seconde est une démarche en profondeur qui consiste à rechercher tous les sens que le contenu normatif posé pourrait recouvrir. Dans les deux cas, l'interprétation n'est jamais une action d'application du droit par obéissance, mais elle crée ou recrée le droit. Il s'agit de développer la pensée juridique de l'auteur de l'énoncé que celui-ci a exprimé sous forme de raccourci linguistique. Interpréter, c'est dire le sens de la norme de réglementation au-delà du seul énoncé textuel, v. P. AMSELEK, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit : aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *op. cit.*, p. 1476.

<sup>983</sup> De la sorte, l'interprète qui se base sur le droit existant est bien celui qui, étymologiquement, « agit entre » le présupposé de la norme de régulation procédurale et le comportement final de procédure adopté.

contournement procédural. Ils esquivent l'application des règles étatiques de procédure dans une situation procédurale subjective particulière. Les contrats collectifs ont une fonction de transcription procédurale. Ils rendent les règles étatiques de procédure effectives, efficaces et efficientes au sein de l'ordre juridique processuel.

**228. La mesure des fonctions normatives générales et spéciales.** Les fonctions normatives se mesurent en recherchant l'effet de l'objet de la norme processuelle sur l'ordonnement juridique dans lequel elle a vocation à s'insérer.

La fonction générale du contrat individuel est l'ineffectivité de la norme processuelle étatique, car il permet d'éviter l'application du droit positif procédural qui régit le procès juridictionnel ou tout autre processus de résolution du conflit substantiel réglementé par l'État.

Les fonctions générales du contrat collectif sont l'effectivité, l'efficacité et l'efficience de la norme juridique processuelle étatique. Elles envisagent l'amélioration de la règle de procédure provenant de l'État.

Les fonctions se mesurent donc par la fonction de la norme contractuelle au sein de l'ordonnement juridique processuel étatique. L'ambition normative conduit toujours au même résultat, l'utilisation d'un nouveau cadre de procédure pour la résolution d'un conflit substantiel particulier. Les fonctions exposées ci-dessus n'ont pas la même mesure, car elles diffèrent selon le rapport juridique modifié. Le contrat processuel individuel du procès produit un droit autonome mettant à l'écart une partie du droit hétéronome : il est donc un moyen de choisir un comportement de procédure différent de celui imposé ou proposé par le droit collectif étatique. Le contrat processuel collectif manifeste une hétéronomie d'appui de la règle étatique de procédure produisant ainsi un nouveau droit hétéronome : le contrat collectif est un adjuvant de la norme étatique collective. Il produit un droit procédural dit relai ou de substitution.

**229. La concurrence normative entre le contrat et la loi.** Les fonctions des contrats processuels traduisent une concurrence normative entre l'ordre contractuel et l'ordre étatique. La concurrence n'exprime pas que la rivalité, mais annonce une certaine convergence pour atteindre le même but : il s'agit de réguler les mêmes comportements de procédure. Pour l'instant, il ne s'agit pas de vérifier la concordance ou l'antinomie possible ou interdite entre les normes contractuelles et les normes étatiques. Il s'agit seulement d'exposer le rapport de compatibilité et de conformité du contrat processuel aux règles étatiques par le prisme des fonctions normatives qu'il déploie.

## **§ 2 - Les fonctions normatives générales du contrat processuel**

**230. (In)Effectivité, efficacité et efficence de la règle de procédure étatique.** Ces fonctions se rapportent essentiellement au droit dur, lui-même imparfait. L'objet est de l'éviter ou de l'appuyer en le promouvant, l'améliorant, le modifiant, le remplaçant. Les contrats de procédure n'ont pas nécessairement pour vocation de créer des modèles de procédure *ex nihilo*. Ils sont tous imprégnés *a minima* des règles des procédures juridictionnelles et processus de règlement des différends en vigueur.

**231. L'effectivité et l'ineffectivité d'une norme.** L'effectivité dans son sens courant est l'état d'une norme qui entre en vigueur. Seraient donc effectifs, lois et décrets de procédure valablement publiés. Dans un sens juridique moins normativiste et dominant, l'effectivité d'une loi se mesure par rapport à son application concrète par les individus qui en sont les destinataires et à sa sanction par les institutions chargées de veiller à son application<sup>984</sup>. Cette effectivité, dite statistique, représente la manière dont s'applique la loi. C'est « le degré de correspondance des faits au droit<sup>985</sup> » soutenant le rapport de conformité d'une situation par rapport au modèle constitué par la norme. Plus il y aura une rencontre du contenu de la règle avec l'action des individus, plus la loi sera effective. Or, cette effectivité statistique relève de l'empirisme et du terrain de la sociologie.

Déjà plus satisfaisante comme méthode d'évaluation juridique, il existe l'effectivité qui se mesure en fonction des « dysfonctionnements » de la régulation sociale qui incombe au droit. Le Doyen CARBONNIER définit de manière négative la loi ineffective comme celle dont la disposition d'obéissance et de commandement qu'elle a vocation à faire valoir est inappliquée (à supposer que toute loi pose un commandement impliquant l'obéissance). Il considère que l'ineffectivité suppose l'impuissance de la loi *ab initio* ou la désuétude de la loi, encore faut-il que la loi ne soit pas optionnelle (qu'elle ne laisse aucun choix dans son application)<sup>986</sup>.

---

<sup>984</sup> Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société* 2011/3, n° 79, p. 715, *spéc.* p. 717 : On pourrait dire simplement que l'effectivité « dépend donc de son application au sens large, c'est-à-dire de son respect par les individus à qui elle est destinée ou, en cas d'inobservation, du prononcé d'une sanction à l'encontre de celui qui l'a violée ».

<sup>985</sup> A. JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Évaluer le droit », *D.*, 1992, p. 263.

<sup>986</sup> Pour ce dernier type de normes, la volonté exerce le choix de se placer sous un statut. On passe alors du *Sollen*, le devoir être, au pouvoir faire selon les professeurs AMSELEK et CARBONNIER. Force est de constater que c'est parmi les lois optionnelles que l'on trouve le plus d'hypothèses d'ineffectivité de la loi. Leur application est laissée à la bonne volonté des individus qui choisissent librement de se placer sous son empire ; J. CARBONNIER, « Flexible droit », *op. cit.*, *spéc.* « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », p. 136 : le régime de la loi « jusqu'alors en sommeil produit ses effets en attribuant des droits » ; P. PUIG, « L'avènement des sources optionnelles de droit », *RTD civ.*, 2012, p. 493, qui précise que les normes optionnelles ont deux degrés de normativité. Le premier niveau permet de déterminer quels individus peuvent exercer l'option. Les conditions posées par la loi sont-elles remplies ? Le second niveau de normativité est déclenché par le choix exercé et les individus qui se soumettent volontairement à son régime ; P. DEUMIER, « La force normative optionnelle » in « La force normative, naissance d'un concept », *op. cit.*, p. 165.



Définitivement préférable comme méthode, l'effectivité s'évaluerait en tenant compte du rapport des destinataires à la norme, la façon dont ils la reçoivent. Elle se mesure en tenant compte de tous les effets possibles de la norme, positifs ou négatifs. Le seul fait que les destinataires aient envisagé leur conduite en fonction de la norme constituerait une hypothèse de norme effective, bien que le comportement s'en écarte finalement<sup>987</sup>. L'une des façons de mesurer cette effectivité repose sur l'analyse des vecteurs de nature à empêcher ou favoriser l'application de la norme par les destinataires.

Ainsi, l'effectivité et l'ineffectivité sont très simplement le résultat de la norme existante mesurée par son degré d'utilisation par les destinataires. C'est la norme suivie ou éludée.

**232. L'efficacité d'une norme.** Pour les normativistes, l'efficacité se confond parfois avec l'effectivité de la règle de droit (qui se distingue de sa validité). Dans son versant sociologique, elle se comprend comme l'aptitude à produire un résultat espéré. Il faut prendre la mesure entre le résultat juridique obtenu et le résultat attendu. Elle ne s'apprécie pas par rapport à un individu comme l'effectivité, mais elle s'apprécie sur la société, la collectivité, le progrès social engendré par la loi. Ainsi, il est facile de la distinguer de l'effectivité en ce que toute loi, bien qu'appliquée par un plus grand nombre d'individus, peut ne pas produire les effets recherchés sur la société<sup>988</sup>. La norme est donc efficace quand le but subjectif assigné par son auteur produit le résultat escompté.

**233. L'efficience d'une norme.** Elle est rarement évoquée. Elle traduit en principe une idée de performance, une capacité de rendement. Généralement, il s'agit d'utiliser le moins de moyens possible pour obtenir le résultat souhaité. Plus juridiquement, il s'agit d'évaluer le droit dans sa dynamique économique où l'efficience représente le rapport entre les résultats obtenus et les moyens (économiques) mis en œuvre pour y parvenir. C'est donc d'efficacité améliorée dont il s'agit<sup>989</sup>. L'efficience est tournée vers une donnée économique chiffrée du droit bien

---

<sup>987</sup> Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *op. cit.*, qui, évoquant les idées de madame LOCHAK et MM. OST ET VAN DE KERCHOVE, précise que l'effectivité de la norme : « c'est la circonstance qu'elle puisse être utilisée, mobilisée par les sujets de droit ou les autorités étatiques d'application (...), il leur semble moins important de mesurer le degré de réalisation pratique des règles de droit que la façon dont les sujets de droit agissent et se déterminent vis-à-vis d'elles ».

<sup>988</sup> E. MILLARD, « Théorie générale du droit », *DALLOZ*, 2006, p. 53 : « il demeure que cette effectivité n'est pas l'efficacité : il est banal de dire qu'un texte peut être apparemment appliqué sans qu'il produise des effets qui apparaissent comme recherchés ».

<sup>989</sup> L. CADIEP, « Efficience versus équité » in « Mél. J. VAN COMPENOLLE, *Bruylant*, 2004, p. 25, *spéc.* p. 33, n° 5 : « Là où il suffirait de parler d'efficacité, comme ce qui produit l'effet qu'on attend, avec l'idée que le maximum de résultats est atteint avec le minimum de moyens, le mot efficience est parfois employé ».

différente de la notion traditionnellement admise de l'efficacité<sup>990</sup>. La norme est donc efficiente quand elle produit le rendement espéré.

**234. L'évitement et l'amélioration des règles étatiques.** Les contrats individuels n'ont qu'une ambition. Il s'agit d'écarter les règles étatiques qui seraient normalement applicables. La norme de procédure contractuelle permet donc de rendre inefficace le droit procédural étatique impératif et unilatéral. La norme de procédure crée met donc à l'écart une autre norme de procédure<sup>991</sup>. Les contrats collectifs ont quant à eux pour fonction d'améliorer l'effectivité<sup>992</sup>, l'efficacité<sup>993</sup>, voire l'efficience<sup>994</sup> des règles de procédure de règlement des conflits<sup>995</sup>.

---

<sup>990</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme » in « L'efficacité de l'acte normatif, nouvelle norme, nouvelles normativités », P. HAMMJE, L. JANICOT, S. NADAL (dir.), *Lextenso Éditions*, 2013, p. 63, *spéc.* p. 66 : « On observera que ces usages devenus classiques du concept d'efficacité en théorie ou sociologie du droit sont loin des standards des analyses économiques qui tendraient à mesurer l'efficacité d'une norme à sa capacité à satisfaire ou maximiser les préférences individuelles ».

<sup>991</sup> T. CLAY, « Le modèle pour éviter le procès » in « Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle » T. REVET (dir.), *LDJ*, 2005, p. 51, *spéc.* p. 54 ; c'est pour cela que la transaction est la mise en œuvre d'intérêts contractuels substantiels, car elle ne se substitue pas aux règles du procès. Elle a seulement pour objet d'éviter l'application des règles du droit substantiel par un juge.

<sup>992</sup> Convention entre les tribunaux de grande instance de PARIS, NANTERRE, BOBIGNY, CRETEIL et ÉVRY et l'Ordre des avocats aux barreaux de PARIS, des HAUTS-DE-SEINE, de SEINE-SAINT-DENIS, du VAL-DE-MARNE, et de L'ESSONNE sur la délivrance des copies de pièces pénales signée le 9 février 2015 et en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2015 : les signataires « sont convenus des dispositions suivantes afin que soit reconnu, dans son effectivité, le droit désormais accordé aux avocats par les articles 114, 279, 388-4 du code de procédure pénale, dans leur rédaction issue de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014, de se voir délivrer la copie des pièces d'une procédure pénale et, dès lors, l'exercice des droits de la défense » ; Célérité de la justice consulaire. Procédure écrite et dispense de comparution, protocole signé le 1<sup>er</sup> février 2012 entre le président du tribunal de commerce de NANTERRE, la bâtonnière de l'ordre et le greffier en chef : « Pour être effective, la célérité implique que la mise en état d'être plaidée des affaires dont le tribunal est saisi, soit soumise à des règles convenues et respectées par les juges, les parties et leurs conseils ».

<sup>993</sup> Protocole de procédure parisien signé le 5 novembre 2008 entre le directeur de greffe, le président de la chambre des avoués et le premier président de la cour d'appel qui expose que « Les avoués s'engagent à apporter toutes leurs compétences et diligences afin de parfaire les écritures et de mettre les pièces du procès à la disposition du magistrat au cours de l'instruction de l'affaire, de manière à conférer une pleine efficacité aux débats oraux » ; Convention entre le TGI de PARIS, l'ordre des avocats à la cour d'appel de PARIS et l'Union des compagnies d'experts de la cour d'appel de PARIS concernant la conduite et la gestion des expertises civiles, signée le 4 mai 2006 : « Dans le cadre de la poursuite du double objectif d'amélioration de la qualité de l'expertise et du respect effectif d'un délai raisonnable dans les traitements des procédures civiles, il est apparu nécessaire, afin de mieux traduire dans les faits les impératifs édictés par les textes législatifs et réglementaires récemment modifiés par la loi n° 04-130 du 11 février 2004 et par les décrets n° 04-1463 du 23 décembre 2004 et 05-1676 du 28 décembre 2005, ainsi que les propositions contenues dans le Rapport MAGENDIE, de convenir (...) de pratiques qu'il est souhaitable de mettre en œuvre pour l'exécution dans les meilleures conditions des mesures d'instruction confiées à des techniciens en général, et des expertises en particulier ».

<sup>994</sup> Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de TOULOUSE, signée le 19 juin 2013 entre le président du tribunal, son greffe et le bâtonnier : « Les modifications mises en place par la présente convention constituent une étape dans la recherche permanente de l'amélioration du traitement du contentieux général du tribunal de commerce de TOULOUSE pour laquelle les avocats, les juges et le greffe ont partie liée ».

<sup>995</sup> Voir les trois à la fois, Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce D'AJACCIO signé le 3 avril 2017 : « Ce protocole a pour but de faciliter l'application des dispositions du code de procédure civile (...) cet accord conditionne la mise en place des différents dispositifs procéduraux à même d'améliorer la mise en état des dossiers devant le tribunal de commerce » et « tend donc à favoriser le recours à ce mode de communication en instituant les bases nécessaires à son déploiement effectif et sécurisé aux plans juridique et technique ».

## **Section 2 - Des fonctions normatives spéciales**

Le contrat processuel est doté de quatre fonctions générales qui sont l’(in)effectivité, l’efficacité et l’efficience de la règle de procédure étatique avec laquelle la norme contractuelle rentre en concurrence. Ces fonctions se déclinent en plusieurs fonctions spéciales. Elles traduisent l’utilité normative du contrat processuel au sein de l’ordre juridique dans lequel il a vocation à s’insérer. L’accord individuel processuel permettrait de modifier, ou d’aménager la règle de procédure applicable. En fait, cela n’exprime pas grand-chose en soi. La norme contractuelle individuelle ne modifie pas le présumé de la norme étatique applicable. La norme contractuelle crée une nouvelle norme de procédure qui s’interpose entre le comportement juridique et le présumé de la règle de droit étatique.

La norme contractuelle se conçoit dans un rapport de conformité à la règle de droit étatique dont elle a pour effet d’évincer son application. L’évitement de l’application de la norme étatique se produit par des fonctions de substitution et de dérivation processuelles (§1). La norme contractuelle collective se conçoit quant à elle comme relai du droit procédural étatique ; elle assure son effectivité, son efficacité et son efficience au regard de ses fonctions dites expérimentales, de promotion du droit, circulaire et d’optimisation procédurale (§2).

### **§ 1 - Les fonctions normatives du contrat processuel individuel**

La fonction normative du contrat processuel individuel consiste à poser une norme qui rend ineffective une autre norme de procédure. La fonction normative révèle donc le choix des auteurs de la norme individuelle pour le cadre procédural de référence. Ce choix leur permet de se départir des règles étatiques qui jouent de manière unilatérale et automatique ou par défaut. Sans contrat processuel, la norme de procédure impérative doit être appliquée ou peut être celle applicable. La mise à l’écart ou le rejet de l’effectivité se contemple par rapport à la norme mise de côté et non par rapport à la norme contractuelle adoptée. Le contrat processuel devient alors un outil de stratégie procédurale<sup>996</sup>. Le contrat processuel est le seul moyen de mettre à l’écart le schéma procédural étatique applicable par principe, en faveur d’un autre.

---

<sup>996</sup> La stratégie procédurale relève trop du for intérieur des participants au procès pour qu’elle puisse être sondée avant d’être dévoilée. La stratégie dans le procès constitue le but psychologique de l’action processuelle des acteurs du conflit et de la justice. La stratégie doit être conçue de manière plus épurée, comme le choix raisonné de la méthode de procédure applicable. Ainsi, la fonction d’évitement du contrat processuel aurait un lien avec la deuxième dimension de la stratégie procédurale telle que définie par madame DEIRMENDJIAN qui la conçoit dans une triple dimension, E. DEIRMENDJIAN, « La stratégie d’anticipation procédurale en matière civile », thèse, TOULON, 2012, p. 5, n° 5 : « Si nous appliquons cette trilogie à la procédure, nous pouvons concevoir que la politique serait le but poursuivi par chacune des parties, la stratégie renverrait à l’utilisation des

L'ineffectivité conduit alors à exposer le rapport entre la norme créée par le contrat et la norme mise à l'écart. Le contrat processuel individuel, à la différence du contrat collectif, est le signe du passage de l'hétéronomie à l'autonomie. Ce changement de plan normatif suscite le caractère supplétif ou impératif des normes de procédures hétéronomes laissées pour compte. Il convient de présenter les deux fonctions spéciales du contrat individuel de procédure (I) avant de montrer le rapport de conformité et de compatibilité entre la norme contractuelle et la norme étatique impérative, supplétive ou optionnelle (sans pour autant examiner la régularité de la conformité et de la compatibilité) (II).

### **I - Les fonctions de l'évitement du droit procédural objectif étatique**

**235. La substitution et la dérivation processuelles.** La fonction de mise à l'écart du statut étatique est double. Il existe d'abord des contrats processuels qui écartent l'application du statut du procès parce qu'ils envisagent une autre méthode de résolution du conflit, une autre voie procédurale que celle du procès. Il s'agit là d'une fonction de substitution processuelle, car le statut juridictionnel étatique, dans son ensemble, est mis de côté (A). Il existe ensuite les contrats qui ne créent qu'une simple dérivation temporaire dans la voie procédurale choisie. C'est une dérivation comprise comme la modification du chemin de procédure à l'intérieur d'un circuit processuel déjà choisi (B).

#### **A - La fonction de substitution processuelle**

**236. Le changement de circuit procédural.** Le changement de circuit procédural symbolise le choix d'un processus de règlement du conflit, étranger à la procédure institutionnelle qui aurait été mise en œuvre à défaut d'accord. La norme de procédure créée par le contrat envisage un processus qui n'est pas celui du procès impératif, dont le déroulement est soumis aux actions individuelles de ses acteurs. C'est l'idée de substitution qui donne ici son sens au caractère alternatif des modes de règlement des conflits. L'accord sur le principe d'un mode alternatif de règlement du différend évite l'application du statut classique du procès<sup>997</sup>. Il faut donc un mode de résolution du conflit, qui soit alternatif au procès étatique.

---

règles de procédure permettant d'atteindre l'objectif souhaité au départ et la tactique évoquerait l'action et la réaction dans le procès, ce rapport interactif entre les deux parties et souvent imprévisible qui s'effectue par le biais des règles légalement établies, c'est-à-dire sans l'utilisation de la violence ».

<sup>997</sup> « Les chimères de l'alternativité ? Regards croisés sur les modes alternatifs de règlement des conflits », S. AMRANI-MEKKI, G. DAVY, S. KERNIS, M. ROCCATI (dir.), *Mare & Martin*, 2018.

**237. Le choix d'un mode de résolution du conflit.** Le mode est un processus ou une procédure qui offre une méthode complète de résolution du différend, sans toucher à la résolution du conflit. Certains font la différence entre le processus, plus souple, et la procédure, plus rigide, ce qui n'a pas lieu d'être<sup>998</sup>, les deux termes étant issus du même mot, procéder, lui-même issue du latin *procedere* qui signifie aller en avant, faire progresser. Et c'est bien de la progression de la résolution du conflit substantiel dont il s'agit dans les deux cas. Procédure ou processus, il s'agit donc d'une méthode de règlement du conflit substantiel. Les deux sont des voies processuelles qui organisent le traitement procédural du conflit, du début (demande d'arbitrage ou de conciliation) à la fin (sentence arbitrale, accord transactionnel).

Le problème notionnel qui se pose ne porte pas sur le choix entre deux termes qui désignent en réalité la même chose. Le doute porte sur ce qui distingue le processus / la procédure de résolution du conflit, du processus / de la procédure d'élaboration de l'accord de fin de conflit substantiel. Plus simplement, à partir de quel niveau d'organisation procédurale un processus ou une procédure existent-ils ? Par exemple, une clause de conciliation qui prévoit seulement une négociation sans tiers est-elle le point de départ d'un processus structuré de résolution du conflit, ou fait-elle partie de la procédure contractuelle de l'accord de fin de conflit ?<sup>999</sup> À notre sens, dès qu'un contrat prévoit le principe d'une voie alternative au procès, sans toucher à la réduction du conflit substantiel et à l'élaboration de l'accord correspondant, ce premier contrat est processuel.

**238. Le caractère alternatif du mode de résolution du conflit.** Le terme « alternatif » suggère un cycle de phénomènes qui surviennent tour à tour, ou un va-et-vient entre deux phénomènes contraires. Il faut le comprendre comme celui qui offre un choix, une alternative entre deux procédures. Le choix de l'une peut exclure l'autre. La norme processuelle de substitution permet d'éviter le commencement ou, seulement parfois, la poursuite du règlement juridictionnel étatique du conflit. La substitution est une fonction destinée à rendre inopérante l'utilisation des règles mise à l'écart, à moins que les parties envisagent deux processus menés

---

<sup>998</sup> Le processus serait plus souple et adaptable que la procédure. La procédure serait le mode juridictionnel de règlement des litiges quand le processus serait une manière de procéder propre aux modes amiables en vue de résoudre le conflit des parties. Dans les deux cas, il s'agit de procéder pour progresser en avant. Ce terme de processus doit sans doute son utilisation de plus en plus courante depuis la directive européenne de 2008 qui parle de processus, le terme venant sans doute de l'anglais *process*, différent de *procédure* : Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, version anglophone, art. 3 : « "*Mediation*" means a structured process, however named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. This process may be initiated by the parties or suggested or ordered by a court or prescribed by the law of a Member State ».

<sup>999</sup> H. CROZE, « Notion de procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge », *JCP G.*, 26 mai 2014, n° 21-22, 607, avec qui on peut se demander à quel point la procédure doit être détaillée pour révéler l'intention réelle des parties de se concilier et affirmer ainsi l'efficacité de la clause de conciliation.

de front. Selon que le processus alternatif intervient avant ou après le commencement d'un procès étatique, la substitution laisse de côté le statut du procès juridictionnel inappliqué, en totalité, ou seulement en partie<sup>1000</sup>. Les contrats processuels offrent donc un changement de voie ou une réorientation procédurale. L'accord de médiation/conciliation, l'accord de procédure participative pour trouver un accord amiable, l'accord processuel du débiteur dans le règlement des petites créances, la convention d'arbitrage, l'accord pour une voie alternative pénale sont, par exemple, des voies d'évitement par nature.

Il se peut que la voie processuelle de substitution échoue (elle peut échouer dès lors que la fin du processus repose sur un acte contractuel substantiel), alors le statut du procès inappliqué à vocation à jouer de nouveau. Cette fonction de substitution peut être illustrée à l'aide d'une alternative trop peu souvent présentée. La procédure simplifiée de recouvrement des petites créances par huissier est une voie de substitution extrajudiciaire contractuelle<sup>1001</sup>. L'huissier agit pour le compte du créancier. Il sollicite la conclusion d'un contrat processuel du débiteur qui doit accepter la procédure dans le délai d'un mois. Cet accord suspend la prescription. Il y a donc un accord processuel qui conduit à éviter l'application des règles du procès étatique. Après avoir envoyé un premier courrier au débiteur afin de l'informer de la situation processuelle et substantielle, l'huissier doit recueillir, dans le même délai d'un mois, l'accord substantiel du débiteur, pour le paiement de la créance dont le montant ne peut excéder 5.000 € depuis 2020. Il y a bien deux phases, l'une processuelle, l'autre substantielle, dans le meilleur des cas. La substitution aura eu un caractère définitif à moins que la procédure acceptée n'échoue sur le fond.

Une fois que le circuit procédural est choisi dans son principe, il s'agit de savoir à quel point les intérêts et la volonté des parties sont en mesure de définir la conduite sur-mesure de ce circuit procédural. Les contrats processuels de dérivation prennent alors le relai pour organiser le processus qui découle du contrat opérant une substitution.

---

<sup>1000</sup> Le statut juridictionnel reste applicable quand il s'agit d'un litige né de la mise en œuvre du processus de règlement du différend, et pas du différend lui-même.

<sup>1001</sup> CPCE, art. L. 125-1, art. 125-1, s. ; L. SOUSA, « Recouvrement des créances », *Procédures*, n° 6, juin 2016, étude 6 ; C. LAPORTE, « Lettre de l'huissier au débiteur dans la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances », *Procédures*, n° 8-9 août 2016, form. 8 ; L. RASCHEL, « Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances », *Procédures*, n° 2 févr. 2020 », comm. 41.

## **B - La fonction de dérivation processuelle**

**239. Le contournement dans le chemin procédural.** La fonction de dérivation de la procédure signifie que la norme contractuelle fait dériver la poursuite du circuit processuel choisi, dans le but d'éviter ponctuellement le cadre prévu par le droit étatique qui serait appliqué par défaut. La dérivation processuelle n'est pas définitive, elle est par nature temporaire, car le contrat processuel valorisant cette fonction n'établit pas un nouveau circuit de procédure. La dérivation n'est qu'un écart, une déviation dans le chemin procédural applicable par défaut.

La dérivation se comprend aisément avec l'analyse des processus des modes alternatifs contractuels. Le contrat de dérivation est le complément du contrat essentiel qui organise la substitution de circuit procédural. Par exemple, la substitution processuelle prévue par la convention d'arbitrage peut être augmentée d'un contrat de dérivation élaborant, plus ou moins longuement, le déroulement de la procédure arbitrale qui, à défaut d'entente, est encadrée par les règles du code de procédure civile. La dérivation peut même être infime. Nul besoin d'aménager tous les pans du processus arbitral. Les parties qui n'ont pas prévu de règlement de procédure complet peuvent tout de même s'entendre sur des ajustements de procédure particuliers, en amont, ou au fur et à mesure de l'avancement du processus d'arbitrage (choix d'un arbitre unique, élaboration d'un calendrier de procédure, tenue des audiences, *etc.*).

Le contrat de déviation ne fait donc que perturber momentanément la situation processuelle qui peut, pour le reste, être à nouveau régie par le droit impératif étatique. Il est vrai que lorsque le processus est entièrement aménageable, le contrat de dérivation peut être très complet, mais il s'agira toujours d'une somme d'aménagements marginaux, en ce qu'ils peuvent ne pas être pris, sans empêcher le processus de suivre son cours, le droit étatique redevenant effectif au besoin.

Le contrat de dérivation processuelle permet également de modifier la procédure juridictionnelle étatique de règlement du conflit. La dérivation résulte toujours d'un ajustement marginal qui aménage le circuit classique, tel qu'un accord sur la compétence ou le retrait du rôle.

## **II - La technique de l'évitement procédural de la norme étatique**

La procédure est comme un cours d'eau qui part de la source (le litige) et qui se jette dans le plan du droit substantiel (l'acte de fin de conflit). La substitution permet de changer le circuit du cours d'eau, dès la source. La procédure X est remplacée par la procédure Y. La dérivation

permet quant à elle de dévier momentanément le cours d'eau qui finit par reprendre son tracé initial. Il s'agit de modifier le déroulement de la procédure déjà choisie. Ces changements normatifs ne peuvent s'opérer que si le droit les rend possibles. Avant d'examiner leur validité dans la seconde partie, il faut prendre en compte la technique législative permettant de remplacer la norme étatique dont l'application est attendue par défaut, par une norme contractuelle. Il convient d'expliquer le jeu nécessaire qui se produit entre la norme contractuelle de procédure et la norme étatique de procédure. Dans ces cas, l'autonomie se heurte à l'hétéronomie et il faut présenter l'éventualité d'un conflit de normes qui sont similaires et qui proviennent d'actes juridiques différents, le contrat d'un côté, la loi de l'autre (A). Ce jeu entre les normes se comprend par l'étude du caractère supplétif, impératif, ou optionnel de la norme de procédure étatique mise à l'écart (B).

## A - Le caractère obligatoire du droit étatique

**240. La norme impérative.** La norme impérative est celle dont l'application ne peut pas être évitée. Les sujets de droit ne peuvent pas écarter la règle par voie de convention<sup>1002</sup>. La règle impérative peut être simplement impérative ou impérative d'ordre public, selon les intérêts qu'elle protège<sup>1003</sup>. Par exemple, l'article 6 du code civil, qui pose le principe de l'interdiction de la dérogation conventionnelle aux règles impératives, est lui-même une règle impérative.

**241. La norme supplétive.** La norme supplétive de volonté est la norme qui joue uniquement quand les destinataires n'ont pas éludé son application par convention<sup>1004</sup>. Elle n'est pas que le corolaire de la norme impérative, car, la norme supplétive est aussi impérative quand elle a vocation à jouer et son tracé comme sa mesure s'imposent alors aux destinataires qui ne l'ont pas mise de côté. La supplétivité (comme l'impérativité) s'apprécie règle par règle. Dans un statut légal, une ou plusieurs lois peuvent être supplétives de volonté. Par exemple, en matière de contrat de vente, l'article 1583 du code civil dispose que le transfert de propriété joue de

---

<sup>1002</sup> M. TOUCHAIS, « La règle impérative », thèse, PARIS, 2019, p. 774, n° 657 : « La règle supplétive s'entend d'une règle applicable en l'absence de clause contraire et licite. Elle s'inscrit dans un rapport de compatibilité entre le contrat et les règles de droit » ; F. TERRE, N. MOLFESSIS, « Introduction générale au droit », 11<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2019, p. 617, n° 544 : « Ce qui caractérise les lois supplétives, c'est que les particuliers peuvent, par leurs conventions, en écarter l'application ».

<sup>1003</sup> Sur le rejet de l'assimilation de l'ordre public au caractère impératif v. A. TANI, « L'ordre public et le droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français », thèse, TOULOUSE, 2018.

<sup>1004</sup> M. TOUCHAIS, « La règle impérative », *op. cit.*, p. 769, n° 650, s : « la règle impérative a pu être définie comme la règle à laquelle il est interdit de déroger par convention, ce dont il résulte que la règle impérative constitue un moyen de résoudre un conflit de normes et, plus précisément, une antinomie entre le contrat et la règle de droit », n° 655 : « La règle impérative est une règle à laquelle il est interdit de déroger, ce qui suppose une autre règle, accessoire, qui interdit d'y déroger, celle-ci pouvant être qualifiée de règle prohibitive de clause », n° 657 : « La règle impérative s'entend de la règle applicable nonobstant toute clause contraire. Elle s'inscrit dans un rapport de conformité avec le contrat ».



manière automatique, dès que les parties sont d'accord sur la chose et le prix. Cette règle est en partie supplétive, car les parties peuvent décider, sans le nier, que le transfert impératif interviendra à une date ultérieure. Si les parties ne stipulent rien, la disposition légale joue de manière pleinement impérative.

**242. La norme facultative.** Ce serait une catégorie intermédiaire entre la norme impérative et supplétive. La norme est dite dispositive ou optionnelle. La norme dispositive offre un choix impératif, ce qui est différent de la norme optionnelle, bien que les deux évoquent une faculté d'envisager leur application<sup>1005</sup>. La norme optionnelle ou norme facultative n'est pas pleinement reconnue et se comprend en ce qu'elle offre une « opportunité normative qu'il est recommandé au destinataire de saisir<sup>1006</sup> ». À la différence de la norme supplétive, qui a vocation à s'appliquer quand elle n'est pas écartée, la norme facultative ne s'appliquera jamais si elle n'est pas volontairement choisie.

Les instruments facultatifs sont des instruments normatifs laissés à la disposition des individus. Il existe alors trois méthodes pour choisir la norme optionnelle. Il existe la méthode de l'incorporation, la méthode de la soumission et la méthode de l'acceptation/rejet. *Primo*, la norme optionnelle est assimilée par l'acte juridique, elle devient le fruit de la manifestation de la volonté. *Secundo*, l'acte juridique est soumis à la règle de la norme optionnelle dans son entièreté. La norme optionnelle est donc ici doublement normative, elle laisse un choix et, une fois choisie, elle est en principe impérative. *Tertio*, il s'agit de mettre en œuvre un système d'*opt-in* et d'*opt-out* qui suppose la volonté exprimée des parties de recourir à la règle de droit dans son entièreté ou partiellement<sup>1007</sup>. C'est une voie intermédiaire à l'incorporation et à la soumission<sup>1008</sup>.

---

<sup>1005</sup> La norme dispositive implique une action volontaire de l'acteur juridique pour être appliquée. La norme ne s'applique que si l'individu le souhaite, car son présumé traduit une permission déontique (liberté contractuelle (C. civ., art. 1102 et 1103) ou le droit d'agir (CPC, art. 30)). La loi dispositive permettrait aux auteurs de manifester leur volonté pour se retrouver sous son emprise. Comme en matière de régime matrimonial pouvant offrir des options impératives, le droit du procès étatique offrirait des options procédurales contraignantes (demande au fond, référé, injonction de payer, etc.) ; J-L. AUBERT, E. SAVAUX, « Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », *op. cit.*, p. 98, n° 100 : « Au demeurant, la loi impérative n'est pas toujours dépourvue de toute souplesse. Il arrive en effet que le législateur, alors même qu'il dispose de façon impérative, laisse au sujet de droit la possibilité de choisir entre diverses solutions plus ou moins étroitement définies. Ainsi, par exemple, les personnes qui se marient doivent-elles être soumises à un régime matrimonial qui fixe à la fois les modes de gestion des biens des époux et les droits de ceux-ci sur ces biens. Mais ces personnes restent libres de se soumettre, soit au régime légal - entièrement organisé par la loi - soit à un régime établi par convention - sauf à respecter alors diverses règles impératives (C. civ. art. 1387) ».

<sup>1006</sup> M. EMANE MEYO, « La norme facultative », thèse, ORLEANS, 2016, p. 37, n° 22 : « La norme facultative n'est pas une catégorie connue des juristes » ; M. TOUCHAIS, « La règle impérative », *op. cit.*, sur la règle dispositive en général, p. 387, n° 328, s., : « Nous préférons parler à leur égard de règles "électives" », p. 405, n° 335.

<sup>1007</sup> P. PUIG, « L'avènement des sources optionnelles de droit », *op.cit.* : « Par où l'on voit que, dans notre droit postmoderne, les destinataires de la norme non seulement participent à sa création (...), mais décident également librement de son application et, au fond, de son succès ou de son échec ».

<sup>1008</sup> P. DEUMIER, « *Opt-in* et *opt-out* », *RDC*, 1<sup>er</sup> oct. 2007, n° 4, p. 1462 : « L'option porte sur l'applicabilité du statut et non sur sa force obligatoire ou sur le fondement de son autorité. Dès lors, elle ne remet pas en cause la nature impérative des règles et

**243. La *summa divisio* des règles de droit.** La plus grande des divisions est tracée entre ce qui est impératif ou supplétif, dont les deux facettes ne s'étudient pas l'une sans l'autre<sup>1009</sup>. Le contrat individuel permet d'évincer la règle étatique de procédure. La puissance normative du contrat processuel dépendra de la nature des règles étatiques mises à l'écart selon qu'elles sont d'ordre impératif, supplétif ou facultatif. Concevoir l'option en droit processuel se révèle assez néfaste, car finalement, des statuts entiers deviennent optionnels. Tout n'est alors que choix individuel ou contractuel. La méthode n'est pas bonne, car elle implique de placer la focale sur la nouvelle norme envisagée par le contrat et non sur la norme délaissée par le contrat (l'ineffectivité recherchée)<sup>1010</sup>. De surcroît, même les contrats à fin processuelle deviendraient un moyen d'échapper au droit de la procédure, alors qu'en vérité, ils permettent d'échapper à l'application des règles substantielles. Il faut alors vérifier si le contrat processuel du procès évite le droit étatique impératif ou supplétif.

## **B - Le contrat processuel et l'évitement de la norme impérative**

Il faut distinguer selon que le contrat est un contrat de substitution processuelle, qui laisse inappliqué tout un ensemble de règles étatiques, ou bien un contrat de dérivation procédurale, qui laisse inappliquée, au moins une règle de procédure étatique, dans le circuit procédural envisagé.

**244. Les contrats qui organisent une substitution processuelle.** Les contrats de substitution processuelle tendent à renier tout un statut. Il devient alors difficile de savoir si les

---

s'exerce doublement dans leur respect : respect des règles impératives d'origine, l'option n'étant possible que pour les questions initialement laissées à l'autonomie de la volonté ; respect des règles impératives de destination, le corps de règles voulues applicables s'appliquant en tant que tel, impératif compris ».

<sup>1009</sup> M. TOUCHAIS, « La règle impérative », *op. cit.*, p. 8, n° 4 : « Toutes les règles de droit sont soit impératives soit supplétives ; autrement dit, la distinction des règles impératives et des règles supplétives constitue une *summa divisio* des règles de droit » et p. 448, n° 366 : « la règle impérative se définit comme la règle placée dans un rapport de conformité avec le contrat, le contrat ne pouvant jamais s'écarter de la règle. La règle impérative se caractérise par une règle accessoire posant une interdiction absolue d'y déroger par convention. Par opposition, la règle supplétive se définit comme la règle qui s'inscrit dans un rapport de compatibilité entre le contrat et les règles de droit : les parties disposent ainsi d'une marge de manœuvre pour s'écarter de la règle, mais cette marge de manœuvre ne saurait être absolue. La faculté de déroger des particuliers est toujours encadrée *a minima* par le garde-fou que constitue l'ordre public.

<sup>1010</sup> Le système du choix *opt-in* et *opt-out* est pourtant salutaire. On peut facilement évoquer le recours aux règlements d'arbitrage et de médiation comme le déclenchement d'une norme optionnelle par le système de l'*opt-in*. Cela facilite la compréhension, mais en matière de contrat processuel, la technique d'application de la norme facultative peut facilement reposer sur la technique de l'incorporation dans la mesure où les règles de procédure de l'arbitrage ou de la médiation sont pour la plupart supplétives de volonté ; B. MOREAU, « Arbitrage en droit interne », *Rép. dr. civ.*, 2017, n° 7 : « Les modalités d'un arbitrage *ad hoc*, sous réserve des dispositions d'ordre public du code de procédure civile applicables à l'arbitrage, dépendent de la volonté conjointe des parties, des dispositions supplétives du code de procédure civile ou de la décision des arbitres lorsque le pouvoir leur en est donné. L'avantage de ce type d'arbitrage résulte du fait que les parties peuvent organiser "une justice sur mesure" ».

<sup>1010</sup> M. TOUCHAIS, « La règle impérative », *op. cit.*, p. 407, n° 336, s.

règles étatiques éludées sont supplétives de volonté, ou s'il s'agit de normes impératives qui ne sont pas choisies. Certaines situations sont difficiles à éclaircir en réfléchissant en termes d'impérativité et de supplétivité, c'est le cas pour l'arbitrage<sup>1011</sup>. Il y a sans doute une mise à l'écart de normes supplétives et impératives. Par exemple, quand les parties décident de régler le conflit par voie de médiation, l'article 30 du code de procédure civile (supplétif en ce qu'il prévoit une faculté d'agir en justice) et les règles impératives de compétence, parfois d'ordre public, sont tous les deux mis de côté. La plupart des conventions de substitution processuelle traduisent le refus d'un choix pour des règles étant majoritairement impératives. L'analyse fastidieuse doit se faire norme par norme. Ce qu'il faut retenir, c'est que l'impératif n'est pas choisi, car le droit objectif autorise les individus à faire valoir leurs droits subjectifs autrement.

**245. Les contrats qui organisent une dérivation processuelle.** Les contrats qui posent une norme de dérivation processuelle s'analysent plus simplement d'un point de vue de la technique législative. Une fois le processus de résolution du conflit décidé, il s'agit d'organiser son déroulement, au moins à la marge. Ce processus peut être modifié parce que la règle de droit qui organise le processus est souvent supplétive de volonté. L'aménagement se fait par la volonté des parties qui prévoient une norme de procédure différente de celle laissée pour compte. Au sein du processus choisi, la norme contractuelle doit donc mettre à l'écart ce qui était attendu par le droit étatique<sup>1012</sup>.

Le statut du procès révèle des règles supplétives de volonté. Par exception, et pour une catégorie de situations, la norme impérative qui établit la compétence territoriale devient supplétive pour une catégorie de litigants, les commerçants ou les contractants de marchés publics par exemple. Pour eux, la règle de procédure étatique impérative devient supplétive et la dérogation conventionnelle est possible quand les conditions de la dérogation sont caractérisées.

---

<sup>1011</sup> La convention d'arbitrage interne met-elle à l'écart les règles de compétence matérielle et territoriale ? Pour ceux qui ne pensent pas que la clause d'arbitrage retire le pouvoir juridictionnel au juge, la réponse est *a priori* oui, on prétend que la convention d'arbitrage donne une compétence aux arbitres tout en excluant celles des juges étatiques. En outre, l'exception d'incompétence a longtemps été aux mains du défendeur attiré à un procès étatique en contravention d'une convention d'arbitrage. On aurait pu tout aussi bien répondre, *a priori* non, puisque les règles de procédure étatiques sur la compétence sont d'ordre public et qu'elles gèrent la compétence entre les seules juridictions étatiques, le tribunal arbitral n'en étant pas une. La convention d'arbitrage laisse-t-elle alors plutôt inappliquée la règle de procédure étatique qui organise la faculté d'agir en justice ? Prive-t-elle le demandeur d'un droit d'agir en justice ? Pour cela, il faudrait considérer que cette règle pose une liberté et un droit d'agir devant les juridictions étatiques seulement. Mais là encore, y a-t-il vraiment un conflit de norme possible entre la faculté d'agir en justice devant un juge arbitral et la faculté d'agir en justice devant un juge, car finalement, les plaideurs ont le droit d'agir dans tous les cas.

<sup>1012</sup> Parfois, il ne s'agit pas de mettre à l'écart, mais de combler l'absence de règle, ce qui revient encore à laisser de côté le droit étatique qui ne prévoit rien, si ce n'est la faculté d'aménager le processus au fil de son avancement.

Prenons un autre exemple en dehors du procès étatique : le code de procédure civile prévoit que la procédure d'arbitrage interne n'est pas soumise aux règles établies pour les procédures étatiques, « à moins que les parties n'en soient convenues autrement » (CPC, art. 1464).

Tout ce qui est évincé n'est donc pas forcément supplétif. Les parties qui se mettent d'accord pour ordonner le retrait du rôle entendent éluder les règles de procédure qui leur imposent des charges procédurales à effectuer, dans les formes et délais requis, parfois sous peine de sanction. La norme contractuelle qui ordonne le retrait du rôle ne rend pas les règles étatiques évincées supplétives de volontés. Elles sont en général impératives, mais les parties ont créé une norme qui les autorise à quitter provisoirement le cadre de l'instance, car elle s'intercale entre les normes étatiques impératives et le comportement attendu que ces dernières prescrivent.

La principale source de complexité repose sur la connaissance de ce qui est impératif, surtout quand les codes restent muets sur la faculté d'organiser la procédure autrement par voie de contrat processuel. Par exemple, les parties peuvent-elles choisir d'un commun accord le technicien de l'expertise ordonnée par le juge et lui confier une mission additionnelle de conciliation ? Identifier la norme à laquelle il est suppléé ou dérogé, si elle est impérative, n'est pas un problème (en matière civile il s'agirait des articles 240 et 281 du CPC, en matière administrative de l'article R. 621-1 du CJA). En revanche, le caractère impératif ou supplétif est incertain. Il y a dans cet exemple une mise à l'écart d'une règle de procédure impérative en matière civile, ce qui pose un problème de validité de la norme contractuelle prise pour évincer la règle étatique ; en revanche, la norme étatique évincée en matière administrative est supplétive, car le juge peut confier une mission de médiation à l'expert.

## **§ 2 - Les fonctions normatives du contrat processuel collectif**

**246. Proposition d'une classification englobante.** L'objectif est d'établir une classification autour de quatre fonctions normatives qui sont la fonction expérimentale des règles de procédure (I), la fonction de promotion des règles de procédure (II) la fonction circulaire (III) et la fonction d'optimisation procédurale (IV). Ces fonctions immanentes tendent toutes vers la réalisation de l'aménagement processuel local. Elles envisagent la création d'un environnement procédural étatique par voie de réglementation et d'interprétation. Ces fonctions démontrent que le cadre procédural étatique imposé a besoin d'être retranscrit dans le contexte procédural local. Le contexte local est un prisme modifiant la norme venue du haut pour l'adapter aux

contingences du terrain qui touchent à la procédure ou aux processus administratifs. La maxime selon laquelle la procédure serait un droit des praticiens prend tout son sens. En filigrane des fonctions normatives analysées, il appert que le cadre procédural étatique imposé est un cadre type devant être modulé. Les signataires des conventions sont évidemment empreints d'un « vouloir mieux faire », en quête d'une meilleure forme de justice, sans pour autant corriger uniquement un mal-être de la justice institutionnelle qui persiste<sup>1013</sup>.

## I - La fonction d'expérimentation du droit procédural étatique

**247. Présentation de la fonction expérimentale.** « Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler<sup>1014</sup> » s'interrogeait PORTALIS ? Il faut éprouver la loi, la tester<sup>1015</sup>. L'expérimentation est la « méthode scientifique reposant sur l'expérience et l'observation contrôlée pour vérifier des hypothèses » selon le dictionnaire *LAROUSSE*. « Poser l'hypothèse d'une norme nouvelle permet d'en prendre la mesure juridique, technique, humaine et financière<sup>1016</sup> ». L'expérimentation de procédure est opérée quand l'utilité et le succès d'une règle nouvelle dépendent de la vérification de la conjecture posée<sup>1017</sup>.

Jean FOYER distinguait deux sortes d'expérimentations de justice. L'expérimentation véritable, dite « expérimentation authentique » et « l'expérimentation innommée ». La première est la vraie expérimentation juridique d'une mesure nouvelle qui repose sur sa mise en œuvre provisoire et limitée sur une partie du territoire. Elle résulte d'une application première localisée, afin d'attendre les résultats de l'expérience pour généraliser ou non son application, de manière brute, ou après rectifications<sup>1018</sup>. La seconde expérimentation dite innommée repose sur l'œuvre du temps pour analyser le vécu de la norme depuis sa promulgation<sup>1019</sup>. Elle repose

---

<sup>1013</sup> G. FARIAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée » in « Les transformations de la régulation juridique », *op. cit.*, p. 151 : « comme on le relevait il y a quinze ans, les codes naissent le plus souvent d'un mal. Il s'agit de réformer des pratiques critiquables... Les mauvais sujets de droit promettent de s'amender, a-t-on envie de dire, lorsque les codes suivent de très près un évènement qui révèle des carences évidentes aux yeux de l'opinion publique ! ».

<sup>1014</sup> J-E-M. PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet de code civil » prononcé le 21 janvier 1801.

<sup>1015</sup> J. MARCHAND-ARVRIER, P. DEUMIER, « Expérimenter pour bien légiférer ? », *RDT*, 2014, p. 305 ; F. CROUZATIER-DURAND, « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative », *RFDC*, 2003, p. 675.

<sup>1016</sup> V. GARCIA, « Les pulsations de la procédure civile (entre tachycardie et bradycardie) » in « Les rythmes de production du droit », M. NICOD (dir.), *PUT et Lextenso Éditions*, 2016, p. 214.

<sup>1017</sup> J. FOYER, « L'expérimentation des réformes de la justice » in « Réforme de la justice, réforme de l'état », L. RICHER, L. CADRET (dir.), *PUF*, 2003, p. 122, s. : l'auteur ajoute qu'il existe des « destinataires médiats » de l'expérimentation (les justiciables) et des « destinataires immédiats » (les magistrats et les auxiliaires de justice) qui sont les plus légitimes et les plus qualifiés pour mesurer l'impact de la nouvelle norme, puis proposer des retouches, des « redressements » ou encore en « réclamer l'abandon pur et simple ».

<sup>1018</sup> Pour les auteurs du rapport MARSHALL, l'expérimentation de justice proprement dite consiste plus simplement à « vérifier la pertinence et la faisabilité » des normes envisagées, v. « Les juridictions du XXI<sup>ème</sup> siècle », Rapport au garde des Sceaux, D. MARSHALL (dir.), 2013, *spéc.* p. 20.

<sup>1019</sup> Pour un exemple à bref délai, v. L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative aux dispositions en matière d'action de groupe. Le VI° de l'article 2 de la loi précise que « trente mois au plus tard après la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport évaluant les conditions de mise en œuvre de la procédure d'action de groupe et propose les

sur l'expérience et le *feed-back* entre les destinataires de la norme et les pouvoirs publics. Elle prend la mesure de la vie réelle des dispositions édictées qui prévoient souvent un changement d'ampleur ou qui portent un énoncé indéterminé.

L'expérimentation véritable selon Jean FOYER est celle qui vient d'en haut. Un texte de *loi* la prévoit pour obtenir le brevet judiciaire de la norme. L'expérimentation innommée peut cependant être mise en œuvre par le bas. Il s'agit alors d'établir des façons de procéder innovantes pour continuer l'expérimentation officielle achevée, pour adapter le texte de procédure qui bouleverse radicalement les comportements processuels ou, plus simplement, pour tester des dispositifs inconnus et novateurs<sup>1020</sup>. La mesure peut d'ailleurs faire l'objet d'une progression dans différents services juridictionnels.

Acte de prudence et de concertation, le contrat collectif est l'outil parfait pour essayer, adapter, puis adopter les normes de procédures qui nécessitent un brevet judiciaire<sup>1021</sup>. Le contrat collectif de procédure devrait invariablement prévoir des méthodes locales de retour sur expérience. La juridiction devient un laboratoire d'essai qui sert l'évolution de la procédure. Exposons rapidement quelques contrats collectifs processuels expérimentaux. Il s'agit de certains contrats sur la médiation (A) et sur la communication par voie électronique (B).

### **A - Les contrats collectifs de médiation**

Il existe plusieurs catégories de contrats collectifs expérimentaux sur la médiation, ceux en matière civile familiale (1) et les autres en matières administratives de la fonction publique (2).

---

adaptations qu'il juge nécessaires. Il envisage également les évolutions possibles du champ d'application de l'action de groupe, en examinant son extension aux domaines de la santé et de l'environnement ».

<sup>1020</sup> Certains protocoles de procédure précisent qu'ils expérimentent des nouveaux comportements de procédure. Il s'agit en réalité de mesures prises en attendant un retour sur expérience, v. Protocole d'expérimentation d'une procédure simplifiée de gestion des appels en cause de la CPAM 74 devant les juridictions répressives, signé le 22 septembre 2015 entre la directrice de la CPAM 74, le bâtonnier de l'ordre des avocats D'ANNECY, le procureur de la République D'ANNECY et le président du TGI D'ANNECY.

<sup>1021</sup> « La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI<sup>ème</sup> siècle », A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE, C. KADRI (dir.), Rapport de L'IHEJ, mai 2013, *spéc.* p. 163 : « nombre d'expériences et de réalités locales ne sont pas visibles depuis PARIS. Il y a quelque chose du petit groupe qui doit rester dans le petit groupe. (...) Plus que jamais le petit groupe est nécessaire. (...) On est en droit d'attendre d'un bon législateur qu'il ne touche aux lois qu'avec une main tremblante, qu'il porte son regard en effet sur des horizons lointains vers lesquels il souhaiterait nous emmener ».

## 1 - Les protocoles civils de médiation familiale

**248. L'origine de l'expérimentation familiale.** La première expérience en matière de procédure familiale a été double<sup>1022</sup>. En 2010, puis 2011, il s'agissait de tester la procédure de double convocation<sup>1023</sup> et la procédure de médiation préalable obligatoire<sup>1024</sup>. L'expérimentation était prévue jusqu'au 31 décembre 2013. Le 16 mai 2013, les juridictions D'ARRAS et BORDEAUX ont été désignées pour recevoir l'expérimentation officielle<sup>1025</sup> en ce qu'elles avaient déjà envisagé la double convocation par voie de contrat collectif<sup>1026</sup>. Les juridictions D'AIX-EN-PROVENCE, BOBIGNY, CRETEIL, PARIS et TARASCON avaient fait de même<sup>1027</sup>. À la fin des expérimentations, en l'absence de généralisation des mécanismes, certaines juridictions ont continué de développer la double convocation par voie de protocoles<sup>1028</sup>. Sans retour sérieux sur expériences<sup>1029</sup>, la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle a prévu une nouvelle expérimentation plus étendue de la médiation préalable obligatoire<sup>1030</sup>. Dans les onze juridictions désignées<sup>1031</sup>, des protocoles ont été conclus concernant la médiation préalable obligatoire avant la saisine du JAF pour les demandes relatives à l'autorité parentale et la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants<sup>1032</sup>.

---

<sup>1022</sup> M. JUSTON, « Justice et médiation familiale », *Gaz. Pal.*, 28 oct. 2008, n° 302, p. 3 ; « L'ambition rénovée d'une justice apaisée », Rapport au garde des Sceaux, S. GUINCHARD (dir.), 2008, *spéc.* proposition n° 50 ; L. n° 2002-305 du 04 mars 2002 (art. 373-2-10 du code civil) et L. n° 2004-439 du 26 mai 2004 (art. 255 du code civil).

<sup>1023</sup> D. n° 2010-1395 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale : Le premier mécanisme consiste pour le juge d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur familial, même dès l'enrôlement de l'acte introductif d'instance, sans recueil formel de leur volonté, tout en leur donnant une date d'audience, soit aux fins d'homologation de l'accord trouvé, soit aux fins de jugement.

<sup>1024</sup> L. n° 2011-1862 du 13 déc. 2011, art. 15, le second mécanisme impose aux parties une médiation obligatoire préalable pour les actions relatives à la modification des modalités de l'exercice de l'autorité parentale, de la contribution, l'entretien et l'éducation de l'enfant, prévus dans une convention homologuée ou fixés par une décision de justice préalable.

<sup>1025</sup> Circ. Jusb1312259a et Jusb1312253A ; la fin de l'expérimentation fut ensuite repoussée au 31 décembre 2014 par le D. n° 2013-1280 du 29 décembre 2013 (art. 23).

<sup>1026</sup> A-L. LIONNE-CLEMENT, « La médiation familiale : déjudiciarisation ou contractualisation du droit de la famille - compte rendu de la conférence des universités d'été de l'école des avocats ALIENOR du 30 août 2014 », *Lexbase Hebdo édition privée*, n° 588, 23 oct. 2014.

<sup>1027</sup> Protocole relatif à la médiation familiale signé le 3 mars 2009 entre le bâtonnier de l'ordre des avocats du VAL-DE-MARNE, le président du TGI de CRETEIL et son directeur de greffe.

<sup>1028</sup> F. VERT, « les projets pilotes de médiation : le cas de la cour d'appel de PARIS » in « Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits », *Larcier*, 2015, p. 781, *spéc.* p. 787, s ; v. Charte de médiation familiale du TGI de Pontoise signée le 26 janvier 2015.

<sup>1029</sup> Rapport n° 22-15 sur le développement des modes amiables de règlement des différends de L'IGSJ, avr. 2015, p. 19, s. *spéc.* p. 20.

<sup>1030</sup> L. n° 2016-1547, art. 7 ; la généralisation a encore été repoussée, pour des raisons financières, Rapport du Sénat n° 3726 par J-M. CLEMENT et J-Y. LE BOUILLONNEC.

<sup>1031</sup> A. du 16 mars 2017 désignant les juridictions habilitées à expérimenter la tentative de médiation préalable obligatoire à la saisine du juge en matière familiale (BAYONNE, BORDEAUX, CHERBOURG-EN-COTENTIN, ÉVRY, NANTES, NIMES, MONTPELLIER, PONTOISE, RENNES, SAINT-DENIS ET TOURS).

<sup>1032</sup> Les protocoles passés sont appelés par l'acronyme TMFPO, par ex. Protocole relatif à l'expérimentation de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO) au tribunal de grande instance de MONTPELLIER signé le 29 oct. 2017 ; « La médiation familiale devient obligatoire au tribunal d'Évry », *Journal le républicain*, 10 juill. 2017.

**249. Les contrats collectifs de procédure pour le test de la médiation familiale.** Les contrats collectifs de procédure ont été pris alors que les textes expérimentaux ne les prévoyaient pas et ne précisait pas grand-chose sur la manière d'expérimenter. Les protocoles ont permis de définir un cadre procédural de référence que les textes à expérimenter ne détaillaient pas. Cela n'est pas incohérent, l'expérimentation consiste justement à donner la main aux acteurs locaux des procès, pour qu'ils s'approprient la norme à l'essai. Les contrats de première génération signés à BORDEAUX, le 7 novembre 2013 et ARRAS, le 6 décembre 2013, ont détaillé les textes expérimentaux pour leur donner leur dimension pratique et concrète<sup>1033</sup>. Les protocoles collectifs de seconde génération ont eux aussi visé les conditions pratiques de mise en œuvre de la médiation familiale dans le ressort d'un tribunal<sup>1034</sup>.

## 2 - Les protocoles administratifs de médiation des litiges de la fonction publique

**250. Les contrats collectifs de médiation en matière administrative.** Des contrats sont pris depuis 2017 pour rendre effective la médiation *de droit commun* au niveau local<sup>1035</sup>. Pour l'instant, seront évoqués les protocoles expérimentaux pris pour diligenter des médiations *spéciales* préalables à la saisine de la juridiction administrative depuis 2018<sup>1036</sup>. La loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>1037</sup>, un décret<sup>1038</sup>, puis deux arrêtés<sup>1039</sup> en 2018 ont

---

<sup>1033</sup> A. LEBORGNE, « La médiation familiale : une voie d'apaisement des conflits familiaux », *RLDC*, 1<sup>er</sup> juin 2015, n° 132, p. 63 ; par exemple, le protocole aquitain précise la méthode de sélection des dossiers pouvant faire l'objet d'une double convocation, un tri étant opéré par le magistrat qui se fonde sur les critères préétablis dans la convention et plus particulièrement sur un critère géographique. Les dossiers sélectionnés sont choisis en fonction du lieu de vie des parties en GIRONDE ou dans les départements limitrophes.

<sup>1034</sup> Protocole relatif à l'expérimentation de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire au TGI de PONTOISE signé le 11 juillet 2017 ; les conventions signées détaillent en général quelles sont les demandes soumises à la médiation (le lieu de résidence habituelle des enfants, le droit de visite et d'hébergement, la contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant, les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale pouvant être reprises par un JAF), les causes de dispenses légales de médiation (éloignement géographique, parent malade ou détenu, assignation à jour fixe autorisée par le juge, la tentative échouée de processus collaboratif (C. civ. art. 2062)), la procédure de médiation (par ex., le protocole de MONTPELLIER (art. 4) prévoit que le médiateur a l'initiative de convoquer les deux parties dans le délai d'un mois une fois que le demandeur s'est rapproché de lui. Il pourra les convoquer avec tous les moyens appropriés, même électroniques. Le premier entretien peut être immédiatement suivi du processus de médiation avec l'accord des parties. Sinon une nouvelle convocation leur est adressée en main propre ou par le moyen le plus approprié estimé par le médiateur. Sont également envisagées les hypothèses de « comparution » des parties selon qu'elles sont présentes ou non, acceptent ou non la médiation, décident de saisir le juge en parallèle de la médiation, envisagent l'homologation avant ou au jour de l'audience. Le protocole précité prévoit la possibilité pour les parties d'être assistées de leur avocat, ce que rappelle le médiateur (art. 6).

<sup>1035</sup> V. *infra* n° 258 et 259.

<sup>1036</sup> D. ARTUS, « L'an II de la médiation administrative. État des lieux au tribunal administratif de Poitiers », *op. cit.*, n° 1 : « Il convient donc de distinguer ce qui relève de l'expérimentation de la médiation préalable obligatoire de la phase quasi expérimentale, car nouvelle, de la médiation administrative consentie par les parties, qu'elle émane de la demande du juge ou de leur seule initiative ».

<sup>1037</sup> L. n° 2016-1547, art. 5 IV.

<sup>1038</sup> D. n° 2018-101 du 16 févr. 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux.

<sup>1039</sup> A. du 2 mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique territoriale ; A. du 6 mars 2018 relatif à l'expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges sociaux.



précisé les modalités de l'expérimentation conduite entre le 1<sup>er</sup> avril 2018 et le 18 novembre 2020 dans les juridictions désignées. Cette *médiation*<sup>1040</sup> expérimentale s'inspire « davantage du recours administratif préalable obligatoire, qui s'impose aux parties, que de la médiation, qui repose sur un accord de celles-ci, cette "pseudo-médiation imposée" étant une forme éloignée du processus de médiation amiable en vue de rechercher une solution négociée qui la caractérise<sup>1041</sup> ». Il n'en reste pas moins, qu'il s'agit d'un mécanisme processuel. Pour l'expérimentation concernant les fonctionnaires de l'administration territoriale et des établissements publics locaux, des conventions ont été passées entre ces administrations ou établissements et le centre de gestion de la fonction publique territoriale, avant le 1<sup>er</sup> septembre 2018<sup>1042</sup>. Ces expérimentations auront servi à accoutumer les acteurs des conflits soumis à une médiation préalable obligatoire (CJA, art. L. 213-11 (L. n° 2021-1729), D. n° 2022-433).

## **B - Les contrats collectifs sur l'expérimentation de la dématérialisation des procédures<sup>1043</sup>**

**251. L'expérimentation de la dématérialisation des procédures.** L'objectif fut d'instaurer la technique numérique en droit du procès<sup>1044</sup>. L'expérimentation a commencé avec la communication par voie électronique (CPVE) des actes et pièces de procédure et s'achèvera une fois que la justice sera numérique ou digitale<sup>1045</sup>. Le mouvement de numérisation progresse et nécessite une adaptation juridique et technique constante. L'expérimentation ici abordée relève

---

<sup>1040</sup> G. BERNARD-VINCENT, « La médiation obligatoire en matière administrative », *JDA*, 2017, chron. 4 : « On retrouve cette confusion dans les commissions départementales de médiation pour le droit opposable à un logement décent et indépendant (DALO) consacré par la loi du 5 mars 2007. En réalité, il s'agit d'un recours administratif préalable, puisque cette instance détermine le caractère prioritaire ou non de la demande de logement selon des critères préétablis (...). En résumé, la médiation obligatoire en matière administrative est un "ovni" juridique que l'on a peine à identifier ».

<sup>1041</sup> J. SAISON-DEMARS, « Contractualisation et règlement des litiges administratifs », *op. cit.* ; J-M. BELORGEY, « Deux RAPO pour le prix d'un », *AJDA*, 2016, p. 2185, qui considère que les mécanismes de médiation (RPOM) se rapprochent des recours préalables obligatoires (RAPO) et peuvent se confondre. La raison est que la médiation des litiges de la fonction publique et de l'aide sociale sera confiée à des médiateurs internes dits institutionnels, que la médiation ne peut être obligatoire et qu'à l'inverse du RAPO de nature préventive et peu consensuelle la médiation est curative et contractuelle. Pour la seule hypothèse de l'expérimentation qui nous concerne, il est prévu que les agents de la fonction publique territoriale, pour les litiges évoqués par l'article 1 I. du décret de 2018, devront tenter une médiation proposée par le centre de gestion de la fonction publique territorialement compétente en vertu de sa mission de conseil juridique prévue par la loi du 26 janvier 1984 (L. n° 84-53 du 26 janvier 1984, art. 25). Pourtant, le décret précise bien que la médiation est mise en œuvre par les parties au regard des dispositions générales de la médiation administrative prévue aux articles L.213-1 à L.213-4 du CJA (art. 3) ; L. 2021-1729 du 22 déc. 2021, art. 28, les centres de gestion assurant par convention cette mission de médiation.

<sup>1042</sup> X. DOMINO, « Innovations : la médiation et l'action collective en droit administratif », *RFDA*, 2017, p. 1672.

<sup>1043</sup> S. GARAYOT, « Le droit à un procès civil équitable à l'aune des nouvelles technologies », *Procédures*, n° 4, avr. 2010, doss. 2 : « Quant aux actes concernés, leur sort dépend de la convention locale. On voit ici toute la vigueur des sources informelles du droit judiciaire privé ».

<sup>1044</sup> M. DOCHY, « La dématérialisation des actes du procès civil », thèse, *DALLOZ*, 2021, *spéc.* p. 30, n° 23.

<sup>1045</sup> « Vers une procédure civile 2.0 », C. BLERY, L. RASCHEL (dir.), *LGDJ*, 2018 ; A. GARAPON, J. LASSEGUE, « Justice digitale », *PUF*, 2018 ; sur les difficultés de développement, Cour des Comptes, « Point d'étape du plan de transformation numérique du ministère de la Justice », janv. 2022.

d'un mélange entre expérimentations véritables et expérimentations innomées<sup>1046</sup>, dans tous les procès. Les contrats collectifs ont inévitablement contribué à cette progression<sup>1047</sup>.

**252. L'expérimentation par protocole en procédure civile.** En procédure civile, la dématérialisation a commencé par des expérimentations locales dès l'an 2000<sup>1048</sup> et des protocoles ont été conclus<sup>1049</sup>. La source directe de l'expérimentation officielle fut la convention nationale de procédure entre le Conseil national des barreaux (CNB) et le garde des Sceaux en 2005<sup>1050</sup>. La convention nationale a ainsi prévu que des « conventions locales » pourraient être signées entre la juridiction et les auxiliaires de justice pour la déclinaison de ses dispositions au niveau d'un ressort<sup>1051</sup>.

Le décret du 28 décembre 2005 est venu instaurer des articles relatifs à la CPVE entre la juridiction et les auxiliaires de justice et entre les auxiliaires de justice (CPC, art. 748-1 à 748-6). Avant l'entrée en vigueur de ces textes au 1<sup>er</sup> janvier 2009, l'article 88 du décret avait prévu leur mise en œuvre au niveau d'une juridiction par voie de contrat collectif. De la sorte, des conventions locales ont émergé pour définir quels services juridictionnels expérimenteraient la dématérialisation des actes et pièces de procédure déterminés eux aussi localement. Dès 2006, l'expérimentation a commencé dans des tribunaux de grande instance désignés par le comité de

---

<sup>1046</sup> Cela n'ôte aucunement le caractère d'expérimentation au test prévu comme le précisent J. MARCHAND-ARVRIER et P. DEUMIER, « Expérimenter pour bien légiférer ? », *op. cit.* : « la généralisation étant souvent acquise dès le départ », « la plupart des expérimentations accompagnent des réformes acquises *ab initio* (...) ».

<sup>1047</sup> Circ. relative à l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2006 du D. du 28 déc. 2005 n° 2005-1678 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom (JUSCO620006C) : « Le choix a été fait de permettre un développement souple et progressif de la communication électronique, en fonction des moyens dont disposent les juridictions et dans la continuité des protocoles en vigueur. Des conventions locales pourront être passées entre le président de la juridiction et des représentants des auxiliaires de justice, avocats (...) et avoués (convention nationale du 6 décembre 2000) en vue d'une application anticipée du dispositif autorisée par arrêté du garde des Sceaux » ; C. BLERY, J-P TEBOUL, « Numérique et échanges procéduraux » in « Vers une procédure civile 2.0 », C. BLERY, L. RASCHEL (dir.), *LGDJ*, 2018, p. 9, n° 6 : « La CPVE 1.0 a été progressivement élargie par le pouvoir réglementaire. De nombreuses évolutions sont intervenues, CPVE 1.1, 1. 2, jusqu'à 1.12 ».

<sup>1048</sup> « Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès », *op. cit.*, p. 145 ; « Justice en ligne, justice de demain ? », *LPA*, 5 déc. 2001, n° 242, p. 7 ; T. SOMMA, « Mettre en œuvre les téléprocédures dans la juridiction administrative », 2003, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr) ; avis n° 3324 de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de finances pour 2002, 11<sup>ème</sup> législature, p. 12 qui explique que deux expérimentations sont en cours : l'une au TGI de PARIS, l'autre avec cinq cours d'appel (AIX-EN-PROVENCE, BORDEAUX, BESANÇON, PAU, VERSAILLES) des conventions ayant été passées. Pour le développement devant les TGI, il est précisé qu'une convention-cadre sera nécessaire (celle signée plus tard en 2005).

<sup>1049</sup> 11<sup>ème</sup> législature, question écrite n° 28183 de P. LAFFITTE publiée dans JO Sénat du 12 déc. 2002, p. 3455 et réponse du ministre de la Justice afférente publiée dans JO Sénat du 11 janv. 2001, p. 94 : « La première expérimentation est engagée en matière civile entre les cours d'appel d'AIX-EN-PROVENCE, BESANÇON, BORDEAUX, PAU ET VERSAILLES et les avoués, la deuxième entre le tribunal de grande instance de PARIS et les avocats. Ces expérimentations sont basées sur le principe d'une communication entre deux intranets reliés par un point d'accès unique conformément aux orientations techniques arrêtées, pour des raisons de sécurité et de responsabilités, par le schéma directeur informatique du ministère de la Justice 1998-2002. Ces éléments d'architecture technique ainsi que la description des documents et donnée échangés sont contenus dans une convention ».

<sup>1050</sup> Les Conventions CNB ayant une valeur réglementaire, CE, 6<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> sous-sections réunies, 15 mai 2013, n° 342500, § 7.

<sup>1051</sup> M. DOCHY, « La dématérialisation des actes du procès civil », *op. cit.*, p. 30, n° 23 : « La signature de conventions entre les institutions judiciaires et les professionnels du droit a permis de mettre en œuvre la transmission des actes sur support électronique (...). Des cours d'appel pilotes, à commencer par celles de VERSAILLES, PAU, puis PARIS, ont expérimenté l'utilisation de la communication électronique ».

pilotage<sup>1052</sup>. Les premières furent les tribunaux d'ALES, LILLE et MARSEILLE et seules certaines chambres testaient la communication par voie électronique. Ensuite, le comité de pilotage du 17 novembre 2006 a étendu la liste des juridictions cobayes<sup>1053</sup>. Des protocoles de procédures ont alors été conclus concomitamment pour combler « le besoin de sécuriser la communication par voie électronique, en précisant les modalités pratiques de sa mise en œuvre<sup>1054</sup> ».

L'application anticipée des articles 748-1 à 748-6 du CPC prévue par l'article 88 du décret de 2005 a expiré en janvier 2009. Pourtant, les conventions de procédure ont continué de prospérer. Une expérimentation officielle a donc été poursuivie pour permettre un développement progressif dans l'ensemble des juridictions, entre contraintes techniques et respect des principes fondamentaux de procédure<sup>1055</sup>.

Depuis 2010, une autre expérimentation officielle (l'expérimentation officielle précédente n'a jamais cessé<sup>1056</sup>) a débuté en matière de communication par voie électronique devant la cour d'appel. Le décret 2009-1524 du 9 novembre 2009 a prévu que la CPVE s'appliquerait devant les cours d'appel. Elle se développa d'abord dans les matières sans représentation obligatoire où elle fut expérimentée par convention<sup>1057</sup> puis en matière de représentation obligatoire où la communication par voie électronique allait être imposée en 2011 pour la déclaration d'appel à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2011 et les autres actes de procédure dès janvier 2013. La convention CNB de 2010 est venue préciser que des conventions locales de procédure pourraient être conclues, ce qui arriva<sup>1058</sup>.

---

<sup>1052</sup> G. DIDIER, G. SABATER, « Dématérialisation des procédures : «une révolution culturelle est nécessaire» », *JCP G.*, n° 8, 20 févr. 2008 : « 2006-2007 a été une période de tests » ; L. DARGENT, « Déploiement en juridictions des nouvelles technologies », *DALLOZ Actualité*, 17 janv. 2008.

<sup>1053</sup> AGEN, ANGERS, CAHORS, DRAGUIGNAN, GRASSE, Les SABLES-D'OLONNE, MONTPELLIER, PRIVAS, REIMS, SAINT-ÉTIENNE, TOURS et VALENCE.

<sup>1054</sup> N. FRICERO, « Procédure civile », *op. cit.* ; Il faut noter que finalement, ce n'est que le 25 septembre 2008 qu'un arrêté est pris pour désigner officiellement les juridictions tests en vertu de l'article 88.

<sup>1055</sup> M. ATTAL, « Heurts et malheurs de la dématérialisation de la procédure d'appel », *JCP G.*, avr. 2013, 490 ; C. BLERY, « Convention interbarreaux de la cour d'appel de TOULOUSE du 20 mars 2013 : et un protocole de plus ! », *JCP G.*, 20 mai 2013, 556.

<sup>1056</sup> D. n° 2010-434 du 29 avr. 2010 relatif à la communication par voie électronique en matière de procédure civile : il s'agit « de poursuivre le développement de la communication électronique à travers les expérimentations en cours ».

<sup>1057</sup> A. du 14 déc. 2009 et A. du 5 mai 2010 relatif à la communication par voie électronique dans la procédure sans représentation obligatoire devant les cours d'appel ; convention entre la cour d'appel de PARIS et les ordres des avocats des barreaux du ressort de la cour d'appel de PARIS concernant la communication électronique, annexe I : « la communication électronique concerne actuellement, en phase d'expérimentation l'ensemble des chambres sociales de la cour d'appel de PARIS. L'expérimentation pourra toutefois être étendue par décision du groupe de travail à d'autres procédures sans représentation obligatoire ».

<sup>1058</sup> Communiqué de presse, « La cour d'appel de Lyon entre dans l'ère de la communication électronique », [ca-lyon.justice.fr](http://ca-lyon.justice.fr) : « convaincues de la nécessité de généraliser la communication par voie électronique (...) les parties signataires se sont engagées, aux termes du protocole et de ses six annexes (...), à anticiper la dématérialisation programmée le 1<sup>er</sup> janvier 2013 de l'ensemble des actes de procédure dans les affaires avec représentation obligatoire ».

L'extension progressive de la communication par voie électronique se fit dans un maquis normatif complexe à saisir<sup>1059</sup>, ce qui entraîna une « balkanisation des règles de procédures (...) amplifiée par les conventions locales de procédure conclues entre les juridictions et les barreaux dont le contenu n'est pas harmonisé et la publicité est mal assurée<sup>1060</sup> ».

L'expérimentation de la communication par voie électronique est terminée, mais les protocoles conclus en matière de procédures écrites continuent parfois d'aménager le champ d'application des actes pouvant être communiqués par voie dématérialisée<sup>1061</sup>. La CPVE est possible pour des domaines où elle n'est pas officiellement envisagée par voie d'arrêté ou lorsque la procédure est autonome (président de juridiction, JAF, JEX)<sup>1062</sup>. Les contrats collectifs demeurent très nombreux et ils continuent au moins de prévoir un cadre technique pouvant influencer le sort des règles de procédure, comme la possibilité de prévoir un document annexe à la déclaration d'appel contenant les chefs critiqués du jugement.

**253. L'expérimentation par protocole en procédure pénale.** La première phase de l'expérimentation officielle fut déclenchée après la convention CNB du 28 septembre 2007<sup>1063</sup> encore précédée d'expérimentations locales réalisées par voie de protocoles en fonction des budgets alloués<sup>1064</sup>. La convention-cadre autorise les juridictions à passer des conventions locales pour son déploiement. Le développement de la communication par voie électronique s'est réalisé, non sans difficulté<sup>1065</sup>, par une mise en œuvre progressive<sup>1066</sup> sur l'ensemble des

---

<sup>1059</sup> A. du 23 déc. 2010, *op. cit.* ; A. du 30 mars 2011, *op. cit.* ; A. du 18 avril 2012, A. du 10 sept. 2012 et A. du 20 déc. 2012 relatifs à la communication par voie électronique dans les procédures avec représentation obligatoire devant les cours d'appel ; v. sur la production normative effrénée, M. DOCHY, « Communication électronique en matière civile », *Jcl Procédures formulaire*, fasc. n° 10, nov. 2021.

<sup>1060</sup> H. CROZE, « NAPOLEON reviens, ils sont devenus fous ! », *op. cit.*

<sup>1061</sup> En NOUVELLE-CALÉDONIE, toutefois, l'article 748-6 du code de procédure civile calédonien prévoit toujours que : les modalités de consultation et d'échanges électroniques des documents et des données relatifs aux affaires civiles entre les juridictions locales et les avocats font l'objet d'une convention passée entre les juridictions de NOUMÉA et l'ordre des avocats du barreau de NOUMÉA. Cette convention et ses avenants sont publiés au Journal Officiel de la NOUVELLE-CALÉDONIE.

<sup>1062</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, n° 16-19336 à propos des procédures devant le premier président, avant arrêté du 20 mai 2020, relatif à la communication par voie électronique en matière civile devant les cours d'appel, art. 2 ; C. BLERY, « Arrêté du 20 mai 2020 relatif à la CPVE en matière civile devant les cours d'appel : entre espoir et déception... », *DALLOZ Actualité*, 2 juin 2020 et « 1<sup>er</sup> septembre 2019 : communication par voie électronique obligatoire devant le TGI », *DALLOZ Actualité*, 2 sept. 2019.

<sup>1063</sup> Circ. crim de la DACG n° CRIM 08-09/E8 du 12 mars 2008 relative à la présentation générale des dispositions du décret n° 2007-1620 du 15 nov. 2007 modifiant le code de procédure pénale et relatif à l'utilisation des nouvelles technologies : « Ces dispositions consacrent en partie des expérimentations menées depuis quelques mois dans plusieurs juridictions, afin de déterminer les avantages et inconvénients liés à l'emploi de ces technologies » ; L. n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale ; D. n° 2007-1620 du 15 nov. 2007 modifiant le code de procédure pénale ; G. SABATER, « Le décret n° 2007-1620 du 15 novembre 2007 modifiant le code de procédure pénale et relatif à l'utilisation des nouvelles technologies : l'égalité des armes entre la défense et l'accusation ? », *Communication commerce électronique*, n° 10, oct. 2008, alerte 100.

<sup>1064</sup> D. BENICHO, « L'efficacité au service de la justice pénale », *Gaz. Pal.*, 27 nov. 2007, n° 331, p. 33 ; Inspection générale de l'administration et *alii*, « La dématérialisation de la chaîne pénale. Mission d'audit de modernisation », nov. 2006, p. 12.

<sup>1065</sup> S. SONTAG, « L'accès de l'avocat aux procédures dématérialisées », *AJ pénal*, 2011, p. 455.

<sup>1066</sup> M-C DAUBIGNEY, « La marche vers la dématérialisation de la procédure pénale », *AJ pénal*, 2007, p. 460.

juridictions du territoire français, le temps d'améliorer les outils techniques et juridiques. La dématérialisation de la procédure pénale concerne originellement la numérisation du dossier pénal (actes et pièces), sa circulation dans la chaîne pénale, ainsi que la CPVE de la juridiction vers les avocats et toute autre personne (803-1 CPP). Réciproquement, si un contrat collectif le prévoyait, les avocats ont pu, au cours de l'expérimentation, solliciter par voie dématérialisée des demandes, déclarations et observations pour la plupart relatives à l'instruction (D. 591 CPP<sup>1067</sup>). Cette disposition a conditionné une partie de la CPVE pénale depuis 2007. Elle devait être transitoire<sup>1068</sup>, mais elle a été maintenue, même après le commencement de la deuxième phase de l'expérimentation consistant à établir une procédure pénale numérique native, à compter de 2018<sup>1069</sup>.

La dématérialisation a poursuivi son ascension vers une procédure entièrement dématérialisée<sup>1070</sup>, la loi de réforme pour la justice de 2019 ayant codifié le dossier pénal numérique et la signature électronique<sup>1071</sup>. Il était prévu que cette phase numérique soit réalisée par des expérimentations au moyen de protocoles signés entre juridictions. En témoigne la convention signée à BLOIS à la fin de l'année 2019, une des deux « juridictions test » désignées avec AMIENS<sup>1072</sup>. Ainsi, de nouveaux articles du code de procédure pénale ont vu le jour afin de régir la prise de ces nouveaux protocoles, qui ont été hiérarchisés avec ceux de l'article D. 591 et D. 592 CPP, les premiers pouvant déroger à ces derniers plus anciens<sup>1073</sup>. Or, depuis

---

<sup>1067</sup> L'article prévoyait une série d'actes qui pouvait faire l'objet d'une transmission par voie électronique. D'autres textes opéraient des renvois à l'article D. 591 comme l'article D. 31-1 pour le dépôt de plainte ou l'article D. 40.

<sup>1068</sup> Circ. 2007, *op. cit.*, n° 1.2 : « Si cette possibilité, qui consacre des pratiques expérimentales suivies dans certaines juridictions, a vocation à être ultérieurement généralisée par la loi, elle est en l'état des nouvelles dispositions réglementaires subordonnées à l'existence de protocoles conclus par les barreaux et les juridictions » et 1.2.2 : « L'intérêt des nouvelles dispositions, par rapport aux expérimentations qui ont pu être menées dans certaines juridictions, est de donner un effet juridique aux demandes qui seront adressées par voie électronique ».

<sup>1069</sup> « Procédure pénale numérique », ministère de la Justice et ministère de l'Intérieur, 2019 : « - à l'horizon 2022, les échanges entre autorité judiciaire et services enquêteurs seront entièrement dématérialisés pour le cœur de la procédure pénale, grâce notamment à la production et à l'échange de documents nativement numériques (...); sans attendre 2022, une expérimentation de la première version de la procédure pénale numérique (PPN LAB) sera conduite dans les ressorts des tribunaux de grande instance D'AMIENS et de BLOIS et des améliorations tangibles seront proposées telles que l'accès en ligne à des outils de suivi des gardes à vue, et la mise à disposition d'outils de communication adaptés », « Courant 2019, des pilotes de confiance sur les sites D'AMIENS et de BLOIS expérimenteront une dématérialisation native totale de la procédure pénale avant le déploiement progressif au plan national ».

<sup>1070</sup> Rédaction LEXTENSO, « Dématérialisation des procédures pénales : lancement d'un groupe de travail », *Gaz. Pal.*, 16 janv. 2018, n° 2, p. 7 : l'objet de la réforme est de mettre en place un « futur système informatique qui permettra notamment aux acteurs de la procédure d'échanger et d'accéder en ligne à un dossier unique » ; S. HARDOUIN, « La transformation numérique au service de la justice », *JCP G.*, n° 50, 10 déc. 2018, doct. 1321 : « L'objectif est la constitution d'un dossier nativement numérique, alimenté au fur et à mesure de la procédure : des actes produits par les services d'enquête jusqu'aux pièces d'exécution d'un jugement (...).

<sup>1071</sup> L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 50, v. art. 801-1, s. du CPP ; D. n° 2019-507 du 24 mai 2019 pris pour l'application des dispositions pénales de la L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice relatives à la procédure numérique, aux enquêtes et aux poursuites, art. 3 ; A. du 6 sept. 2019 fixant les modalités d'application des articles D. 589 et suivants du code de procédure pénale relatifs à la procédure pénale numérique.

<sup>1072</sup> F. VERGNE, « LOIR-ET-CHER : des échanges en ligne pour une justice plus rapide », [lanouvellerepublique.fr](http://lanouvellerepublique.fr).

<sup>1073</sup> CPP, art. A. 53-9 prévoyant la prise de nouveaux protocoles locaux.

le décret n° 2020-1792 du 30 décembre 2020 (art. 2), les protocoles locaux prévus aux articles D. 591 et D. 592 ont été remplacés par une convention nationale.

**254. L'expérimentation par protocole en contentieux administratif.** L'expérimentation a permis de tester les téléprocédures, la communication par voie électronique administrative étant envisagée grâce à l'outil Télérecours<sup>1074</sup>. Il permet aux avocats, aux administrations et aux organismes privés chargés de l'exécution d'un service public de transmettre les actes (requêtes, mémoires) et pièces de procédure à la juridiction. Réciproquement, la juridiction peut leur envoyer tous les actes de procédure (communications, mesures d'instruction, avis d'audience, notification des décisions pour les administrations et transmission de leurs ampliations pour les avocats). Télérecours offre, outre la gestion de l'instruction, le moyen pour le particulier justiciable de suivre l'avancement de l'état de la procédure en temps réel (anciennement application Sagace). L'expérimentation a commencé avec le décret du 10 mars 2005<sup>1075</sup> et a été généralisée à l'ensemble des contentieux par le décret du 21 décembre 2012<sup>1076</sup> ayant précédé la convention passée entre le Conseil d'État et le CNB le 5 juin 2013<sup>1077</sup>. À partir de 2013, des contrats collectifs de procédure ont été signés entre les chefs de juridictions et les bâtonniers des ordres d'avocats pour accompagner l'expérimentation en contentieux général<sup>1078</sup>. Elles ont été signées au fur et à mesure que l'expérimentation progressait géographiquement<sup>1079</sup>. Elles

---

<sup>1074</sup> M. HERONDART, « Les télé-procédures devant les juridictions administratives », *La lettre de la justice administrative*, n° 8, juill. 2005 ; S. DERLANGE, « L'essor des téléprocédures judiciaires en FRANCE et à l'étranger : vers la justice de demain », *JCP G.*, n° 51-52, 17 déc. 2008, doctr. 224.

<sup>1075</sup> D. n° 2005-222 du 10 mars 2005 relatif à l'expérimentation de l'introduction et de la communication des requêtes et mémoires et de la notification des décisions par voie électronique ; T. PIETTE-COUDOL, « La dématérialisation des procédures : arrêté du 11 mai 2007 », *Dr. admin.*, n° 10, oct. 2007, comm. 141.

<sup>1076</sup> D. n° 2012-1437 du 21 déc. 2012 relatif à la communication électronique devant le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs, notice : « Le décret généralise et pérennise l'expérimentation, devant les juridictions administratives, de la possibilité de transmettre des écritures et des pièces de la procédure contentieuse par voie électronique, par l'intermédiaire de l'application informatique Télérecours, à tous les stades de la procédure contentieuse administrative. Cette possibilité est ouverte aux avocats, aux avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, aux administrations de l'État, aux personnes morales de droit public et aux organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public ».

<sup>1077</sup> CE, « Communication électronique : la justice administrative à l'heure du numérique », *JCP A.*, n° 25, 17 juin 2013, act. 534 : « L'application Télérecours est déployée depuis le 3 juin (A. 27 mai 2013 : JO 30 mai 2013) dans les cours administratives d'appel de NANTES et de NANCY et dans les tribunaux administratifs de leurs ressorts (NANTES, RENNES, CAEN, ORLEANS, NANCY, STRASBOURG, CHALONS-EN-CHAMPAGNE ET BESANÇON). À partir du 2 décembre, le processus devrait s'étendre aux autres tribunaux administratifs métropolitains de premier ressort et d'appel, tandis qu'il faudra attendre 2015 pour voir la communication électronique généralisée aux juridictions administratives d'outre-mer » ; Convention conclue entre le Conseil d'État et le Conseil national des barreaux concernant l'utilisation de la communication électronique devant les juridictions administratives signée le 5 juin 2013 entre le Vice-président du Conseil d'État et le président du Conseil national des barreaux : pour une généralisation rapide, il était prévu que « des conventions seront conclues entre les présidents des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs, d'une part, et les bâtonniers des ordres des avocats, d'autre part, pour préciser les conditions de mise en œuvre de la présente convention au niveau local ».

<sup>1078</sup> S. DEYGAS, « Généralisation de l'instruction des contentieux administratifs par le système Télérecours », *Procédures*, n° 2, févr. 2013, comm. 56 ; H. CROZE, « L'autre communication électronique procédurale », *Procédures*, n° 2, févr. 2014, rep. 2.

<sup>1079</sup> Convention conclue entre la cour administrative d'appel de PARIS, le tribunal administratif de MELUN et l'ordre des avocats de CRETEIL concernant l'utilisation de la communication électronique du 13 janv. 2014, *op. cit.*, préambule : « L'ouverture de l'application Télérecours se fera de façon échelonnée selon les juridictions, à des dates fixées par arrêté de la garde des Sceaux, ministre de la Justice ; qu'il est prévu que cette ouverture sera réalisée pour la cour administrative d'appel de PARIS et le tribunal administratif de MELUN le 2 décembre 2013 ».

ont institué des comités de suivi de la communication par voie électronique chargés de dresser une évaluation de sa mise en œuvre et d'interpréter, au besoin, les dispositions de la convention signée dans le ressort<sup>1080</sup>.

## II - La fonction de promotion du droit procédural étatique

**255. Présentation de la fonction.** La deuxième fonction assurée par les contrats collectifs de procédure exprime la promotion des règles de procédure optionnelles, en améliorant leur connaissance. Les signataires ont la volonté de stimuler l'intérêt processuel des acteurs du procès concernant les mécanismes de procédure facultatifs, qui interviennent en parallèle ou à la place de la procédure juridictionnelle. Il s'agit essentiellement de promouvoir des voies processuelles alternatives. Par une opération marketing locale, l'objectif des conventions est d'acclimater les acteurs locaux des procès à la culture juridique du règlement amiable, dont les modes, recommandés ou forcés depuis vingt ans, ne trouvent pas le succès escompté. Les contrats sensibilisent alors les acteurs du procès à une nouvelle forme de justice. L'ambition est double. Il s'agit de faire rentrer la culture du règlement amiable dans les mœurs<sup>1081</sup> et de préciser le déroulement du processus de médiation ou de conciliation encadré faiblement par le droit étatique. Il s'agit surtout d'accompagner les nouveaux mécanismes de règlement amiable pour éviter qu'ils ne soient mort-nés, en matière civile (A), administrative (B) et pénale (C).

### A - La promotion des modes de prévention et de règlement des différends civils

**256. Changement du paradigme de justice.** Les mécanismes de la justice amiable ne s'appliquent que si les parties décident de leur mise en œuvre par voie de contrat. Les modes de prévention et de règlements des différends (MARD) judiciaires, comme extrajudiciaires, sont peu utilisés et sous-exploités<sup>1082</sup>. De nombreux contrats collectifs sont pris au niveau local pour

---

<sup>1080</sup> L'expérimentation est achevée et la communication électronique est rendue obligatoire pour le dépôt des requêtes introductives et des mémoires des parties, D. n° 2016-1481 du 2 nov. 2016 relatif à l'utilisation des téléprocédures devant le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs ; v. S. DEYGAS, « La généralisation de Télérecours dès le 1<sup>er</sup> janvier 2017 », *Procédures*, 1<sup>er</sup> janv. 2017, n° 1, 33.

<sup>1081</sup> Y. STRICKLER, L. WEILLER, « Développer la culture du règlement alternatif des différends », *Procédures*, n° 6, juin 2019, étude 10 ; « Pour un droit du règlement amiable des différends - Des défis à relever pour une justice de qualité », L. CASAUX-LABRUNEE, J-F. ROBERGE (dir.), N. BELLOUBET, (préf.), *Lextenso Éditions*, 2018.

<sup>1082</sup> M. GUILLAUME-HOFNUNG, F. VERT, « Construire la confiance entre justice et médiation », *Gaz. Pal.*, 22 déc. 2015, n° 356, p. 9 : qui relève que leur pratique demeure faiblement développée dans les juridictions, le rapport DELMAS GOYON intitulé « "Le juge du XXI<sup>ème</sup> siècle" remis à la garde des Sceaux en décembre 2013, indique que seulement 1 % des litiges soumis aux juridictions sont résolus par la médiation (...). Ce bilan décevant suscite une vraie interrogation à un moment où nombreux sont aujourd'hui ceux qui appellent au développement des modes amiables de résolution des différends » ; L. CADIET, « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2015, n° 199, p. 10, *spéc.* n° 2 ; Rapport n° 22-15 de l'IGSJ *op. cit.*, *spéc.* p. 13 : « Si, depuis 20 ans, les MARD ont donné lieu à une abondante doctrine, leur développement effectif n'a pas

détailler ces mécanismes de résolution des conflits. Les pouvoirs publics retouchent constamment les règles des processus alternatifs pour y inciter ou forcer leur mise en œuvre.

Pour certains, les contrats collectifs de procédure sont le meilleur moyen de stimuler le recours volontaire à la médiation et la conciliation<sup>1083</sup>. Les conventions affichent alors sans ambages l'ambition de les encourager<sup>1084</sup>. Elles promeuvent ces modes au détour d'une politique de juridiction et d'un aménagement des règles de procédure. Le verrou qui tente d'être levé grâce aux conventions collectives de procédure est celui d'un manque de connaissance des modes amiables, tant sur le plan culturel que procédural, vu les potentialités et la souplesse (l'imprécision) dont ils regorgent<sup>1085</sup>.

Les protocoles vont plus loin que les codes et lèvent alors des incertitudes juridiques sur le plan procédural (rôle des acteurs de la médiation, consentement des parties, opportunité et domaine du MARD, listes de tiers conciliateurs, confidentialité du processus, impartialité du tiers, homologation des accords, *etc.*). Ils donnent une chance de favoriser la culture de l'amiable au niveau local s'ils sont connus. Pourtant, bien qu'ils prévoient parfois des mécanismes procéduraux souvent originaux, leur utilisation est encore trop sous-exploitée. Ils ne vont pas suffisamment dans le détail et se contentent parfois de recopier les dispositions du code. En outre, des modes amiables sont souvent oubliés alors qu'une conjonction avec la procédure

---

été constaté, faute d'une demande forte des acteurs du procès judiciaire. Aujourd'hui, le recours aux MARD s'effectue essentiellement dans un cadre conventionnel et l'intervention du juge reste marginale (...). Il est ainsi nécessaire de définir des pistes d'action pour améliorer le recours aux MARD en s'appuyant sur les objectifs à atteindre ».

<sup>1083</sup> L. DARGENT, « Rapport Magendie sur la médiation », *DALLOZ Actualité*, 24 oct. 2008 : « l'objectif étant de comprendre les raisons du faible développement de la médiation judiciaire malgré les nombreuses initiatives en ce domaine (...). Il conviendrait pour l'essentiel, selon le groupe de travail, de : promouvoir l'élaboration de protocoles et de contrats d'objectifs au niveau des juridictions » ; « La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI<sup>e</sup> siècle », *op. cit.*, *spéc.* p. 164 : « Veut-on promouvoir les modes alternatifs de règlement des litiges ? Rien ne sert de toucher à la loi, recommandons plutôt de passer des accords entre barreaux et juridictions »

<sup>1084</sup> Les protocoles relatifs à la médiation civile passés à TOULOUSE le 30 juin 2010 pour le TGI, le 23 juin 2011 pour le tribunal de commerce et le 16 septembre 2011 pour la cour d'appel, expriment en préambule et à l'unisson que : « Pour favoriser le recours à la médiation civile dans la juridiction, les parties au présent protocole se sont engagées sur les points suivants (...) » ; N. FRICERO, « L'état du droit positif de la médiation judiciaire », *Les annonces de la SEINE*, 10 juin 2015, n° 21 : « En 20 ans, de nombreux juges se sont engagés avec dynamisme dans la médiation, en se formant pour en connaître les avantages, en instaurant dans leurs juridictions des circuits de médiation, en signant des protocoles avec les différents acteurs concernés (médiateurs, avocats, greffes) » ; D. GANANCIA, « Enjeux et perspective de la médiation au tribunal de grande instance de PARIS », *Gaz. Pal.*, 28 mai 2011, n° 148, p. 14 qui, à propos du protocole parisien, précise que la culture de la médiation a été très largement diffusée auprès des juges, des avocats et des parties.

<sup>1085</sup> Concernant la matière judiciaire, v. L. CASAUX-LABRUNEE, « La culture du règlement amiable des différends. De la culture du procès à celle de l'entente » et A. AUDRERIE, « L'accès au droit du règlement amiable des différends en France. Pour une offre de justice lisible » in « Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité », L. CASAUX-LABRUNEE, J-F. ROBERGE (dir.), N. BELLOUBET, (préf.), *Lextenso Éditions*, 2018, p. 39 et p. 81 ; concernant la médiation administrative (les freins sont similaires à la matière civile), le premier obstacle au développement est la connaissance et la maîtrise des processus amiables, J-M. LE GARS, « La juridiction administrative saisie par la médiation ? », *op. cit.* : « du côté des magistrats, on pu être cités : le manque de visibilité et de connaissance de ces dispositifs par les juges administratifs, d'où l'absence de proposition des magistrats à proposer eux-mêmes ces modes alternatifs de règlement des litiges », « Du côté des parties, on évoque : le même manque d'information et de connaissance de ces procédures par les parties. La plupart du temps, l'absence de recours à ces dispositifs est due, selon les juridictions, à l'absence de demande des parties ». Le deuxième obstacle est « le flou du cadre juridique », le troisième, « l'absence de mode d'emploi », « Ainsi dotés d'un cadre procédural plus précis, mieux préparés, les magistrats administratifs pourraient mieux s'investir dans cette fonction et faire émerger un réservoir de médiateurs/conciliateurs extérieurs aux juridictions ».



juridictionnelle est nécessaire. C'est le cas de la procédure participative de mise en état depuis le décret du 11 décembre 2019, surtout si les pouvoirs publics envisagent d'en faire le mode commun de la mise en état<sup>1086</sup>.

**257. Les protocoles de conciliation et médiation.** Certains contrats collectifs font la promotion de la conciliation au travers de l'office naturel du juge de concilier les parties en vertu de l'article 21 CPC, principe directeur du procès civil. Cet article laisse un voile mystérieux sur son contenu quant à la mission du juge et sur l'esprit de conciliation porté par le code de procédure civile<sup>1087</sup>. La conciliation par le juge a rarement fait l'objet d'une mise en œuvre par les juges eux-mêmes, préférant déléguer leur mission aux conciliateurs de justice depuis la création du statut en 1978<sup>1088</sup>. Avec la promotion étatique de l'amiable, cet office du juge est redécouvert<sup>1089</sup>. Des contrats collectifs encadrent ainsi la pratique des juges conciliateurs<sup>1090</sup>. Ces accords partent presque tous du même constat, le non-usage des dispositifs procéduraux de médiation et de conciliation en raison des freins généraux connus à leur sujet (étendue de l'office conciliatoire, impartialité, confidentialité, contradictoire, temps dérogé par le juge pour concilier, *etc.*) ou plus spécifiques au ressort<sup>1091</sup>.

---

<sup>1086</sup> D. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019 réformant la procédure civile, art. 12, s. dans une section intitulée « Le développement de la procédure participative » ; Livret 3 des chantiers sur la justice, « Amélioration et simplification de la procédure civile », *op. cit.*, p. 46, prévoyant une mise en état conventionnelle par principe et proposée par l'huissier lors de la signification de l'acte introductif d'instance.

<sup>1087</sup> E. PETIT, « La mission de conciliation du juge : réflexions sur l'office du juge », thèse, NANTES, 2006 ; V. GARCIA, « L'arbitre conciliateur - Améliorer la qualité de l'arbitrage par la conciliation » in « Pour un droit du règlement amiable des différends - Des défis à relever pour une justice de qualité », L. CASAUX-LABRUNEE, J-F. ROBERGE (dir.), N. BELLOUBET, (préf.), *Lextenso Éditions*, 2018, p. 303.

<sup>1088</sup> D. n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

<sup>1089</sup> L. MINIATO, « Rôle des parties et office du juge dans les modes amiables de règlement des différends » in « Pour un droit du règlement amiable des différends - Des défis à relever pour une justice de qualité », L. CASAUX-LABRUNEE, J-F. ROBERGE (dir.), N. BELLOUBET, (préf.), *Lextenso Éditions*, 2018, p. 121.

<sup>1090</sup> B. GORCHS-GELZER, « L'actualité législative de la conciliation dans les juridictions » in « Conciliation judiciaire et conciliation de justice à la cour d'appel de Paris », Colloque organisé par la cour d'appel de PARIS et l'ENM, mars 2016, *spéc.* p. 19, sur la pratique de la nouvelle « conciliation de justice » ; Convention de procédure sur la conciliation devant le tribunal de commerce de TOULOUSE signée le 15 janvier 2015 entre le tribunal et l'ordre des avocats de TOULOUSE : « le tribunal de commerce ne pouvant se satisfaire d'un tel résultat (échec de la médiation judiciaire), a décidé à compter du 22 janvier 2015 de développer un processus structuré permettant, avec la désignation en son sein de 5 juges délégués à la conciliation, d'aboutir à un nombre significatif d'accords amiables conclus entre les parties ».

<sup>1091</sup> Le protocole toulousain part d'un constat. Il remarque que le tribunal est en partenariat avec la Chambre de médiation de TOULOUSE, mais les dossiers dont l'orientation vers la médiation est proposée (1.500 par an) ne font pas tous l'objet d'une négociation en raison du défaut fréquent de l'accord des parties pour y procéder ainsi que son caractère onéreux. La convention de TOULOUSE a donc envisagé d'encadrer la résolution amiable des différends dans son ressort en créant une chambre de la conciliation composée de 5 juges consulaires formés à cette technique dans le but d' « aboutir à un nombre significatif d'accords amiables conclus entre les parties ». Le protocole prévoit un mécanisme de double convocation. À l'audience de placement du mardi, 10 à 15 % des nouveaux dossiers seront sélectionnés en considération des critères établis (« petits montants, problèmes de cautions, litiges entre associés, locations financières » ou tout litige ayant fait l'objet d'une demande conjointe quel que soit son montant). Et les justiciables se verront proposer une audience de conciliation sous 15 jours et en même temps une date d'audience sous huit semaines. Les juges tiendront l'audience de conciliation en habits civils, les parties pouvant être assistées ou non de leurs conseils. Les conciliateurs devront expliquer aux parties au moins leurs droits ainsi que la différence entre la conciliation et le procès. Si un accord est trouvé, il peut faire l'objet d'une homologation ultérieure, sinon l'instance se poursuit devant la chambre du contentieux dans laquelle les juges conciliateurs ne siègeront pas.

Pour d'autres contrats collectifs, le but est de faire en sorte que la médiation civile soit implantée durablement dans le ressort<sup>1092</sup>. Les protocoles récoltés promeuvent la médiation *lato sensu* par le truchement de la médiation judiciaire, seule médiation prévue dans le code de procédure civile jusqu'en 2012. Pourtant, nul doute que les acteurs signataires ont voulu favoriser plus globalement le règlement amiable dans leur ressort<sup>1093</sup>. Des protocoles pourraient être conclus pour promouvoir l'application des articles 127 et suivants et du livre V du code de procédure civile afin d'éviter qu'elles ne demeurent trop inusitées en pratique. Cela pourrait devenir une alternative à l'un des processus imposés avant la saisine du juge, sous peine d'irrecevabilité de la demande (CPC, art. 750-1 par ex.). La plupart des protocoles se concentrent pourtant sur le développement des articles 131-1 et suivants, relatifs à la médiation judiciaire dirigée par un juge faisant partie de la juridiction signataire du contrat collectif.

*In fine*, s'ils sont effectifs, ces contrats conduisent naturellement à dynamiser les modes extrajudiciaires dans le ressort par voie de conséquence. Ils sont souvent bâtis sur une architecture commune, parfois quasi identique, de la définition de la médiation à l'organisation du processus, en passant par la création préalable d'une unité de médiation. Leur fonction promotionnelle se manifeste déjà par la prise de la convention *per se* en ce que cela permet d'alerter les professionnels de la justice et les justiciables sur l'existence et les processus des modes alternatifs.

Certains protocoles comportent toutefois des spécificités locales uniques. Par exemple, la convention du TGI de METZ (art. 3 et 4) prévoyait que chaque assignation en référé devait être accompagnée d'une lettre d'information sur la médiation<sup>1094</sup>. D'autres tiennent compte de la matière litigieuse pour que la médiation « se développe et s'intègre systématiquement dans la procédure judiciaire<sup>1095</sup> ».

---

<sup>1092</sup> Protocole relatif à la médiation civile entre le TGI de PARIS et l'ordre des avocats au barreau de PARIS signé le 14 décembre 2009, *op. cit.* : « Pour parvenir à une implantation durable du recours à la médiation civile dans la juridiction, les parties au présent protocole se sont engagées sur les points suivants (...) ».

<sup>1093</sup> O. CACHARD, « Les modes amiables de règlement des litiges en ordre de bataille », *Revue Lamy droit civil*, n° 94, 1<sup>er</sup> juin 2012 : « La signature de protocoles, tel le protocole relatif à la médiation civile signé le 6 septembre 2011 entre le tribunal de grande instance de METZ et l'ordre des avocats, est de nature à favoriser le recours à la médiation » ; B. HOLLEAUX, « La médiation à la cour d'appel de Paris », *SSL*, n° 1706, 18 janv. 2016 : « Il est ici question d'un encadrement par l'adoption de règles et de principes de nature méthodologique sous la forme d'un protocole en matière de médiation civile. Le temps semble révolu des expérimentations isolées qui sont laissées au bon vouloir de quelques magistrats pionniers en ce domaine, sans vision d'ensemble, lesquelles sont fragiles puisque susceptibles d'être remises en cause au gré des mutations professionnelles des uns et des autres, réduisant à néant tout le travail accompli. Il importe désormais de passer à une réflexion collective, seule démarche susceptible de permettre la mise en place de structures pérennes ».

<sup>1094</sup> Protocole relatif à la médiation civile au TGI de METZ signé le 6 septembre 2011 entre le tribunal, l'ordre des avocats, le directeur de greffe et le procureur de la République, *op. cit.*

<sup>1095</sup> Intervention de B. GILET, magistrat en charge de l'unité de médiation civile à CRETEIL in « La médiation familiale », Actes du colloque, ARRAS, 26 mars 2010 ; Protocole relatif à la médiation familiale du tribunal de grande instance de CRETEIL du 23 mars 2009, *op. cit.*

Certains contrats collectifs ne traitent pas exclusivement de la médiation. Ils prévoient de favoriser la médiation en même temps qu'ils aménagent les règles de procédure pour rationaliser le traitement des dossiers<sup>1096</sup>. La convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de LYON du 21 décembre 2015 expose les dispositions relatives aux modes amiables sans vraiment expliquer en quoi ce développement est utile et nécessaire, contrairement au protocole de procédure générale toulousain où les parties « s'engagent à favoriser la médiation civile » et « le système de conciliation institutionnalisée »<sup>1097</sup>.

## B - La promotion des modes de prévention et de règlement des différends administratifs

**258. La promotion de la médiation administrative avant 2016.** L'oubli de la médiation dans le code de justice administrative commandait que de tels protocoles soient passés pour « promouvoir, de façon générale, les modes alternatifs de règlement des différends<sup>1098</sup> ». Jusqu'en 2016<sup>1099</sup>, le code ne prévoyait qu'un seul article relatif à la conciliation depuis 1986 et un article pour la médiation transfrontalière depuis 2011<sup>1100</sup>. Les contrats collectifs ont envisagé le développement d'une norme floue et imprécise, posant le principe d'une conciliation par le juge (CJA, art. L. 211-4) qui n'a pas pris vie<sup>1101</sup>, le décret devant développer la conciliation n'ayant jamais été pris. Les modes amiables ont donc été encouragés par voie de

---

<sup>1096</sup> Cela est salubre en ce que la médiation devient l'*alter ego* de la voie juridictionnelle dans un système de justice plurielle. Cela est toujours salubre en ce que les conventions passées par une même juridiction sont regroupées dans un seul *instrumentum*, ce qui facilite leur connaissance. Il se dégage cependant l'idée pernicieuse que les modes alternatifs sont promus à des fins exclusivement managériales pour satisfaire un souci de performance des juridictions et d'évacuation des dossiers choisis du rôle des affaires en cours ; Protocole de procédure civile signé entre le président du tribunal de grande instance de PARIS, le procureur de la République et l'ordre des avocats du barreau de PARIS le 11 juillet 2012, *op. cit.*, qui prévoit, à la fin, un bref article sur les MARD en exposant lapidairement leurs fondements textuels et ajoutant que les signataires « s'accordent pour encourager ces modes consensuels de règlement des litiges et de médiation judiciaire » ; les juridictions envisagent la promotion des modes amiables à des fins managériales, v. S. AMRANI-MEKKI, « La déjudiciarisation », *op. cit. spéc.* n° 13 ; S. GABORIAU, « Déjudiciarisation et administration de la justice. Promouvoir la "juridiversité" », *op. cit.*

<sup>1097</sup> Convention générale signée le 29 juin 2016 entre le président de la juridiction TOULOUSE, l'ordre des avocats et le greffe du tribunal, *op. cit.*, préambule : « Il a donc été convenu dans un souci d'efficacité de faire par le biais de cette convention générale une synthèse des quatre conventions qui ont été signées antérieurement auxquelles elle se substitue ». La convention rappelle dans le cadre des « principes généraux » que le juge doit aussi bien trancher le litige que rechercher la concorde entre les parties. Les mécanismes relatifs à la conciliation et à la médiation sont ensuite développés après celles relatives au litige juridictionnel. Par exemple il est prévu que le président de chambre se charge de décider, au vu de ses propres critères, quels dossiers seront orientés vers « un des juges de la chambre de conciliation », alors que cette charge revient à la formation de jugement lors de la première audience d'appel des causes (CPC, art. 860-2).

<sup>1098</sup> Convention relative à la mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des différends devant le tribunal administratif de LYON conclue le 21 janvier 2015, *op. cit.*, art. 8, qui envisage la « promotion des MARD ».

<sup>1099</sup> L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice, art. 5, ayant vocation à permettre la création d'un cadre procédural pour la médiation administrative ; D. n° 2017-566 du 18 avr. 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif.

<sup>1100</sup> O. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011, art. 2 ; CJA, art. L. 771-3.

<sup>1101</sup> Seul l'ancien article L. 211-4 du CJA prévoyait une fenêtre de conciliation ; J-M. LE GARS, « La juridiction administrative saisie par la médiation », *AJDA*, 2016, p. 2272 : « La loi du 6 janvier 1986 a confié aux tribunaux administratifs une "mission de conciliation". Cette disposition a été reprise à l'article L. 3 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (TA et CAA), puis sous l'article L. 211-4 du CJA. Certes, en 1993, le Conseil d'État s'est intéressé à la conciliation, sur un plan théorique, adoptant en assemblée générale un rapport intitulé "Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative". Cela n'a pas suffi pour lui donner vie ».

protocoles, à l'initiative des acteurs locaux y étant favorables<sup>1102</sup> : ils ont détaillé le régime de la conciliation et de la médiation en les calquant sur les dispositions de la procédure civile qui ont servi de modèle de référence<sup>1103</sup>. Les contrats collectifs de procédure envisagent de donner un contenu *réglementaire* supplémentaire aux dispositions de l'article L. 211-4 du CJA (art. 1)<sup>1104</sup>.

**259. La promotion de la médiation administrative après 2016<sup>1105</sup>.** La médiation administrative a remplacé la conciliation et la médiation transfrontalière administrative qui n'étaient quasiment pas utilisées<sup>1106</sup>. Elle dispose de son propre régime légal et réglementaire<sup>1107</sup>, depuis le décret de 2017 qui détaille la loi du 18 novembre 2016<sup>1108</sup>. Les contrats processuels conclus entre juridictions administratives et ordres des avocats ont pour ambition d'éviter que la médiation administrative ne subisse le même désintérêt porté aux

---

<sup>1102</sup> Le Conseil d'État a considéré qu'il n'était pas opportun d'offrir un cadre réglementaire plus technique à l'article L. 211-4 du CJA, J-M SAUVE, Ouverture du colloque, « La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative », organisé à la Maison du barreau de PARIS le 17 juin 2015, Conseil d'État, Ordre des avocats de PARIS ET GEMME-FRANCE (dir.) : « Cette convergence des acteurs peut aussi s'appuyer sur des instruments conventionnels complémentaires, comme à GRENOBLE où une charte éthique et une convention ont été conclues par le tribunal administratif, le département de L'ISERE, la commune et le Barreau de GRENOBLE pour organiser le règlement amiable des litiges en matière de fonction publique, de contrat administratif, d'urbanisme ou d'occupation du domaine public ».

<sup>1103</sup> Les conventions suivent souvent une trame commune assez logique. Elles précisent en général l'objet de la médiation/conciliation, son champ d'application, la procédure de désignation et de déroulement de la médiation avec les garanties nécessaires afférentes, l'issue de la négociation, la rémunération des médiateurs, le suivi de la convention ; J. SIRINELLI, « Le juge administratif et la nouvelle procédure de médiation. À propos du décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 », *JCP G.*, n° 19-20, 8 mai 2017, 520.

<sup>1104</sup> En 2015, la convention lyonnaise était innovante dans le but de garantir la promotion des MARD (art. 8). La convention de LYON affirmait que le processus de règlement amiable serait applicable à tous les contentieux, même ceux de la légalité et ceux concernant des prérogatives de puissances publiques, qui sont par nature moins susceptibles de faire l'objet d'une négociation. La mesure de conciliation devait être raisonnablement mise en œuvre. La conciliation se faisait à l'initiative du juge comme des parties. Elle ne pouvait excéder trois mois, ce délai étant reconductible une fois. Le coût de l'intervention du tiers était fixé par le juge et le cas échéant réparti entre les parties concernées par le litige. L'instruction de l'affaire était suspendue pendant ce délai (art. 2). Le processus était confidentiel et mené par un tiers impartial, diligent indépendant, présentant des garanties de probité et de compétence (art 4.2), qui pouvait être un civil qualifié, un avocat formé (20 h de formation minimum) ou un magistrat d'une formation juridictionnelle différente de celle auquel le litige était affecté. Si un accord était trouvé, les parties devaient se désister de leur action et le tribunal pouvait homologuer l'accord. Le cas inverse, l'affaire était jugée dans les meilleurs délais (art.5).

<sup>1105</sup> S. BOUSSARD, « Le déploiement des modes alternatifs au procès administratif. Le cas de la médiation administrative dans la loi de justice du XXI<sup>ème</sup> siècle » in « Les chimères de l'alternativité ? », Regards croisés sur les modes alternatifs de règlement des différends », S. AMRANI-MEKKI, G. DAVY, S. KERNIS, M. ROCCATI (dir.), *Mare & Martin*, 2018, p. 119, *spéc.* p. 134 : « au-delà de ces interrogations juridiques, le succès de la médiation administrative dépendra également de la diffusion d'une culture de la médiation auprès des acteurs comme le martèle le vice-président du Conseil d'État dans ses discours » et qui passe par « la signature d'une convention cadre nationale, signée le 13 décembre 2017 » qui prévoit la prise de conventions locales. La promotion de la médiation s'effectue sous l'office des juridictions administratives ; J. SAISON-DEMARS, « Contractualisation et règlement des litiges administratifs », *op. cit.* : « L'installation par le Conseil d'État du comité "justice administrative et médiation" (JAM) révèle sa volonté de garder le contrôle de l'externalisation du contentieux administratif. Des "référénts médiation" ont également été désignés dans chaque juridiction afin de favoriser le déploiement du dispositif, prolongé par la signature d'une convention-cadre entre le Conseil d'État et le Conseil national des barreaux déclinée ensuite au niveau local ».

<sup>1106</sup> S. HOURSON, « La justice administrative 2.1 », *Dr. admin.*, n° 1, janv. 2017, alerte 1 : « tout autant qu'est opérée la transition entre les deux régimes puisque les conciliations en cours se muent en médiations ».

<sup>1107</sup> D. n° 2017-566 du 18 avr. 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif ; X. DOMINO, « Innovations : la médiation et l'action collective en droit administratif », *op. cit.* ; N. CHIFFLOT, « La médiation devant le juge administratif enfin dans les starting-blocks ! », *Procédures*, n° 6, juin 2017, alerte 18 ; Y. GOUTAL, « Médiation, une réforme aux pieds d'argile », *AJ collectivités territoriales*, 2017, p. 427.

<sup>1108</sup> A. MINET-LELEU, « La médiation administrative », *Revue de droit public*, 1<sup>er</sup> sept. 2017, n° 5, p. 1191.

dispositions antérieures sur la conciliation qui sont restées lettres mortes. Le Conseil d'État a signé une convention-cadre avec le CNB qui propose la signature de conventions locales<sup>1109</sup>. Les contrats collectifs de chaque ressort permettent de diffuser la culture de la médiation sur l'ensemble du territoire, mais aussi, et surtout, de réunir les différents partenaires (juges, avocats, associations de médiateurs, médiateurs particuliers et représentants des collectivités publiques) pour adapter le processus de la médiation au niveau local<sup>1110</sup>.

Comme la convention locale type, les protocoles locaux vont plus loin que la loi et expriment leur objectif de cadrer le processus local de médiation<sup>1111</sup> : ils reprennent en grande partie la convention-cadre générale tout en l'adaptant en fonction de la vision procédurale des acteurs de la justice<sup>1112</sup> ; mais ces contrats locaux ne vont pas non plus assez loin<sup>1113</sup>, alors que leur but est justement de combler les lacunes de la loi.

## C - La promotion des modes de prévention et de règlement des différends pénaux

**260. Le processus de justice restaurative en matière pénale.** En procédure pénale, la justice restaurative, appelée aussi justice réparatrice, est une nouvelle forme de justice pour rétablir autrement la paix sociale que par la punition. Il s'agit pour l'auteur de l'infraction de travailler à sa réhabilitation dans la société et pour la victime, de réussir à faire fi des atteintes

---

<sup>1109</sup> Convention cadre nationale relative à la mise en œuvre de la médiation dans les litiges administratifs entre le Conseil d'État, et le Conseil national des barreaux signée le 13 décembre 2017. Elle comprend seulement trois articles. Son objectif est de promouvoir la médiation administrative de manière uniformisée sur l'ensemble du territoire national (art. 1). L'article 2 cible les méthodes de promotion qui seront mises en œuvre au niveau local grâce à la convention locale type fournie en annexe. Le communiqué de presse du Conseil d'État martèle cet objectif promotionnel de développement de la médiation administrative devenu « de droit commun » (bien que nouveau ?) de résolution des différends ; D. ARTUS, « L'an II de la médiation administrative », *op. cit.*, n° 5 : « Au-delà des petites collectivités locales, les premiers résultats positifs des médiations organisées et le contexte favorable des signatures des conventions avec les barreaux ont incité la juridiction à envisager une signature de convention avec les principales collectivités territoriales du ressort, à commencer par la ville et la communauté d'agglomération du siège du tribunal. Là encore, l'envoi effectif depuis plus d'un an de propositions de médiation et les premiers accords obtenus ainsi que la multiplication des interventions en faveur de la médiation ont favorisé une appréhension positive du processus par les collectivités ».

<sup>1110</sup> Convention relative à la mise en œuvre de la médiation dans le ressort du tribunal administratif de BESANÇON » du 31 oct. 2018 : « La cour administrative d'appel de NANCY et le tribunal administratif de BESANÇON s'engagent à diffuser la culture de la médiation en remplacement de l'action du juge ».

<sup>1111</sup> Convention relative à la mise en œuvre de la médiation dans le ressort du tribunal administratif de STRASBOURG signée le 5 avril 2019 entre la présidente de la CAA de NANCY, la présidente du TA de STRASBOURG, le président de la communauté d'agglomération de MULHOUSE, le maire et le bâtonnier du barreau de MULHOUSE, art. 1 : « La présente convention a pour objet de fixer un cadre de référence pour les parties qui s'engagent dans une médiation conventionnelle libre ou mettant en œuvre une clause contractuelle prévoyant une médiation. Elle vise également à décrire les modalités concrètes possibles de mise en œuvre d'une médiation conventionnelle organisée par le juge administratif à la demande des parties ou à son initiative. La présente convention constitue également un cadre de référence pour les médiations conduites, avec l'accord des parties, par les experts judiciaires désignés par le juge sur le fondement des articles R. 621-1 et suivants du code de justice administrative ».

<sup>1112</sup> À MARSEILLE, par exemple, la convention du 21 janvier 2019, *op. cit.*, ne prévoit pas que les centres de médiation s'engagent à développer la co-médiation (art. V), mais qu'en cas de transaction, l'homologation interviendra dans les meilleurs délais, notamment par l'utilisation de la procédure de clôture anticipée de l'instruction prévue aux articles R. 611-11-1 et R. 613-1 du CJA (art. VI). Elle prévoit encore l'absence de rémunération des médiateurs par les parties quand elle est obligatoire et préalable à la saisine du juge (art. VII).

<sup>1113</sup> Par ex., la procédure d'homologation des accords de fin de conflit n'est pas détaillée. Le rôle de l'expert conciliateur n'est pas non plus développé. Les contrats collectifs ne traitent pas non plus de la médiation dans le cadre de l'action de groupe.

subies tout en obtenant réparation de son préjudice. Grâce à elle, l'État espère aussi réduire le taux de récidive, dans l'intérêt général<sup>1114</sup>.

Issue du CANADA et du ROYAUME-UNI<sup>1115</sup>, la justice restaurative est à la fois mal connue et à la fois malléable, car c'est une forme de justice encore trop indéterminée. Cette forme de justice préalable, superposable ou postérieure à la justice étatique pénale ne se confond toutefois pas avec elle<sup>1116</sup>.

Plus concrètement, la justice restaurative se manifeste par le processus essentiel de rencontre entre victimes et infracteurs, grâce à une nouvelle forme de médiation pénale<sup>1117</sup> ou d'autres processus plus atypiques<sup>1118</sup>. Toutes ces mesures sont censées se dérouler sous le contrôle de l'autorité judiciaire qui veille au respect des garanties qui s'y attachent. En FRANCE, la justice restaurative a fait l'objet d'expérimentations locales fondées sur des initiatives de terrains des professionnels depuis au moins 2010 et plus sérieusement depuis l'année 2013<sup>1119</sup>. La loi

---

<sup>1114</sup> R. CARIO, « Les rencontres restauratives en matière pénale : de la théorie à l'expérimentation des RDV », *AJ pénal*, 2011, p. 294 : « Une définition universelle de la justice restaurative est délicate, principalement à cause du caractère statique d'une telle entreprise, au regard de la complexité humaine, toujours mouvante, qui inonde les conflits intersubjectifs (...). En ce sens, inscrites dans un processus dynamique, elles supposent la participation volontaire de tou(te)s celles et ceux qui s'estiment concerné(e)s par le conflit de nature criminelle, afin de négocier, ensemble, par une participation active, en la présence et sous le contrôle d'un "tiers justice" et avec l'accompagnement éventuel d'un "tiers psychologique et/ou social" les solutions les meilleures pour chacun, de nature à conduire, par la responsabilisation des acteurs, à la réparation de tous afin de restaurer, plus globalement, l'harmonie sociale » ; « Vers une expérimentation de la Justice restaurative en ÎLE-DE-FRANCE », communiqué de presse de l'Institut français pour la justice restaurative (IFJR), [justicerestaurative.org](http://justicerestaurative.org) : la justice restaurative « consiste en une ou plusieurs rencontres, au cours desquelles un dialogue va s'installer dans la perspective d'un apaisement des participants. Il pourra en résulter un accord, portant sur des engagements positifs de chacun, les plaçant tous sur le chemin de leur reconstruction, favorisant ainsi le rétablissement de la paix sociale. Ce faisant, la justice restaurative renforce les actions de prévention de la récidive, en complémentarité des réponses pénales actuelles ».

<sup>1115</sup> Pour une étude complète des origines et des fondements de la justice restaurative, v. R. CARIO, « Justice restaurative », *Rép. dr. pén et proc. pén.*, 2019, spéc. n° 1 à 46 ; pour une lecture plus rapide de ces informations ; G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.*, 2015, p. 97, spéc. n° 2 ; R. CARIO, « Justice restaurative, vers un nouveau modèle de justice pénale », *op. cit.*, et R. CARIO, P. MBANZOULOU, « Les rencontres détenus-victimes à la maison centrale de POISSY : un retour sur expérience », *ENAP*, n° 11, juill. 2011.

<sup>1116</sup> R. CARIO, « De la victime oubliée... à la victime sacralisée ? », *AJ pénal*, 2009, p. 491 et « Justice pénale et justice restaurative : entre complémentarité et autonomie assumées », *AJ pénal*, 2017, p. 252 ; J-H. ROBERT, « La honte réintégrative, moteur de la justice restaurative », *JCP G.*, n° 9, 2 mars 2015, doctr. 273, spéc. n° 8 : « Si l'on rapproche cet énoncé du nouvel article 130-1 du code pénal, on observe que les justices étatique et restaurative ont le même dessein, mais qu'elles se distinguent par la méthode. La première exerce une autorité verticale et la seconde, collaborative, place tous les protagonistes sur un pied d'égalité ».

<sup>1117</sup> Le processus suivi peut être celui d'une médiation pénale, qui n'est pas censée se confondre avec celle de l'alternative aux poursuites prévue à l'article 41-1 CPP ; circ. 15 mars 2017, *op. cit.*, annexe 1 : « la médiation restaurative peut être mise en place en phase pré-sentencielle et/ou en phase post-sentencielle, sous réserve de précautions particulières dans la première » ; certaines mesures pénales sont plus ou moins dotées d'une vertu restauratrice, v. « Signature de la convention en matière de justice restaurative », pour le département de la CORREZE, 30 sept. 2019, sur [www.cours-appel.justice.fr/limoges/signature-de-la-convention-en-matiere-de-justice-restaurative-0](http://www.cours-appel.justice.fr/limoges/signature-de-la-convention-en-matiere-de-justice-restaurative-0) ; S. SONMEZ, « Justice restaurative : le dialogue s'engage », 12 juin 2019, sur [lessor38.fr](http://lessor38.fr).

<sup>1118</sup> La réunion de groupes de discussion entre victimes et infracteurs ou de rencontres détenus-victimes lors de la phase d'exécution de la peine, mais également la mise en place d'un cercle restauratif ouvrant un espace de parole aux mis en causes et aux personnes ayant subis les faits quand ils ne sont pas poursuivables, voire une médiation augmentée (conférence restaurative) quand les proches de la victime participent à la médiation restaurative.

<sup>1119</sup> R. CARIO, « La justice restaurative : vers un inévitable consensus », *D.*, 2013, p. 1077 ; N. MAZEAUD, M. SCUCCIMARRA, G. SEGUIN-JOURDAN, « Lyon impulse et expérimente la justice restaurative : un partenariat inédit entre avocats et magistrats », *op. cit.* ; D. BAUER, P. MBANZOULOU, « La justice restaurative constitue un "horizon d'apaisement" », *LPA*, 24 juin 2019, n° 125, p. 4 ; Dir. 2012/29/UE du parlement européen et du conseil du 25 oct. 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, spéc. § 46 et art. 12 ; circ. du 15 mars 2017, *op. cit.* : « Un comité national de la justice restaurative, comprenant des représentants de chacune des directions du ministère de la Justice, sera chargé d'évaluer la pertinence des formations proposées et d'expertiser

n° 2014-896 du 15 août 2014<sup>1120</sup> a « balancé » un article 10-1 dans le code de procédure pénale dont l'énoncé aurait mérité une expérimentation officielle sur plusieurs années. Son contenu est vague et plus symbolique que prescripteur d'une norme de procédure<sup>1121</sup>. Il définit la justice restaurative, précise les stades de la procédure au cours desquels une phase de justice restaurative peut survenir et les garanties qui entourent le processus (l'accord des parties à l'objet de la mesure, l'intervention d'un tiers indépendant, le contrôle de l'autorité judiciaire, la confidentialité du processus). En revanche, rien n'est dit sur les mesures de justice restaurative pouvant être prescrites. Trop brumeuse, la justice restaurative n'est pas entrée dans les mœurs et elle n'est pas mise en œuvre. La circulaire détaille alors un peu plus le cadre juridique trop flou et méconnu, puis elle prévoit la prise de protocoles, au niveau local, en proposant une convention-cadre (annexe 2)<sup>1122</sup> malheureusement, elle aussi, trop peu détaillée<sup>1123</sup>.

Les protocoles sont alors vus comme le moyen d'initier le changement de paradigme au sein de la justice pénale étatique, punitive et verticale<sup>1124</sup>. Pour ce faire, ils développent ce que la loi ou un décret auraient dû prévoir, et dont l'absence empêche le développement local de la justice restaurative<sup>1125</sup>. En effet, l'article 10-1 CPP n'est pas applicable *in abstracto* sans adaptation processuelle spécifique dans chaque ressort. Le partenariat constitue la phase préparatoire du dispositif qui permet de déterminer quelles seront les mesures de justice restaurative mises en œuvre localement et le rôle des acteurs (juridiction, SPIP, association de médiation, *etc.*). C'est

---

les formations et les expérimentations en cours » ; B. SAYOUS, « Rapport en vue de l'expérimentation de mesures de justice restaurative en ÎLE-DE-FRANCE au sein de L'APCARS », 2014, [www.apcars.fr](http://www.apcars.fr).

<sup>1120</sup> M. GIACOPELLI, « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », *Aj pénal*, 2014, p. 448.

<sup>1121</sup> H.-J. ROBERT, « La honte réintégrative, moteur de la justice restaurative », *op. cit.*, spéc. n° 13 : « le texte de l'article 10-1 est si vague que les modalités procédurales de son application soulèvent d'immenses difficultés, relatives en particulier à sa combinaison avec la médiation, et à ses effets sur les actions publiques et civile. Si l'on cherche à associer cette nouvelle justice avec les institutions existantes, ces problèmes sont considérables » ; G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *op. cit.* : « Présentée comme une sorte de voie procédurale parallèle, la mesure de justice restaurative recèle ainsi bien des mystères, qui interrogent les théoriciens et ne manqueront pas de troubler les praticiens du droit » ; D. DASSA-LE DEIST, « La consécration d'une justice restaurative : une mesure nouvelle, mais pour restaurer quoi ? », *Gaz. Pal.*, 21 oct. 2014, p. 5.

<sup>1122</sup> C. FLEURIOT, « Justice restaurative : "il fallait informer et rassurer les magistrats" », *DALLOZ actualité*, 21 mars 2017 : « Les acteurs souhaitaient conclure des conventions de partenariat avec la justice, mais les chefs de juridiction ou de cour tardaient à les signer dans l'attente de cette circulaire » ; T. COUSTET, « Un dispositif encore trop peu utilisé », *DALLOZ Actualité*, 12 juin 2019 : « Si le dispositif existe, il est à la peine sur le terrain (...), le dispositif nécessite de mobiliser beaucoup d'acteurs ».

<sup>1123</sup> Art. 1 relatif au rappel du cadre légal, art. 2 relatif à l'objet de la convention (mesures de justice restaurative et déroulement), art. 3 relatif aux engagements des parties et leurs rôles respectifs, art. 4 relatif au financement et art. 5 relatif à l'évaluation du dispositif.

<sup>1124</sup> D. BAUER, P. MBANZOULOU, « La justice restaurative constitue un "horizon d'apaisement" », *op. cit.* : « La pratique est encore peu répandue en FRANCE » ; W. ROUMIER, « Instauration d'un code de la justice pénale des mineurs », *Dr. pén.*, n° 10, oct. 2019, alerte 49.

<sup>1125</sup> Circ. précitée, art. 5. 1 : les nécessités du terrain judiciaire doivent conditionner la création d'un partenariat local réfléchi entre les acteurs judiciaires, administratifs et associatifs, qui doit définir « la méthodologie employée, les étapes du projet, son financement, le fonctionnement du dispositif et le rôle de chacun des acteurs ».

là tout l'essentiel, mais c'est largement insuffisant, d'autant plus que l'ordonnance 2019-950 fait du recours à la justice restaurative « un principe général de la justice pénale des mineurs<sup>1126</sup> ». En 2019, les conventions se sont bien développées et certaines ont même été prises<sup>1127</sup> pour des infractions particulières comme celles au code de la route<sup>1128</sup>, mais leur contenu est encore insuffisant<sup>1129</sup>.

### III - La fonction circulaire

**261. Présentation de la fonction circulaire.** Cette fonction est dite circulaire, car elle vise à donner un éclairage sur le droit procédural impératif étatique mis en œuvre tous les jours. Les protocoles permettent alors de connaître le droit sans ouvrir les codes<sup>1130</sup>. Il ne s'agit plus de promouvoir des mécanismes optionnels. Bien au-delà de l'effectivité, il s'agit d'assurer l'efficacité des règles procédurales étatiques et des conduites qu'elles imposent aux protagonistes du procès. Ces contrats collectifs assurent une fonction de reconstruction des mécanismes procéduraux obligatoires pour les acteurs du procès. La fonction circulaire donne une nouvelle lecture des textes de procédure dont l'application s'avère souvent complexe à cause d'une loi floue ou trop technique, ou parce qu'il s'agit de réguler un contentieux de masse. Cette fonction se justifie en raison du déclin de la loi<sup>1131</sup>, devenue complexe, obscure, mal appliquée et qui peine à remplir l'objectif qui lui est assigné<sup>1132</sup>. La norme de procédure est

---

<sup>1126</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-950 du 11 sept. 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs.

<sup>1127</sup> T. COUSTET, « Justice restaurative : un dispositif encore trop peu utilisé », *op. cit.* ; A. ABDELBOST, « Une convention de justice restaurative signée à AMIENS pour ouvrir le dialogue entre victimes et auteurs », avr. 2019, france3-regions.francetvinfo.fr : « Concrètement, des rencontres condamnés-victimes (un groupe pour les majeurs et un groupe pour les mineurs) et des médiations restauratives seront mises en place dès 2019 ».

<sup>1128</sup> M. BARBOT, « MANCHE. Plus d'accompagnement après les accidents de la route », 10 juill. 2019, ouest-france.fr : « une convention de justice restaurative a été signée mardi 9 juillet 2019 à COUSTANCES. Elle prévoit un accompagnement des victimes et auteurs d'accidents de la route dans la MANCHE ».

<sup>1129</sup> Quels sont les rôles de chaque acteur judiciaire, procureur, juge d'instruction, juge du fond, juge de l'application des peines ? Comment la justice restaurative se combine-t-elle avec la phase d'enquête ou d'information, avec la procédure juridictionnelle ou d'aménagement des peines ? Quels dossiers méritent une tentative de justice restaurative ? Comment l'autorité judiciaire exerce-t-elle son devoir de contrôle ? Comment peut-elle le déléguer à l'administration pénitentiaire ? Comment assurer le consentement des parties à la mesure de justice restaurative, quelles informations exactes doivent être délivrées et à quel moment, et par qui ? Quel est l'intérêt supérieur qui justifie la rupture de la confidentialité du mécanisme ? Pourquoi exiger la reconnaissance des faits pour mettre en œuvre une justice restaurative avec un mineur ? De quelle manière recueillir cette reconnaissance, quel est le degré de maturité et la capacité de discernement du mineur justifiant la mise en œuvre (ord. n° 2019-950 du 11 sept. 2019, art. L.13-4).

<sup>1130</sup> C. BLERY, « Les protocoles de procédure » in « La qualité de la norme », *op. cit.*, p. 177, *spéc.* p. 178 : « "tout le monde semble avoir renoncé à lire le code et veut de la simplicité" ».

<sup>1131</sup> P. MALAURIE, « Le déclin du droit », *JCP G.*, n° 52, 27 déc. 2010, 1292 ; B. MATHIEU, « La loi », 3<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2010, p. 71 à 130.

<sup>1132</sup> C. THIBERGE, « Le droit souple », *op. cit.* : « En soulignant la complexité du droit et ses paradoxes intrinsèques, les premières mises en lumière du "Flexible droit" et du "Flou du droit" ont préparé les juristes à un changement désormais rendu encore plus nécessaire par la mutation des rapports économiques et sociaux, dans tous les ordres, international, communautaire et interne », citant CARBONNIER et DELMAS-MARTY.



devenue technique et n'est plus faite pour des « gens de médiocre entendement<sup>1133</sup> », mais pour les juristes avisés qui ont aussi du mal à s'y retrouver. L'objectif du législateur est d'ailleurs de « simplifier »<sup>1134</sup>.

Les contrats collectifs sont donc dits circulaires en ce qu'ils ont vocation à donner une interprétation locale des dispositions étatiques qui ne peuvent être esquivées, tout en y ajoutant des normes nouvelles propres au ressort. D'une part, il s'agit de clarifier les règles de procédure en réalisant une sorte de *vade-mecum*, une façon de procéder pour un contentieux en particulier. L'ambition est clairement de rendre la norme efficace. L'objectif est le suivant : nul n'est censé ignorer la procédure<sup>1135</sup>. Sans les contrats collectifs de procédure, la loi se retrouverait plus difficile à mettre en œuvre entraînant un manque de qualité dans le processus de résolution du conflit. Il s'agit donc d'articuler les textes de procédures entre eux (A). D'autre part, les contrats collectifs ont pour fonction de définir les rôles processuels des multiples acteurs intervenant dans une procédure en particulier. En effet, ils ont pour objet de construire une architecture procédurale collaborative parce que la loi ne l'a pas fait. Il s'agit donc de bâtir, au-delà d'une simple coopération, une vraie structure collaborative entre plusieurs organes de procédure qui peuvent/doivent intervenir parallèlement, concomitamment, de manière unie, ou successivement dans des phases juridictionnelles, judiciaires et administratives croisées. Le partenariat n'est plus le moyen de réaliser la fonction attachée au protocole pour parvenir à un but particulier, mais il devient l'objet normatif de l'accord. La création d'un partenariat conditionne la mise en œuvre effective de la procédure et son efficacité (B).

## A - Les contrats collectifs sur l'articulation des procédures

**262. Les contrats relatifs aux divorces et partages.** Ces contrats portent sur les procédures de divorce et les partages amiables et judiciaires<sup>1136</sup>. Ils ont pour objectif clairement affiché de faciliter la mise en œuvre effective des dispositions éparses applicables aux procédures

<sup>1133</sup> MONTESQUIEU, « De l'esprit des lois », 1748.

<sup>1134</sup> C. BLERY, « Amélioration et simplification de la procédure civile : du bon et du moins bon », *DALLOZ Actualité*, 7 févr. 2018 : « Les rédacteurs partent du constat que la procédure civile a fait l'objet de nombreux rapports et de tout aussi nombreuses réformes, qu'elle a besoin de stabilité et que, pourtant, elle doit être simplifiée, modernisée, allégée ».

<sup>1135</sup> Par ex. « Charte de PARIS "Procédure de divorce et règlement des régimes matrimoniaux" », *op. cit.*, art. 22.

<sup>1136</sup> Charte de PARIS sur la procédure de divorce et règlement des régimes matrimoniaux signée le 6 juillet 2012, *op. cit.* ; Convention relative au règlement des partages amiables et judiciaires entre le tribunal de grande instance de BOBIGNY, la Chambre des notaires de PARIS, SEINE-SAINT-DENIS et VAL-DE-MARNE et l'ordre des avocats au Barreau de SEINE-SAINT-DENIS conclue le 8 décembre 2011 ; Charte relative à la liquidation des successions, entre le tribunal de grande instance de MONTPELLIER, l'ordre des avocats du barreau et la chambre des notaires de L'HERAULT signée le 9 octobre 2015 qui prévoit en annexe des actes de procédure types et un schéma des procédures de partage amiable et judiciaire.

familiales (entre code civil et code de procédure civile<sup>1137</sup>) tout en les explicitant, surtout quand elles sont imprécises<sup>1138</sup>. La fonction circulaire facilite la mise en œuvre du droit applicable en la matière<sup>1139</sup>. Les contrats améliorent l'accès au droit imposé sous la forme d'un *vade-mecum* de procédure constitué de pratiques techniques. Ils sont un outil au service des avocats et du justiciable pour que chaque professionnel du droit sache comment le tribunal « applique des textes dont on sait qu'ils ne sont pas forcément très clairs ou très complets<sup>1140</sup> ».

En vue de faciliter la liquidation du régime matrimonial et le partage amiable et judiciaire des biens, les signataires des contrats collectifs ont réalisé une synthèse des normes processuelles applicables prévues dans le code civil et le code de procédure civile. La charte de PARIS débute par la définition des termes techniques utilisés (« date de jouissance divise », « liquidation », « partage », « reprise », notamment). Le déroulement de la procédure y est ensuite décrit conformément aux règles des codes civil et de procédure civile dont les dispositions sont utilement regroupées. Au-delà de cette volonté didactique de rassembler la marche à suivre procédurale sous un *instrumentum* unique et pour éviter de se perdre dans le jeu des renvois entre codes, les contrats ajoutent des aménagements de procédure. Il s'agit souvent de prévoir les différents schémas de procédure, ou plus globalement, de prendre des mesures pour

---

<sup>1137</sup> J. CASEY, « L'article 267 du Code civil : d'une symphonie inachevée à une symphonie fantastique ? », *op. cit.* : « C'est dire combien l'article 267 du code civil fait aujourd'hui figure de "carrefour des droits et des procédures" : le divorce y rencontre la liquidation en même temps que la procédure de divorce y trouve son achèvement, avant peut-être de renvoyer les époux vers d'autres procédures, du moins s'ils ne parviennent pas à régler d'un coup d'un seul l'ensemble de leurs questions patrimoniales au jour du prononcé du divorce ».

<sup>1138</sup> Charte du VAL-DE-MARNE - procédure de divorce et règlement des régimes matrimoniaux entre le président du tribunal de grande instance de CRETEIL, l'ordre des avocats du VAL-DE-MARNE et la présidente de la chambre interdépartementale des notaires de PARIS, signée le 25 juin 2014, qui conjugue parfaitement les dispositions entre les codes de fond et de forme, par ex., en matière de procédure de tirage au sort, elle dispose que « Le "représentant" de la partie défaillante évoquée à l'article 1362 du code de procédure civile est appelé "personne qualifiée" par l'article 841-1 du code civil ». Elle ajoute (art. 22 al. 1) qu'à peine d'irrecevabilité, la demande introductive d'instance doit faire figurer un descriptif sommaire du patrimoine des époux et les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou l'indivision et le cas échéant quant à la répartition des biens en vertu de l'article 267 du code civil, tout en soulignant que la simple référence à une expertise en cours sur le fondement de l'article 255 9° ou 10° du même code n'y satisfait pas, car il ne s'agit pas d'une prétention au sens de l'article 4 du code de procédure civile.

<sup>1139</sup> S. GAUDEMET, « Le notariat à l'heure des chartes de bonnes pratiques » *Defrénois*, n° 23, 15 déc. 2012 : « ces travaux de réflexion sont l'expression salutaire de la collaboration des acteurs de la vie du droit dans la mise en œuvre de celui-ci et la prévention des différends ».

<sup>1140</sup> E. MULON, J. CASEY, « La charte de PARIS est applicable ! », *op. cit.* : la convention de PARIS résulte d'« une manifestation éclatante de l'insuffisance des textes, qui oblige les praticiens à se doter de chartes locales », « certes, d'aucuns regretteront peut-être ce de retour au droit coutumier » (...). Nous préférons y voir la marque de l'implication de tous les acteurs quotidiens de la matière qui donnent au bout du compte une belle leçon d'unité » ; J. HAUSER, « Liquidation-partage après divorce : controverses et précisions » *RTD civ.*, 2013, p. 96 : « on peut avoir l'impression d'une certaine cacophonie entre les efforts des praticiens (...), les réformes brouillonnes et non coordonnées du législateur et la Cour de cassation qui fait ce qu'elle peut, mais, quelles que soient les susceptibilités corporatistes de chacun, la machine à régler un problème séculaire est en marche. Souhaitons-lui bonne route » ; J. CASEY, « L'article 267 du code civil : d'une symphonie inachevée à une symphonie fantastique », *op. cit.* : « La dernière réforme du divorce date de 2004, adoptée voici exactement sept ans, et les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales sont entrées en vigueur le 1er janvier 2010. L'application concurrente de ces deux lois n'est pas d'une évidence folle, et nous en voulons pour preuve la multiplication des "chartes" conclues entre les juridictions, le barreau et le notariat, tant les professionnels du secteur ont dû mal à faire fonctionner les deux séries de textes » (évoquant la première charte passée en GIRONDE puis à ÉVRY), « Ces deux aspects de procédure civile montrent, *a minima*, que les textes actuels n'ont pas été pensés de façon détaillée et pragmatique » ;

concrétiser la philosophie des textes étatiques<sup>1141</sup>. En matière de divorce judiciaire, par exemple, les contrats exposent qu'il est nécessaire d'anticiper l'état liquidatif du régime matrimonial au plus tôt. En conséquence, ils établissent un cadre d'usage et des bonnes pratiques techniques autour du rôle du tiers désigné à l'article 255 9° et 10° du code civil<sup>1142</sup> : la nomination du tiers<sup>1143</sup> (notaire), l'exécution de sa mission<sup>1144</sup> et les modalités de rédaction et de dépôt du rapport (dépôt d'un pré-rapport appelé aussi projet d'acte à BOBIGNY afin de permettre aux parties de l'accepter ou de le contester, avant la remise d'un rapport final), ainsi que le coût de son intervention ; ensuite, ces contrats évoquent le contenu de l'article 267 du code civil dans son versant processuel, puis exposent les règles concernant le partage amiable ou judiciaire simple et complexe, après le prononcé du divorce.

Certaines conventions ont évolué après l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015<sup>1145</sup>, portant simplification et modernisation du droit de la famille et son décret n° 2016-185 du 23 février 2016, en ce qu'ils ont retouché l'article 267 du code civil<sup>1146</sup>, et à la suite de la loi de modernisation de la justice du 18 novembre 2016 pour le divorce par consentement mutuel sans

---

<sup>1141</sup> La charte de PARIS souligne que « Le vœu du législateur ayant été de favoriser autant que possible une liquidation du régime matrimonial et un partage des biens communs ou indivis au moment du prononcé du divorce, les magistrats, avocats et notaires doivent unir leurs efforts pour en faciliter la réalisation ».

<sup>1142</sup> H. LETTELLIER, « L'expertise et le droit de la famille : des clarifications utiles », *Gaz. Pal.*, 17 nov. 2012, n° 322, p. 21 : « La Charte nouvellement signée entre le barreau de PARIS et le tribunal de grande instance de PARIS en matière de divorce et de régimes matrimoniaux nous invite à nous pencher sur l'expertise en droit de la famille et particulièrement en matière de divorce, qui tient une place importante » ; J. CASEY, « L'article 267 du code civil : d'une symphonie inachevée à une symphonie fantastique », *op. cit.* : « Et c'est bien là tout le problème : l'intervention du notaire sur le fondement de l'article 255, 10° est suffisamment spécifique pour qu'il soit nécessaire de lui consacrer des dispositions propres, au lieu de renvoyer aux règles gouvernant l'expertise. Pourtant, il n'en est rien, et le notaire est chargé d'une mission sans que le cadre de celle-ci soit réellement précisé. Voilà qui explique l'extraordinaire diversité des pratiques rencontrées dans les dossiers, variété qui a paru assez gênante pour que des "Chartes" soient rédigées afin de mettre un peu d'ordre dans ce bazar naissant... ».

<sup>1143</sup> Pour la convention de BOBIGNY, accord des parties pour désigner le tiers, à défaut, désignation par le juge sur une liste de notaires « particulièrement disposés à recevoir des missions judiciaires » ou une liste établie par la chambre interdépartementale de PARIS ou tout autre notaire qu'il lui plaira, avec possibilité de nommer un notaire délégué.

<sup>1144</sup> La convention de BOBIGNY fait principalement état de la procédure dans un cadre général (respect du contradictoire, délai, et premier contact avec les parties pour fixation d'un calendrier de procédure) puis précise le cadre substantiel pour expliquer en quoi consiste « l'inventaire estimatif », recueillir des informations orales et écrites, constater la fin de la mission du tiers en cas de conciliation. L'expert peut donner un avis sur le régime matrimonial applicable en cas de doute et envisager plusieurs états liquidatifs ; la mission décrite par la convention de PARIS précise que le notaire doit avant tout éclairer le juge sur l'état liquidatif, informer les parties sur leurs droits concernant la liquidation du régime matrimonial, leur faire part d'une note explicative, déterminer unilatéralement le délai de l'expertise et informer le magistrat. La convention reprend la substance des règles de l'expertise du CPC, prévoit une procédure particulière en cas d'investigations spécifiques du fichier FICOPA et propose une application cumulative de 255 9° et 10° du code civil.

<sup>1145</sup> T. DOUVILLE, « Les pouvoirs du juge du divorce en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux après l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *Gaz. Pal.*, 19 nov. 2015, n° 323, p. 4.

<sup>1146</sup> J. COMBRET, N. BAILLON-WIRTZ, « Réforme du droit de la famille, nouvelles procédures avec le décret du 23 février 2016 », *JCP N.*, n° 11, 18 mars 2016, 1098, qui, souhaitant la concertation rapide des acteurs de la justice, précisent : « Les chartes de bonnes pratiques signées par ces professionnels sont nombreuses et elles pourraient opportunément être mises à jour. Néanmoins, il conviendrait, pour éviter des pratiques divergentes ou la mise en œuvre de clauses qui sont parfois contraires aux règles légales, qu'une charte-cadre soit mise en place au niveau national, sous l'autorité des représentants de la Chancellerie et des professionnels concernés. Un travail dans ce sens avait été engagé à partir de 2012 puis interrompu au regard des incertitudes législatives et jurisprudentielles. Sa concrétisation est aujourd'hui urgente » ; E. MULON, « Précisions apportées aux pouvoirs du juge du divorce en matière de liquidation : les nouveaux articles 1108 et 1116 du code de procédure civile », *Gaz. Pal.*, 19 avr. 2016, n° 15, p. 44 : « Pour autant, il semble nécessaire d'établir parallèlement des chartes entre avocats-magistrats-notaires afin que ces nouvelles dispositions puissent trouver en pratique une application utile dans le respect des obligations et possibilités de chacun et au regard de l'intérêt du justiciable. À ce prix, le nouvel article 267 du code civil, qui constitue un progrès indéniable pour les époux, trouvera toute sa place dans les procédures de divorce ».

juge<sup>1147</sup>. Le tribunal de grande instance de PARIS s'est doté d'une nouvelle charte en juin 2019 qui peut s'intégrer/remplacer en partie celle prise en 2012<sup>1148</sup>. Elle concerne le rôle des notaires désignés dans le cas des opérations de divorce et de partage<sup>1149</sup>.

**263. Les conventions relatives à l'audition des enfants devant un juge aux affaires familiales**<sup>1150</sup>. L'objectif est encore de clarifier le droit applicable. La fonction décrite dans le protocole de CAYENNE est la suivante : améliorer et clarifier les modalités relatives à l'audition de l'enfant au sens des dispositions de l'article 388-1 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-293 du 05 mars 2007, des articles 338-1 à 338-9 CPC et du décret du 20 mai 2009, afin d'assurer l'effectivité du droit de l'enfant à être entendu. Ce texte fait, comme les chartes de divorce et de partage, la synthèse symbiotique entre les dispositions processuelles du code de procédure civile et du code civil relatives à l'audition de l'enfant dans les cas où celui-ci aurait intérêt à être entendu par un juge<sup>1151</sup>.

---

<sup>1147</sup> Pour le divorce par consentement mutuel sans juge, des accords entre avocats et notaires ont pris le relais, C. DELLANGNOL, « Divorce sans juge : avocats et notaires amenés à collaborer », *Gaz. Pal.*, 9 oct. 2018, n° 34, p. 10 : « À BORDEAUX, pour aplanir les tensions, les ordres ont co-rédigé en mai dernier une charte commune, destinée à guider les pratiques ».

<sup>1148</sup> Charte sur la bonne exécution des missions judiciaires confiées aux notaires et signée le 18 juin 2019 entre le président de la chambre interdépartementale des notaires de PARIS, le président du TGI de PARIS, le procureur de la République financier, le procureur de la République et la directrice de greffe, conclue dans le but « de faciliter et d'accélérer les missions ordonnées dans les procédures de divorce ou de partage des indivisions conventionnelles, des régimes matrimoniaux et des successions » et, outre les missions du tiers, il y est par exemple prévu un modèle de dispositif de décision de justice aux fins de désignation de l'expert notaire sur le fondement des articles 255 9° et 10° du code civil.

<sup>1149</sup> « Signature d'une charte entre le TGI de PARIS et la chambre des notaires de Paris », *Defrénois*, 4 juill. 2019 n° 27, p. 17 : « Son objet est de préciser les engagements tant des notaires désignés que des magistrats aux fins d'une exécution des missions ordonnées dans les délais requis et le respect des règles procédurales propres à chaque matière, et de parvenir au dépôt d'un rapport ou d'un état liquidatif utile aux parties et aux magistrats ».

<sup>1150</sup> Convention pour l'audition d'enfants devant le juge aux affaires familiales devant le TGI de CAYENNE signée le 29 septembre 2017, *op. cit.* ; Convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition de l'enfant entre le tribunal de grande instance PARIS et l'ordre des avocats du barreau de PARIS et en présence de la directrice de greffe le 1<sup>er</sup> mars 2010.

<sup>1151</sup> La convention rappelle d'abord quel acteur judiciaire doit informer le mineur de son droit d'être entendu et comment justifier l'exercice de cette obligation. Ensuite une liste non exhaustive est fournie pour détailler les « procédures le concernant » au sens des articles 338-1 CPC et 388-1 du code civil. Puis, la convention expose la manière dont survient la demande d'audition de l'enfant en précisant qu'il faut qu'une procédure soit engagée, sauf en matière de tutelle des mineurs. Il est décidé dans ce protocole que lorsque le mineur souhaitera être entendu et une fois son avocat désigné, un délai de 15 jours sera observé, sauf urgence, avant de procéder à son audition ailleurs qu'au tribunal. Il est encore ajouté que l'enfant ne peut pas être entendu le jour de l'audience. Sont enfin détaillés le rôle de l'avocat, puis le déroulement concret de l'audition de l'enfant. Il y est indiqué que les avocats des parties ne doivent pas avoir de contact avec lui. Il est précisé le cadre de l'audition de l'enfant et notamment les dispositions de l'article 338-12 du code civil qui impose que le compte rendu de l'audition de l'enfant soit soumis au contradictoire. Par exemple, le protocole de CAYENNE explique que si une audition est demandée le jour de l'audience, elle fait l'objet d'un report ou d'une réouverture des débats (art. II). Les modalités de la consultation sont alors précisées (art. IV). Cela permet d'éviter la cassation pour défaut de contradictoire qui serait flagrant, v. là-dessus, A. BOLZE, « Respect du principe du contradictoire par le juge civil », *DALLOZ Actualité*, 15 oct 2019, à propos de Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 sept. 2019 n° 18-15633 pour une audition intervenue après la clôture de l'audience, le juge s'étant fondé sur le compte rendu nécessairement lui aussi postérieur pour rendre sa décision.

## B - Les contrats collectifs portant sur la coopération des acteurs des procédures

L'objectif est de prévoir les modalités concrètes de l'application des règles de procédure qui ne sont pas forcément claires, car elles peuvent être difficilement applicables concomitamment ou parce que les acteurs qui interviennent dans des procédures différentes doivent collaborer pour qu'une procédure soit effective et mise en œuvre de manière qualitative.

**264. Les protocoles en matière d'infractions environnementales.** Ce sont les plus connus et les plus courants. Les premiers protocoles passés pour articuler les réponses procédurales administratives et pénales pour les infractions environnementales ont envisagé les modalités concrètes pour la combinaison des règles de chaque procédure. Une circulaire prévoit maintenant leur existence<sup>1152</sup>. Ces conventions permettent l'articulation complexe des réponses pénale et administrative, pour leur effectivité et leur efficacité<sup>1153</sup>. Il s'agit d'assurer la collaboration entre la réponse pénale et administrative en raison de « la diversité des administrations<sup>1154</sup> qui disposent de prérogatives de police judiciaire dans le domaine de l'environnement, la cohérence, l'efficacité et la visibilité de l'action publique menée en cette matière requièrent de la part des parquets la poursuite et le développement de la politique partenariale engagée avec ces services. (...) l'objectif est d'améliorer l'articulation entre les réponses administratives et pénales tout en fluidifiant le traitement des procédures [il] doit être poursuivi dans un souci de coordination et de respect des prérogatives de chacun<sup>1155</sup> ». La

---

<sup>1152</sup> Circ. du 21 avr. 2015 relative aux orientations de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement. Elle fournit un modèle de protocole dont l'art. 3 prévoit les objectifs : « Le présent protocole a pour objectif : de déterminer les principales modalités d'exercice opérationnel des missions de police judiciaire spécialisée, d'organiser le traitement des infractions environnementales, d'articuler les réponses pénale et administrative ».

<sup>1153</sup> *Ibid.*, « résumé 2 » : « En 2009 et 2010, la Cour des comptes et le Conseil d'État ont tour à tour dénoncé le manque de coordination entre les parquets et les administrations déconcentrées et le déficit persistant de répression des infractions, tant par le manque de verbalisation par les services de contrôle que par la faiblesse des suites judiciaires apportées (...). Ce contexte doit à l'évidence conduire l'autorité judiciaire à davantage de coordination avec l'administration et de vigilance dans la répression des atteintes à l'environnement ».

<sup>1154</sup> Les agents ou inspecteurs de l'environnement de l'office national de la chasse et de la faune sauvage (ONCFS), de l'office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA), de la direction départementale des territoires, placés sous l'autorité du préfet, qui tous effectuent des contrôles administratifs au cours desquels des infractions peuvent être révélées (comme l'abandon de déchets polluants). Les agents et les services auxquels ils appartiennent peuvent prononcer des sanctions administratives en application des règles du code de l'environnement, indépendamment des sanctions pénales (C. env., art. L. 170-1 et L. 171-56). Si les inspecteurs de l'environnement peuvent constater certaines infractions (art. L. 172-1), ils sont parfois les interlocuteurs du parquet et des services de police judiciaire pour d'autres infractions ou d'autres procédures. Ils doivent, en outre, apporter leur appui technique au parquet dans le cadre des procédures judiciaires et parfois dans le cadre des alternatives aux poursuites (L. 172-2). En tous cas, ils sont tenus dans certains cas de contacter le parquet ou un juge du siège pour prendre des mesures (L. 172-5, s.). Les services de police sont aussi compétents pour constater certaines infractions (L. 172-4). Les renvois au code de procédure pénale sont fréquents dans le chapitre du code de l'environnement intitulé « opérations de recherche et de constatations des infractions » (art. L. 172-4 à L. 172-17).

<sup>1155</sup> Les contrats collectifs permettent de rappeler : les objectifs communs ; les attributions de chacun ; les modes de recherche et de constatation des infractions vu les prérogatives prévues par les dispositions de procédure éclatées (code de l'environnement, code rural, code forestier, code pénal) et celles du code de procédure pénale ; la distinction entre les opérations de contrôle administratif et judiciaire ; la façon de gérer les enquêtes et le rôle du parquet ou du JLD ; les différentes réponses pénales possibles compte tenu des orientations de politique pénale définies par le procureur de la République. Ils permettent

nouvelle circulaire visant à consolider le rôle de la justice en matière environnementale poursuit en ce sens et prône de plus en plus la synergie entre les nombreux acteurs concernés<sup>1156</sup>, alors que les mécanismes processuels se développent, comme la CJIP en matière environnementale (CPP, art. 41-1-3)<sup>1157</sup>. De plus en plus, les parquets concluent des protocoles avec des associations chargées de la défense de l'environnement qui sont chargées de convoquer les « petits » infracteurs à des stages de citoyenneté et de sensibilisation<sup>1158</sup>.

#### IV - La fonction d'optimisation du droit procédural étatique

**265. Présentation de la fonction d'optimisation processuelle.** Cette dernière fonction est la plus usitée et paradoxalement la plus controversée, car les contrats collectifs n'emploient pas une fonction correctrice pour gommer une faiblesse, une carence profonde de la norme de procédure. Au contraire, ils reconfigurent la norme de procédure déjà viable. Sans les protocoles, la norme serait donc déjà effective, voire efficace. Cette fonction d'optimisation permet de tirer la quintessence de la norme de procédure pour ne conserver que sa substance, en s'éloignant plus ou moins de la lettre de l'énoncé. L'enjeu n'est pas seulement de faciliter la mise en œuvre du cadre légal, mais de construire, à partir de ce dernier, un nouveau cadre consensuel qui s'y superpose<sup>1159</sup>. Le nouveau canevas procédural tâche de standardiser les manières de procéder, tandis que les codes prévoient une gestion sur mesure des situations<sup>1160</sup>,

---

également : de préciser la politique de verbalisation par timbre-amende ou ordonnance pénale ; de déterminer les modalités d'échange d'informations sur les suites judiciaires et administratives ; de définir le contenu et la transmission au parquet des PV et les modalités de participation des agents verbalisateurs à l'audience ; de préciser les infractions pour lesquelles le procureur de la République autorise l'administration à engager un processus transactionnel, sous réserve de l'homologation individuelle de chaque proposition de transaction ; de définir un barème transactionnel modulable en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité du mis en cause ; de définir les modalités de transmission des procédures à l'autorité judiciaire.

<sup>1156</sup> Circ. 11 mai 2021, CRIM 2021-02/G3-11/05/2021.

<sup>1157</sup> G. BEAUSSONIE, « Sauver l'environnement par le droit pénal ? », *Rsc* 2021, p. 873 ; J.-B. PERRIER, « La convention judiciaire pour les infractions environnementales : vers une compliance environnementale », *D.*, 2020, p. 396.

<sup>1158</sup> Il s'agit d'une déclinaison des articles 41-1 et 41-2 CPP, v. « La justice pénale environnementale », *Revue Justice Actualités* (ENM), n° 25, juin 2021, p. 77.

<sup>1159</sup> C. BLERY, « De la contractualisation à la réglementation unilatérale : dérive des protocoles de la mise en état » *op. cit.*, à propos du calendrier de procédure prévu et qui est optionnel en vertu du D. n° 2010-1165 du 1<sup>er</sup> oct. 2010 : « Y ajouter de manière rigide est d'autant plus contestable que "le fait de demander aux parties d'accepter un contrat type de procédure d'adhésion à la première audience publique de procédure est contraire au texte et à la logique même du calendrier adapté contractuellement" » ; Protocole de procédure au tribunal de commerce d'AJACCIO relatif à la mise en état des affaires, signé le 3 avril 2017, *op. cit.* : il y est prévu, pour la procédure au fond (art. 1), qu'en raison de la petite taille de la juridiction (nombre de juges, nombre d'audiences tenues par an), le tribunal ne fait pas application de l'article 861 CPC permettant de confier l'instruction de l'affaire à un juge de la formation de jugement. Pourtant, le protocole souligne que sa signature établit une présomption simple d'accord des avocats pour l'élaboration d'un calendrier de procédure en vertu de l'article 446-2 CPC, alors que la lettre et l'esprit de ce texte alors en vigueur conduisaient à établir un tel calendrier au cas par cas et avec l'accord exprès des parties.

<sup>1160</sup> C. BLERY, « Pourquoi des protocoles de procédure alors qu'il y a un code de procédure civile ? », *op. cit.* : il s'agit « d'imposer - par une sorte de contrat-cadre d'adhésion - des pratiques standardisées à tous les litiges d'une juridiction ».

ou du moins, laissent une certaine souplesse dans la mise en œuvre des procédures qui ne sont pas optionnelles et à la disposition des parties.

Ces contrats collectifs s'éloignent souvent du cadre légal et ont un contenu parfois *contra legem*<sup>1161</sup>. Leur ambition est d'assurer une optimisation processuelle, pour une optimisation justicielle. Les conventions collectives permettent parfois de discipliner les acteurs du procès<sup>1162</sup> ou d'assurer l'efficacité procédurale de la norme. Les signataires ont vocation à faire en sorte que les règles de procédure étatiques parviennent au but envisagé. L'idée est souvent, par là même, d'améliorer les « principes directeurs » du procès tels que le contradictoire, voire la célérité, la loyauté, la qualité de la décision de justice. Cet aménagement procédural permet, au passage, de rationaliser les moyens de la justice institutionnelle pour augmenter le taux d'évacuation des affaires<sup>1163</sup>, dans une époque où la justice est encombrée<sup>1164</sup> et réfléchit en profondeur à ses évolutions<sup>1165</sup>.

La quête de célérité processuelle ne se réalise pas par l'évitement du rallongement des délais, mais par une action procédurale offensive envisagée, dès le début, pour régler un litige dans des délais raisonnables<sup>1166</sup>. Les préambules des protocoles signalent d'emblée et à l'unisson que leur fonction est de rationaliser le traitement procédural d'un dossier en harmonisant les

---

<sup>1161</sup> C. BLERY, « De la contractualisation à la réglementation unilatérale : dérive des protocoles de la mise en état », *op. cit.* : « Au lieu d'harmoniser et de réguler l'instruction des procédures, afin d'en accélérer le cours, une telle pratique ne peut qu'aboutir à une cacophonie (...). En effet ce n'est plus tant à la mise en œuvre de la contractualisation qu'à une dérive de celle-ci que nous assistons aujourd'hui, au risque de revenir à une disparité de régimes digne de la FRANCE coutumière ».

<sup>1162</sup> « La prise en compte de la notion de qualité dans la mesure de la performance judiciaire. La qualité une notion relationnelle », E. JEULAND (dir.), Mission Droit & Justice, (v. aussi publication de l'IRJS), 2015 p. 8 : « Les objectifs écrits des protocoles sont l'accélération et la transparence de la procédure. Ce sont donc des objectifs managériaux », p. 60 : « À cette fin de maîtrise de la durée de la mise en état, des protocoles sont signés entre la juridiction et le barreau de PARIS (...). Ces dispositifs permettraient de réduire la durée de la mise en état, en allant notamment à l'encontre des usages des avocats » ; p. 91 : « Toutefois, les règles sont peu respectées, de sorte qu'il est sans cesse nécessaire de relancer les avocats. Ils sont dans une démarche d'affrontement alors que "l'on n'a plus le temps d'être déloyal ou dilatoire". Il faut sans cesse réclamer les pièces. Si les pièces sont fournies suffisamment tôt, et non à la dernière minute, il existe un dynamisme de la mise en état », ce que le protocole permet d'envisager.

<sup>1163</sup> C. BLERY, « Les métamorphoses des sources », *op. cit.*, n° 5 : « Autant reconnaître, avec les organisateurs du colloque lillois, que le "recours au contrat est symptomatique des difficultés de la loi à être reçue par ses destinataires" » ; R. TUDELA, « Décret du 28 décembre 2005 : vers une contractualisation de la procédure civile ? », *Gaz. Pal.*, 28 mars 2006, n° 87, p. 13 : « de tels engagements devraient permettre de parvenir à cette harmonie nécessaire à une justice sereine rapide et efficace ».

<sup>1164</sup> Protocole entre le barreau de PARIS, le tribunal de commerce et le greffe, signé le 18 décembre 2009, *op. cit.* : « Compte tenu du nombre de litiges traité par le tribunal, des pratiques spécifiques ont été adoptées d'un commun accord, lesquelles sont reprises dans le présent protocole. Il s'agit de règles et d'engagements mutuels qui visent à améliorer le traitement et la qualité des procédures dans l'intérêt du justiciable ».

<sup>1165</sup> T. GRUMBACH, E. SERVERIN, « Un protocole sur les écritures entre la cour d'appel de PARIS et les bâtonniers du ressort. Au service de quelle justice ? », *op. cit.* : « Les modèles routiniers proposés par le protocole risquent d'être vite débordés par l'évolution permanente d'un droit soumis au choc des intérêts (...). Plutôt que de co-signer un accord "défensif" qui répond à la pénurie par la pénurie, les défenseurs et juges doivent se poser la question des effets sociaux de la jurisprudence sur l'environnement économique et social ».

<sup>1166</sup> *Ibid.* : « Légitimité des finalités, puisque "les méthodes de travail doivent tendre à la célérité de la justice sans perte de qualité pour le justiciable" » ; C. BLERY, « Les métamorphoses des sources », *op. cit.*, n° 17 : « Ils essaient de répondre à un souci de célérité et donc de rationalisation » ; Protocole relatif à l'amélioration de l'instruction des affaires civiles et à l'instauration des audiences de plaidoiries interactives signé le 22 décembre 2006 entre la cour d'appel de LYON, la chambre des avoués et les barreaux de BELLEY, BOURG-EN-BRESSE, LYON, MONTBRISON, ROANNE, SAINT-ÉTIENNE et VILLEFRANCHE-SUR-SAÔNE : « La durée d'écoulement des affaires civiles est souvent trop longue. Les enquêtes par sondage réalisées régulièrement auprès des Français font ressortir les mêmes reproches - la lenteur de la justice est le premier d'entre eux ».

pratiques au sein de la juridiction<sup>1167</sup>. Le terme de rationalisation est ici pris dans le sens d'organisation d'un système de production, pour qu'il soit plus performant et moins coûteux (en temps, en argent)<sup>1168</sup>, car les contentieux se multiplient<sup>1169</sup>. La retouche du cadre processuel est donc conçue à des fins justicielles<sup>1170</sup>, pour améliorer la gestion des affaires civiles, commerciales, sociales et pénales. La mise en état des procédures est ainsi optimisée par des schémas de procédure, des charges et des devoirs redéfinis, en fournissant parfois un *vademecum* des procédures, entre rappel de la loi et nouvelle régulation<sup>1171</sup>. Finalement, tous ces contrats en matière civile (A) ou pénale (B) esquissent un mouvement de technicisation et de rigidification des procédures dont il sera vu plus tard qu'il peut freiner le déroulement des procès.

## A - Les contrats collectifs pour la mise en état civile

Les protocoles pour la mise en état écrite (1) seront présentés avant ceux relatifs à la mise en état orale (2).

### 1 - Les protocoles pour la mise en état écrite

**266. Les protocoles de procédure généraux.** À la suite du premier protocole MAGENDIE, qui prévoyait le calendrier de procédure et l'audience interactive avec rapport d'un

---

<sup>1167</sup> B. TRAVIER, R. GUICHARD, « Les protocoles sur les écritures judiciaires. Justice coutumière ou justice moderne ? », *op. cit.* : « il ne peut, toutefois, être nié que la rationalisation de l'écrit proposée par le protocole du 13 décembre 2011, si perfectible soit-elle, va grandement faciliter le travail d'audience et le débat oral qui bénéficieront d'une véritable préparation, ce qui devrait permettre, selon l'heureuse formule du professeur Loïc CADIET, de "construire ensemble des débats utiles..." » ; Convention générale entre le tribunal de commerce et l'ordre des avocats de TOULOUSE, signée le 29 juin 2016, *op. cit.*, qui prévoit *in limine* que : « les signataires ont considéré qu'il était nécessaire de se réunir pour rechercher les moyens d'améliorer le traitement des dossiers du contentieux général du tribunal ».

<sup>1168</sup> Convention entre la CPAM de la HAUTE-SAVOIE et le tribunal de grande instance D'ANNECY du 22 septembre 2015, *op. cit.*, permettant de faciliter le travail du greffe et de limiter les frais d'affranchissement.

<sup>1169</sup> L. CADIET, « Le spectre de la société contentieuse » in « Droit civil, procédure, linguistique juridique », Mél. G. CORNU, PUF, 1994, p. 29 ; « Le juge du XXI<sup>ème</sup> siècle », P. DELMAS-GOYON (dir), Rapport remis au garde des Sceaux, déc. 2013, évoquant la rationalisation des procédures combinée à la déjudiciarisation.

<sup>1170</sup> Il s'agit des conventions en matière d'expertise civile et pénale, E. BINOCHÉ, « Expertise et contractualisation : de nouvelles avancées », *op. cit.* : « L'expertise, incontournable dans un certain nombre de litiges complexes, représentait un facteur majeur de ralentissement des procédures, que la rationalisation du contrôle et du suivi des mesures d'instruction n'était pas totalement parvenue à conjurer : la contractualisation devait donc logiquement conduire également à une amélioration de cette phase en termes de célérité et de qualité » ; Convention entre le tribunal de grande instance de PARIS, l'ordre des avocats à la cour d'appel de PARIS et l'union des compagnies d'experts de la cour d'appel de PARIS concernant la conduite et la gestion des expertises pénales signée 27 juin 2007, puis celle signée entre les mêmes protagonistes auparavant concernant la conduite et la gestion des expertises civiles le 4 mai 2006 ; Convention entre la cour d'appel de PARIS, les ordres des avocats du ressort et l'Union des compagnies d'experts de la cour d'appel de PARIS, concernant l'étape conclusive du rapport d'expertise en matière de procédure civile signée le 8 juin 2009, *op. cit.*

<sup>1171</sup> Nous n'avons pas trouvé de convention en matière administrative. Il en existe, apparemment, en droit des étrangers et dans certaines juridictions, mais nous n'avons pu les récolter. L'office du juge administratif dans le cours de l'instruction et très inquisitoire. Il bénéficie de pouvoirs de police de l'instance forts qu'il peut utiliser pour imprimer le rythme souhaité et sanctionner, si besoin, les comportements qui s'en écartent, d'où, sans doute, l'absence de protocole en ce sens.



magistrat<sup>1172</sup>, les contrats collectifs se sont multipliés. La fonction d'optimisation trouve sa source dans l'émergence du principe de célérité managériale qui s'induit justement des réformes MAGENDIE<sup>1173</sup>. Optimiser, exprime la volonté de redéfinir les rôles des protagonistes du procès dans le déroulement de l'instance et la maîtrise de la matière litigieuse, au cours de la mise en état. L'ambition est de rendre la norme de procédure plus efficiente compte tenu des contingences du terrain judiciaire. Par exemple, la convention de PARIS, assez complète<sup>1174</sup>, cadre presque toutes les procédures devant le tribunal : la procédure ordinaire, à jour fixe, à bref délai, les référés, les requêtes, les demandes QPC (délai pour conclure et fixation de l'audience de plaidoirie). Cette convention rappelle les principes directeurs du procès et les jurisprudences applicables, les dispositions contractuelles faisant en sorte de dynamiser le rôle du juge de la mise en état pour définir un calendrier de procédure, de manière unilatérale, auquel il ne sera dérogé que pour cause grave. Le protocole restreint les audiences physiques aux affaires complexes qui méritent un échange direct entre juge et avocats. La procédure est ainsi détaillée jusqu'au jugement qui doit être rendu dans un délai raisonnable (COJ, art. L. 111-3). D'autres procédures particulières sont également détaillées par la convention<sup>1175</sup>.

**267. Les protocoles sur les écritures.** Les écritures sont dotées d'une structure formelle à l'image des décisions de justice<sup>1176</sup>. Le protocole de la cour d'appel parisienne, signé en 2011, est le plus connu<sup>1177</sup>. Il envisage la structuration des écritures comme un moyen de gagner du

---

<sup>1172</sup> J-C. MAGENDIE, « Le nouveau "contrat de procédure" civile », *op. cit.* : un tel schéma processuel conduirait à gagner du temps le jour de l'audience (les avocats devant respecter leur horaire de passage et leur temps de parole) ainsi qu'en cours de délibéré (la rédaction de la décision est facilitée puisque le rapport du rapporteur peut constituer le début de la rédaction du jugement complété par la motivation et les notes prises à l'audience).

<sup>1173</sup> C. BLERY, « Les métamorphoses des sources », *op. cit.*, n° 17 : « Ils essaient de répondre à un souci de célérité et donc de rationalisation. L'idée qui sous-tend cette contractualisation de la procédure est donc celle d'un souci de bonne justice » ; Protocole relatif à l'amélioration de l'instruction des affaires civiles et à l'instauration des audiences de plaidoiries interactives, entre la cour d'appel de LYON, la chambre des avoués et les barreaux du ressort signé le 22 déc. 2006, *op. cit.* : « La durée d'écoulement des affaires civiles est souvent trop longue (...). L'objectif du présent protocole est de limiter ces temps morts, en imaginant, dans le respect du nouveau code de procédure civile, de nouvelles méthodes de travail, de nouveaux outils de communication, de nouvelles règles librement acceptées et scrupuleusement respectées ».

<sup>1174</sup> Protocole de procédure civile au TGI de PARIS signé le 11 juillet 2012, *op. cit.* : « La présente convention a pour objet de définir des règles de bonnes pratiques (...) dans un délai raisonnable, considérés par la Cour européenne des droits de l'Homme comme des éléments fondamentaux du procès équitable », elle élabore « des recommandations destinées à favoriser la célérité et la qualité de la justice ».

<sup>1175</sup> Il est expliqué, par exemple, la procédure à jour fixe ainsi que la différence entre les requêtes spéciales et générales.

<sup>1176</sup> S. LATASTE, « Le protocole sur la mise en œuvre des principes de concentration et de structuration des écritures est un guide de bonnes pratiques pour les avocats », *op. cit.*

<sup>1177</sup> Protocole entre la cour d'appel de PARIS et les ordres des avocats des barreaux de PARIS du VAL-DE-MARNE, de L'ESSONNE de MEAUX, de MELUN de FONTAINEBLEAU, de SENS sur la mise en œuvre des principes de concentration et de structuration des écritures, *op. cit.* : « ces réformes obligent à réfléchir à des méthodes de travail qui, dans l'esprit du décret MAGENDIE, doivent tendre à la célérité de la justice sans perte de qualité pour le justiciable », « il est de l'intérêt de tous, pour une bonne justice, de définir précisément la portée des principes de concentration et de structuration des écritures » ; art. 3 : « A terme, cette structuration [des écritures] doit conduire à une "harmonisation" des écritures qui, loin de constituer un carcan rédactionnel, devrait, à l'ère de l'informatisation des échanges entre avocats et juridictions, concourir à une plus grande facilité de rédaction, une lisibilité ainsi qu'une efficacité accrue des décisions et, partant, à une amélioration de l'œuvre de justice à laquelle concourent les magistrats et auxiliaires de justice que sont les avocats » ; S. LATASTE, « L'harmonisation et l'accélération des procédures devant la cour militent en faveur d'un rôle accru du conseiller de la mise en état et d'une structuration des écritures »,

temps<sup>1178</sup>, mais aussi comme le moyen d'assurer le traitement efficace et concret des litiges, conformément aux attentes des justiciables. L'aménagement processuel est fondé sur l'interprétation des articles 7, 912 et 954 CPC, ainsi que sur l'interprétation de « la portée des principes de concentration et de structuration des écritures ». Partant du principe de concentration des moyens extrait de l'arrêt d'assemblée plénière CESAREO du 7 juillet 2006<sup>1179</sup>, la convention processuelle en déduit une « approche plus matérielle » qui « postule que chaque partie ne puisse prendre qu'un nombre déterminé de conclusions : un premier jeu pour exposer la thèse puis un second pour répliquer ». L'objet des normes porte sur la construction d'un cadre formel pour la prise et la rédaction des écritures limitées en nombre<sup>1180</sup>. Ces protocoles sur les écritures ont une ambition pratique indéniable et ajoutent aux règles du code de procédure civile, puisque ni la critique des chefs du jugement attaqué ni aucun principe de structuration des écritures n'était imposé à l'époque où ils ont été pris, le code ne prévoyant que la substance des conclusions (prétentions, moyens et indication des pièces y afférentes). Il s'avère, à la lecture de ces protocoles, que le degré de formalisation des écritures attendue est de plus en plus élevé<sup>1181</sup>.

**268. Les protocoles relatifs à une mesure d'instruction.** Ces protocoles parisiens ont été élaborés dans la continuité des réformes MAGENDIE entre 2004 et 2008 sur la célérité des procès<sup>1182</sup> en première instance et en appel<sup>1183</sup>. La fonction d'optimisation procédurale

---

*Gaz. Pal.*, 31 oct. 2016, hors-série n° 3, p. 44 : « rationaliser le temps de l'appel passe aussi par la structuration des écritures », « La mise en œuvre de tous ces principes de bonne conduite participeraient du respect du principe du contradictoire et de la loyauté des débats, tant envers la partie adverse qu'envers le magistrat ».

<sup>1178</sup> Pour deux auteurs, le protocole est essentiellement centré sur la bonne administration de la justice, au regard du manque de moyens humains et financiers, la qualité de la justice, n'étant qu'indirecte et d'ailleurs « difficile à tenir », v. T. GRUMBACH, E. SERVERIN, « Un protocole sur les écritures entre la cour d'appel de PARIS et les bâtonniers du ressort. Au service de quelle justice ? », *op. cit.* : « Ce protocole se veut un facteur de "célérité" de la justice (...). Au mieux, les juges peuvent espérer améliorer leur productivité, en ayant en main un jeu plus réduit d'écritures et en déplaçant une partie de la charge de la rédaction sur les avocats, devenus de simples prestataires d'un service de production d'écritures normalisées ».

<sup>1179</sup> Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10672 ; R. PERROT, « Chose jugée. Sa relativité quant à la cause : qu'en reste-t-il ? », *RTD civ.*, 2006, p. 825 ; L. WEILLER, « Renouveau des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire MOTULSKY », *D.*, 2006, p. 2135.

<sup>1180</sup> Le plan type proposé par le protocole s'articule ainsi : les écritures reprennent dans l'ordre suivant, les faits racontés objectivement, la procédure, la discussion (fait et droit) détaillant le chef du jugement critiqué, l'argument du concluant et ceux de l'adversaire critiqués puis chaque prétention numérotée et leurs arguments à leur soutien, aussi numérotés et synthétisés en début ou fin de développement, en caractère gras, le dispositif ne reprenant que les demandes détachées des moyens (contrairement à ce que prévoyait le protocole de 2008 : « Le "Par ces motifs" doit reprendre les chefs de demande dans l'ordre de la discussion. Ceux-ci doivent être juridiquement qualifiés »).

<sup>1181</sup> R. HAIK, S. POISSON, « Des mots, toujours des mots (1.000), mais pas de moyens... », *op. cit.*, à propos de la note de la Direction des affaires civiles et du sceau concernant la structuration des écritures et le dossier unique de pièces.

<sup>1182</sup> E. BINOCHÉ, « Expertise et contractualisation : de nouvelles avancées », *op. cit.* : la convention de procédure était nécessaire en ce que « le "nouveau" code de procédure civile, plus que trentenaire, n'était pas pleinement parvenu à remplir l'objectif d'assurer la mise en état rapide des affaires tout en garantissant la qualité des décisions ».

<sup>1183</sup> Convention entre la CA, de PARIS, les ordres des avocats et l'union des experts, signée 8 juin 2009, *op. cit.* ; la convention en matière d'expertise du TGI datant de 2006 est encore plus claire que cela sur son ambition d'optimisation de la règle de procédure dans son préambule, *op. cit.* : « Dans le cadre de la poursuite du double objectif d'amélioration de la qualité de l'expertise et du respect effectif d'un délai raisonnable dans le traitement des procédures civiles, il est apparu nécessaire, afin

s'exprime par la volonté de rationaliser encore plus le contrôle et le suivi des mesures d'instruction pour « obtenir l'avis le plus pertinent, et d'assurer dans le même temps le respect effectif d'un délai et d'un coût raisonnables de traitement de cette phase essentielle de la procédure civile », ainsi que le souligne la convention conclue en 2006 devant le TGI. L'ambition méliorative a pour essence d'ajuster le rôle de l'expert pour conférer à sa mission, l'autorité et la clarté nécessaire, tout en préservant la loyauté de l'expertise, sa modération, et l'issue contractuelle qu'elle favorise. Les dispositions optimisées pour l'expertise sont celles qui sont communes aux mesures d'instruction (CPC, art. 143 à 178), celles qui sont spéciales, mais communes aux mesures d'instruction exécutées par un technicien (CPC, art. 232 à 248) et celles très spéciales propres à l'expertise (CPC, art. 263 à 284-1). Concernant la première convention devant le TGI, l'optimisation de la procédure d'expertise se traduit par le respect des exigences de prévisibilité et de proportionnalité imposées par les textes de manière trop implicite<sup>1184</sup>. Concernant la convention conclue pour l'instance d'appel, les signataires ont recherché, de manière quasi-identique, un nouvel équilibre des « charges processuelles incombant à l'expert et aux parties (...) afin de rendre plus féconde la discussion technique et de donner plus d'efficacité possible au rapport de l'expert destiné à éclairer le juge<sup>1185</sup> ».

## 2 - Les protocoles pour la mise en état orale

### 269. Les protocoles relatifs à la mise en état des affaires en matière orale commerciale.

L'optimisation souhaitée est propre à la phase d'instruction dans les procédures orales, bien moins rigides, et dont les règles laissent encore, en principe, toute liberté au juge pour diriger

---

de mieux traduire dans les faits les impératifs édictés par les textes législatifs et réglementaires (...) de définir des pratiques adaptées.

<sup>1184</sup> Par exemple, la convention prévoit que les parties sont tenues de convaincre le juge que l'expertise est la mesure la plus adaptée, ce dernier devant s'assurer à l'audience que les parties sont prêtes à exécuter loyalement le processus expertal. Le juge peut demander aux parties si elles se sont accordées sur le choix d'un technicien à désigner. Après désignation de l'expert, les parties lui remettent les premiers actes de procédure et les faits en leur possession. Il devra immédiatement engager des recherches bibliographiques (si nécessaires) et établir, entre six à dix semaines suivant le versement de la consignation, un calendrier des opérations. Les parties et l'expert conviendront des modalités de communication entre eux, soit sous forme écrite, soit sous forme dématérialisée. Le calendrier sera constamment confirmé ou réajusté au vu du déroulement de l'expertise et la difficulté de la mission du tiers qui devra présenter aux parties périodiquement ou, lorsqu'il estime sa réflexion aboutie, la synthèse numérotée des opérations et des orientations envisagées, afin de recueillir leurs dires. La phase d'expertise se terminera par le dépôt du rapport qui devra notamment être illustré de photographies ou de schémas.

<sup>1185</sup> J. BOULEZ, « Expertises judiciaires », 17<sup>ème</sup> éd., *Encyclopédies Delmas*, 2016, p. 173, n° 81.27, s ; M. REDON, « Mesures d'instruction confiées à un technicien », *Rép. proc. civ.*, 2017, n° 550 ; pour des exemples de norme tirés du contenu du protocole : le protocole définit certains termes techniques utilisés en pratique, précise que le pré-rapport ne devrait être utilisé que lorsque certaines mesures immédiates doivent être prises pour conserver les droits des parties. La note de synthèse, en fait appelée document de synthèse, est le document provisoire qui permettra aux parties de susciter leurs observations en vue de faire évoluer le débat technique et recentrer le rapport sur l'essentiel des faits litigieux. L'expert peut demander à une partie, dès que le besoin s'en fait sentir, de faire connaître sa position sur un point précis. Les parties peuvent adresser leurs dires à l'expert une fois que celui-ci a déposé une première synthèse de ses travaux qui doit être source de questionnements permettant de vider toute incertitude sur l'appréhension des faits découverts. Le protocole propose un modèle type de dispositif de décision de justice pour la désignation de l'expert.

et ajuster le déroulement de la procédure. Les contrats collectifs les plus récents trouvent une légitimité dans la circulaire relative au décret du 1<sup>er</sup> octobre 2010<sup>1186</sup>. Les ordres des avocats et les présidents de tribunaux de commerce ont pensé « qu'il était nécessaire de se réunir pour rechercher les moyens d'améliorer le traitement des dossiers du contentieux général<sup>1187</sup> » ou qu'il était « nécessaire d'améliorer de façon significative les délais de traitement des affaires, et rendre un meilleur rendu de la justice pour les justiciables<sup>1188</sup> », afin de pourvoir activement « au bon fonctionnement de la justice commerciale (...) compte tenu du nombre de litiges traités par le tribunal<sup>1189</sup> ». Les contrats établissent des pratiques standardisées qui ont pour effet de verrouiller le traitement des affaires. Ils établissent des schémas de procédure sur le modèle du prêt-à-porter rigide pouvant être déclenché pour toutes les procédures qui rentrent dans ce patron procédural<sup>1190</sup>. Cela est légitime dans la mesure où le code ne prévoit pas grand-chose, hormis la tenue d'audiences prises pour jauger l'avancement de la mise en état par la formation collégiale ou un juge chargé d'instruire l'affaire.

Le code permet, depuis 2010, en cas de renvoi ordonné par la formation de jugement, le passage vers une procédure orale-écrite teintée d'« oralité traditionnelle, mise en état écrite, échanges organisés autoritairement par le juge, calendrier de procédure, recours au juge rapporteur ou non... » (CPC, art. 861-3, 862, 446-1 à 446-4). Tous les protocoles possèdent à peu près la même architecture. Le point de départ est l'orientation de l'affaire. Tout commence par l'appel de la cause à l'audience au jour qui correspond à celui de la matière du litige (concurrence, distribution, informatique, internet, assurance, finance, contrats spéciaux, etc.). Au cours de cette première audience appelée en pratique « première évocation » à CHERBOURG, « l'entrante » à LYON, audience devant la « chambre de placement » à PARIS, ou audience « d'orientation » à TOULOUSE ou CARCASSONNE, le dossier est orienté vers le circuit procédural en fonction des *calendriers* de procédure type prédéfinis<sup>1191</sup>.

Ensuite, les procédures sont les plus diverses selon les tribunaux. L'orientation se fait, pour certains protocoles, compte tenu de la comparution effective du défendeur, représenté ou non,

---

<sup>1186</sup> Circ. du 24 janv. 2011 relative à la présentation du D. n° 2010-1165 du 1<sup>er</sup> oct. 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, art. 2.2.1.1 : « Le recours à ce type de calendrier de procédure pourra également être discuté, voire modélisé, dans le cadre des démarches partenariales conduites par la juridiction, que celles-ci prennent la forme d'« accords-cadres » conclus avec le barreau ou d'échanges informels avec ce dernier ».

<sup>1187</sup> Convention de TOULOUSE signée le 29 juin 2016, *op. cit.*

<sup>1188</sup> Convention de CARCASSONNE sur la procédure devant le tribunal de commerce signée entre le président et l'ordre des avocats le 7 décembre 2017

<sup>1189</sup> Convention de PARIS signée le 18 décembre 2009, *op. cit.*, modifiée par avenant du 16 janvier 2013 et du 19 octobre 2016.

<sup>1190</sup> Convention de CHERBOURG signée le 13 janvier 2016, *op. cit.* : « Pour atteindre ces objectifs, les parties signataires conviennent, dans le respect des dispositions du code de procédure civile telles qu'elles sont définies dans les articles 854 et suivant dudit code, de mettre en place une procédure d'instruction des affaires selon les modalités suivantes ».

<sup>1191</sup> « Célérité de la justice consulaire - procédure écrite et dispense de comparution », protocole signé au tribunal de commerce de NANTERRE le 1<sup>er</sup> févr. 2012, *op. cit.* ; C. BLERY, « Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de BOBIGNY : un exemple à suivre ? », *op. cit.*

régulièrement convoqué ou non, et selon le degré de complexité de l'affaire qui pourra être renvoyée devant une « chambre spécialisée<sup>1192</sup> ». Les protocoles permettent d'éviter les renvois successifs sollicités par les parties et qui phagocytent un temps considérable. C'est le cas des protocoles lyonnais et parisien<sup>1193</sup>. Certains protocoles, comme celui de LYON, prévoient des procédures d'urgence, en élaborant, à l'image de la procédure devant la cour d'appel, une « procédure à bref délai » sur le fondement de l'article 858 CPC. Le déclenchement du circuit procédural s'accompagne souvent d'un calendrier de procédure type suivi de manière indicative, de manière impérative<sup>1194</sup>, ou de manière inévitable au péril des parties (CPC, art. 446-2<sup>1195</sup>). La plupart des contrats collectifs imposent, dès le début du procès, la mise en œuvre de l'article 446-2 CPC, avec une limitation de plein droit de la comparution des parties aux audiences de procédures physiques<sup>1196</sup>. Les protocoles s'éloignent également du code. Nombreuses sont les conventions qui ont pu imposer un calendrier de la mise en état orale-écrite, pourtant subordonné à l'accord des parties avant la réforme du 6 mai 2017<sup>1197</sup>. Ces dernières étaient souvent présumées avoir donné leur accord (en même temps que celui autorisant les conclusions récapitulatives)<sup>1198</sup>.

Une fois que la mise en état est terminée, plusieurs options processuelles sont prévues. Soit le dépôt du dossier pour les litiges simples (objet du litige inférieur à 10.000 €, litiges de cautionnement simples, demandes de délais de paiement)<sup>1199</sup>, soit une audience de « cabinet »,

---

<sup>1192</sup> Protocole entre le barreau de ROANNE, le tribunal de commerce et le greffe signé le 20 janvier 2016, art. II. B.

<sup>1193</sup> Le protocole parisien initial de 2009 était trop technique et prévoyait trop de schémas procéduraux selon l'évolution de l'affaire et la possibilité de radier ou de confier l'affaire à un juge chargé d'instruire l'affaire. Il prévoyait notamment au cours de la mise en état, le renvoi de l'affaire à un des trois rôles entre le rôle d'attente, le rôle des mesures d'instruction et le rôle des jugements de sursis à statuer. Le calendrier normal de la mise en état prévoyait 5 audiences physiques jusqu'à l'audience de débats.

<sup>1194</sup> Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de TROYES le 8 septembre 2016, *op. cit.*, qui prévoit que le calendrier est adopté sur le fondement de l'article 861-3 et 446-2 CPC, lors de la première audience et quand les parties sont présentes. Sinon la procédure est celle dite « ordinaire » où un juge chargé d'instruire l'affaire prend toutes les mesures à cette fin.

<sup>1195</sup> La convention de TOULOUSE prévoit qu'« avec l'accord des parties, ou de leurs représentants, la chambre fixe les délais et conditions d'échange des prétentions, conclusions et pièces » et la mise à l'écart possible de certains de ces éléments (CPC, art. 446-2).

<sup>1196</sup> C. BLERY, « Le Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de LYON : un exemple qui interroge », *op. cit.* : « calendrier "par principe impératif" et réputé avoir été accepté par ces parties » ; protocole de procédure au tribunal de commerce d'AJACCIO signé le 3 avr. 2017, *op. cit.*, art. 1.2 : « L'accord des parties à cette fin, exigé par l'article 446-2, alinéa 1 du CPC, est réputé donné par les avocats au barreau D'AJACCIO par la signature du présent protocole ».

<sup>1197</sup> C. BLERY, « Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de LYON : un exemple qui interroge », *op. cit.* : « "les parties à la présente convention considèrent que l'adoption du calendrier de procédure vaut autorisation donnée aux parties par le tribunal, de formuler leurs prétentions et leurs moyens par écrit, sans se présenter à l'audience, conformément aux articles 446-1 et 861-1 du code de procédure civile" et "que le calendrier de procédure correspond à l'organisation par le juge des échanges entre les parties comparantes, telle que visée à l'article 446-2 du Code de procédure civile". Or un calendrier suppose un accord exprès des parties au cas par cas, l'autorisation de recourir à l'écrit doit également être donnée par le tribunal au cas par cas et l'organisation des échanges n'implique pas obligatoirement un calendrier » ; Convention de TROYES signée le 8 sept. 2016, *op. cit.*, art. 1-4 : « Les parties à la présente convention considèrent que l'adoption du calendrier de procédure vaut autorisation donnée aux parties par le tribunal, de formuler leurs prétentions et leurs moyens par écrit sans se présenter aux audiences conformément aux articles 446-1 et 861-1 CPC ».

<sup>1198</sup> V. protocole d'AJACCIO, *op. cit.*, art. 1-2.

<sup>1199</sup> Convention lyonnaise du 21 déc. 2015, *op. cit.*, art. 3.1 ; de façon moins rigide, v. le protocole de mise en état D'AJACCIO, *op. cit.*, qui prévoit les dispositions suivantes en référé (art. 2.2) : « lors de l'audience de plaidoiries, le dossier peut faire l'objet

soit une audience « interactive », sur les points de droit qui doivent être nécessairement plaidés. De manière plus variée, les conventions prévoient encore des rendez-vous judiciaires (heures de plaidoiries exactes)<sup>1200</sup> et un temps de plaidoirie limité<sup>1201</sup>. Il y a presque autant de protocoles que de ressort et ils sont actualisés en permanence<sup>1202</sup>.

**270. Les protocoles dans les autres matières orales.** Les conventions, très nombreuses en matière commerciale, se retrouvent aussi en matière de mise en état civile et prud'homale<sup>1203</sup>. La conduite de la mise en état y est aussi souple et adaptable. De la sorte, un canevas procédural permet de structurer la mise en état de manière bien plus détaillée que ne le font le code de procédure civile et le code du travail, ce que certains regrettent<sup>1204</sup>. En matière civile, ils sont nés devant le tribunal d'instance<sup>1205</sup>. Les protocoles prud'homaux sont de la même veine et prévoient l'élaboration d'un calendrier procédural modèle ainsi qu'une orientation du dossier selon la particularité de la procédure, en première instance et en appel (affaire normale, appel manifestement irrecevable, affaires très simples)<sup>1206</sup> ou simplement un calendrier procédural compte tenu du schéma de procédure (hors article 446-2 CPC, art. 3)<sup>1207</sup>.

Si les conventions prévoient l'aménagement du contentieux général, d'autres se focalisent sur des contentieux et des phases procédurales plus précises. Elles envisagent alors une mise en état spéciale. Cela démontre tout le potentiel des conventions pour agir comme levier de la

---

d'un dépôt assorti de courtes explications, si les deux parties en sont d'accord. Si les parties l'estiment nécessaire, elles sont entendues en leur plaidoirie » ; v. la convention de ROANNE, *op. cit.*, art. D : « certaines affaires concernant des litiges simples à résoudre pour lesquels les explications orales ne sont pas indispensables pour éclairer le tribunal ».

<sup>1200</sup> Sur la prise de rendez-vous judiciaire dès l'assignation, v. C. BLERY, « Réforme de la procédure civile : prise de date d'audience devant le tribunal judiciaire », *DALLOZ Actualité*, 24 déc. 2019.

<sup>1201</sup> V. Convention de TROYES, art. D. 3 et pour le même contenu, la convention de TOULOUSE signée le 19 juin 2013 (renouvelée dans la convention signée le 29 juin 2016), art. C : « La durée standard de l'examen de l'affaire est de 20 minutes, les parties étant convoqués à heure fixe et ne plaidant pas sauf exception ».

<sup>1202</sup> Avenant au protocole parisien du 18 déc. 2009 (remplaçant l'avenant du 16 janv. 2013), signé le 17 décembre 2021 entre le président du tribunal de commerce, le bâtonnier et le greffe du tribunal de commerce.

<sup>1203</sup> B. AUGIER, « Contrats de procédure » : attention, danger ! », *op. cit.* : « Les renvois successifs d'affaires inscrites au rôle sont une des causes de l'allongement des procédures prud'homales. C'est en prétendant y remédier que des accords diversément (...) ont été conclus dans certains conseils, entre la présidence et le barreau local, parfois aussi avec le directeur de greffe (...). La première conséquence de ces dispositifs est de programmer plusieurs audiences du bureau de jugement, séparées par des délais prescrits », notamment par le greffe. Certains protocoles articulent même le calendrier de procédure avec la phase de conciliation prud'homale : « Les conseillers sont très attachés à la présence personnelle des parties et notamment du défendeur, à l'audience de conciliation, car cela facilite une éventuelle conciliation, et permet d'avoir les deux versions d'un dossier ».

<sup>1204</sup> *Ibid.* : « ces dispositions vont « bien au-delà des exigences de respect du contradictoire et glissent dangereusement vers la procédure écrite avec représentation obligatoire » ; « La dérive des contrats de procédure », *Lamy Prud'hommes*, 2015, n° 500.

<sup>1205</sup> V. protocole modifiant la convention du 26 juillet 2000 relative à l'organisation des audiences civiles de fond au tribunal d'instance de TOULOUSE, signé le 9 juillet 2012, entre la vice-présidente chargée de l'administration du tribunal de TOULOUSE, le directeur de greffe du tribunal d'instance, le bâtonnier de l'ordre des avocats et le président de la chambre départementale des huissiers de justice de la HAUTE-GARONNE : le protocole prévoit la façon dont les parties sont informées des audiences ainsi qu'un projet de calendrier de procédure selon qu'il y a un défendeur unique ou une pluralité de défendeur.

<sup>1206</sup> O. DUFOUR, « Cour d'appel de Paris : avocats et magistrats tentent de remédier à l'asphyxie des chambres sociales », *op. cit.* ; E. NEGRON, S-C. BORIES, J. DA SILVA, « A la recherche d'une justice perdue ? » *JCP G.*, n° 26, 26 juin 2017, 726.

<sup>1207</sup> Selon que les parties sont présentes à l'audience et demandent le renvoi ou sont comparantes et non représentées, ou lorsqu'elles sont comparantes et non représentées, mais ont été régulièrement convoquées, v. Convention parisienne du 28 mai 2015, *op. cit.*

qualité procédurale. Le protocole sur le départage prud'homal l'illustre parfaitement, car la procédure de départition est peu développée par le code du travail<sup>1208</sup>.

La convention en vigueur au 1<sup>er</sup> mars 2018 devant la nouvelle chambre commerciale de la cour d'appel de PARIS (la chambre existant déjà au tribunal de commerce) se démarque des autres. La convention est la suite logique de la création de la chambre commerciale internationale au sein de la juridiction parisienne<sup>1209</sup>. Grâce à une procédure sur-mesure, elle promeut une qualité du traitement procédural pour les litiges commerciaux et partant, l'assurance d'une fluidité justicielle pour une chambre nouvellement née<sup>1210</sup>. L'objectif est de faire de la place parisienne un forum judiciaire international en matière commerciale<sup>1211</sup>, en concurrence avec la *commercial court* de LONDRES à la sortie du *Brexit* et l'arbitrage international<sup>1212</sup>. Optimiser l'efficacité des règles de procédure, c'est piocher parmi les règles du code de procédure civile existantes pour expliciter celles qui peuvent être particulièrement adaptées pour ce contentieux international. Le but est d'ériger un décalque assez proche de la procédure contentieuse de *common law* en adaptant la procédure française par voie de protocole<sup>1213</sup> et permettant l'utilisation de la langue

---

<sup>1208</sup> Sous l'empire de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (D. n° 2008-244 du 7 mars 2008, [art. L. 1454-2 à L. 1454-4 et R. 1454-29 à R. 1454-32 en vigueur au jour du protocole], v. Convention sur le départage dans le ressort du TGI de NANTERRE signée le 12 avril 2012 : la convention organise le passage de la procédure de jugement prud'homale en formation paritaire à la procédure de jugement de départage par un juge d'instance. Par exemple, il y est prévu que les parties peuvent transmettre de nouvelles écritures et pièces au départage quinze jours avant l'audience en les adressant par mail au greffe. À l'audience, le juge départiteur peut réaliser un rapport reprenant l'exposé des faits, les moyens et les demandes des parties.

<sup>1209</sup> F. ANCEL, « La chambre commerciale internationale de la cour d'appel de PARIS », *RDA*, n° 18, mai 2019, p. 14 et « L'accès aux chambres : compétences et contentieux. Les compétences de la CCIP-CA », *RLDA*, supplément au n° 152, 1<sup>er</sup> oct. 2019.

<sup>1210</sup> Sur le long terme, il s'agit d'éviter la diminution de la performance d'une nouvelle chambre, vierge de dossiers, de stock, qui peut être très productive et demeurer séduisante dans l'offre de justice rapide et qualitative proposée, C. GALLOY, « Les nouvelles chambres internationales », *Affiches parisiennes*, 20 juill. 2018 ; HCJP, « Préconisations sur la mise en place à PARIS de chambres spécialisées », mai 2017, les propositions 1 à 14 portent sur l'aménagement de la procédure et les propositions 15 à 23 sont de l'ordre la justice (sélection et formation des magistrats de la chambre, locaux de la chambre, diffusion des décisions de la chambre, etc.).

<sup>1211</sup> Il s'agit de s'inscrire dans une politique de justice mondiale pour faire de PARIS une place juridictionnelle d'envergure attractive pour les acteurs économiques, v. la Convention signée le 7 février 2018 entre la cour d'appel de PARIS et l'ordre des avocats, en présence de la garde des Sceaux : « Cette nouvelle chambre a vocation à répondre aux attentes des opérateurs économiques qui souhaitent pouvoir bénéficier d'un système juridictionnel attractif » ; Convention signée le même jour devant le tribunal de commerce : « Le présent protocole a pour objectif de préciser les modalités selon lesquelles les affaires sont instruites et juger devant cette chambre où une large place est laissée à l'utilisation de la langue anglaise et à la preuve testimoniale, et ce afin de répondre aux attentes des opérateurs économiques qui souhaitent pouvoir bénéficier d'un système juridictionnel attractif ».

<sup>1212</sup> O. DUFOUR, « PARIS à la conquête du contentieux commercial international », *Gaz. Pal.*, 13 févr. 2018, n° 6, p. 5 ; C. ARENS, « Préface », *RLDA*, n° 152, supplément, 1<sup>er</sup> oct. 2019 ; HCJP, « Rapport sur les implications du *Brexit* dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale », H. MUIR WATT (dir.), 30 janv. 2017.

<sup>1213</sup> O. DUFOUR, « PARIS part à la conquête du contentieux commercial international », *op. cit.* : « D'abord, permettre l'utilisation de l'anglais à l'audience. Ensuite, rapprocher le procès de la culture anglo-saxonne, autrement dit permettre l'audition de témoins et d'experts dans le cadre d'un examen oral approfondi du dossier sur plusieurs jours » ; Rapport HCJP de mai 2017, *op. cit.*, p. 29, qui précise que l'attractivité de la juridiction parisienne suppose notamment « un ajustement des règles de procédure », et la détermination des « moyens humains, techniques et matériels qui devront être mis à la disposition des juridictions » ; C. ARENS, « Préface », *op. cit.* : « L'objectif était que ces deux chambres deviennent un lieu incontournable du traitement des contentieux commerciaux entre acteurs économiques internationaux, sans modification législative, ni réglementaire, via l'élaboration de deux protocoles » ; v. *contra*. E. GAILLARD, « Conclusion. L'avenir des chambres commerciales internationales de Paris », *RLDA*, n° 152, 1<sup>er</sup> oct. 2019 : « La nécessité de l'adoption, par les parties, d'un "protocole relatif à la procédure", constitue un verrou qu'il y a lieu de faire sauter si l'on veut voir l'institution s'épanouir (...) ».

anglaise pour la communication des pièces et les audiences de plaidoiries (CPC, art. 23)<sup>1214</sup>. Sur le contenu plus technique, la convention fait œuvre de pragmatisme entre gestion du temps de la procédure et mesures d'instruction<sup>1215</sup>.

## B - Les contrats collectifs pour la mise en état pénale

**271. Des protocoles aux degrés d'optimisation variables.** Moins connus, ils sont plus ou moins radicaux dans leur degré d'optimisation. Il est opportun de présenter le protocole de la juridiction parisienne conclu pour verrouiller la procédure d'expertise durant la phase d'information et de jugement<sup>1216</sup>. Le contrat collectif optimise la procédure en stabilisant les droits des parties privées et le rôle du ministère public en collaboration avec l'autorité judiciaire. La qualité attendue de l'expertise est de nature à ne pas rallonger les débats, assurer sa conduite raisonnée (coût/mesure), améliorer la présomption d'innocence et faciliter le cas échéant l'imputation des faits à l'individu mis en cause afin d'aboutir à la décision la plus contradictoire et juste possible. D'autres conventions pénales sont plus franches et plus particulières. Elles bouleversent toutefois la philosophie des règles procédurales pour gagner du temps et assurer la survie du service<sup>1217</sup>.

---

Il suppose vraisemblablement une intervention au minimum réglementaire. Celle-ci serait bienvenue sur l'ensemble des questions de procédure, de façon à orienter la pratique et à rendre naturelle l'utilisation des mesures d'administration de la preuve qui paraissent essentielles à la plupart des plaideurs étrangers. L'efficacité de l'offre française dans la concurrence internationale est à ce prix ».

<sup>1214</sup> O. DUFOUR, « PARIS part à la conquête du contentieux commercial international », *op. cit.* : « "nous avons découvert que l'article 435 du code de procédure civile autorisait les parties à demander à être jugées en chambre du conseil, ce qui peut, selon les circonstances, régler le problème de la traduction des débats en anglais pour de simples raisons de publicité, l'équilibre des droits des parties demeurant garanti" ».

<sup>1215</sup> D'abord la compétence de la chambre est définie : concurrence, contrats commerciaux, recours contre les décisions en matière d'arbitrage international (art. 1.1). Ensuite, la convention prévoit, sans contrarier l'ordonnance de VILLERS-COTTERETS et l'article 2 de la Constitution française, le recours à la langue française pour les actes de procédure et les débats, avec possibilité de verser des pièces anglaises et de solliciter des traductions en anglais ou même en français pour les pièces. Durant les audiences, témoins, techniciens, experts et conseils des parties sont autorisés à s'exprimer en anglais (art. 2). L'organisation de la mise en état est développée et le rôle du conseiller de la mise en état quant au calendrier de procédure devant être adopté est précisé (art. 4). De plus, les règles d'administration de la preuve à l'audience sont revues (art. 5) afin de permettre un système anglo-saxon autour de la comparution personnelle des parties interrogées par le juge et entre elles (l'aménagement portera sans doute sur CPC, art. 189 al. 1 et 193), sur les déclarations des tiers qui peuvent être dactylographiées et sur les cours auditions de témoins, le juge pouvant inviter les témoins à répondre aux questions que les parties souhaitent poser (l'aménagement portera sans doute sur CPC, art. 214). Enfin le jugement sera rédigé en français et accompagné d'une traduction jurée en anglais.

<sup>1216</sup> Convention parisienne sur la conduite et la gestion des expertises pénales signée le 27 juin 2007, *op. cit.* ; E. BINOCHÉ, « Expertise et contractualisation : de nouvelles avancées », *op. cit., spéc.* n° 2 : « La promotion de la coopération des parties, plutôt que l'affrontement qui peut le plus souvent être évité, devrait, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, favoriser l'élaboration d'un avis technique ou scientifique abouti, permettant de conduire à une décision juste, parce qu'ajustée ».

<sup>1217</sup> Convention de partenariat entre la CPAM des YVELINES et le tribunal de grande instance de VERSAILLES dans le cadre d'un préjudice corporel pris en charge par la CPAM signée le 26 juin 2015, *op. cit.* : en principe, sans appel en cause de la CPAM aux fins de se voir déclarer le jugement commun, celui-ci est nul (Cass, art. L. 376-1, L. 454-1 et L. 455-2). Mais en pratique, l'audience est suspendue ou renvoyée, donc ralentie jusqu'à ce que la mise en cause soit effectuée. Pour faciliter l'intervention de l'organisme, une feuille navette est élaborée par la convention collective afin qu'il puisse faire succinctement valoir sa position sur l'intervention à l'audience, ce qui évite une perte de temps et obtention d'une décision juridictionnelle non viciée ; V. SAGNANT, « L'aménagement des peines dans la juridiction de CRETEIL », *op. cit.* : « notre politique commune se concrétise dans des protocoles ou des notes de consensus que l'on élabore avec les différents partenaires : le greffe, le parquet, le SPIP et



**272. Conclusion du chapitre.** Dans une théorie renouvelée des sources du droit, un ordre juridique négocié est révélé. Il se manifeste à travers la concurrence entre les normes contractuelles de procédure et les normes étatiques de procédure. L'application des deux systèmes de normes permet d'aboutir au même résultat : réguler (différemment) les mêmes comportements juridiques des acteurs de la procédure de règlement du conflit. L'autonomie processuelle et l'hétéronomie collective se substituent à l'ordre juridique étatique imposé. Le contrat est une vraie source du droit processuel en ce qu'il permet d'écarter le droit procédural étatique ou de le remodeler. Le contrat processuel possède une normativité propre qui se comprend au regard de ses énoncés normatifs auxquels s'ajoute une fonction normative. La fonction normative est appréciée par rapport au droit étatique de la procédure : le contrat processuel individuel conduit à esquiver l'application des règles procédurales étatiques au regard de ses fonctions de substitution et de dérivation processuelles (la substitution processuelle porte sur la définition d'un nouveau circuit procédural quand la dérivation processuelle porte sur l'aménagement ponctuel du circuit procédural choisi) ; le contrat collectif permet d'expérimenter la norme de procédure étatique, la promouvoir, la prolonger (fonction circulaire) et l'optimiser, dans le but de garantir la qualité et la bonne administration de la justice. En cela, le contrat processuel véhicule une utilité normative indéniable que lui seul peut procurer et qui justifie son insertion dans l'ordre juridique objectif.

---

la direction de l'établissement pénitentiaire. Concernant la procédure d'application des peines avant exécution du jugement, si le code prévoit une « enquête de faisabilité » pour évaluer notamment le placement de la personne sous surveillance électronique, le protocole prévoit qu'elles ne sont jamais demandées (ce protocole et les améliorations successives reposent sur une organisation particulière) : « l'on ne demande aucune enquête de faisabilité au SPIP sauf exception, sachant que nous avons eu en 2010 environ 1 800 saisines en 723-15 et que nous avons convoqué 2 000 personnes en 2010. Si nous avons demandé au SPIP des enquêtes de faisabilité, cela voulait dire qu'il fallait choisir de ne pas faire autre chose ». De surcroît, à la suite de l'audience de jugement et en vertu de l'article 723-5 CPP, une rencontre est organisée avec le juge de l'application des peines. Puis une fois la mesure d'aménagement envisagée, par le juge, une audience contradictoire en chambre du conseil doit être tenue en vertu de l'article 712-6 CPP. Cependant, c'est de manière constante (90 % affaires) que le hors débat doit être privilégié pour la seule et bonne raison que les magistrats n'ont pas le temps de le faire pour chaque dossier (le parquet prend ses réquisitions sur le rôle d'audience et au vu du casier judiciaire) « dans un souci de rationalisation », « pour que la "machine" puisse tourner parce que sinon nous serions totalement engorgés ».



**273. Conclusion du titre.** Le contrat processuel n'a pas qu'une existence théorique. Il dépasse la sphère juridique de ses destinataires qui sont amenés à suivre les normes prescrites. Le contrat a un rôle à jouer dans l'ordre juridique procédural et peut être élevé au rang de source du droit processuel compte tenu des fonctions normatives que lui seul peut procurer et qui assurent l'(in)effectivité, l'efficacité et l'efficience du droit procédural étatique. Ce n'est pas qu'un acte d'application du droit, mais un acte créateur de droit. Les fonctions normatives du contrat processuel traduisent ainsi son utilité normative qui est indéniable. Elles constituent l'intérêt de promouvoir le contrat processuel dans l'ordre juridique objectif. En effet, sans contrat processuel individuel, la mise à l'écart des normes étatiques de procédure par les acteurs du procès est inenvisageable. Sans contrat collectif, le droit étatique ne peut être adapté aux contingences du terrain judiciaire. Il faut ainsi constater la naissance d'un ordre juridique processuel négocié.



**274. Conclusion de la partie.** La quête pour déceler la capacité du contrat à régir le déroulement des procès a débuté par la réfutation de l'apparence contractuelle fondant la contractualisation étudiée. Il s'agissait d'abord de rechercher avec certitude l'existence du contrat sur les terres du procès. Pour cela, il a fallu reprendre la notion de contrat - substantiel - qui s'est avérée inadaptée en droit processuel. En effet, d'un point de vue conceptuel, la définition du contrat oscille entre des conceptions objectives et subjectives qui empêchent de fixer la teneur de ses traits caractéristiques qui sont l'accord des volontés et un effet de droit. Ainsi, les accords de la contractualisation sont plus ou moins contractuels et processuels. Tout dépend de la charge consensuelle et de la charge processuelle qui découlent de l'application des différentes théories du contrat substantiel. D'un point de vue fonctionnel, le contrat est traditionnellement vu comme un outil juridique pour assurer l'échange économique entre patrimoines, de sorte que sa nature et son régime, celui du contrat civil, ne correspondent pas aux exigences des accords processuels très différents de ces premiers. L'instabilité notionnelle du contrat et sa fonction classique d'instrument économique sont les causes principales de la contractualisation dite illusoire qui règne dans le paysage normatif. Cette contractualisation recèle de nombreux accords qui sont tantôt considérés comme de vrais contrats, tantôt comme de simples actes juridiques unilatéraux croisés selon le pouvoir accordé à la volonté de leurs auteurs. Pour déjouer la contractualisation illusoire et tenter de bâtir une contractualisation authentique, la notion de contrat a dû être améliorée et épurée.

La liaison des intérêts juridiques a permis de stabiliser l'accord des volontés, sujet aux variations subjectives et objectives. L'intérêt est défini comme la position de l'auteur de l'acte juridique en mesure de tirer avantage du changement de situation normative envisagé. La norme contractuelle est une prescription juridique, un modèle pour la conduite des comportements qui permet de répondre à cet intérêt juridique pour le satisfaire. Le contrat est donc vu comme la liaison d'intérêts juridiques, scellés dans un accord de volontés signalant la prise d'une norme en vue de satisfaire ces intérêts.

Il convenait ensuite de déterminer ce qui donnait au contrat sa dimension processuelle. Le contrat processuel se situe dans le plan procédural (la méthode de résolution du conflit), plan intermédiaire entre le plan substantiel (le conflit) et le plan judiciaire (le service public de la justice). Le contrat processuel se distingue alors des contrats substantiels et judiciaires à fin ou potentialité processuelle qui génèrent de nombreuses conséquences de procédure sans pour autant faire partie du plan procédural. Le contrat processuel a donc été défini comme une liaison d'intérêts juridiques processuels scellés dans un accord de volonté manifestant l'édiction d'une

norme de procédure étant la seule à pouvoir satisfaire ces intérêts. Le contrat processuel individuel conclu par les acteurs du conflit a été distingué du contrat collectif processuel pris par les acteurs de la justice. Les deux permettent d'organiser la conduite d'un procès particulier. Le contrat processuel n'est pas un contrat spécial, mais une espèce faisant partie du genre autonome représenté par l'acte juridique processuel.

Il a fallu éprouver la définition du contrat processuel afin de révéler le champ de la contractualisation authentique du procès. Il s'est avéré que la plupart des accords de la contractualisation étaient des contrats à fin ou potentialité processuelle. Par exemple, le noyau dur de la contractualisation du procès, le contrat de transaction, n'est pas un contrat processuel. Il n'organise pas directement la procédure de résolution du conflit. Il se situe dans le plan juridique substantiel, bien qu'il puisse perturber le champ processuel. De manière similaire, les contrats d'objectifs, œuvre de coopération entre la juridiction et la Chancellerie ou le Conseil d'État, sont des contrats qui se situent dans le plan justiciable, sans jamais en sortir, bien qu'ils tendent *in fine* à l'amélioration de l'équité des procès. Le contrat processuel est celui qui organise le déroulement des procédures dans le plan procédural, en ce qu'il touche aux normes en lien avec l'action en justice, l'instance et le jugement.

Le contrat processuel existe donc au moins en théorie dans la sphère juridique des parties. Or, pour exister pleinement dans l'ordre juridique, il devait posséder une normativité suffisante. Il ressort d'une analyse renouvelée des sources du droit que le contrat processuel est doté de fonctions normatives qui constituent le seul moyen d'esquiver la norme étatique (fonctions de substitution et de dérivation pour le contrat individuel), ou bien de la rendre plus effective, plus efficace ou plus efficiente (fonction d'expérimentation, fonction de promotion, fonction circulaire et fonction d'optimisation pour le contrat collectif). En cela, le contrat possède une utilité propre et mérite le statut de source du droit. Il est donc justifié qu'il fasse partie de l'ordre juridique processuel déjà construit. Les contrats processuels se développent et ils ne peuvent plus être ignorés par le droit objectif tant ses fonctions normatives jouent un rôle crucial dans l'ordonnement juridique. Pourtant, il sera vu dans la partie suivante que si *des* contrats processuels sont connus et régis par les textes de procédure, *le* contrat processuel reste inconnu, de sorte que chaque accord est doté de son propre régime juridique, sans cohérence aucune, cela étant de nature à limiter l'essor de la contractualisation authentique.

## **Seconde partie - L'intégration du contrat processuel dans l'ordre juridique**

Le contrat processuel n'existe pas seulement en théorie, en soi et pour soi. Il existe pleinement dans la sphère juridique de ceux qui l'ont conclu et qui s'y croient tenus. De plus, il est doté de fonctions normatives justifiant qu'il soit élevé au rang de source du droit processuel. Une telle normativité implique de le positionner au sein de l'ordre juridique structuré par des normes impératives, lesquelles prescrivent des actions unilatérales en vue de faire progresser les processus de règlement des conflits. Un tel positionnement reste inachevé tant que l'ordre juridique ne prévoit aucun mécanisme structurant la validité de l'acte ainsi que ses effets juridiques. Or, le constat est le suivant : le contrat processuel n'est actuellement pas reconnu en droit positif comme instrument d'organisation des procès. Il sera vu que le droit du procès demeure seulement en position de tolérance vis-à-vis de ce contrat. En effet, bien que des « accords » processuels ne cessent de se multiplier, aucun texte n'envisage expressément de conférer aux acteurs du conflit et de la justice la liberté d'aménager le déroulement des procédures par voie de contrat. Quelques contrats processuels sont reconnus en substance, mais ils ne sont pas qualifiés de « contrat » et n'ont pas de base normative commune et cohérente pour régir leur validité et leur efficacité. Autrement dit, *des* contrats processuels existent, mais *le* contrat processuel n'est pas expressément reconnu dans l'ordre juridique impératif. À défaut d'une telle reconnaissance, la validité (titre 1) et les effets juridiques (titre 2) du contrat processuel demeurent des plus incertains. Tant qu'il ne sera pas pleinement intégré dans l'ordre juridique, le contrat processuel ne sera pas en mesure d'être un instrument normatif offrant la possibilité d'organiser les procès conformément aux volontés communes des acteurs du conflit et de la justice. Seul un socle textuel sera de nature à favoriser l'organisation contractuelle des procès de manière efficace.





## Titre 1 - La validité du contrat processuel

La validité d'un acte normatif peut, *lato sensu*, être définie ainsi : « est valide la norme ou l'acte dont on reconnaît, dans un système juridique donné, qu'il doit sortir les effets de droit que ses auteurs entendaient lui attribuer<sup>1218</sup> ». Dans la théorie des sources du droit, la validité s'apprécie doublement. La validité se compose de la légitimité de l'acte contractuel et de la légalité de l'acte contractuel<sup>1219</sup>. De la validité matérielle (la légitimité), découle en principe la validité positive (la légalité)<sup>1220</sup>. La validité matérielle ou légitimité correspond à des valeurs méta-positives, c'est-à-dire aux valeurs de la justice matérielle, ce qui est juste. La légitimité mesure la capacité de l'acte juridique à pouvoir être intégré dans le système juridique dans lequel il a vocation à jouer. La validité positive repose quant à elle sur la manière d'accepter l'acte dans l'ordre juridique processuel.

Concernant l'acte processuel, celui-ci sera confronté aux enjeux de la justice procédurale et de la justice institutionnelle. Il conviendra de vérifier si le contrat processuel est doté d'une capacité suffisante à pourvoir à l'œuvre de justice contemporaine (chapitre 1). Le cas échéant, cela lui donnera le brevet de légitimité attendu, condition fondamentale pour accéder à l'ordre juridique étatique. La multiplication des accords processuels par les pouvoirs publics ne suffit pas, à elle seule, à lui reconnaître la validité matérielle espérée. En outre, malgré l'essor flagrant des outils de nature contractuelle, et même presque trente ans après que la contractualisation ait été révélée, le contrat processuel est loin d'être reconnu dans le système juridique qui n'encadre pas réellement sa validité positive. La volonté des pouvoirs publics d'insuffler le contrat et ses vecteurs dans l'organisation des procès (consensus, auto-détermination, négociation, *etc.*) ne

---

<sup>1218</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau », *Presses de l'Université de SAINT-LOUIS*, 2010, v. le chapitre IV consacré à la validité des instruments normatifs. Les auteurs reconnaissent trois pôles de la validité, à savoir la validité formelle relative à un ordre juridique donné, la validité empirique du fait de l'effectivité et la validité axiologique en ce que l'acte est conforme à la justice. Ils parlent des trois pôles ou dimensions de la validité qui sont la légalité, l'effectivité et la légitimité. Les auteurs parlent de validité interne pour le premier pôle, de validité externe pour les deux derniers. Le domaine le plus connu de la validité est celui de la validité formelle (légalité) et porte avant tout sur les règles de formation régulière de l'acte juridique, ce qui conditionne, en partie, l'effectivité des normes lorsque leur régularité peut être vérifiée par un organe du droit.

<sup>1219</sup> F. OST, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *RIEJ*, 1984/1, vol. 12, p. 163 : « Par légitimité, nous entendons la conformité de la norme à des normes, valeurs ou principes extra-juridiques, de nature éthique ».

<sup>1220</sup> Aujourd'hui, dans un État de droit, la légitimité est fondue dans la légalité, car la loi représente le juste. Toutefois, compte tenu de la crise de la loi, il est opportun d'essayer à nouveau de dissocier les deux, L. K. SOSOE, « La légitimité est-elle possible par la simple légalité ? », *Les cahiers de droit*, 42/3, 2001, p. 883, *spéc.* p. 904 : « chaque génération et chaque siècle lui apportent la réponse qui convient en s'interrogeant sans cesse sur la façon dont l'ordre juridique (la légalité) peut rejoindre au mieux les principes qui, d'après nous, ont - et doivent avoir - une valeur universelle (la justice) pour remplir les conditions d'acceptabilité de la part des citoyens souverains (la légitimité) dans leurs intérêts particuliers et unis dans un espace public et dans le respect de tous et chacun en vue de coordonner leurs plans d'action ».

peut plus être véhiculée de manière insidieuse. Il convient de bâtir la légalité du contrat processuel, à défaut de pouvoir en déceler un socle uniforme en droit positif (chapitre 2).

## Chapitre 1 - La validité matérielle du contrat processuel

La validité matérielle renvoie à la légitimité de l'acte qui, dans son sens strict, est la qualité de ce qui est équitable, conforme à l'esprit de justice<sup>1221</sup>. Le contrat processuel doit avoir une légitimité suffisante pour trouver une véritable place dans l'ordre juridique. Il a déjà pour trait caractéristique le lien de droit entre des intérêts processuels. Partant, il serait naturellement œuvre de justice, mais cela est insuffisant. D'ailleurs, l'absence de reconnaissance du contrat processuel en droit positif pourrait constituer une présomption de son manque de légitimité. Or, il apparaît que le Droit tolère *quelques* contrats processuels, même s'il ne reconnaît pas le contrat processuel comme mode d'organisation des procès. En réalité, le contrat processuel jouit d'une légitimité instable, cantonnée à la préservation de l'efficacité de la justice institutionnelle. Le droit du procès est dans une période transitoire : pour l'instant, le contrat processuel est principalement vu comme le moyen de réguler les flux de l'institution judiciaire en crise<sup>1222</sup>. Cette crise, connue dans son aspect économique, devient une crise de confiance envers ceux qui participent à l'œuvre de justice institutionnelle, car le processus de production judiciaire est de plus en plus complexe<sup>1223</sup>. Par conséquent, la place du contrat processuel interroge, car il est apparemment réduit à un moyen d'esquiver l'institution qu'est la justice française. Néanmoins, la légitimité du contrat processuel ne repose pas uniquement sur des ressorts économiques, mais permet d'aboutir à une justice qualitative (section 1), dans un modèle de procès qui est en voie de renouvellement. Cela justifie pleinement de le reconnaître dans l'ordre juridique comme un outil autonome d'organisation des procès, afin de maintenir un équilibre procédural recherché par les pouvoirs publics (section 2).

### Section 1 - La légitimité au soutien du développement du contrat processuel

Rechercher la validité matérielle du contrat processuel repose sur une double démarche, entre légitimité endogène et exogène. La légitimité endogène consiste à évaluer l'aptitude du contrat

---

<sup>1221</sup> L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, « Théorie générale du procès », *op. cit.*, p. 51, n° 16, s., le juste comme idéal étant conforme à l'éthique (morale) et à l'équité.

<sup>1222</sup> P. CONTE, « La nature juridique des procédures "alternatives aux poursuites" : de l'action publique à l'action à fin publique » in « Sciences pénales & sciences criminologiques », Mém. R. GASSIN, PUAM, 2006, p. 189, *spéc.* n° 1 : « A qui fera-t-on croire que les procédures alternatives aux poursuites auraient vu le jour si l'engorgement des juridictions n'était pas ce qu'il est ? ».

<sup>1223</sup> IGJ, « Mission d'appui aux chefs de cour et à la DSJ, visant au diagnostic de l'état des stocks », nov. 2021, p. 4.

processuel à offrir une justice de qualité. Plus le contrat processuel est en mesure d'offrir un niveau de justice équivalent ou supérieur à celui qui résulte de la mise en œuvre des règles étatiques unilatérales et impératives, plus la construction d'un modèle de procès contractuel devient envisageable (§1). La légitimité exogène du contrat processuel s'apprécie par rapport aux règles du procès, avec lesquelles il entre en concurrence<sup>1224</sup>. Le contrat processuel est un outil qui permet de prévoir d'autres normes de procédure plus souples ou plus rigides que celles du droit étatique (§2). Il y a donc lieu de vérifier si les normes contractuelles, dotées d'une utilité normative propre, sont maintenant conformes à l'esprit de justice.

## § 1 - La légitimité endogène du contrat processuel

Le contrat processuel est principalement vu comme un outil adéquat pour améliorer l'efficacité de la justice (I), avant d'améliorer, *in fine*, la qualité de la procédure de résolution des conflits, et donc, de manière plus lointaine, la qualité de la justice matérielle (II).

### I - Le contrat processuel au service de la bonne administration de la justice

La collision des forces économiques, sociales, juridiques, technologiques, politiques, médiatiques et philosophiques, a été à l'origine d'une réflexion d'ensemble sur la notion de bonne administration de la justice<sup>1225</sup>. Les pouvoirs publics recherchent un idéal de bonne justice qui s'apprécie essentiellement au travers de la performance du système institutionnel. La qualité de la justice serait une qualité arithmétique (A). Il s'agit d'améliorer le fonctionnement du service public de la justice, face aux stocks d'affaires qui ne désemplissent pas, et un budget qui évolue peu<sup>1226</sup>. Le contrat processuel est donc un outil procédural au service de la nouvelle économie de la justice (B). De ce point de vue, et pour ces seules raisons,

---

<sup>1224</sup> La concurrence signifie que le contrat processuel et les règles étatiques sont des sources de la procédure qui règlent des situations similaires.

<sup>1225</sup> À propos du manque de moyens affectés à la justice, v. J-J. URVOAS, « "Je découvre presque chaque jour un peu plus l'ampleur des difficultés" », *Gaz. Pal.*, 27 sept. 2016, n° 33, p. 9 ; « La "crise" de la justice dénoncée par les professionnels du droit », *JCP G.*, n° 11-12, 14 mars 2011, 294 ; N. FRICERO, « Une justice efficace et de qualité pour 800 millions d'Européens, c'est possible ! À propos du rapport de la CEPEJ du 20 septembre 2012 », *JCP G.*, n° 40, 1<sup>er</sup> oct. 2012, 1031.

<sup>1226</sup> Il est devenu banal d'affirmer que les affaires soumises aux juridictions ne cessent d'augmenter, ce qui n'est pas forcément toujours vrai. En réalité, on constate même une baisse de certaines affaires nouvelles entre 2009 et 2019. En revanche, les délais de traitement s'allongent. Cela ne peut pas être le seul élément comptable pour prendre la mesure de l'activité de la justice afin d'anticiper des réformes de procédure tendant à éviter la saisine de la justice, v. par ex. les chiffres clés de la justice entre 2009 et 2019 sur [justice.gouv.fr](http://justice.gouv.fr). Par ex., en 2009, le délai moyen de traitement des affaires devant les juridictions d'appel en matière civile était de 11,5 mois. La réforme MAGENDIE n'a pas l'air d'avoir eu l'effet escompté, puisque le délai moyen est de 14 mois en 2019. Le nombre de dossiers en stock en 2009 était de 219.072. Il est passé à 270.197 en 2019. En matière de justice administrative, 180.246 requêtes ont été déposées devant les tribunaux administratifs en 2009 contre 231.280 en 2020. En revanche, le délai d'écoulement des stocks est passé de 11 à 9,3 mois. Seule la justice pénale demeure assez stable, par nécessité.

sa légitimité est contestable, car cela traduit le désengagement de l'État dans sa mission régaliennne qui est de rendre la justice. Les contrats de substitution processuelle, dont l'essor est fortement marqué par la volonté des pouvoirs publics (CPC, art 750-1, CJA, art. L. 213-11), et les contrats collectifs d'optimisation processuelle, qui sont les plus nombreux en pratique, participent de cette dynamique managériale des procès.

## A - La nouvelle économie de la justice

**275. La qualité managériale de la justice, une administration performante.** La justice est confrontée plus que jamais au diktat de l'économie. Le service public de la justice, si particulier du fait de sa mission régaliennne, n'a pas échappé aux politiques de rationalisation économique qui ont affecté l'action publique<sup>1227</sup>. L'économie a toujours été au cœur des réformes des pouvoirs publics en matière de justice<sup>1228</sup>, mais, plus récemment, le nouveau point de départ, la loi organique de 2001 relative aux lois de finances (dite LOLF), a introduit une stricte politique budgétaire en matière de justice judiciaire. Cette loi a « institué une présentation des crédits votés, en missions et programmes<sup>1229</sup> » (crédits de paiement et autorisations d'engagement).

En conséquence, le service public de la justice s'administre comme une entreprise<sup>1230</sup>. Des auteurs parlent du « *new public management*<sup>1231</sup> » qui guide l'ensemble de l'action publique du

---

<sup>1227</sup> J. CHEVALLIER, « La juridicisation des préceptes managériaux » in « Politiques et management public », *Droit et management public*, 1993, vol. 11, n° 4, p. 111.

<sup>1228</sup> Le facteur économique a toujours été plus ou moins présent depuis que la justice est régaliennne, v. L. CADDIET, « *Case management* judiciaire et déformalisation de la procédure », *RFAP*, 2008/1, n° 125, p. 133, *spéc.* p. 137 ; J-P. JEAN, D. SALAS, « Culture judiciaire et culture administrative », *RFAP* 2008/1, n° 125, p. 5 ; A. GARAPON, « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? », *D.*, 1997, p. 69.

<sup>1229</sup> Il s'agit, chaque année, de faire état des moyens alloués à chaque programme de mission en tenant compte des besoins humains et matériels pour assurer le fonctionnement du service public de la justice. La justice est considérée comme une mission - la mission justice - qui se divise en 6 programmes de financement, la justice judiciaire (n° 166), l'administration pénitentiaire (n° 107), la protection judiciaire de la jeunesse (n° 182), l'accès au droit et à la justice (n° 101), la conduite et pilotage de la politique de la justice (n° 310) et le conseil supérieur de la magistrature (n° 325). Ces missions relèvent de la compétence du ministère de la Justice, alors que le Conseil d'État a pu se détacher de sa tutelle pour négocier directement le budget avec le ministère des Finances ; D. MARSHALL, « L'impact de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) sur les juridictions » in « Une administration pour la justice », *RFAP*, 2008/1, n° 125, p. 121, *spéc.* n° 122 ; H. PAULIAT, « Le modèle français d'administration de la justice : distinctions et convergences entre justice judiciaire et justice administrative », *RFAP*, 2008/1, n° 125, p. 93, *spéc.* n° 10 et 11 ; C. BOYER-CAPELLE, « Gestion des dossiers et qualité de la justice administrative », *RFAP*, 2016/2, n° 159, p. 727, *spéc.* p. 733.

<sup>1230</sup> C. ROTHMAYR ALLISON, « Le droit et l'administration de la justice face aux instruments managériaux », *Droit et société*, 1<sup>er</sup> juin 2013, n° 84, p. 277 ; H. GUILLAUME, G. DUREAU, F. SILVENT, « Gestion publique. L'État et la performance », *Presses Sciences Po et DALLOZ*, 2002, p. 28 ; P. BOILLAT, S. LEYENBERGER, « L'administration et l'évaluation du service public de la justice, vu du Conseil de l'EUROPE », *RFAP* 2008/1, n° 125, p. 55.

<sup>1231</sup> Y. PESQUEUX, « le nouveau management public" (ou *new public management*) » HAL-00510878, 22 août 2010 : le management comprend classiquement « la gestion agents publics », « la gestion financière et comptable », la responsabilité sociale et les attentes particulières de l'entreprise. Le *new public management* insiste sur « la programmation, la coordination, la contractualisation, l'évaluation des décisions » autour « d'indicateurs d'activité, d'outils de gestion budgétaire et comptables, d'outils de mesures des coûts dans la perspective de répondre à trois logiques d'action » : « l'efficacité socio-économique », « la qualité de service » et « l'efficacité de la gestion ou d'efficience » ; F. BOTTINI, « L'impact du *new public management* sur la réforme territoriale », *RFDA*, 2015, p. 717.

système institutionnel de justice. Dès lors, la logique comptable et entrepreneuriale pénètre le service public régalien de la justice<sup>1232</sup> : « "productivité", "flux", "gestion des stocks d'affaires", "performance"<sup>1233</sup> », « ratios », « tableaux de bord<sup>1234</sup> », voici la nouvelle sémantique LOLF<sup>1235</sup> qui décrit l'idéologie d'une justice en quête de performance et qui est soumise aux affres de la productivité<sup>1236</sup>.

**276. La justice à pleine vitesse, avec un faible budget.** Malgré des augmentations constantes, le budget de la justice est considéré comme insuffisant pour traiter, dans les meilleurs délais, les affaires stockées et les affaires nouvelles, au regard des moyens humains et matériels disponibles<sup>1237</sup>. La justice doit produire plus, plus vite, tout en maintenant une certaine qualité qu'elle doit garantir aux citoyens. La capacité de rendement de la justice devient son leitmotiv<sup>1238</sup>. Ce service public régalien se décrypte alors en méthodes de gestion et de management, basées sur l'idée qu'il s'intègre dans un « marché de la justice » international,

---

<sup>1232</sup> H. PAULIAT, « Introduction de la problématique d'ensemble » in « La place de l'autorité judiciaire dans les institutions », C. Cass. (dir.), *DALLOZ*, 2016, p. 64, *spéc.* p. 65 : la justice « répond à une logique administrative dans son organisation générale, pour assurer la mission dont elle est chargée » et qui est pourtant constitutionnelle ; C. VIGOUR, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et société*, 2006/2, n° 63, p. 425 : « Ses modes d'action et de pensée, qui reposent sur la distinction entre le sacré et le profane, obéissent à une logique propre, rétive à toute démarche gestionnaire » entre « qualité de la justice ou "éloge de la lenteur" » et « institution productrice de valeurs et de symboles qui doit être pensée "hors du temps" » et de l'économie ; L. CLUZEL, « La promotion de la qualité dans les services publics, un précédent pour la justice ? » in « Évaluer la justice », E. BREEN (dir.), *PUF*, 2002, p. 53, *spéc.* p. 54 : « l'introduction de la qualité dans les administrations régaliennes est moins aisée : ignorant la relation marchande, elles ne peuvent que très partiellement être décrites et gérées par référence à la notion de « satisfaction du client », pourtant centrale dans les *démarches qualité* » ; M-L. CAVROIS, « L'administration des juridictions de l'ordre judiciaire en FRANCE », 10 mars 2007, courdecassation.fr : « administrer implique de compter, d'organiser, de contrôler (...). Les moyens affectés à la Justice étant limités, il convient d'en tirer le meilleur parti et de les administrer au mieux de l'intérêt général », ce qui implique la meilleure gestion possible des ressources et la meilleure utilisation du personnel et du matériel.

<sup>1233</sup> G. DEHARO, « *Law and management* : l'influence des sciences de gestion sur la *juris dictio* », *Gaz. Pal.*, 17 mai 2014, n° 137, p. 15.

<sup>1234</sup> Y. BENHAMOU, « Vers une inexorable privatisation de la justice, contribution à une étude critique de l'une des missions régaliennes de l'État », *D.*, 2003, p. 2771.

<sup>1235</sup> J-F BOUDET, « La grammaire Lolftienne », *RFDA*, 2015, p. 1215.

<sup>1236</sup> E. BREEN, « Les indicateurs de performance de la justice : un test pour la réforme des finances publiques » in « Évaluer la justice », E. BREEN (dir.), *PUF*, 2002, p. 25, *spéc.* p. 31 : « Lorsque l'économie se saisit de la justice, elle peut chercher à l'analyser comme une "fonction de production", c'est-à-dire comme le fait de transformer des "facteurs de production" qui sont le niveau et la structure des coûts de la justice, en "biens produits", qui sont les affaires terminées ».

<sup>1237</sup> Cour des comptes, « Approche méthodologie des coûts de la justice. Enquête sur la mesure de l'activité et l'allocation des moyens », 2018, p. 3 : « Après une forte augmentation du nombre d'affaires au début des années 2000, l'activité juridictionnelle est quasi stable depuis 2013 et tend même à légèrement diminuer. La hausse des moyens alloués aurait donc dû se traduire par un maintien voire une amélioration de la performance. Or tel n'est pas le cas. Les indicateurs d'activité du ministère de la Justice font apparaître une tendance à l'augmentation des stocks d'affaires en instance », les délais de traitement ayant également augmenté (p. 37, s.) ; A. GARAPON, « Vers une nouvelle économie politique de la justice », *op. cit.* : « Un besoin de plus en plus infini rencontre des ressources de plus en plus finies. Voilà les deux grandes lignes de tension de cette déroutante économie pour laquelle nous ne disposons pas de modèle historique » ; L. CADIET, « La justice face aux défis du nombre et de la complexité », *Cah. Just.*, 2010/1, 746, p. 13 ; « Cinq ans pour sauver la justice », *op. cit.*

<sup>1238</sup> L. CADIET, « Pour une justice économique efficiente en EUROPE. Introduction générale », *Gaz. Pal.*, 21 août 2008, n° 234, p. 10, *spéc.* n° 16 : « cette évolution n'est pas illégitime, tant s'en faut : le budget de la justice n'est pas extensible ; il faut donc utiliser sainement les ressources qui lui sont allouées par la collectivité nationale à partir de l'impôt » ; Y. BENHAMOU, « Vers une inexorable privatisation de la justice, contribution à une étude critique de l'une des missions régaliennes de l'État », *op. cit.* : « l'institution judiciaire ne saurait rester confinée dans une sorte d'autisme improductif » ; J-P. JEAN, « Le chantier ouvert des réformes de la justice », *RFAP*, 2008/1, n° 125, p. 7, évoquant une tension permanente entre objectifs et ressources.

devant répondre à des attentes particulières, pour rester concurrentiel<sup>1239</sup>. Le citoyen est alors considéré comme un consommateur de la justice qui devient un bien de consommation<sup>1240</sup>.

La justice est aujourd'hui pensée sur le modèle économique du *case management* issu du droit judiciaire anglais<sup>1241</sup>. Il s'agit de gérer l'activité juridictionnelle, ce qui implique, d'une part, une gestion procédurale de l'affaire en particulier pour un dossier (une gestion « micro-judiciaire »), et d'autre part et surtout, une gestion d'ensemble des procès (une gestion « macro-judiciaire »). La tendance qu'il faut constater, c'est que l'administration économique de la justice passe de plus en plus par des réformes de procédure. La procédure est au service du processus. Autrement dit, le droit du procès participe à l'amélioration du service public de la justice. Cette nouvelle politique économique de la justice engendre des contrats processuels. Ils deviennent un outil pour dynamiser l'efficacité de la justice.

## B - Les contrats processuels au service de l'économie de la justice

### 277. Les modes de règlements consensuels au service de la performance de la justice.

L'État adopte une approche économique dans la fabrication des normes de procédure générales et impersonnelles. Bien qu'il soit difficile de mesurer l'impact des réformes de procédure sur la performance des juridictions, l'objectif affiché par les pouvoirs publics est d'améliorer le fonctionnement de l'institution judiciaire en prenant des règles de procédure pour optimiser son fonctionnement. Parmi ces règles, figurent celles qui prévoient des sanctions de procédure, de plus en plus nombreuses, mais également celles qui ont vocation à mettre le justiciable à l'écart des prétoires<sup>1242</sup>.

---

<sup>1239</sup> Y. BENHAMOU, « Vers une inexorable privatisation de la justice, contribution à une étude critique de l'une des missions régaliennes de l'État », *op. cit.* : selon l'auteur, la « marchandisation » de la justice provient d'une « délégitimation de l'État » pour réguler les rapports sociaux et d'une nécessité de rationalisation des processus judiciaires entre respect d'un délai de jugement raisonnable et moyens affectés à la justice.

<sup>1240</sup> L. CADIET, « *Case management* judiciaire et déformalisation de la procédure », *op.cit., spéc.* p. 138 : « La marchandisation de la justice désigne le fait que l'idéologie concurrentielle s'infiltré subtilement au sein de l'institution judiciaire en y diffusant des logiques gestionnaires et des préoccupations managériales qui déterminent, non seulement la manière d'administrer l'institution, y compris les juridictions, mais aussi la façon de définir les règles de procédure les plus efficaces : c'est alors la justice elle-même qui est pensée selon le modèle concurrentiel ; le principe concurrentiel est érigé en modèle d'économie judiciaire » ; L. CADIET, « Efficience versus équité », *op. cit.*, p. 33 et 35, n° 6 et 7.

<sup>1241</sup> L. CADIET, « *Case management* judiciaire et déformalisation de la procédure », *op.cit. spéc.* p. 134, 135 et 136 pour la notion de « *case management* ».

<sup>1242</sup> Y. STRICKLER, « Justification des démarches préalables en vue de parvenir à une résolution amiable du litige », *JCP G.*, n° 26, 28 juin 2021, 707 : « Si les procédures mises en place par l'État doivent être tenues pour trop longues, trop complexes, trop lourdes et trop coûteuses, il faut les changer et non mettre à la porte du prétoire le justiciable qui demande la reconnaissance d'un droit dont il se considère titulaire et dont il l'est peut-être pleinement. Imposer alors, au nom d'une bonne administration de la justice la voie qui doit le conduire, par la transaction, à renoncer à une part de son droit légitime apparaît certes comme une réponse à une défaillance de l'institution judiciaire qui n'est pas, ou qui n'a pas été à un moment donné, en mesure d'apporter une solution satisfaisante à une situation conflictuelle ».

Il est fréquent de lire que les modes alternatifs de règlement des conflits sont la panacée contre l'embolie du service public de la justice<sup>1243</sup>. Voies alternatives à la saisine du système de justice, ils participeraient à la réduction des stocks et, plus lointainement, à la rénovation de la conception de la justice, plus humaine et amiable, moins tranchante<sup>1244</sup>. La justice est dans une période de transition et les modes alternatifs qui sont fortement mis sur le devant de la scène par les pouvoirs publics (de manière souple ou dure) ne rencontrent pas un franc succès malgré toute la promotion qu'on leur fait<sup>1245</sup>. En outre, les contrats processuels forcés (CPC, art. 750-1), accentuent le sentiment que le juge étatique ne s'occupe plus des « petits litiges<sup>1246</sup> », suivant l'adage *de minimis non curat praetor*, mais doit être recentré sur son cœur de métier, c'est-à-dire les causes qui justifient son intervention (le champ de l'intervention nécessaire du juge est alors défini par les pouvoirs publics).

Certes, il est possible de penser que si la majorité des litiges est réglée en dehors de l'institution judiciaire, l'efficacité du service public de la justice s'en trouvera améliorée, plus de temps étant dégagé pour les dossiers y étant soumis. Les gains de temps et d'argent sont les deux facettes de la déjudiciarisation évoquées à propos des modes amiables<sup>1247</sup>. Cela est peut-être vrai à la condition que les moyens restent constants, ou suffisamment élevés, pour permettre un traitement efficace des dossiers enrôlés, que les processus contractuels alternatifs soient suffisamment mis en œuvre par tous<sup>1248</sup>, que les accords de fin de conflits ne deviennent pas une source de nouveaux contentieux, et que les autres contentieux non déjudiciarisés restent

---

<sup>1243</sup> « Promotion et encadrement des MARD. Publication du rapport de la cour d'appel de PARIS », *DALLOZ Actualité*, 25 mars 2021 ; « La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends », Université du MANS et CA PARIS (dir.), 25 mars 2021, p. 17 : « Puisque les parties dispensent moins de temps dans le combat judiciaire, le développement de la conciliation et de la médiation impacte nécessairement à la fois les finances publiques et celles des particuliers, avec des économies budgétaires pour le service public de la justice ainsi que des économies de temps et de finance pour les particuliers ».

<sup>1244</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Chantier de l'amiable : Concevoir avant de construire », *op. cit.*, p. 63, n° 2 : « Il est tentant de résumer la politique amiable, soit à une pure gestion managériale de la justice, soit au contraire à une saine volonté de pacifier les relations sociales. En vérité, elle est l'une et l'autre. Il s'agit sans conteste de repenser l'accès au juge pour désencombrer les rôles des juridictions de tout ce qui pourrait être traité plus efficacement à l'amiable. Il s'agit aussi d'avoir l'humilité de dire que le jugement n'est pas toujours adapté au traitement du litige, qu'il peut ne pas être le point d'aboutissement d'une querrelle mais, au contraire, le point de départ d'une nouvelle discorde envenimée ».

<sup>1245</sup> P. JANUEL, « L'échec de la tentative de médiation familiale obligatoire », *DALLOZ Actualité*, 8 févr. 2021.

<sup>1246</sup> Les petits litiges sont difficiles à cerner. Il existe des causes vouées de manière flagrante à l'échec et qui ne justifient pas une saisine judiciaire, mais les petites causes ne signifient pas grand-chose. Elles ne se définissent en aucun cas par le montant de la demande (inférieur à 5.000 euros) ni par des litiges faisant partie de la catégorie de ceux qui, abstraitement, se prêteraient mieux à une conciliation (litiges de voisinage). Dans les deux cas, les problèmes juridiques peuvent être techniques et générer une réelle incertitude sur les droits substantiels. À plus forte raison, les litiges pouvant faire l'objet d'une composition pénale, même sans validation judiciaire, ne sont pas des petits conflits pénaux, dès lors qu'une peine d'emprisonnement, faible soit-elle, est encourue pour certaines infractions.

<sup>1247</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Le sens de la déjudiciarisation », *JCP N.*, n° 14, 6 avr. 2018, p. 1150, *spéc.* n° 7, s.

<sup>1248</sup> T. CLAY, « Après la crise, l'arbitrage pour tous », *Gaz. Pal.*, 21 juill. 2021, n° 27, p. 3 ; T. LABATUT, « L'arbitrage pour tous : est-ce possible ? », *LPA*, 31 déc. 2021, n° 7, p. 8.



stables<sup>1249</sup>. Cela fait donc beaucoup de paramètres très instables qui, sans étude économique et statistique, rendent assez peu crédible la capacité du contrat processuel à sauver la justice.

**278. Le contrat processuel individuel et l'efficacité du système de justice.** Hormis les processus alternatifs à la justice étatique, qui débutent par un contrat de substitution processuelle, seuls les contrats qui permettent de réduire l'activité juridictionnelle sont propices au soulagement du système de justice<sup>1250</sup>, tels que ceux qui envisagent une procédure sans audiences, le retrait du rôle ou la réduction de la matière litigieuse. Concernant, les autres contrats de dérivation processuelle qui aménagent le rôle des parties et du juge à l'occasion d'une procédure étatique, la chose est moins évidente. Les raisons sont simples : d'une part, les parties au contrat processuel ont surtout la volonté de favoriser leurs propres intérêts processuels, sans tenir compte de l'intérêt public du système institutionnel de la justice ; d'autre part, l'organisation de la procédure à la guise des parties n'est pas forcément de nature à simplifier le processus de résolution du litige, chaque acteur (avocat, juge, *etc.*) devant se réadapter procéduralement à chaque procès, au regard des normes qui auront été édictées. S'il existait une « clause générale de procédure » autorisant, par principe, les parties à un procès à aménager son cours, à leur guise, l'efficacité du système de justice, pris en l'état actuel, ne serait donc peut-être pas si démultipliée que ce qui est espéré<sup>1251</sup>. Pour autant, de but en blanc, il n'est pas non plus évident que cela soit plus couteux et chronophage. Tout dépend finalement de la marge de manœuvre laissée aux parties, de la qualité des normes contractuelles, du rôle du juge confronté au contrat processuel, de l'état des juridictions et des moyens humains et matériels dont dispose la justice. Au contraire, s'il est bien maîtrisé le contrat processuel conclu devant le juge peut participer à l'accroissement de l'efficacité du système de justice.

**279. Le contrat collectif de procédure et l'efficacité du système de justice.** Les contrats collectifs sont une œuvre de prévision du cadre processuel local à moyen et long terme. Les juridictions tentent de définir un cadre procédural qui leur est propre, aux fins de parvenir localement au but fixé au niveau national : une administration de la justice efficace, ce que les politiques économiques ne leur permettent pas de faire, puisque toutes les juridictions ne disposent pas d'une autonomie financière et donc d'une pleine marge de manœuvre pour

---

<sup>1249</sup> IGJ, « Mission d'appui aux chefs de cour et à la DSJ, visant au diagnostic de l'état des stocks », *op. cit.*

<sup>1250</sup> L. CADIET, « Le développement de la procédure participative », *op. cit.*, n° 17.

<sup>1251</sup> Dans cette période de doute sur l'avenir de la justice au cours de laquelle cette thèse est écrite, il apparaît assez difficile de pouvoir conjuguer le contrat processuel avec les impératifs de la justice institutionnelle. En effet, la justice étatique ne pourrait vivre au rythme de chaque processus particulier, alors que la tendance consiste à faire que chaque procédure vive au rythme des exigences et contraintes de l'institution judiciaire.

organiser la justice à leur niveau. Peu importe la fonction de chaque protocole, l'objectif est toujours de dynamiser, *in fine*, la procédure et donc le fonctionnement de l'institution. Il s'agit au moins de faciliter la compréhension et l'application des règles de la procédure étatique en vigueur et, au mieux, d'optimiser le traitement procédural du litige. Les contrats de procédure édictés en matière de procédure orale posent un cadre plus strict que le cadre étatique dans le but d'améliorer la célérité des procédures et donc, l'efficacité du système de justice, les dossiers étant censés être déstockés plus facilement et plus rapidement.

**280. L'économie de la justice et la légitimité insuffisante du contrat processuel.** Le contrat processuel est au service de la nouvelle économie de la justice qui impose de rechercher en permanence une efficacité accrue du système judiciaire. Cela est peut-être salubre, actuellement. Pourtant, composer avec la procédure de règlement des conflits pour garantir la viabilité du processus administratif de la justice apparaît peu légitime. L'État a le devoir constitutionnel de garantir un processus de justice suffisamment fonctionnel pour permettre la résolution des conflits, dans un délai raisonnable, de manière qualitative. C'est sa dette première et il ne peut s'en débarrasser en multipliant les mécanismes contractuels de substitution ou de dérivation processuelles, qui envisagent la réduction de l'activité juridictionnelle. Ainsi, le contrat processuel n'apparaît pas conforme aux exigences de justice telles que définies par notre contrat social. Heureusement, le contrat processuel permet de favoriser une justice de qualité, telle que chaque acteur du procès est susceptible de la concevoir. Il s'agit là de l'authentique légitimité du contrat processuel, trop peu fréquemment mise en lumière.

## **II - Le contrat processuel au service de la qualité procédurale**

**281. La recherche d'une justice de qualité.** Depuis le début du nouveau millénaire, les pouvoirs publics veulent une justice plus « simple, efficace, moderne, proche des gens »<sup>1252</sup>. Sans s'attacher aux adjectifs employés, les pouvoirs publics ont toujours eu pour ambition d'offrir la meilleure forme de justice possible. Jusqu'au début des années 2000, il était principalement question de faciliter l'accès au système judiciaire et d'améliorer son fonctionnement pour rendre une décision de qualité. Puisque la forme (la justice procédurale) est censée sécuriser le résultat au fond (la justice matérielle), un mouvement de « simplification de la procédure » se profile depuis plusieurs années et abonde dans le sens d'un juge plus

---

<sup>1252</sup> C'est le point de départ du rapport annexé à la réforme de la justice issue de la L. n° 2019-222 du 23 mars 2019.

facilement accessible<sup>1253</sup>. La justice de qualité, qu'elle soit procédurale, puis substantielle, est donc ce qui doit être atteint. Cependant, la qualité de la justice est un standard juridique qui n'est peut-être pas concevable de manière universelle dans nos sociétés post-modernes où l'hyperindividualité est au centre de tout, même des procès. Mme le professeur FRISON-ROCHE a dit que tout le monde avait conscience de ce que pouvait être la justice, car tout le monde a, un jour au moins, déjà connu l'injustice. Partant, il y a autant de formes de justice possibles qu'il y a de forme d'injustices ressenties (A). La place du contrat processuel dans la détermination d'une justice de qualité a un rôle à jouer en ce qu'il est un moyen pour chaque acteur du procès et de la justice de tendre vers une justice procédurale de qualité, permettant à chacun d'obtenir ce qui lui est dû (B).

## A - Les justices procédurales de qualité

**282. La mesure de la qualité de la justice.** Dans notre système juridique où l'État a toujours le monopole de la justice, la qualité de la justice est plurielle. Elle s'apprécie tantôt dans son aspect procédural et matériel, tantôt dans sa dimension institutionnelle, au regard du service offert par les juridictions. L'objectif de notre système de justice procédurale et institutionnelle<sup>1254</sup> s'est focalisé autour d'un but unique, qui est la recherche d'une justice de qualité<sup>1255</sup>. D'une conception substantielle de la qualité de la justice, appréciée au regard de la qualité de la décision de justice<sup>1256</sup>, l'objectif s'est progressivement cristallisé autour d'une qualité procédurale<sup>1257</sup>. En effet, le fond est propre à chaque affaire, quand la procédure est la même pour toutes. Autrement dit, la justice ne peut pas être de qualité si les règles du procès, qui sont les mêmes pour tous les procès, n'ont pas été respectées.

<sup>1253</sup> Sur cette simplification, plutôt fautive, v. J. THERON, « *Less is more*. Esquisse d'une nouvelle procédure civile minimaliste », *JCP G.*, n° 18, 6 mai 2019, doct. 495.

<sup>1254</sup> Le Club des juristes, « Pour une administration au service de la justice », L. CADIET (dir.), 2012, p. 16, *spéc.* n° 6 qui reprend les définitions posées par J. CARBONNIER et G. CORNU concernant les différentes formes de justice.

<sup>1255</sup> « La qualité des décisions de justice », *Éditions du conseil de l'EUROPE*, 2007, [www.coe.int](http://www.coe.int) ; « La qualité de la justice administrative », *RFAP*, 2016/2, n° 159 ; L. BERTHIER, « La qualité de la justice », *op. cit.* ; « La qualité dans la performance judiciaire : une notion objective et relationnelle ? » E. JEULAND, C. BOILLOT (dir.), *IRJS*, 2015.

<sup>1256</sup> B. FRYDMAN, « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice » in « La qualité des décisions de justice », *Éditions du conseil de l'EUROPE*, 2007, [www.coe.int](http://www.coe.int) : la qualité de la décision de justice a elle-même évolué. La bonne décision de justice était au départ celle qui était vertueuse et permettait au « magistrat d'ajuster sa décision aux circonstances de l'espèce et aux nécessités de l'heure ». Puis, les juristes se sont tournés vers l'exigence plus scientifique d'un syllogisme pur et parfait, pour préférer ensuite un jugement qui se fonde sur « une évaluation correcte des valeurs et des intérêts en présence », tout en résolvant le conflit eu égard à l'évolution du cadre social. Enfin, la bonne décision de justice était finalement celle qui expliquait, au-delà du syllogisme et des nécessités sociales, le choix effectué par le magistrat, la qualité du contenu de sa motivation ; H. COLOMBET, A. GOUTTEFANGEAS, « la qualité des décisions de justice. Quels critères ? », *Droit et société*, 2013/1, n° 83, p. 260.

<sup>1257</sup> Les auteurs parlent d'un humanisme processuel : S. GUINCHARD, *alii.*, « Droit processuel », *op. cit. spéc.* p. 39 et 40, n° 6 ; « Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel », Mél. S. GUINCHARD, *op. cit.* ; l'« interhumanisme » processuel est évoqué par E. JEULAND, « Droit processuel général », *op. cit.* Cet humanisme comprend le droit suprême d'accès au juge et les garanties du procès équitable qui en découlent (impartialité, contradictoire, etc.).

À ces différentes conceptions qui demeurent et qui sont dominées par la conception procédurale de la qualité des procès, s'y est greffée une dynamique entrepreneuriale/managériale de la justice. Cela conduit à s'interroger à nouveau sur l'administration de la justice<sup>1258</sup> : lorsque les pouvoirs publics visent la qualité de la justice, ils visent la bonne administration de la justice (l'organisation et le fonctionnement de l'institution), avant la qualité de la procédure et du résultat substantiel, la bonne administration de la justice permettant de parvenir aux deux derniers<sup>1259</sup>. En effet, la plupart des auteurs s'accordent à dire que l'administration performante de l'institution judiciaire est un préalable nécessaire à la qualité de la (décision de) justice (d'un point de vue procédural et substantiel)<sup>1260</sup>.

En conséquence, la justice de qualité, idéal libre et disponible, doit être appréciée en fonction de la performance du système judiciaire, objectif légalement imposé par la LOLF.

Pourtant, la qualité des procès peut être appréciée séparément des objectifs et des résultats de l'administration de la justice<sup>1261</sup>. La qualité de la justice est une notion relationnelle et plurielle puisqu'elle « varie selon les penseurs et le contexte dans lequel ils se trouvent [et la relation

---

<sup>1258</sup> « Mieux administrer pour mieux juger », H. PAULIAT, J-P. JEAN et L. CADIET (dir.), *IRJS*, 2014 ; L. BERTHIER, H. PAULIAT, « Administration et gestion des systèmes judiciaires en Europe, *CEPEJ*, 2006 : dans une « dimension organique de ladite expression, seront alors visées les institutions habilitées, par des normes préétablies (constitution, lois ordinaire ou organique pour rendre la justice, mais aussi, dans une perspective plus générale, tous les organes habilités non plus à rendre la justice, mais bien à la "gérer" (ministères, conseils supérieurs de justice...) ». La définition peut être prise dans un sens plus fonctionnel, « laquelle permet, en somme, de définir l'administration de la justice comme l'ensemble des moyens humains, en personnel, en finances, etc., qui permettent le fonctionnement de la justice » ; Rapport « Mieux administrer la justice en interne et dans les pays du Conseil de l'EUROPE pour mieux juger (MAJICE) », *op. cit. spéc.* p. 430 ; J-P. JEAN, H. PAULIAT, « L'administration de la justice en EUROPE et l'évaluation de sa qualité », *D.*, 2005, p. 598 ; « Qualité et efficacité des systèmes judiciaires en EUROPE : une administration de la justice sollicitée par la performance », *Cah. Just.* n° 2, 2007, p. 89 ; H. PAULIAT, « L'administration de la justice dans les institutions françaises » in « L'éthique des gens de justice », S. GABORIAU, H. PAULIAT (dir.), *PULIM*, 2001, p. 75.

<sup>1259</sup> L. CADIET, « Efficience versus équité », *op. cit., spéc.* p. 36, n° 7 : « la qualité du procès participe donc de la qualité de la justice, car le procès est le mode principal, à défaut d'être exclusif, de réalisation de la justice. (...) mais qualité de la justice et qualité du procès ne sont pas essentiellement liées (...), améliorer une procédure ne dispense donc pas d'améliorer l'administration de la justice et, à l'inverse, améliorer l'administration de la justice ne dispense pas d'améliorer les procédures ». Nous proposons un exemple de procédure civile : faut-il conserver l'appel voie d'achèvement ou le restreindre à une voie de réformation ? L'enjeu est ici processuel. Or, pour mener à bien un tel choix, une réflexion d'ensemble s'impose et comprend notamment des questionnements sur la dotation financière des cours d'appel, leur autonomie de gestion, la carte judiciaire, la capacité de traitement de chaque cour, les pôles de compétences, la gratuité ou non de la justice en appel, etc. Même l'organisation et le travail judiciaire de première instance devraient être analysés pour limiter le pourcentage d'appel des jugements rendus, notamment en matière sociale.

<sup>1260</sup> H. PAULIAT, « L'administration de la justice et la qualité des décisions de justice » in « La qualité des décisions de justice », *op. cit.* : « La qualité des décisions de justice suppose, comme préalable, une bonne organisation et un fonctionnement adapté du système judiciaire dans son ensemble. L'approche de la qualité ne se situe pas alors au niveau de la décision juridictionnelle elle-même, mais bien en amont, dans la manière dont le système judiciaire et les cours ou tribunaux vont être organisés et vont fonctionner : le postulat est donc qu'une décision juridictionnelle de qualité ne peut être rendue que lorsque l'environnement judiciaire s'y prête, qu'il permet au magistrat d'être efficace et d'effectuer correctement son travail. C'est en ce sens que l'on peut parler de l'administration de la justice comme prérequis ou préalable à la qualité des décisions de justice ».

<sup>1261</sup> L. CLUZEL-METAYER, A. SAUVIAT, « Les notions de qualité et de performance de la justice administrative » *RFAP*, 2016/2, n° 159, p. 675 : « Les exigences de performance vont finalement mettre en lumière les préoccupations de qualité montrant que la qualité est indissociable de la logique de performance mais pour autant la qualité n'est pas totalement fongible dans la recherche de la performance, ce qui révèle les limites de l'objectivisation de la qualité ».

entre acteurs du procès]<sup>1262</sup> ». Il est possible de fixer et de catégoriser de manière objective des attentes communes, comme la discussion entre les parties (le respect du contradictoire), l'égalité des armes, la proximité de la justice (géographique, matérielle, intellectuelle), l'écoute et la compréhension du juge, la célérité, l'impartialité, l'indépendance du juge, ou même encore la bonne application de la règle de droit au fond, l'esprit de conciliation...; mais tout cela est insuffisant, car chaque justiciable ou professionnel de la justice attache plus ou moins d'importance à n'importe quel critère processuel, institutionnel ou toute autre valeur morale, pour la résolution d'un conflit déterminé. La qualité de la justice est finalement un curseur que chacun déplace à sa guise selon ses attentes, plus instantanées ou plus profondes.

Pour les pouvoirs publics, les indicateurs utilisés pour mesurer la qualité de la justice ne font pas l'unanimité, mais sont épars et variés. Ils restent bloqués entre une qualité objective, basée sur la logique de chiffre et qualité subjective, qui s'apprécie par rapport à chaque individu<sup>1263</sup>. L'État français envisage, dans ses programmes de financement, d'améliorer la qualité de la justice en se basant sur des indicateurs purement quantitatifs<sup>1264</sup>. La confusion passe un cap dès lors que la norme de procédure a pour seule fin d'améliorer la performance du système judiciaire, alors que la justice institutionnelle devrait justement permettre une bonne mise en

---

<sup>1262</sup> « La qualité dans la performance judiciaire : une notion « objective et relationnelle ? », E. JEULAND, C. BOILLOT (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 7 et 22 et p.154 : « A la question : "selon vous qu'est-ce qu'une justice de qualité ?", les gens de justice fournissent des réponses assez variées, ce qui traduit l'ambivalence de la notion (...). La notion est relationnelle dans la mesure où elle dépend de la position des acteurs dans les différentes relations judiciaires ».

<sup>1263</sup> « Mieux administrer la justice en interne et dans les pays du Conseil de l'EUROPE pour mieux juger (MAJICE) », *op. cit.*, spéc. p. 437, s : « En FRANCE il est difficile d'analyser une politique de la qualité de la justice du fait de son hétérogénéité et de sa dispersion, voire de sa faiblesse » ; « La qualité dans la performance judiciaire : une notion objective et relationnelle », *op. cit.*, spéc. p. 162 : « La performance judiciaire est aujourd'hui principalement évaluée à l'aide de critères quantitatifs (...). L'ouverture à une approche qualitative paraît donc s'imposer », soit en conservant les indicateurs de quantité existants, soit en créant de « nouveaux indicateurs de qualité quantitatifs », soit en établissant des indicateurs purement qualitatifs ; D. MARSHALL, « L'impact de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) sur les juridictions », *op. cit.*, spéc. p. 125, à propos des indicateurs retenus par la cour d'appel de PARIS qui prend en compte la qualité de la procédure juridictionnelle ; S. LEYENBERGER, « Propos introductifs » in « La qualité des décisions de Justice », *Éditions du Conseil de l'EUROPE*, 2007, p. 5 : le Secrétaire de la Commission européenne pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ) précise que la qualité trouve un point d'équilibre entre trois notions, car il s'agit de « comparer la justice à un triangle dont les côtés seraient l'efficacité, l'éthique et la légitimité » ; « Manuel sur la qualité de la justice, *Court quality framework design (CQFD)* », K. GILBERG, (dir.), CEPEJ, 2012, p. 50, mettant l'accent sur l'information des justiciables en amont et pendant le procès, sur la procédure, comme sur le fonctionnement du service public ; « Mesurer la qualité de la justice », CEPEJ, 2016 : le rapport se fonde quant à lui sur trois strates essentielles qui sont la qualité des procédures et des décisions (droit processuel), la performance de l'institution judiciaire (il s'agit d'une approche quantitative du traitement des dossiers, des stocks, du nombre de juges, des taux de censure des décisions, du budget de la justice, etc.) et la perception des usagers du système de justice (il s'agit de sociologie et de satisfaction des usagers du service public par la mesure de l'écart entre ce que les justiciables espèrent recevoir et ce qu'ils estiment avoir réellement reçu).

<sup>1264</sup> « La prise en compte de la notion de qualité dans la mesure de la performance judiciaire. La qualité : une notion relationnelle », Rapport de la mission Droit & Justice, E. JEULAND (dir.), juin 2015, *op. cit.*, spéc. p. 8 : « La loi de finances fixe des objectifs quantitatifs chaque année, en matière de délai de procédure, et de taux de réponse pénale. Les résultats obtenus par tribunal permettent de déterminer le budget. Une logique de performance, fondée sur des indicateurs, s'est donc développée » ; v. les « bleus budgétaires » sur performance-publique.budget.gouv.fr. En matière judiciaire, l'objectif n° 1 est « l'amélioration de la qualité et de la performance » ou en 2019 par ex. « améliorer la qualité et l'efficacité de la justice » (les indicateurs étant plus quantitatifs (« délai de traitement ») que qualitatifs. En matière administrative l'un des objectifs principaux est « le maintien de la qualité ». Tout dépend de « l'ouverture qualitative » aux critères quantitatifs qui prédominent.

œuvre des règles de procédure. La *nouvelle* norme de procédure permet ainsi une meilleure gestion des dossiers en intensifiant les devoirs/charges processuels, les sanctions afférentes à leur non-respect et en multipliant les déjudiciarisation, ce qui allège la charge des services juridictionnels. Ainsi, l'équité de la justice procédurale se retrouve souvent sacrifiée sur l'autel de la performance, nouvelle nécessité du service public de la justice<sup>1265</sup>. En somme, la qualité de la justice procédurale et matérielle est essentiellement pensée d'un point de vue de la performance institutionnelle.

**283. De la bonne administration du système de justice à la bonne justice.** La bonne administration de la justice, standard utilisé par les textes et la jurisprudence, était auparavant rattachée à la qualité du processus équitable recherchée, la « bonne justice<sup>1266</sup> ». La bonne administration de la justice est devenue un terme ambivalent, tantôt à visée qualitative procédurale, tantôt un terme managérial, utilisé pour décrire la performance du service public de la justice, ou du moins, les attentes de l'Institution en termes de chiffres<sup>1267</sup>. Le terme de bonne (administration de la) justice est équivoque. Le glissement de l'équité vers la performance n'a rien d'étonnant, car l'administration envisage, notamment, la qualité de la justice procédurale et matérielle au travers de l'efficacité du service public de la justice, et donc dans une dimension de *case management*.

La bonne administration de la justice est de plus en plus utilisée dans sa dimension de performance de la justice, même par les plus hautes juridictions, pour justifier l'existence et l'application d'une nouvelle règle de procédure ayant pour fonction de soulager le système de justice : par exemple, la Cour de cassation estime qu'une bonne administration de la justice impose de considérer que la cour d'appel n'est pas saisie quand la déclaration d'appel ne

---

<sup>1265</sup> H. GUETTARD, « De la justice productiviste », *Gaz. Pal.*, 11 janv. 2014, n° 11, p. 9 : « La recherche pressante de ce qu'il faut bien appeler des gains de productivité est une incitation permanente à sacrifier certains des critères qui font qu'une décision de justice est de bonne qualité » ; V. GARCIA, « Bref essai processuel sur le désir de justice » in « Désir(s) et droit », S. HORTALA, C. HASSOUN, A. CHARPY, V. GARCIA (dir.), *Presses universitaires de TOULOUSE*, 2018.

<sup>1266</sup> Par exemple, la bonne justice implique de trancher l'affaire au fond en cassation ou d'évoquer le fond en appel (CPC, art. 88), d'instruire et juger les affaires ensemble (CPC, art. 101 et 367), de surseoir à statuer, de rouvrir les débats pour respecter le principe du contradictoire, etc.

<sup>1267</sup> H. PAULIAT, « Bonne administration de la justice, bonne justice ? », *JCP A.*, n° 4, 27 janv. 2014, act. 86 : « Cependant, la bonne administration est-elle liée à une simple logique de rationalisation du contentieux et à une amélioration des procédures, ou à des préoccupations beaucoup plus pragmatiques de fonctionnement des juridictions ? » ; J. ROBERT, « La bonne administration de la justice », *AJA*, 1995, p. 117, qui la qualifie de « notion-ambition » tournée vers l'avenir, un objectif vers lequel tendre qui se recoupe en particulier autour des règles de compétences juridictionnelles, la rapidité du traitement procédural, l'indépendance comme l'impartialité des juges et l'exécution d'une décision de justice ; J.-M. FAVRET, « La "bonne administration" de la justice administrative », *op. cit.* ; O. GABARDA, « L'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 1<sup>er</sup> janv. 2006, n° 1, p. 153, où l'auteur considère que la notion a acquis un rôle fonctionnel et est en premier lieu « utilisée par le juge administratif à des fins juridictionnelles ou jurisprudentielles » ; pour une synthèse, v. H. APCHAIN, « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », *AJA*, 2012, p. 857.

mentionne pas les chefs du jugement querellés<sup>1268</sup>. En vertu du même principe, le Conseil d'État souligne que les juges du fond ne doivent pas abuser des désistements d'office<sup>1269</sup>. Une fois de plus, qualité procédurale et qualité institutionnelle se mélangent et le Conseil constitutionnel joue lui aussi sur les deux terrains<sup>1270</sup>. La bonne administration de la justice ferait donc référence à l'administration du service public de la justice et donc à la dimension managériale de la justice, la qualité administrative, quand la bonne justice devrait faire écho à l'équité de la justice, la qualité procédurale<sup>1271</sup>.

**284. L'authentique qualité de la justice : le désir de justice satisfait.** Même si l'État s'est emparé de la justice matérielle et l'a enfermée dans un cadre institutionnel et procédural, tous les individus naissent et grandissent avec une conception personnelle de la justice. Même en dehors de l'institution, la qualité de la justice est une notion indéterminée et relationnelle qui varie selon chaque acteur et le contexte auquel il est confronté.

La justice est de qualité lorsqu'elle promeut la défense, par chaque individu, de son propre désir de justice, en pleine connaissance de cause ; le législateur évoquant, de manière plus neutre et plus objective, « le besoin de justice »<sup>1272</sup> et en filigrane, l'autodétermination des parties pour y parvenir, notamment au moyen des modes alternatifs et amiables de règlement des différends.

---

<sup>1268</sup> Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 2. juill. 2020, n° 19-16954, note S. AMRANI-MEKKI, « Limitation aux seuls chefs du dispositif et non aux demandes formées » *Procédures*, n° 10, oct. 2020, comm. 163 ; parfois cet objectif est patent, bien que la Cour ne dise rien : Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 17 sept. 2020, n° 18-23626, note R. LAFFLY, « Dispositif des conclusions d'appel », *Procédures*, n° 11, nov. 2020, comm. 190 ou Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 nov. 2021, n° 20-1575, où sous le couvert de l'inexistence de l'acte, la Cour considère que la déclaration d'appel est caduque quand l'appelant ne prend pas un acte valant conclusions en ce qu'il ne critique pas les chefs du jugement querellé.

<sup>1269</sup> C. BARROIS DE SARIGNY, « Désistement d'office : le Conseil d'État sanctionne l'usage abusif de la nouvelle procédure », *AJDA*, 2019, p. 1941, note sous CE, 17 juin 2019, req., n° 419770, §3 : « Relevant que cette disposition avait été prise dans l'objectif d'une bonne administration de la justice - laquelle tient vraisemblablement à la suppression d'une cause de mobilisation inutile de moyens humains et financiers (...). Plus généralement, l'article R. 612-5-1 fait partie, comme l'article R. 222-1 du CJA, de ces outils qui contribuent certes à la bonne administration de la justice mais qui ne sauraient pour autant - en raison de leur caractère expéditif - devenir une nouvelle façon de rendre la justice. Nous pensons indispensable que vous vous laissiez la possibilité, ainsi qu'au juge d'appel, de le rappeler ».

<sup>1270</sup> Décision DC n° 2019-778, 21 mars 2019, L. de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, par ex. § 22, à propos de la recevabilité pour défaut de règlement amiable : « En instaurant la condition de recevabilité contestée, le législateur, qui a entendu réduire le nombre des litiges soumis au juge, a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice ».

<sup>1271</sup> H. PAULIAT, « Bonne administration de la justice, bonne justice ? », *op. cit.* : « La bonne administration de la justice pourrait ainsi être consacrée comme renvoyant aux mesures d'administration de la justice, mesures internes guidant, parfois dans une logique de gestion budgétaire et de personnels, l'organisation et le fonctionnement des juridictions (...). La bonne justice pourrait alors renvoyer aux mesures contentieuses et procédurales, en lien avec la procédure juridictionnelle, et seraient alors concernées les questions de durée de la procédure, de répartition des compétences entre les ordres de juridiction et en leur sein ».

<sup>1272</sup> Le besoin est différent du désir de justice. Le besoin est en l'occurrence ce minimum vital de justice garanti à la société par l'État.

Au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, les pouvoirs publics ont voulu « améliorer l'efficacité de la justice en renforçant ses moyens, de faciliter l'accès au juge<sup>1273</sup> ». Les dernières réformes de justice et les projets qui les soutiennent se focalisent sur l'attente de justice. Le justiciable doit être au cœur des préoccupations des politiques publiques de la justice ; il doit passer avant le système de justice lui-même, ce que les pouvoirs publics avaient trop tendance à oublier depuis quelques années en raison de la managérialisation de la justice et des limites budgétaires. Les choses ont radicalement changé à partir de la loi de modernisation de la justice du 18 novembre 2016. Il ne s'agit plus d'améliorer le service public de la justice, mais d'offrir un système de justice tourné vers les besoins des justiciables, ce qui est sensiblement différent, en ce que le perfectionnement du service public de la justice ne constitue pas une fin en soi, mais un moyen immédiat pour parvenir à l'objectif ultime<sup>1274</sup>. Il s'agit de rapprocher la justice du citoyen et de faciliter l'accès au droit, tout en mettant le citoyen justiciable au centre des préoccupations<sup>1275</sup>. Cette loi, baptisée « modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle », se veut donc être un point de rupture. Les décrets poursuivent l'ambition normative de mettre le justiciable au cœur de la justice. Plus que la recherche de l'intérêt général, il s'agit là d'une nouvelle logique inspirée des lois du marché, comme si le justiciable était un client du service public de la justice qui doit être satisfait.

Le décret JADE (justice administrative de demain) porte très clairement l'ambition de satisfaire un besoin de justice latent. Le rapport ayant justifié ce décret, qui date de 2016, expose que la justice administrative « doit donc s'adapter de manière constante et permanente aux évolutions de la société et, plus particulièrement, aux attentes des justiciables et des citoyens. Envisager l'office du juge administratif de demain et proposer des évolutions (...) ne pouvait donc aller sans une réflexion plus globale sur ces attentes ». Les attentes des justiciables sont appelées la « demande de justice »<sup>1276</sup>.

---

<sup>1273</sup> L. n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, rapport annexe ; v. déjà, L. de programme n° 95-9 du 6 janv. 1995 relative à la justice, rapport annexe.

<sup>1274</sup> Ce qui demeure regrettable, c'est que les attentes du justiciable demeurent analysées au travers de l'amélioration de l'institution judiciaire en termes de performance et de chiffre.

<sup>1275</sup> L. n° 2016-1547, l'exposé des motifs de la loi de modernisation de la justice du 18 novembre 2016 précise que : « La justice doit être en phase avec les évolutions de la société et davantage tournée vers le citoyen pour répondre à ses nombreuses attentes et lui permettre d'être plus en capacité d'agir pour défendre ses droits et résoudre ses litiges. Il nous faut adapter l'organisation et le fonctionnement de la justice pour que le citoyen soit au cœur du service public de la justice ».

<sup>1276</sup> D. n° 2016-1480 du 2 nov. 2016 ; « Réflexions sur justice administrative de demain », CE (dir.), nov. 2015 : c'est « aller dans le sens d'une justice qui, tout en respectant les exigences d'efficacité applicables à tout service public, soit aussi plus proche du justiciable et, surtout, mieux adaptée à la résolution rapide et effective, que le justiciable est en droit d'attendre, des litiges qui lui sont légitimement soumis ».



La loi de programmation 2018-2022 a une visée managériale de la justice, mais elle souhaite appréhender le besoin de justice des Français<sup>1277</sup>. L'étude d'impact de la loi précise au paragraphe 4.3 que le « projet simplifie l'organisation judiciaire et assure un traitement plus efficace des contentieux. Il répond dès lors mieux au besoin de justice des citoyens ». Pourtant, entre satisfaire les besoins de la justice et le besoin de justice, la limite est encore mince, cela est flagrant en matière pénale<sup>1278</sup>.

Depuis toujours<sup>1279</sup>, la justice institutionnelle est en quête perpétuelle d'un « bien juger », qui est impossible à atteindre, malgré toutes les réformes envisagées, car le désir de justice relève du for intérieur de chaque justiciable et diffère même, sans doute, d'un conflit à l'autre.

Rechercher le besoin de justice est salutaire, mais la méthode employée l'est un peu moins. La volonté de mettre le justiciable au centre de son procès frôle l'« intox » pour M. le professeur MEKKI : « mettre le citoyen au cœur du service public de la justice ne suppose pas nécessairement de mettre le justiciable à la périphérie des institutions judiciaires<sup>1280</sup> », en l'éloignant du juge dont l'office est recentré dans une pure mission juridictionnelle, tout en promouvant les voies alternatives au règlement des conflits. Certains auteurs dénoncent même une absence d'écoute des attentes des justiciables. M. le professeur VERGES considère que les pouvoirs publics sont avant tout à l'écoute des praticiens et non des justiciables<sup>1281</sup>. En matière

---

<sup>1277</sup> La loi souligne qu'il faut répondre à la demande de justice, être « davantage attentif aux besoins des justiciables », être « en cohérence avec les besoins de nos concitoyens » pour répondre aux « légitimes attentes de nos concitoyens qui aspirent à une justice plus accessible, plus proche et plus rapide dans le traitement de leurs requêtes ou de leur situation. Il s'agit, nous dit la garde des Sceaux, de ne plus les décevoir : « L'état de nos juridictions (...) ne répond pas aux attentes des citoyens ».

<sup>1278</sup> D. LUCIANI-MIEN, « La loi du 23 mars 2019 : le rendement procédural au détriment des droits du suspect », *RSC*, 2019, p. 765 : « L'intitulé même de la "Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice" semble renvoyer à un système tourné vers lui-même et vers sa rentabilité, mais qui aurait oublié... le justiciable ! ».

<sup>1279</sup> Déjà depuis l'ordonnance de VILLERS-COTTERETS d'août 1539, le Roi FRANÇOIS I<sup>er</sup> précisant en préambule : « Savoir faisons, à tous présents et avenir, que pour aucunement pourvoir au bien de notre justice, abréviation des procès, et soulagement de nos sujets, avons, par édit perpétuel et irrévocable, statué et ordonné, statuons et ordonnons les choses qui s'ensuivent » ; puis le Code LOUIS : ordonnance de SAINT-GERMAIN-EN-LAYE d'avril 1667 et ordonnance criminelle d'août 1670. L'exposé des motifs de la première ordonnance précise que « c'est pourquoi ayant reconnu par le rapport de personnes de grande expérience, que les ordonnances sagement établies par les Rois nos prédécesseurs, pour terminer les procès, étaient négligées ou changées, par le temps & la malice des plaideurs ; que même elles étaient observées différemment en plusieurs de nos Cours, ce qui causerait la ruine des familles par la multiplicité des procédures, les frais des poursuites, & la variété des jugements ; & qu'il était nécessaire d'y pourvoir, & rendre l'expédition des affaires plus prompte, plus facile & plus sûre, par le retranchement de plusieurs délais & actes inutiles, & par l'établissement d'un style uniforme dans toutes nos Cours & sièges » ; D. SALLES, « Variation autour de la codification : le "code" des *committimus* (1669) » in « Études offertes à J-L. HAROUEL », *Panthéon-Assas*, 2015, il est constant d'améliorer la procédure et même l'organisation judiciaire, comme le montre l'ordonnance de justice en six titres de 1669, trop souvent exclue du Code LOUIS, qui est avant tout prise pour le justiciable : elle « consiste à s'attaquer à un pan de l'immense chantier judiciaire et de permettre ainsi au Roi de s'acquitter au mieux de sa dette, c'est-à-dire - dans le sens aristotélicien et dans le cadre d'une conception toujours judiciaire du pouvoir - d'attribuer à chacun de ses créanciers ce qui lui revient en justice (...). Il convient donc, l'administration de la justice étant « le premier et principal devoir des rois », de l'encadrer et le restreindre ».

<sup>1280</sup> M. MEKKI, « Le "citoyen au cœur du service public de la justice" : info ou intox ? », *Gaz. Pal.*, n° 43, 6 déc. 2016, p. 3 : « On ne peut s'empêcher de déceler derrière ce discours une rhétorique trompeuse qui tente de dissimuler le résultat évident d'une telle politique : détourner le justiciable de la justice des juges pour s'engager vers une justice hors le juge. Selon nous, cette réforme, économiquement nécessaire, ne renforcera ni la "justice de près" ni la "justice de loin" si chères à Paul RICEUR ».

<sup>1281</sup> E. VERGES, « La procédure pénale à son point d'équilibre », *RSC*, 2016, p. 551 : « Le mouvement de développement des droits individuels dans le procès pénal semble arriver à son terme, de sorte que de nouvelles évolutions dans le sens d'un

pénale, il s'agit ainsi de renforcer l'efficacité de la découverte des preuves et de la sanction. Le même constat est fait en procédure administrative contentieuse<sup>1282</sup>.

## **B - Le contrat processuel et le désir de justice**

Prendre conscience du désir de justice propre à tout un chacun rend légitime la multiplication des outils contractuels qui favorisent l'accès à une justice de qualité, déterminée par les justiciables, de manière sur-mesure, conformément à leurs propres attentes. En cela, le contrat processuel est l'outil parfaitement adapté pour rendre la justice aux citoyens. Il ne s'agit pas de bafouer l'interdiction de se faire justice à soi-même, au détriment d'autres intérêts, mais de renforcer le rôle des acteurs du conflit pour tendre vers une forme de justice mieux acceptée. La qualité de la justice passe par le désir de justice, qui peut être déterminé et réalisé au moyen du contrat processuel (1), ce dernier véhiculant plus que les seules valeurs contemporaines de la justice (2).

### **1- Le contrat processuel au service d'une justice de qualité**

**285. La qualité de la justice, un objectif pour le contrat processuel.** Le rythme de la production normative en droit processuel est effréné, mais combler le besoin de justice dont les contours ne sont pas fixés est une quête impossible, lorsqu'elle est menée par le haut, par l'État. Le contrat processuel permet justement, à chaque justiciable et acteur de la justice, de mieux maîtriser ses attentes en matière de justice. C'est alors une certaine forme de privatisation de la justice qui est à l'œuvre<sup>1283</sup> et le contrat processuel est le moyen naturel pour y parvenir<sup>1284</sup>. Le contrat processuel participe de l'essor d'un mouvement plus grand qui est l'émergence d'un

---

développement de l'accès au dossier ou de la présence de l'avocat durant l'enquête ne sont envisagées que de façon extrêmement limitée. Désormais plus à l'écoute des praticiens que des justiciables, le gouvernement a conçu un projet de loi destiné à faciliter le travail de terrain des enquêteurs et des magistrats ».

<sup>1282</sup> P. CASSIA, « L'inquiétante justice administrative de demain », *D.*, 2016, p. 2475 : « Pour qui est fait le service public de la justice administrative ? Pour le justiciable, soulignait Jean RIVERO au siècle dernier (...). Pour les magistrats désormais, comme en témoigne le décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 portant modification du code de justice administrative, appelé décret "Justice administrative de demain" (JADE) ».

<sup>1283</sup> La privatisation est classiquement vue comme l'appropriation de la chose publique dans la sphère privée. Plus techniquement, c'est la transposition de la pensée privatiste dans la sphère publique, afin que chaque acteur du procès et de la justice puisse mieux maîtriser ses attentes en matière de justice, v. Y. JOSEPH-RATINEAU, « La privatisation de la répression pénale », *op. cit.*

<sup>1284</sup> C. VIGOUR, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et société, op. cit.*, p. 433 : « L'introduction d'une rationalité de type managérial témoigne de la volonté de certains magistrats de construire une autre représentation de la justice. En effet, pour que des changements aient lieu, encore faut-il qu'ils soient portés localement par des acteurs judiciaires, que ces derniers agissent de leur propre initiative ou reprennent à leur compte, pour les mettre en œuvre, des souhaits émis par le ministère de la Justice ».

droit à la justice<sup>1285</sup>. Ce droit est conçu de façon à ce que tout un chacun puisse à nouveau déterminer, selon ses propres espérances, la qualité de la justice et la bonne administration de la justice attendues<sup>1286</sup>. La recherche d'un idéal de bonne justice engendre l'essor d'une gouvernance individuelle et collective locale de la justice<sup>1287</sup>. Dans cette optique, il faut accepter l'idée que les acteurs d'un procès et les acteurs locaux de la justice sont les mieux à même de pouvoir adapter les règles du procès et de la justice, compte tenu de la connaissance du conflit et des exigences institutionnelles auxquelles ils sont confrontés<sup>1288</sup>. Le contrat processuel permet alors de reprendre la main sur les procédures et les processus<sup>1289</sup> qui font partie d'une dynamique commune, même au-delà de l'institution de la justice<sup>1290</sup>.

**286. Le contrat processuel et la demande de justice.** Le contrat processuel individuel de substitution est principalement admis en ce qu'il permet de s'écarter du cadre de la justice étatique. C'est le recours à la justice alternative qui est donc envisagé. Le contrat individuel de dérivation processuelle est encore faiblement admis devant le juge, en ce qu'il est de nature à rendre chaque procédure très particulière, selon la volonté des acteurs du conflit, ce qui, à un degré d'aménagement élevé, imposerait aux juges de s'adapter à un nouveau cadre procédural pour chaque conflit.

---

<sup>1285</sup> La justice est un réseau dans lequel activité juridictionnelle et administration de la justice, qualité et performance cohabitent et s'entremêlent. Un droit à la justice semble émerger. Ce droit largement conçu, regrouperait le droit à une prévention de qualité ou une résolution de qualité du litige (un accord de qualité et une décision de justice de qualité), qui découlent du droit à une négociation équitable ou un procès équitable. Ces deux droits devraient être facilités, à proportions variées, selon le degré d'implication de l'institution judiciaire, par le droit à une bonne administration de la justice, v. L. CADIET, « L'accès à la justice. Réflexion sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *D.*, 2017, p. 522, n° 17 : « Il n'est pas anodin de ne plus parler des institutions judiciaires, comme c'est la tradition, mais de système de justice. Il y a dans ce glissement sémantique contemporain, dans ce passage du pluriel des institutions au singulier du système, l'expression d'un changement de paradigme consistant à penser la justice comme un véritable écosystème, avec ses acteurs et leurs interactions au service d'un projet commun, coopératif, pour répondre à la demande sociale de justice ».

<sup>1286</sup> E. NEGRON, S-C BORIES, J. DA SILVA, « À la recherche d'une justice perdue ? », *op. cit.*, *spéc.* n° 15 et 23 : « Les juridictions se trouvent soumises à un ensemble de contraintes qui réduisent considérablement leurs capacités d'initiatives dans des politiques de juridiction qui ne sont au plus qu'un entretien de la pénurie à moindre coups et ce, aux dépens des réformes structurelles qui s'imposent (...). Car pour bien fonctionner, elles supposent une réappropriation par les chefs de cour et de juridiction des outils de gestion qui leur échappent. La conséquence est que les innovations qui sont proposées sont soit contraintes par des moyens qui manquent soit limitées par une autocensure qui ne dit pas son nom ».

<sup>1287</sup> L. CADIET, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure » in « Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges », *op. cit.*, expliquant que la gouvernance est le pouvoir d'administrer la justice. En matière judiciaire elle est actuellement plus concentrée entre les mains des pouvoirs publics à l'échelon national qu'au niveau local, surtout concernant la question du financement des juridictions. La confier aux acteurs locaux qui y sont confrontés au quotidien permettrait de la déconcentrer utilement ; E. CAMOUS, « La politique de juridiction, nouvelle réalité d'une justice qui pense gestion et Performance », *Procédures*, n° 1, janv. 2018, étude 1, *spéc.* n° 3 : « mode d'organisation dans lequel les acteurs participent à l'élaboration et la mise en œuvre des règles de fonctionnement dont ils se dotent ».

<sup>1288</sup> « Mieux administrer la justice en interne et dans les pays du Conseil de l'EUROPE pour mieux juger », *op. cit.*, *spéc.* p. 432 : « Les chartes, accords, conventions, permettant une organisation procédurale entre les différents acteurs, en particulier les responsables des juridictions et les avocats pour améliorer la "fluidité" des procédures et la bonne organisation du fonctionnement des tribunaux, mais aussi entre les juridictions et l'État. »

<sup>1289</sup> Pour reprendre l'expression de H. PAULIAT, « L'administration de la justice et la qualité des décisions de justice » in « La qualité des décisions de justice », *op. cit.*, *spéc.* p. 123 : « peut-être ne serait-il pas inconcevable d'imaginer un stade intermédiaire avant un management judiciaire intégral, qui pourrait être qualifié de « processoral » ou de stade du processus judiciaire ».

<sup>1290</sup> L. CADIET, « La justice face aux défis du nombre et de la complexité », *op. cit.*

Le contrat processuel collectif est marginalement admis en droit positif (notamment en matière de communication électronique pénale), mais, pour le reste, il demeure encore un droit flou et vague, dont la force contraignante relève plus de l'éthique processuelle que de la force du droit. Toutefois, il permet de redéfinir les comportements de procédure, au niveau local, pour que, qualité de la justice procédurale et bonne administration de la justice soient préservées - tant bien que mal -. Il s'agit plus de sauvegarder un état de la justice assez délabré, que d'amélioration. Par exemple, quand la loi de procédure est insuffisante, ces contrats viennent préciser un cadre procédural local qui peut s'y substituer. Quand la loi de procédure se renouvelle constamment, ils permettent d'offrir un peu de stabilité et de garantir son effectivité. La force des sources issues de la pratique ne cesse de croître, les conventions de procédure se multipliant, car il est de plus en plus nécessaire de créer un cadre procédural local, au regard de la technicité et de la multiplication incessantes des - nouvelles - règles de procédure<sup>1291</sup>.

## **2 - Le contrat processuel et les valeurs contemporaines de la justice**

**287. Promouvoir une justice amiable et une justice proche des citoyens.** Les valeurs contemporaines de la justice, promues par les pouvoirs publics, sont une justice amiable et plus proche des justiciables. Voilà, semble-t-il, les valeurs recherchées pour construire la justice de demain. La justice amiable permet aux acteurs d'un conflit de trouver de manière « pacifique », la meilleure solution possible à leur mésentente. À défaut, ou quand cela est impossible, le système juridictionnel doit être présent, être facilement accessible et en mesure de répondre aux besoins de justice des justiciables.

Le contrat serait le moyen de parvenir à une justice plus douce, établie par les justiciables eux-mêmes. En effet, d'une part, le contrat processuel individuel repose sur le consensus des parties à un conflit, le caractère amiable devient alors manifeste. D'autre part, le contrat processuel

---

<sup>1291</sup> V. à ce sujet, les conventions relatives à la procédure tenant à l'ordonnance de protection (C. civ. 515-9, s., CPC, art. 1136-3, s.), par ex. Convention relative à la mise en œuvre de l'ordonnance de protection au sein du tribunal judiciaire de SENLIS signée le 14 octobre 2020 entre le président du tribunal judiciaire, le procureur de la République, la directrice de greffe, le bâtonnier de l'ordre des avocats au barreau de SENLIS, le président de la chambre départementale des huissiers de justice de L'OISE, le président de l'Association FRANCE Victimes, le commissaire de CREIL et les chefs d'escadron de gendarmerie de SENLIS et CHANTILLY. Cette convention permet d'assurer l'effectivité des normes issues de la L. n° 2019-1480 du 28 déc. 2019 et du D. n° 2020-841 du 3 juill. 2020 qui élargissent le champ de l'ordonnance de protection et accélèrent la procédure. Le protocole garantit donc le bon déroulement de la procédure, du bénéfice de l'aide juridictionnelle pour les victimes au respect du dispositif de l'ordonnance de protection. Certains protocoles envisagent uniquement la procédure de signification de l'ordonnance par huissier au défendeur, v. Convention locale entre la chambre départementale des huissiers de justice de L' AISNE et le tribunal judiciaire de SAINT-QUENTIN relative aux modalités de signification dans le cadre du contentieux des ordonnances de protection signée en 2021. D'autres enfin, comme la convention signée au tribunal judiciaire d'ÉVRY le 8 mars 2021, prévoient plutôt un cadre organisationnel que procédural, afin d'assurer la rapidité du nouveau processus.

collectif permet d'adapter les règles de procédure au plus près de la demande de justice locale. Il aurait donc tout intérêt à se développer en ce qu'il devient un moyen de satisfaire l'exigence d'une justice plus proche des citoyens (matériellement et géographiquement). Or, il ne paraît pas judicieux d'enfermer le contrat processuel dans ces valeurs de la justice contemporaine qui servent principalement à maquiller la réalité d'un service public de la justice en crise. Le contrat processuel doit être vu comme le moyen pour chaque acteur de la procédure et de la justice de tendre vers l'idéal de justice envisagé, peu importe qu'il y ait, de l'amiable et de la proximité, qui sont les valeurs imposées par les pouvoirs publics, et peu importe qu'elles soient, ou non, celles recherchées par les acteurs du conflit et de la justice.

**288. La notion de justice amiable.** La justice d'amitié n'est pas la panacée à tous les maux de la justice. Ce n'est pas non plus une vérité absolue. Les qualités vraisemblablement attachées à l'amiable sont erronées. Amiable vient justement du latin *amicabilis* qui est dérivé du latin classique *amicus* signifiant « ami », selon le Dictionnaire de l'Académie française. Lorsque la justice amiable est évoquée, le réflexe est de faire référence aux modes amiables de règlement des conflits, qui seraient le moyen d'accéder à un état de vertu, celui de l'amitié, combinée aux valeurs de la paix et de l'entente. D'ailleurs, le premier sens donné à l'amitié par l'Académie est celui/ce « qui agit ou est fait par les voies de la conciliation. Transaction, liquidation amiable, partage amiable. Convention amiable (...), amiable compositeur ».

Il faut être prudent dans l'assimilation de l'amiable au contrat processuel ou à fin processuelle, en lien avec les modes alternatifs de règlement des conflits. ARISTOTE considère que l'état même de justice mène à l'amitié, mais il distingue trois amitiés, celle de l'intérêt, celle du plaisir et celle de la vertu, la seule amitié véritable étant celle de la vertu, donc celle du bien<sup>1292</sup>. Il expose aussi que, pour être ami, au-delà d'un rapport utilité/avantage, il faut être sur un même pied d'égalité. La justice amiable contemporaine est une justice correctrice et d'intérêt, dont les traits de l'amitié comme vertu sont bien enfouis.

Il n'est donc pas si judicieux de penser que la justice amiable est une vraie justice d'ami au sens aristotélicien, d'autant plus que tout conflit juridique résulte d'une rupture d'équité alléguée. Les garanties qui encadrent les processus de résolution du conflit sont justement nécessaires pour faire fi de la rupture d'équité substantielle ressentie par le plaignant. La justice sert à rendre

---

<sup>1292</sup> ARISTOTE, « Éthique à NICOMAQUE ».

à chacun le sien. L'amitié est un amour (*philia* et pas *eros*) entre personnes égales, là où dans le « moi » se conçoit aussi le « toi », bien différent du sien revenant à chacun.

La justice amiable fait aussi référence aux valeurs de l'entente, c'est-à-dire la coopération, la discussion, la négociation la construction d'une justice dont l'amitié est utopique et illusoire. Il ne s'agit pas d'agir l'un pour l'autre, mais l'un avec l'autre, ce qui n'est pas la marque de l'amitié vertueuse. L'amiable n'est pas la bonne clé de lecture pour envisager le procès et la justice de demain. Au contraire, avec Mme le professeur AMRANI-MEKKI, nous pouvons constater une déliquescence de l'amiable. Il n'existerait pas une justice amiable, mais des justices plus ou moins amiables<sup>1293</sup>. Par exemple, la transaction, contrat à fin processuelle, est un jeu de proposition et de contreproposition distributives où chacun veut obtenir le sien. Cela n'est pas vraiment de la réelle justice amiable. Il n'y a rien de doux ou de pacifique là-dedans<sup>1294</sup>, pas plus que l'arbitrage, qui est censé être une forme de justice lénifiante, selon MOTULSKY, alors qu'il s'est juridictionnalisé à l'excès<sup>1295</sup>. En revanche, la négociation intégrative, utilisée lors d'une médiation, reconstruit sans doute, en premier lieu, les sentiments et génère, en second lieu, un résultat juridique. Le conflit est réglé dans sa dimension humaine avant de l'être dans sa dimension juridique.

Les pouvoirs publics contemporains parlent d'une justice amiable en matière civile et commerciale et, plus globalement, d'une justice plus douce et plus apaisée<sup>1296</sup>. Identifier le contrat processuel individuel à la justice amiable est pourtant erroné. Le contrat n'est pas une œuvre d'amitié. En pensant le contraire, on tomberait dans un solidarisme processuel bien étranger à toute forme de charité. L'amitié peut exister en droit processuel, mais il ne s'agira le plus souvent que d'une amitié basée sur l'entente, et non sur une amitié vertueuse<sup>1297</sup>. Il n'existerait pas une seule justice amiable, mais des formes de justice amiable, plus ou moins pures. La justice par le contrat est une justice amiable au sens d'entente, une justice *win-win*,

---

<sup>1293</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire », *op. cit.*

<sup>1294</sup> La justice prédictive amenée à se développer est de nature à favoriser ce genre de justice amiable illusoire, car elle permet de négocier une issue contractuelle, de manière distributive (jeu de propositions et contrepropositions à somme nulle), à partir d'un résultat juridictionnel probable connu à l'avance. Une justice intégrative (résolution du conflit autour d'un intérêt commun supérieur aux intérêts individuels) est donc peu probable ; A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G.*, n° 1-2, 9 janv. 2017, doctr. 31 ; B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.*, 2017, p. 532.

<sup>1295</sup> H. MOTULSKY, « Écrits, Études et notes sur l'arbitrage », *DALLOZ*, 1974, p. 26, s.

<sup>1296</sup> F. VERT, « Sortie de crise de la justice civile : la piste de la voie amiable », *DALLOZ Actualité*, 27 avr. 2020.

<sup>1297</sup> L. CADIET, « La médiation, une justice sans juge ? » in « Liberté, justesse, autorité », Mél. L. AYNES, *LGDJ*, 2019, p. 70, qui rappelle, à l'inverse du jugement qui tranche, qu'un « mode de résolution amiable tend à susciter entre les parties une solution complète qui les satisfasse toute en renouant le dialogue entre elles : sa vocation est de rechercher une "composition" (...). Une autre conception, plus radicale, va même jusqu'à particulariser la médiation, distinguée de la conciliation et de la transaction, pour en faire le mode de traitement par excellence du conflit » non juridique.

sans perdant ni gagnant, qui se soucie du conflit juridique et de ses soubassements psychologiques, dans des proportions différentes et selon la nature des affaires. L'amitié en droit privé existe sans doute, mais c'est une vision descriptive des choses<sup>1298</sup>. Il vaut mieux parler de justice participative<sup>1299</sup>, en ce que le contrat processuel implique une forte interaction entre litigants et le tiers impartial, M. le professeur ROBERGE la définissant comme « le choix du mécanisme adapté aux besoins et capacités des parties en litige<sup>1300</sup> ».

**289. La notion de justice de proximité.** La justice doit être proche des justiciables, qu'il s'agisse de la justice civile, pénale, ou administrative<sup>1301</sup>. La proximité doit être géographique (points d'accès à la justice) et intellectuelle (compréhension du procès et de sa solution). La justice de proximité est finalement un standard derrière lequel sont rattachés plusieurs principes processuels, tels que le droit d'accès au juge, à la justice, la célérité de la procédure, l'équité de la décision...

Le contrat collectif de procédure est un moyen d'améliorer l'exigence de proximité attendue, en ce qu'il permet de définir un cadre procédural local, jugé comme le plus adapté aux nécessités du terrain, à un moment donné. Pourtant, les contrats collectifs sur l'administration de la justice semblent bien plus à même de satisfaire cet objectif quand ils portent sur les lieux de justice (délocalisation de salle d'audience dans les hôpitaux ou aéroport), l'octroi de moyens financiers supplémentaires (contrats d'objectifs) ou encore la rétribution supplémentaire de crédits aux avocats intervenant à l'aide juridictionnelle (protocoles de défense pénale).

La justice institutionnelle se veut amiable et proche des justiciables. C'est salubre en ce que ces valeurs, bien qu'elles relèvent d'une politique de la justice, conduisent à des modifications du droit procédural pour améliorer l'essentiel, l'accès à la justice<sup>1302</sup>. Pourtant, le contrat

---

<sup>1298</sup> C. ROCHAT, « L'amitié en droit privé », *PUAM*, 2018. L'amitié existe comme valeur et le droit tend plutôt à utiliser des mécanismes juridiques correcteurs à cette fin, sans consacrer l'amitié comme une notion juridique autonome.

<sup>1299</sup> M. REVERCHON-BILLOT, « La justice participative : naissance d'un vrai concept », *RTD civ.*, 2021, p. 297 et « Les contrats de la justice participative », in « L'offre de réforme des contrats spéciaux », D. GANTSCHING et H. KASSOUL (dir.), *DALLOZ*, 2021, p. 263, s., évoquant les contrats sur le processus et les contrats sur l'accord de fin de conflit.

<sup>1300</sup> J-F. ROBERGE, « Les défis d'une justice participative » in « Pour un droit du règlement amiable des différends », L. CASAU, J-F. ROBERGE (dir.), *LGDJ*, 2018, p. 64 ; J-F. ROBERGE, « La justice participative », *Éditions Yvons Blais*, 2017.

<sup>1301</sup> Circ. du 15 déc. 2020 relative à la mise en œuvre de la justice de proximité : « L'État se doit d'être un acteur de proximité, qui réponde au mieux aux demandes de nos concitoyens, d'autant plus fortes dans le contexte de crise sanitaire, économique et sociale que traverse notre pays. Cette exigence prévaut particulièrement dans le domaine de la justice. À cette fin, il est indispensable de faire évoluer rapidement et profondément l'action publique et, s'agissant de l'autorité judiciaire, de renforcer ses moyens pour rendre la justice plus accessible, lisible et efficace ».

<sup>1302</sup> Certains sont plus pessimistes, M. VERICEL, « La disparition de la justice de proximité », *D.*, 2019, p. 1772 : « L'idée du législateur est clairement inspirée d'une conception, purement économique, de la justice dans laquelle les litiges de faible valeur pécuniaire ne sont pas suffisamment importants pour mériter un véritable accès à un juge et qu'il faut plutôt les renvoyer vers des mécanismes de règlement alternatif des conflits, afin de réduire le plus possible le nombre de magistrats à la charge du budget de l'État ».

processuel qu'on pourrait associer à ses valeurs doit s'en détacher. Il peut effectivement les porter, mais son utilité dépasse tout cela. L'universalisme trouve ses limites dans le système hyperindividualiste et dans un espace-temps où le justiciable est de plus en plus en mesure de faire valoir ses propres attentes en matière de justice. Partant, la conception objective et universelle de la justice doit laisser la place à une approche plus subjective de la justice, où chacun peut tendre vers son propre idéal de justice, tel qu'il le conçoit.

Si le contrat processuel est vecteur de ces nouvelles valeurs de la justice, il ne s'y assimile pas. Il diffuse lui-même ses propres valeurs qui permettent de satisfaire le désir de justice propre à chaque acteur du conflit et de la justice.

**290. Les valeurs du contrat processuel avant les valeurs contemporaines de la justice.**

Le contrat processuel doit être le moyen d'aboutir à la meilleure forme de justice possible, qu'elle soit amiable, ou non, qu'elle soit celle du service public de la justice, ou non. L'objectif clef est de garantir l'accès à une forme de justice, en l'occurrence, celles que les justiciables estiment être la meilleure possible, dans le contexte donné, et dans les limites de la loi. Le contrat processuel ne doit pas être vu comme le moteur de la justice amiable. Il doit être considéré comme l'outil qui permet d'aboutir à une forme de justice désirée, à condition que cela soit encadré. La justice contractuelle est ainsi dotée de valeurs bien particulières pour satisfaire le désir de justice que chacun recherche.

Les valeurs de la justice contractuelle du procès sont l'incombance processuelle et le sentiment de justice. Ce sont des valeurs qui permettent de concevoir la justice sur-mesure et de répondre aux attentes particulières de chaque acteur du procès et de la justice au niveau local. Ces valeurs, en rapport avec l'objectif à atteindre, la satisfaction du désir de justice<sup>1303</sup>, font du contrat processuel un outil juridique parfaitement légitime au sein de notre système de justice.

**291. L'incombance processuelle.** La notion a été dégagée en matière contractuelle par madame FRELETEAU. Elle considère que le contrat génère des obligations et, globalement, une force obligatoire qui implique des devoirs contractuels, sanctionnés en cas de manquements,

---

<sup>1303</sup> Ces valeurs se traduisent en termes juridiques et techniques pour assurer leur respect.



par des mécanismes de responsabilité. Elle ajoute que le contrat génère aussi des incombances, sanctionnées par la déchéance du droit que le créancier manque de faire valoir<sup>1304</sup>.

Dans le procès, l'incombance, plus largement conçue, existe aussi. Les règles des procès sont composées de charges et devoirs de procédure qui justifient l'action individuelle de chaque acteur du procès, à des fins de garantir une progression loyale de l'instance. Cela justifie, par exemple, que celui qui ne soulève pas l'exception de procédure devant le juge de la mise en état du tribunal judiciaire saisi, avant toute défense au fond et fin de non-recevoir, et par conclusions spécialement adressées à ce magistrat, est irrecevable à l'invoquer ultérieurement (CPC, art. 74)<sup>1305</sup>. Plus précisément, en matière contractuelle, l'incombance processuelle imposerait à celui qui souhaite se prévaloir d'une clause contractuelle de compétence, de la soulever devant le juge saisi de manière erronée, en contravention avec cette clause.

La justice contractuelle relève surtout d'une forme d'incombance en ce que l'aménagement processuel par voie de convention doit surgir d'un comportement spontané des parties au conflit qui doivent envisager, parmi les voies processuelles offertes, celles qui sont de nature contractuelle<sup>1306</sup>. L'incombance se situe donc en amont de la liaison des intérêts contractuels processuels, au stade antérieur où les parties sont liées par un lien de droit substantiel devenu litigieux.

La sanction n'est pas non plus forcément la déchéance d'un droit de se prévaloir d'une justice par voie de contrat. En l'absence de contrat processuel, il n'est seulement plus possible de se prévaloir d'une justice qui n'est pas celle qui pouvait être raisonnablement attendue par les acteurs du procès et de la justice, qui n'ont pas agi de manière proactive, alors qu'ils en avaient l'occasion et la faculté.

---

<sup>1304</sup> B. FRELETEAU, « Devoir et incombance en matière contractuelle », *LGDJ*, 2017, p. 640, n° 625 : « L'incombance contractuelle encadre spécifiquement la cohérence du comportement du contractant dans la mise en œuvre d'une prérogative dont il bénéficie en vertu du contrat. Elle est une exigence comportementale attendue du contractant bénéficiant d'un droit, comme préalable à son exercice, et en conditionnant la jouissance. Il s'agit d'une contrainte hypothétique, et non catégorique, en ce qu'elle n'est due qu'à la condition que le titulaire du droit désire bénéficier de l'avantage attaché à son exercice. Sa finalité est particulière puisqu'elle se trouve étroitement liée à l'exercice d'un droit contractuel. Et, plus précisément, de par son caractère préalable et adventice à l'exercice d'un droit, l'incombance est une technique ayant la capacité de limiter le risque que celui-ci ne soit exercé de manière abusive ».

<sup>1305</sup> De la même manière, devant le tribunal arbitral, celui qui s'abstient en connaissance de cause et sans motif légitime de relever en temps utile une irrégularité de procédure est réputé avoir renoncé à s'en prévaloir (CPC, art. 1464).

<sup>1306</sup> Pourtant, en matière de contrat individuel, l'option tend à s'estomper en ce qu'il est désormais nécessaire de justifier d'une tentative de règlement amiable (conciliation, médiation, convention de procédure participative) devant le tribunal judiciaire dans les cas établis par la loi (CPC, art. 54 et 750-1).

En matière de contrat individuel, les acteurs d'un procès devraient nécessairement définir, unilatéralement ou ensemble, la meilleure voie processuelle pour la résolution du conflit, il s'agit d'optimisation procédurale.

En matière de contrat collectif, l'incombance doit être perçue comme le résultat du transfert des prérogatives de l'État aux institutions locales de la justice, en vue de bien administrer le service public. Les acteurs locaux de la justice devraient définir un cadre contractuel en fonction des contingences du terrain, en vue d'assurer la meilleure administration de la justice et la meilleure forme de justice possible dans leur ressort.

De manière globale, l'incombance processuelle est donc une contrainte comportementale qui doit permettre de générer la meilleure option processuelle de résolution du différend, car les pouvoirs publics étatiques tendent, de plus en plus, à transférer à chaque acteur du procès et à chaque acteur de la justice, la responsabilité de déterminer et de garantir la meilleure forme de justice possible.

**292. Le sentiment de justice.** Le sentiment de justice est très développé en théorie et droit Québécois. M. le professeur ROBERGE développe plus précisément le sentiment d'accès à la justice. Il sert à mesurer le sentiment d'accès à la justice du justiciable dans son versant matériel. Ce sentiment d'accès à la justice se dédouble en trois catégories de sentiments<sup>1307</sup>. Il existe le sentiment d'équité<sup>1308</sup>, le sentiment d'utilité<sup>1309</sup> et le sentiment de support<sup>1310</sup>.

Le contrat processuel individuel est un moyen pour les acteurs d'un procès particulier de définir leur sentiment de justice au regard de leurs attentes processuelles et substantielles. Le consentement à la procédure est alors un facteur d'amélioration du sentiment de justice. La maîtrise du sentiment de justice passe donc par la conclusion d'un contrat processuel, car chaque acteur du conflit est mis en mesure de participer à l'œuvre de justice, sans pour autant se faire justice lui-même. Le droit du procès est traditionnellement un droit qui encadre l'action du demandeur et garantit l'information du défendeur. En théorie, le contrat processuel qui est

---

<sup>1307</sup> J-F. ROBERGE, « Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement amiable », 2014, sur [coursuperieureduquebec.ca](http://coursuperieureduquebec.ca).

<sup>1308</sup> Le premier sentiment est tourné vers la recherche d'un processus et d'un résultat équitables, l'issue de la cause étant moins importante que l'équité du processus perçu par les parties d'un point de vue psychologique. Il se mesure au travers du résultat équitable, du résultat réparateur, du résultat fonctionnel, du résultat transparent, du processus équitable du traitement informationnel et interactionnel dans la résolution du différend.

<sup>1309</sup> Les parties au litige doivent avoir eu le sentiment que le procès n'a pas été vain, compte tenu du résultat, du processus et des coûts matériels et humains qu'il engendre. Il se mesure ainsi par l'impact de la procédure sur les ressources financières en prenant en compte la dimension psychologique et émotionnelle ainsi que les opportunités et relations créées ou perdues.

<sup>1310</sup> Le sentiment de support du professionnel est l'évaluation de la qualité de l'intervention de tout professionnel de la justice. Il s'agit pour le tiers de mettre en œuvre ses qualités de gestionnaire de risque, de solutionneur de problème ou de facilitateur de justice et de conseil.

une œuvre de justice consensuelle permettrait, si les règles qui le régissent étaient suffisamment cadencées, d'améliorer l'information processuelle entre chaque acteur du conflit, et donc de faciliter la mise en œuvre des droits et garanties dont chacun bénéficie, ce qui, *in fine*, conduirait à éviter les litiges de procédure, l'amélioration de la célérité des procédures et l'acceptation de la solution mettant fin au conflit substantiel.

Il est possible de transposer le sentiment de justice, défini pour les acteurs d'un procès, au sentiment de justice des acteurs de la justice, essentiellement les magistrats. La justice administrative, souvent très en avance dans le dialogue de gestion, en a pris conscience<sup>1311</sup>. L'exposé des motifs de la loi de programmation de la justice 2018-2022 du 23 mars 2019 envisage aussi de redessiner de manière globale l'action des acteurs du procès et de la justice dans un ensemble qui ne peut être dissocié : « L'amélioration du fonctionnement des juridictions passe, en premier lieu, par une redéfinition du rôle de chacun des acteurs du procès : justiciables, magistrats, personnels de greffe et professionnels du droit ».

Le sentiment de justice des acteurs locaux de la justice ne serait pas celui qui mesure l'accès à la justice, mais celui qui mesure le sentiment du service rendu au justiciable (un sentiment qui repose sur l'action des acteurs de la justice et sur le résultat, eu égard à leur mission et charge de travail). Le sentiment de justice porterait sur l'équité processuelle et la recherche de la meilleure procédure offerte aux acteurs d'un procès. Le sentiment d'utilité, lui, servirait tout aussi bien à vérifier que la procédure assurée par les professionnels n'a pas été vaine pour les justiciables, compte tenu de leurs attentes économiques et sociales. Le sentiment de support serait enfin le moyen de s'assurer que le professionnel de la justice a joué un rôle adéquat dans la conduite du procès. Le contrat processuel collectif est un moyen efficace d'aménager les règles de la procédure en vertu des exigences de l'administration de la justice au niveau local. Le dialogue de gestion permettrait de mieux appréhender l'exécution des tâches de chaque acteur institutionnel pour offrir la meilleure forme de justice possible.

---

<sup>1311</sup> « Réflexions sur la justice administrative de demain », *op. cit.*, p. 45, : « Compte tenu des attentes de qualité et d'efficacité qui sont celles à la fois des justiciables et des femmes et des hommes qui œuvrent au service de la justice, des évolutions sont ici aussi envisageables » ; L. CADIET, « L'accès à la justice », *op. cit.*, n° 15 : « Concrètement, cela consiste, par exemple, au rebours d'un mode d'administration centralisé et technocratique, à promouvoir un modèle d'administration concertée et de gestion qualitative de la justice, tant à l'intérieur de l'institution, du sommet à la base, entre les différents corps (juges, procureurs, greffiers), que dans ses relations avec ses partenaires, le barreau au premier rang ».

## § 2 - La légitimité exogène du contrat processuel

**293. Vers une rigidification du cadre procédural étatique.** Le contrat processuel jouit d'une forte légitimité endogène, mais d'une faible légitimité exogène. La légitimité exogène se mesure au regard de la place faite au contrat processuel dans l'ordre juridique processuel. Il y a lieu de constater qu'aucun texte de loi ne reconnaît la faculté de principe des acteurs du procès et de la justice d'aménager les procédures. Le contrat processuel n'existe pas en droit positif, seuls quelques contrats processuels, qui n'en portent pas le nom, étant éparpillés dans les codes, de manière très marginale. Si l'esprit consensuel se propage au travers des procès, notamment grâce aux alternatives à la voie juridictionnelle, incitées par les pouvoirs publics, de nombreux contrats processuels n'apparaissent pas légitimes, au regard des procédures étatiques qui se rigidifient et se complexifient. La rigidification des règles de procédure étatique s'accroît et le procès devient de moins en moins la chose des acteurs du procès et de la justice. Son droit est composé d'un ensemble de normes rigides qui ne laissent pas vraiment de place à l'aménagement de la procédure par voie de contrat (I). Dans ce contexte normatif où les pouvoirs publics ont pour ambition de remodeler les règles des procès, en vue de proposer un fonctionnement du service public de la justice plus efficace, le rôle du contrat processuel reste à définir (II).

### I - Les procès, entre rigidité et souplesse procédurales

**294. La résolution du conflit, entre rigidité et flexibilité.** Depuis le début des années 2000, surtout depuis les années 2010, les règles de procédure se sont rigidifiées. Elles offrent un niveau de garanties procédurales qui stagne plus qu'il n'augmente. Aux mêmes moments, les pouvoirs publics ont d'ailleurs fait en sorte de stimuler le recours à des accords processuels individuels qui prônent le renouveau d'une justice dite amiable et plus qualitative, afin d'échapper au système de justice étatique soi-disant asphyxié.

Lors d'un colloque toulousain, nous évoquions l'équilibre difficile à trouver entre souplesse (flexibilité) et rigidité des procédures<sup>1312</sup>, les voies alternatives de règlement des conflits, si souples d'apparence, formant une illusion qui masque le besoin de procédure, quel que soit le mode de règlement du différend mis en œuvre. M. le professeur CADIET constate une plus grande flexibilité des procédures et conclut que « la rigidité et la flexibilité doivent être pensées

---

<sup>1312</sup> A. AUDRERIE, V. GARCIA, « Contrat & procès : double "je" » *op. cit.*, *spéc.* p. 86 et p. 94.

ensemble ; l'une n'est pas exclusive de l'autre ; le tout est de placer le curseur au bon endroit afin de trouver le point d'équilibre entre rigidité et flexibilité. On pourrait appeler cela la flexisécurité processuelle<sup>1313</sup> ». En évoquant la flexibilité et la rigidité des procédures, c'est le système de justice qui est interrogé dans son ensemble. C'est l'offre de justice et les différentes méthodes de résolution du différend qui peuvent entrer en concurrence pour régler un même litige.

**295. La rigidification des règles du procès.** Le droit du procès proposerait aujourd'hui une offre de justice plurielle, à la fois étatique et rigide, imposant des comportements de procédure unilatéraux, ainsi qu'une offre de justice plus flexible et plus souple, à laquelle se rattacherait la justice amiable. Cette vision offre une nouvelle palette de la justice dotée de multiples méthodes d'action, la plus adéquate devant être choisie. Toutefois, si les procédures de règlement des conflits se diversifient, le procès étatique demeure le mode de droit commun de résolution des différends. Or, les règles du procès étatique ne cessent de se rigidifier. De la sorte, le contrat processuel individuel ne pourrait se concevoir qu'en dehors de l'institution judiciaire (du juge) et les contrats collectifs d'optimisation processuelle, qui sont les plus nombreux, paraissent inutiles. La rigidification des règles de procédure doit être constatée en matière civile et administrative (A), puis en matière pénale, dans laquelle elle prend une dimension légèrement différente (B).

#### **A - La rigidification des procédures civile et administrative**

**296. La maîtrise du procès par ses acteurs.** Le procès échappe de plus en plus à ses acteurs ! L'aléa judiciaire est devenu un aléa procédural, qui ne prend fin qu'après un long parcours semé de chausse-trappes de procédure<sup>1314</sup>. Les procédures étatiques sont donc de moins en moins aménageables. Elles se rigidifient et laissent peu de place aux contrats processuels collectifs et individuels, sauf quand ils permettent de dynamiser l'instance ou d'éviter, voire de quitter momentanément ou définitivement la procédure devant le juge.

---

<sup>1313</sup> L. CADIET, « Le procès entre rigidité et flexibilité » in Mél. J. MESTRE, *LGDJ*, 2019, p. 217, spéc. p. 231, n°14, et avant p. 218, n° 2 : « Mon hypothèse est que l'histoire contemporaine de la procédure est caractérisée par une tendance croissante à la flexibilisation procédurale qui assouplit le système processuel, dans son ensemble, autant que les procédures elles-mêmes, en particulier. Pour autant, cette flexibilité processuelle accrue ne signifie pas la fin de toute rigidité procédurale car aucune procédure digne de ce nom n'existe sans principe ni forme ».

<sup>1314</sup> N. FRICERO, « Procédure civile » (janv. 2021, févr. 2022), *D.*, 2022, p. 625, évoquant un « big bang procédural » : « La complexification croissante caractérise sans conteste la procédure civile, en première instance comme en appel. L'explosion du contentieux de nature exclusivement procédurale traduit la difficulté de faire application des multiples réformes ponctuelles qui perturbent les pratiques et modifient des notions traditionnelles ».

Le constat d'une rigidification est d'abord à faire en matière civile, où les parties ont la maîtrise de la matière litigieuse et disposent de l'impulsion processuelle, pour introduire et mettre fin à l'instance. Mme le professeur MAYER a pu conclure que les contractualisations individuelle et collective, en matière civile, ne donnaient pas plus de liberté aux acteurs du procès pour l'organiser. La rigidification des procédures laisse moins de place à la volonté des parties, mais renforce l'office du juge (renforcement du modèle inquisitoire) et la multiplication des sanctions de procédure (la caducité, l'irrecevabilité, l'irrecevabilité technique, les nullités, la radiation, les rejets de requêtes, les désistements forcés, l'amende civile dont le montant est rehaussé). L'objectif est de limiter le jeu de la volonté des parties et l'examen au fond des affaires, donc de travailler plus rapidement à la réduction des stocks des affaires enregistrées dans les juridictions. Ce qui échappe de plus en plus aux acteurs du procès, c'est donc, finalement, le traitement de la matière litigieuse<sup>1315</sup>.

**297. Le rôle inquisitorial du juge en matière civile.** Le juge chargé d'instruire l'affaire possède un office de plus en plus inquisitorial en matière civile<sup>1316</sup>. Il veille d'assez loin à la mise en état de l'affaire dite intellectuelle, mais il s'occupe surtout d'une mise en état plus mécanique, dite calendrier, qui porte sur le déroulement de l'instance dont les règles ne cessent de se durcir et font que le juge donne le rythme au procès, en application des textes de loi. Il faut distinguer la procédure écrite, toujours plus écrite, de la procédure orale, de moins en moins orale, et en partie devenue « orale-écrite », et par conséquent plus rigide. Le caractère inquisitorial n'a cessé d'augmenter depuis le rapport du groupe de travail MAGENDIE qui a pu envisager la mission du juge de la mise en état au regard de l'impératif de célérité. Le juge

---

<sup>1315</sup> Alors que les chiffres de la justice ne révèlent pas toujours des juridictions en détresse... ; S. AMRANI-MEKKI, « Nouvelles réformes de procédure civile. Vous avez dit simplification ? », *JCP G.*, n° 3, 20 janv. 2020, doctr. 75, n° 31 : « Les difficultés liées à la rédaction des textes, aux dispositions transitoires et l'ajout d'exigences formelles sont plutôt de nature à compliquer la procédure. Le justiciable voit ses exigences formelles alourdies en même temps que le coût de son action par l'extension de la représentation obligatoire et le recours à l'huissier de justice. L'avocat y voit une source de confusions et d'erreurs inévitables à court terme et des contraintes toujours plus fortes liées aux formalités procédurales (...). Et l'institution judiciaire dans tout cela ? Si on veut bien tenter de la distinguer de ses sujets et de ses auxiliaires, ce qui est délicat, on pourrait espérer sinon une simplification, du moins une amélioration du rendement de la machine judiciaire mais l'enfer est pavé des meilleures intentions et le diable se cache dans les détails techniques qui pourraient bien créer du contentieux et du dilatoire. Vous avez dit simplification ? » ; P. CASSIA, « L'inquiétante justice administrative de demain », *op. cit.* : « Le décret JADE s'inscrit essentiellement dans une logique "d'effet cliquet" ou de "grignotage" entamée depuis une dizaine d'années, qui engendre une douce mais insidieuse et dangereuse (pour les justiciables) accoutumance aux chausse-trapes procédurales et aux rejets par ordonnance » ; D. MOREAU, « Faire face à l'augmentation continue des recours à moyens constants », *AJDA*, 2016, p. 2068 : « Il est nécessaire d'adapter les outils du juge administratif à l'accroissement continu du contentieux (en moyenne en augmentation de 3 à 6 % chaque année) (...). Le nombre de requêtes qui ne cesse d'augmenter ; des moyens et des effectifs, qui ne progressent pratiquement plus et un nombre de dossiers traité par magistrat qui ne peut croître indéfiniment ».

<sup>1316</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Nouvelles réformes de procédure civile. Vous avez dit simplification ? », *op. cit.*, n° 22 : « l'économie procédurale justifie l'augmentation des pouvoirs du juge de la mise en état. L'histoire procédurale montre d'ailleurs que ses pouvoirs sont allés en augmentant pour autonomiser la phase d'instruction et ne laisser à la formation de jugement au fond plus qu'à traiter du fond de l'affaire. Le juge de la mise en état devient un gestionnaire de l'instruction civile ».

devient de plus en plus proactif et la faculté des parties d'aménager, seules ou ensemble, le litige s'amenuise<sup>1317</sup>. L'objectif est de recentrer le juge sur son cœur de métier, trancher les litiges les plus essentiels<sup>1318</sup>. L'office du juge est quelque chose de variable qui recouvre plein de potentialités selon le rôle que les pouvoirs publics souhaitent lui confier<sup>1319</sup>.

La mise en état mécanique a pris le dessus sur la mise en état intellectuelle qui est appauvrie, si bien que beaucoup de magistrats s'interrogent sur l'utilité du rôle du juge chargé d'instruire l'affaire, au regard de la nouvelle économie de la justice institutionnelle, qui complexifie l'exercice effectif de cet office<sup>1320</sup>. Il faut en conclure que, si la résolution du litige échappe aux parties, elle échappe aussi de plus en plus au juge, par la technicité des procédures plongées dans un objectif de régulation des flux. L'accès au juge (dimension processuelle) se trouve remplacé par l'accès au service public de la justice (dimension institutionnelle). La différence n'est pas banale. Elle atteste qu'une fois que l'autorité judiciaire de l'État se mêle à la résolution du conflit, l'affaire n'appartient plus aux parties, ni même au juge, mais à l'institution judiciaire et ses objectifs de performance définis par les pouvoirs publics.

**298. La procédure inquisitoire en matière administrative.** La procédure était déjà inquisitoire, mais elle l'est devenue encore plus avec le décret JADE de 2016. À l'image de la pierre de jade, si dure et dense qu'elle ne laisse pénétrer aucun corps extérieur, le droit du contentieux administratif entend résister aux assauts des affaires nouvelles. Selon le Conseil d'État, ces nouvelles dispositions sont justifiées au regard de l'objectif du délai raisonnable des jugements et elles ne portent pas atteinte au droit au recours au juge. Le juge peut demander

---

<sup>1317</sup> Par ex., le calendrier de procédure était à l'origine fixé avec l'accord des avocats, tandis qu'aujourd'hui, le juge le fixe après leur avis (CPC, art. 781). Depuis 2019, le juge de la mise en état devant le tribunal judiciaire est même devenu un vrai filtre processuel avant l'accès à la formation de jugement, puisqu'il est désormais exclusivement compétent pour statuer sur les fins de non-recevoir (CPC, art. 789 6°). En matière orale, le juge chargé d'instruire l'affaire peut désormais basculer de sa propre initiative vers la procédure écrite et fixer un calendrier de procédure pour dynamiser l'instance sous peine de sanctions (juger, radier, ou pire, écarter prétentions, moyens et pièces communiquées au-delà des délais de procédure lorsque leur communication sans motif légitime porte atteinte aux droits de la défense, v. CPC, art. 446-2) et ordonner toute explication de fait et de droit (CPC, art. 446-3). Le juge chargé de la mise en état a tout pouvoir pour fixer ce qu'on l'appelle la mise en état intellectuelle, et qui est d'ailleurs bien limitée à sa plus simple expression, mais aussi tout pouvoir pour encadrer la mise en état de manière plus mécanique, ordonner des délais et/ou veiller à leur respect.

<sup>1318</sup> Livret n° 3 des chantiers de la justice, *op. cit.*, p. 8 : « Le juge doit-il pouvoir disposer de temps pour décider ? Pour cela, il doit pouvoir se concentrer sur son office ce qui suppose que l'on sache déjudiciariser sans compromettre le rôle régulateur du droit ».

<sup>1319</sup> « La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI<sup>ème</sup> siècle », *op. cit.*, rapport dans lequel l'office du juge est décliné suivant 6 offices en fonction de son objet : l'office jurisprudentiel (dire le droit), l'office processuel (trancher les litiges par un processus équitable et individualisé), l'office de vérité (établir la vérité sur les faits), l'office tutélaire (protéger les plus fragiles), l'office sanctionnateur (sanctionner les infractions et réintégrer l'individu dans la société), l'office libéral (garantir les libertés individuelles notamment en matière pénale) ; 3 offices selon sa source : l'office légal (loi et règlement), l'office de conscience (la conscience) et l'office principal (principes constitutionnels et conventionnels) ; 3 offices selon son intensité, l'office virtuel (homologation de transaction), l'office d'autorisation et le plein office.

<sup>1320</sup> *Ibid.*, p. 65, s. *spéc.* p. 67 : « Il n'est plus tant demandé au juge de juger au terme d'un procès que de juger dans un processus. Il s'agit là de deux activités différentes : dans le premier cas, le jugement conclut un événement qui est censé se suffire à lui-même, dans l'autre il est immergé dans une série de mini-décisions dont la raison ultime n'est pas juridique mais économique : traiter le maximum d'affaires dans le minimum de temps ».

aux parties des compléments d'information sans rouvrir l'instruction (R. 613-1-1)<sup>1321</sup> et, devant le Conseil d'État, à titre expérimental, certains présidents de chambre peuvent prendre des ordonnances de clôture d'instruction (art. 32 du décret, et tout magistrat désigné depuis (D. n° 2019-82 du 7 févr. 2019, art. 4 et art. 9). La chasse aux contentieux superflus s'intensifie devant les juridictions de fond (CJA, art. R. 222-1, R. 822-5 4° et 7°, R. 122-1 devant le Conseil d'État)<sup>1322</sup>. Concernant la mise en état plus intellectuelle, le juge peut, sans clore l'instruction, fixer par ordonnance la date à laquelle les parties ne pourront plus soulever de nouveaux moyens. Cette faculté existait déjà en droit de l'urbanisme et elle s'est renforcée en 2018<sup>1323</sup>. Désormais, cette cristallisation des moyens est étendue à tout type de contentieux (CJA, art. R. 611-7-1)<sup>1324</sup>. Alors que le Conseil d'État encourage les juridictions de fond à utiliser ces nouvelles dispositions, les sanctions afférentes ont immédiatement donné lieu à un contentieux procédural<sup>1325</sup>, pouvant porter atteinte au droit d'accès au juge. Ces figures inquisitoriales sont dangereuses, car elles sont contrebalancées par trop peu de garanties pour les justiciables<sup>1326</sup>. Elles rendent la procédure plus piègeuse et plus instable pour juguler les flux, de nouvelles sanctions de procédure étant définies en parallèle du renforcement de l'office du juge, chargé de les constater ou les relever d'office<sup>1327</sup>.

---

<sup>1321</sup> C. BROUELLE, « Les récentes réformes du contentieux administratif : le décret JADE du 2 nov. 2016, *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2017, n° 1, p. 17.

<sup>1322</sup> D. MOREAU, « Faire face à l'augmentation continue des recours à moyens constants », *op. cit.* ; certains juges, de plus en plus nombreux (ceux ayant une ancienneté de plus de deux ans et ayant atteint le grade de premier conseiller peuvent les prendre), permettant de déstocker les requêtes qui ne méritent pas une instruction traditionnelle, parce qu'elle est manifestement irrecevable ou infondée (légalité interne/externe) ou que la solution apparaît clairement, par exemple.

<sup>1323</sup> D. n° 2018-617 du 17 juill. 2018, art. 7, v. CJA, art. R. 600-5.

<sup>1324</sup> F. POULET, « La justice administrative de demain selon les décrets du 2 novembre 2016 », *AJDA*, 2017, p. 279 : « Le caractère inquisitorial de la procédure juridictionnelle administrative se trouve ainsi renforcé, ce que confirme, au demeurant, la possibilité, pour le juge, de retirer l'ordonnance prononçant la cristallisation des moyens par une décision présentant toutes les caractéristiques d'une mesure d'administration judiciaire. Une telle mesure donne au juge les moyens d'éviter que les parties ne sortent tardivement de leur chapeau, après une longue instruction et alors que l'affaire semble en état d'être jugée, un moyen jusque-là non invoqué (et parfois gardé pour la fin). Ce pouvoir permet ainsi à la fois de rationaliser et de moraliser le comportement des parties : du fait de son existence, les justiciables sont appelés, dès le départ, à mieux réfléchir aux enjeux du litige et donc aux moyens invocables ; par ailleurs, il les encourage à faire preuve de loyauté, en évitant de soulever des moyens nouveaux à des fins purement dilatoires. En tant qu'il aide le juge à maîtriser plus efficacement le déroulement de l'instruction et, *in fine*, le temps du procès, il doit être regardé comme favorable à la bonne administration de la justice ».

<sup>1325</sup> J. JORDA, « Le juge administratif et les droits existants », *AJDA*, 2019, p. 1031.

<sup>1326</sup> On peut par exemple évoquer la vie éphémère de l'article L. 600-13 du code de l'urbanisme déclaré inconstitutionnel en 2019 alors qu'il avait été édicté au 27 janvier 2017. Il prévoyait la caducité de l'acte introductif d'instance quand le requérant n'avait pas communiqué les pièces nécessaires au soutien de sa demande dans les trois mois du dépôt de l'acte, ou dans le délai imparti par le juge, v. C. constit., QPC, n° 2019-777, 19 avr. 2019, le Conseil l'a abrogé au motif que la notion de pièces nécessaires au jugement de l'affaire n'était pas assez précise, le juge n'ayant pas l'obligation de préciser cela dans sa décision de caducité, ni même en amont pour guider le requérant.

<sup>1327</sup> F. POULET, « Les rejets avant examen », *RFDA*, 2019, p. 676 : « l'introduction de nouvelles applications du rejet avant examen a été présentée comme devant permettre de juguler la croissance du contentieux administratif "à moyens constants" (...) justifiés, selon le Conseil d'État, par la bonne administration de la justice, ces rejets avant examen impriment en réalité le sentiment que la justice administrative cherche avant tout à se débarrasser d'un certain nombre de requêtes en stock, afin d'améliorer ses indicateurs de performance, plutôt qu'à garantir le respect des droits du justiciable ».



**299. Les sanctions en procédure civile et contentieux administratif.** De nouvelles sanctions apparaissent en matière civile, telles que l'irrecevabilité technique des actes de procédure et la caducité<sup>1328</sup>. Ce sont des incidents techniques de procédure, qui ne portent pas directement sur la sanction du droit d'agir ou la régularité de la procédure. La procédure d'appel écrite en est pavée, et cela a nécessairement pour but de limiter le réexamen de l'affaire au fond et donc, en principe, s'avérer être un gain de temps pour les juges. Cela n'est pourtant pas établi d'un point de vue statistique et même difficile à croire en pratique<sup>1329</sup>.

Certaines sanctions sont toutefois redoutables et peuvent assurer un gain de temps évident. Par exemple, la cour d'appel doit constater qu'elle n'est pas saisie du litige, si la déclaration d'appel ne contient pas les chefs du jugement expressément critiqués. La cour d'appel doit confirmer la décision de première instance, sans examen au fond, si les conclusions ne comportent pas « infirme », « réforme », ou « annule » dans leur dispositif<sup>1330</sup>.

En matière administrative, l'accès au prétoire est également restreint par diverses sanctions<sup>1331</sup>. Les sanctions traditionnelles, comme la liaison du contentieux à peine d'irrecevabilité de l'action, sont réaffirmées avec force<sup>1332</sup>, et de nouvelles émergent. Elles trouvent leur origine dans le caractère inquisitorial du procès, poussé à l'extrême<sup>1333</sup>. Il s'agit du désistement d'office et du désistement involontaire. Le premier prévoit que la partie est réputée s'être désistée dans l'hypothèse où elle n'accomplit pas une charge de procédure imposée par le juge<sup>1334</sup>. La jurisprudence est aussitôt venue encadrer et rappeler le bon usage de ces nouvelles sanctions,

<sup>1328</sup> G. SANSONE, « Les sanctions en procédure civile », thèse, AIX-MARSEILLE, 2019.

<sup>1329</sup> Souvent le contentieux procédural qui se greffe sur le conflit substantiel est bien plus compliqué à traiter que le contentieux au fond. Le temps passé à relever d'office la sanction et / ou trancher le conflit de procédure est souvent, en pratique, plus important que celui qui aurait été uniquement pris pour régler le litige au fond. La perte de temps est flagrante lorsque le juge doit statuer sur le conflit procédural, puis sur le litige au fond.

<sup>1330</sup> Cass civ., 2<sup>ème</sup>, 2 juill. 2020, n° 19-16954 ; Cass civ., 2<sup>ème</sup>, 17 sept. 2020, n° 18-23626.

<sup>1331</sup> N. CHIFFLOT, « Dans le contentieux administratif, modernisation rime avec restriction », *Procédures*, n° 7, juill. 2019, alerte 10.

<sup>1332</sup> Le Conseil d'État admet de manière générale que la rectification de la liaison du contentieux est régularisable même une fois que le juge est saisi. La solution devrait être toujours la même, sauf quand le texte parle expressément d'irrecevabilité de la requête en matière de demande pécuniaire ; vu la réaffirmation de la liaison du contentieux par le décret JADE, il aurait dû être mis fin à cette jurisprudence qui accepte la régularisation de la liaison en cours d'instance en matière de demande indemnitaire, ce que le Conseil a malgré tout confirmé, de manière *contra legem*, F. POULET, « Les rejets avant examen », *op. cit.* : « le Conseil d'État a largement neutralisé la portée de cette réforme réalisée par le décret JADE, en assurant, à l'occasion d'un avis contentieux remarqué du 27 mars 2019, la survivance de la jurisprudence Établissement français du sang. Mais il est tout de même paradoxal sur le fond, et contestable du point de vue de la méthode, que le Conseil d'État ait dû se livrer à une interprétation *contra legem* des nouvelles dispositions litigieuses du CJA, issues du décret JADE donc, pour maintenir cette solution protectrice de l'effectivité du droit au recours des administrés ».

<sup>1333</sup> F. POULET, « La justice administrative de demain selon les décrets du 2 novembre 2016 », *op. cit.* : « En définitive, dans un système de type inquisitorial, la déshérence éventuelle d'une requête est d'abord de la responsabilité du juge. En revanche, il ne devrait pas être permis à ce dernier de se prononcer, à la place du requérant, sur l'opportunité de son action en justice et de décider, le cas échéant, qu'une requête ne conserve plus d'intérêt pour lui ».

<sup>1334</sup> Ce désistement est prévu à l'article R. 612-5-1 du CJA. Le désistement est d'office et simplement constaté par le juge quand le requérant ne confirme pas expressément le maintien de ses conclusions dans le délai d'un mois suivant l'invitation du juge administratif et, dès que le dossier le permet, sur l'intérêt que la requête conserve pour son auteur. Un désistement d'office est également prévu désormais pour tous les contentieux lorsque le juge oblige une partie à produire un mémoire récapitulatif dans le délai donné (CJA, art. R. 611-8-1).

qu'il ne faut pas appliquer trop tôt, notamment concernant la cristallisation des moyens<sup>1335</sup>. L'application de la règle du mémoire récapitulatif (dont la fréquence a augmenté<sup>1336</sup>), à peine de constatation du désistement d'office, a également été source d'un grand contentieux dès l'entrée en vigueur de l'article 612-5-1 du CJA<sup>1337</sup>. La procédure se durcit constamment, puisque ces sanctions gagnent du terrain : désormais, quand la requête en référé suspension est rejetée en l'absence de doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée, la requête au fond, si elle déjà déposée à la juridiction, doit être confirmée par le requérant, dans un délai d'un mois à compter de la décision de référé, à peine de désistement involontaire constaté (CJA, art. R. 612-5-2). Devant les cours administratives d'appel et la juridiction suprême, le filtrage des requêtes est également le leitmotiv actuel, de nature à faciliter la réduction massive des stocks<sup>1338</sup>.

## B - La rigidification de la procédure pénale

**300. La rigidification de la procédure pénale : entre équilibre procédural et technicisation processuelle<sup>1339</sup>.** En matière pénale, la technicité de la procédure est exigée par la certitude de la répression, en faisant du ministère public l'acteur principal du procès pénal. Les garanties de la personne suspectée et de la victime s'amenuisent, à proportion de l'augmentation des pouvoirs du parquet<sup>1340</sup>. Le procès pénal devient, pour ces dernières, un procès encore plus subi, ou inaccessible, alors que le ministère public a la mainmise sur la

---

<sup>1335</sup> M-C. DE MONTECLER, « Il ne faut pas cristalliser les moyens trop tôt », *AIDA*, 2020, p. 720.

<sup>1336</sup> T. BIGOT, « Le Conseil d'État précise une nouvelle fois les règles de recours au désistement d'office », *DALLOZ Actualité*, 6 avr. 2020, soulignant que « le recours au mémoire récapitulatif par les tribunaux a été multiplié par quatre l'année qui a suivi cette réforme ».

<sup>1337</sup> Le Conseil d'État se contentait au début de contrôler la régularité formelle de la demande de dépôt du mémoire par le juge, sans s'attacher aux circonstances d'opportunité qui avait motivé une telle action du juge. Désormais, les juges d'appel et de cassation contrôlent l'usage des dispositifs en vérifiant que le juge, n'a pas, vu l'ensemble des circonstances de l'espèce, fait un usage abusif de la faculté qui lui était ouverte ; pour CJA, art. R. 611-8-1, v. CE 25 juin 2018, *Sté Immobilière Groupe CASINO*, n° 416720 reviré par CE 24 juill. 2019, *Sté CREDIT MUTUEL PIERRE*, n° 423177, confirmé par CE, 7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> ch. réunies, 22 nov. 2019, n° 420067, à la suite de la jurisprudence pour l'application de l'article R. 612-5-1, CE, 5<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> ch. réunies, 7 juin 2019, n° 419770 et CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ch. réunies, 12 févr. 2020, n° 421219.

<sup>1338</sup> P. CASSIA, « L'inquiétante justice administrative de demain », *op. cit.* : « En onze années de patience émaillées de cinq décrets (en Conseil d'État), le Conseil d'État a quasiment obtenu par la voie réglementaire ce que le législateur a - pour l'instant - (heureusement) refusé à la Cour de cassation » ; P. THERY, « "Pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile". Observations sur le rapport NALLET », *JCP G.*, n° 50, 9 déc. 2019, 1285 ; C. Cass., « Volet filtrage des pourvois, projet des textes », 14 mars 2018.

<sup>1339</sup> Le message de Mme PIGNON directrice des affaires criminelles et des grâces, disponible sur [justice.gouv.fr](http://justice.gouv.fr), est clair : « En ce sens, elle [la loi du 23 mars 2019] a revisité en profondeur la procédure pénale, sans bouleverser les équilibres fondamentaux mais en cherchant à améliorer autant que possible, d'une manière pragmatique, les règles existantes (...). Les dispositions de la loi visent ainsi à faciliter le travail des acteurs de la chaîne pénale, qu'il s'agisse des enquêteurs, des magistrats du siège ou du parquet et des avocats et ce à tous les stades de la procédure. Cela permet de renforcer l'efficacité de la réponse judiciaire » ; on ne voit pas où se situe la défense de l'intérêt du justiciable dans ces propos.

<sup>1340</sup> On assiste même à une réduction des garanties : la collégialité de l'information n'a jamais vu le jour. Les modes de preuves intrusifs se multiplient dans le cadre des enquêtes de droit commun qui se rapprochent des cadres spéciaux d'investigation (confusion des cadres d'enquêtes), les seuils de peine pour y avoir recours étant abaissés. De nouveaux modes de poursuite apparaissent afin de pouvoir laisser le prévenu en détention. On remplace progressivement par des cours départementales criminelles le jury populaire, *etc.*

conduite de la procédure, de l'enquête à l'action en justice. La procédure pénale devient de plus en plus accusatoire, sans que les garanties processuelles n'augmentent pour autant, même si l'on doit constater que l'enquête est de plus en plus contradictoire, depuis 2019, la loi ayant ouvert la contestation contre des actes d'enquêtes subis et restés vains<sup>1341</sup>.

En procédure pénale, la rigidification des textes de procédure est moins évidente. Au début, cette rigidification était vue comme une inadéquation des forces en présence. M. le professeur VERGES évoque à ce sujet une procédure pénale parvenue à son point d'équilibre<sup>1342</sup>. Il s'agit d'un point d'équilibre entre les forces politiques tiraillées entre répression et garantie du procès équitable. L'équilibre se situe autour d'un consensus de normes qui tendent à ne plus faire croître les droits et garanties des justiciables. La procédure pénale aurait atteint un maximum qui ne peut être repoussé. L'enquête représente cependant le dernier bastion qui pourrait un jour sauter, pour devenir pleinement contradictoire et offrir un accroissement important des garanties ; mais à quel prix pour l'efficacité de la réponse pénale et de l'institution judiciaire<sup>1343</sup> ?

Globalement, le rôle du ministère public se renforce durant l'enquête. M. le professeur VERGES constatait déjà en 2016 que les techniques d'enquêtes et les mesures d'instruction se développaient fortement alors que les droits de la défense stagnaient, ou progressaient sensiblement. L'équilibre actuel fait que le mis en cause est encore plus passif qu'il ne l'était<sup>1344</sup>. Le parquet devient l'élément central du procès alors qu'il n'est pas le gardien des garanties fondamentales<sup>1345</sup>.

Le déséquilibre procédural se conjugue avec une technicité de la procédure. Les rapports officiels et les auteurs prônent alors une refonte globale du code de procédure pénale ou, au

---

<sup>1341</sup> L'enquête doit rester secrète et les recours contre tout acte d'enquête doivent être limités au cadre de l'instance selon le rapport BEAUME. Pourtant, la loi du 23 mars 2019 a ouvert une nouvelle brèche avec l'article 802-2 CPP qui autorise le mis en cause à agir au bout d'un an, en cas d'inaction du parquet, aux fins de faire annuler l'acte de perquisition ou de visite domiciliaire devant le JLD ; v. aussi L. 2021-1729 du 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, art. 2 sur la durée de l'enquête préliminaire (2 ans) et la motivation du recours à la prolongation sur une année ; v. CPP, art. 276-1 sur la codification de la mise en état criminel intégrée au jugement et la recherche d'un accord sur la liste des témoins et des experts qui seront cités à l'audience, sur leur ordre de déposition et sur la durée de l'audience, notamment lorsqu'il a été fait application de l'article 380-2-1 A.

<sup>1342</sup> E. VERGES « La procédure pénale à son point d'équilibre », *op. cit.*

<sup>1343</sup> Pourtant, à la suite du rapport J. BEAUME remis en juillet 2014 au garde des Sceaux, l'enquête n'est pas devenue cet espace-temps de discussion et de traitement des données procédurales. Il était proposé de limiter sa durée et d'ouvrir un temps de discussion sollicité par le mis en cause ayant subi certains actes d'investigations. L'article 77-2 CPP a finalement été consacré en ouvrant un temps de discussion au bout d'une année, après l'accomplissement de la première audition libre ou garde à vue.

<sup>1344</sup> E. VERGES « La procédure pénale à son point d'équilibre », *op. cit.*, à propos de la loi du 3 juin 2016 : « la loi opère un tournant en affichant un objectif de simplification, qui vise avant tout à faciliter le travail des enquêteurs et des magistrats ».

<sup>1345</sup> *Ibid.* : « On assiste assurément à un changement de paradigmes procéduraux et au couronnement de l'enquête qui irrigue et conditionne souvent toute la procédure pénale qu'elle détermine en amont. La marge de manœuvre de la défense durant l'enquête est en effet réduite (surtout si on compare avec l'instruction) et les possibilités offertes au suspect de faire valoir ses droits sont reportées à l'audience de jugement durant laquelle se déroule le véritable débat contradictoire à la barre », « L'interlocuteur institutionnel du prévenu sera désormais, souvent et uniquement, le procureur, alors qu'il est son adversaire procédural et qu'aucun rééquilibrage au profit des droits de la défense n'est prévu. Le magistrat du parquet a remplacé le garant des libertés individuelles de l'article 66 de la Constitution sans en avoir statutairement l'indépendance ni l'impartialité ».

moins une simplification, sans appauvrir les droits de la défense plus qu'ils ne le sont<sup>1346</sup>. La multiplication et la confusion des cadres d'enquêtes et de répression, comme le besoin d'efficacité procédurale, nuisent aux garanties procédurales, le parquet disposant de plus en plus de prérogatives pour découvrir les faits et initier un processus de sanction. L'asphyxie procédurale et les enjeux d'un rendement procédural sont révélés par les auteurs<sup>1347</sup>. Les lois de procédure pénale s'ajoutent les unes aux autres et sont « autocentrée sur l'institution judiciaire (...). La légistique se préoccupe aujourd'hui de recenser les microproblèmes qui se posent aux magistrats et aux enquêteurs et de créer, pour chacun de ces microproblèmes, un nouveau mécanisme procédural censé améliorer la gestion administrative de la procédure. On assiste alors, avec un réel sentiment d'impuissance, à l'apparition d'un pointillisme procédural exacerbé qui réside dans l'idée que chaque problème trouve sa solution dans la technique<sup>1348</sup> ». La matière devient très complexe et les régimes procéduraux sont éclatés si bien que le processualiste est noyé dans les méandres de la procédure, entre fausse simplification et nombreuses dérogations au cadre procédural de droit commun.

## **II - La concurrence entre le contrat processuel et les règles des procédures étatiques**

Si les circuits procéduraux sont de plus en plus nombreux, le déroulement des procédures proposées par l'institution de la justice est de plus en plus rigide. Le gain de souplesse n'apparaît d'ailleurs pas vraiment possible, à l'heure actuelle, où la performance de la justice étatique guide les réformes de procédure. Seuls quelques contrats processuels de substitution trouveraient une utilité manifeste pour quitter un cadre hyper-procédural et technique. Le contrat processuel serait donc le moyen d'éviter les procédures étatiques devenues trop rigides. Néanmoins, ce contrat n'est pas vraiment intégré aux procédures étatiques qui constituent toujours l'essence du droit processuel traditionnel (A). Paradoxalement, alors qu'il permet d'échapper à la rigidité des procédures étatiques, le contrat est lui aussi un moyen de rigidifier les règles des autres processus qui ne sont pas assez encadrés (B).

---

<sup>1346</sup> D. LUCIANI-MIEN, « La loi du 23 mars 2019 : le rendement procédural au détriment des droits du suspect », *op. cit.* : « on ne peut en effet imaginer une simplification de la procédure pénale qui serait synonyme d'une diminution des garanties des justiciables, au premier rang desquels les droits de la défense. Comme il convient de ne pas confondre vitesse et précipitation, il convient également de ne pas mélanger simplification et appauvrissement ».

<sup>1347</sup> E. VERGES, « La procédure pénale technicienne (ou l'asphyxie procédurale) », *RSC*, 2019, p. 667 : « La procédure pénale est une matière complexe. Elle s'est complexifiée au fil des années et des réformes et elle a atteint un tel point de complexité qu'elle relève aujourd'hui de la discipline d'expert, de technicien, réservée à une petite communauté de professionnels, dont le volume diminue à chaque nouvelle réforme ».

<sup>1348</sup> *Ibid.*

## **A - La légitimité du contrat processuel face à la rigidification des procédures étatiques**

**301. Le contrat processuel individuel et la procédure étatique technique.** Les procédures étatiques sont de moins en moins aménageables et de plus en plus techniques et piégeuses. Le juge ou l'autorité judiciaire devient l'acteur central de chaque procédure, dans le but de garantir la célérité (la rapidité) des procès. Le litige et l'instance échappent de plus en plus aux acteurs du procès.

Le contrat de substitution (arbitrage, médiation, conciliation) trouve pleinement sa place dans l'ordre juridique processuel, car il permet d'éviter les procédures étatiques trop rigides. Les acteurs du conflit reprennent, grâce à eux, la maîtrise du règlement du différend.

En revanche, le contrat de dérivation processuelle passé devant le juge n'est pas un outil actuellement pertinent. Le service public de la justice ne peut se permettre de recevoir trop de procédures négociées. Vu la crise du système de justice, le droit du procès étatique ne pourrait prévoir des procédures à la carte ou sur-mesure, bien qu'elles puissent être une œuvre de simplification des textes de lois trop complexes ou insuffisants. L'objectif général de performance prime sur les intérêts processuels et substantiels des acteurs d'un procès en particulier. Cependant, certains contrats processuels ayant pour but de limiter l'office du juge ont toute leur place, tels que l'accord de retrait du rôle ou sur l'absence d'audience.

Les autres accords de dérivation sont également envisageables, quand ils n'impliquent pas l'institution judiciaire, comme la convention de procédure participative de mise en état.

En matière pénale, l'enquête n'est pas encore contradictoire, malgré plusieurs réformes qui vont en ce sens. Si l'enquête pénale tend à devenir de plus en plus contradictoire, il n'est pas impossible de voir, à l'avenir, des accords processuels se développer avec le parquet en vue de mettre l'affaire en état d'être jugée, comme cela est envisageable dans le cadre de la convention de procédure participative en matière civile.

**302. Le contrat processuel collectif et la procédure étatique rigide.** Le contrat collectif d'optimisation processuelle a pour fonction de remodeler le cadre procédural étatique souvent jugé insuffisant, ou trop souple. Puisque les procédures étatiques se durcissent, ce genre de protocole est de prime abord de moins en moins légitime. Pourtant, la rigidité procédurale maximale n'est pas encore atteinte, notamment en première instance civile, et certains contrats

collectifs donnent d'ailleurs la mesure de la tendance normative, s'agissant d'optimiser toujours un peu plus les règles des procès encore trop souples, notamment les procédures orales. Les autres contrats collectifs sont finalement légitimes au regard des enjeux processuels et judiciaires contemporains (notamment ceux en matière d'expérimentation de procédure, ou ceux qui tendent à promouvoir les MARD, pour éviter la procédure trop rigide). La déclinaison des règles étatiques de procédure au niveau local est pertinente. Il s'agit de rendre les règles de procédure plus effectives et plus efficaces en les adaptant aux contingences du terrain, qui varient inéluctablement d'un ressort à l'autre. Les pouvoirs publics étatiques s'appuient désormais sur les relais locaux de la justice que sont les juridictions. Sous la tutelle du ministre DUPOND-MORRETTI, un intranet des bonnes pratiques a même été créé sur lequel des conventions de procédure sont partagées<sup>1349</sup>.

## **B - La légitimité du contrat processuel face au manque de rigidité des procédures**

**303. Le contrat et le manque de rigidité procédurale.** À l'inverse des propos précédents, il faut désormais constater que le contrat processuel est amené à se substituer à l'absence de procédure. Le contrat peut être le moyen de mieux encadrer les procédures qui ne le sont finalement pas assez. Le contrat processuel comble un besoin de procédure qui est nécessaire aux acteurs du procès et de la justice locale. Le contrat processuel n'est plus le moyen d'éluder le cadre étatique trop rigide, mais devient un projet normatif construit pour l'obéissance. L'exemple topique est celui de la convention d'arbitrage qui établit un règlement de procédure, si bien qu'il est coutume de lire que ce mode alternatif à la justice étatique s'est judiciarisé et juridictionnalisé à l'excès<sup>1350</sup>.

Il faut distinguer trois cas, qui reflètent l'intérêt de définir le cadre processuel par voie de contrat en lieu et place de la mise en œuvre unilatérale des mesures procédurales imposées par l'État. Quelques précisions de vocabulaire s'imposent. La procédure étatique fluide désigne les procédures judiciaires étatiques qui sont assez souples, dotées de peu de charges et de devoirs de procédure, le juge ou le tiers ayant un office peu réglementé. Elle est donc aisément aménageable. La procédure collective est la procédure hétéronome qui sert à fixer un cadre pour le règlement de tous les conflits, par opposition à la procédure autonome définie par les

---

<sup>1349</sup> « Partage de "bonnes pratiques" », communiqué de presse du ministère de la Justice, 18 mars 2021 : « Que ces bonnes pratiques aient vocation à faire gagner du temps, améliorer le service au justiciable ou tout simplement permettre à la justice d'être mieux rendue, elles ont un point commun : elles méritent d'être partagées et répliquées » ; une conseillère est désormais en charge de ces bonnes pratiques pour les recenser et les regrouper au sein de ce « GOOGLE » judiciaire.

<sup>1350</sup> J-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *PUF*, 2016, p. 88, n° 99.

acteurs d'un procès en particulier. Il y aura lieu de mesurer l'opportunité d'adopter une procédure contractuelle individuelle, face à une procédure étatique collective fluide, puis l'intérêt d'une procédure contractuelle collective, face à une procédure étatique collective fluide et, enfin, la pertinence d'une procédure contractuelle individuelle, face à la procédure contractuelle collective.

**304. Le contrat processuel individuel face à la procédure étatique fluide.** Plus la procédure (étatique ou non) est souple, plus certains contrats processuels individuels de dérivation ont une chance de prospérer. Les acteurs du conflit peuvent reprendre la main sur la résolution du litige.

La souplesse propre aux modes alternatifs de règlement des conflits est le moyen pour les justiciables de se réapproprier la maîtrise du litige pouvant leur échapper devant l'autorité judiciaire<sup>1351</sup>. En effet, cette réappropriation peut passer par la redéfinition du cadre procédural. Le droit étatique de la médiation/conciliation et de l'arbitrage sont supplétifs de volonté, et les acteurs du conflit ne choisissent pas nécessairement de conserver la souplesse innée des modes alternatifs, généralement peu réglementés (on exclut donc certains modes, comme la médiation en droit de la consommation, bien plus rigide, C. conso, art. L. 611-1 et R. 612-1). Les acteurs du conflit sont amenés à conclure un contrat processuel de dérivation organisant le déroulement du processus dans le détail. Ils abandonnent ainsi leur faculté d'aménager le règlement du conflit, au fur et à mesure, en élaborant, *ab initio*, un projet normatif qui rigidifie les processus, selon leurs vœux, de la demande de règlement du conflit à l'office du tiers.

Finalement, le besoin de procédure apparaît comme une nécessité, même aux yeux des parties en conflit. Lorsque les parties veulent aménager la procédure par voie de contrat, ce n'est donc pas pour éviter la rigidité procédurale des normes étatiques, mais pour la remplacer par une autre forme de rigidité processuelle qui leur appartient. Elles ont pour ambition de dessiner leur propre cadre procédural, qui est le mieux à même de guider la résolution de leur conflit substantiel, sans chicane procédurale.

---

<sup>1351</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire », *op. cit.*, *spéc.* p. 70, n° 21 : « Nouveau modèle de procès : vers une justice libérale ? - C'est une justice libérale qui est en marche, ce que confirme la procédure participative de mise en état qui se fait hors le juge. L'idée est de rendre la procédure aux parties en redonnant corps au principe dispositif. Les parties gèrent la mise en état d'un commun accord qui ne porte pas sur le fond mais sur les moyens de gérer le litige. Ce n'est plus le juge qui impose le rythme mais l'accord des parties qui doivent y voir le moyen de reprendre la main dans une procédure mécanisée, rythmée par des délais légaux durement sanctionnés (...). Le procès redevient la chose des parties par leur accord. L'accord est ici le moyen de retrouver de la liberté à l'ombre du juge, qui devient ici juge d'appui ».

**305. Les contrats collectifs et la procédure étatique fluide.** Avant le décret n° 2010-1165 du 1<sup>er</sup> octobre 2010, et surtout avant le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017, la procédure orale en matière civile était encore souple. Les contrats collectifs de procédure en matière de procédure orale civile, commerciale et sociale, ont justement été conçus pour mettre de l'ordre dans cette souplesse<sup>1352</sup>, car, il est vrai, le code n'envisageait que faiblement le rôle des parties et du juge chargé de mettre l'affaire en état d'être jugée. Les contrats processuels sont venus imposer un cadre rigide, à l'instar de celui prévu par la procédure écrite, en imposant parfois des calendriers de procédure. En effet, le contexte conjoncturel de la justice ne convient pas forcément aux procédures orales librement aménageables par le juge et les parties. C'est également ce qui explique, en partie, qu'en procédure administrative contentieuse, peu de contrats collectifs ont été pris pour durcir une procédure déjà rigide et très inquisitoire. Malgré cela, même quand la procédure est rigide, le contrat collectif peut rester une source d'innovation procédurale. Un va-et-vient permanent doit être fait entre le haut (l'État) et le bas (le terrain judiciaire), le contrat collectif demeurant cet outil afin d'accoutumer en douceur les justiciables et acteurs d'un procès aux nouvelles formes procédurales.

**306. Le contrat processuel individuel face au contrat processuel collectif.** On peut s'interroger sur la légitimité d'avoir une contractualisation à double face, avec un contrat processuel collectif d'un côté et un contrat processuel individuel de l'autre.

Certains contrats collectifs (ceux qui optimisent le processus) sont susceptibles de rentrer en concurrence avec les contrats individuels dont la fonction est également de prescrire un cadre normatif, pour organiser les mêmes processus. En effet, plus le contrat processuel collectif s'impose dans l'ordre juridique processuel étatique, en prévoyant des règles de procédure rigides au niveau local, moins le contrat processuel individuel a intérêt à se développer, puisque la marge laissée aux volontés des acteurs d'un procès sera résiduelle.

Ces deux catégories de contrat peuvent être complémentaires. Dans un modèle processuel où les règles de procédure étatiques sont souples et laissent place à l'autonomie, le contrat collectif pourrait prévoir les différents schémas de procédure envisageables, avec des règles plus ou moins rigides. Le contrat individuel aurait aussi sa place et manifesterait l'option des parties pour l'un des modèles collectifs optionnels. Si les parties sont amenées à choisir par principe

---

<sup>1352</sup> O. DUFOUR, « Cour d'appel de PARIS : avocats et magistrats tentent de remédier à l'asphyxie des chambres sociales », *op. cit.* : « Mais de plus en plus, on s'accorde à considérer que le remède à la crise de notre système judiciaire n'est pas seulement affaire de crédits, mais aussi de rationalisation de son fonctionnement ».



leur propre cadre procédural, et qu'elles n'y parviennent pas, alors le juge trancherait en décidant quel est le cadre procédural le plus adapté, entre le cadre étatique et le cadre local collectif. Le contrat collectif serait donc encore un moyen de prévoir un cadre supplétif de volonté, en l'absence de contrat individuel. Les nouvelles technologies ainsi qu'un espace numérique propre à chaque justiciable, relié à chaque juridiction, seraient des outils pertinents pour diversifier les formes procédurales collectives et assurer leur efficacité, pour offrir la voie de procédure la plus idoine à chaque conflit, dans le but d'atteindre la forme de justice désirée<sup>1353</sup>.

## **Section 2 - Le contrat processuel comme instrument d'équilibre du droit procédural**

**307. Les pôles de l'équilibre procédural.** Entre souplesse et rigidité, la conjonction du droit étatique avec la faculté de conclure un contrat processuel est de nature à offrir le meilleur modèle de justice possible, à condition que tout soit en parfaite synergie. Dans toutes les procédures (civile, pénale, administrative contentieuse), la rigidité croissante des procès oscille entre trois pôles qui s'attirent et se repoussent au fil du temps. Le premier pôle est relatif au maintien d'une administration de la justice efficace compte tenu des moyens humains et matériels dont elle dispose. Le second concerne la technicité des règles de procédure qui entraînent une réduction de la maîtrise du procès par ses acteurs, qu'il s'agisse des parties au conflit ou des acteurs de la justice locale. Le troisième pôle est la recherche d'un rapport de proportionnalité entre la technicité de la procédure et l'efficacité du système de justice, la mise en balance des garanties procédurales (notamment l'accès au juge) étant le principal facteur d'ajustement entre les deux premiers pôles. Les trois pôles de l'équilibre procédural sont constants dans le temps, seule la balance entre chacun des pôles étant en mouvement (§1). Le flot de réformes de procédure témoigne de la volonté des pouvoirs publics de parvenir coûte que coûte à cet équilibre, sans succès. Le contrat processuel a un rôle à jouer dans le maintien de cet équilibre procédural : tout dépend alors du modèle de procédure souhaité, soit plus étatique et hétéronome, soit plus contractuel et autonome (§2). Le contrat processuel est un facteur de maintien et d'ajustement de l'équilibre procédural, il est doté d'une pleine légitimité.

---

<sup>1353</sup> Ce qui est en voie de développement avec Télérecours citoyens et PORTALIS (portail du justiciable), C. BLERY, J-P. TEBOUL, « Dématérialisation des procédures : saisine d'une juridiction par le Portail du justiciable », *DALLOZ Actualité*, 5 mars 2020 ; E. MAUPIN, « Top départ pour Télérecours citoyen », *AJDA* 2018, p. 947.

Le droit positif a donc tout intérêt à faire une place au contrat processuel, ce qui n'est pas le cas en droit français, enserré dans un modèle de procès, dit mixte, dans lequel le contrat est seulement admis et plébiscité en dehors de la justice institutionnelle (§3).

## § 1 - L'équilibre procédural et le contrat processuel

**308. L'équilibre, une vertu de la justice**<sup>1354</sup>. L'équilibre, c'est la qualité d'un corps ou d'un objet qui reste stable et ne bascule ni d'un côté ni de l'autre, malgré les forces qui viendraient le déstabiliser. Les forces sont par nature perturbatrices. Elles empêchent ce corps ou cet objet de trouver son point d'équilibre. Cependant, ces forces, si différentes, s'entrechoquent souvent entre elles, de sorte que l'impact sur l'équilibre à construire ou préserver est affaibli.

En procédure pénale, M. le professeur VERGES considère que le procès pénal est arrivé à son point d'équilibre en raison des forces politiques qui tendent toutes à la production de normes qui assurent l'efficacité de la procédure coercitive d'un côté et le respect des droits de la défense de l'autre<sup>1355</sup>.

En procédure administrative, il est également question d'équilibre procédural : « La balance évoquée correspond aux finalités qui conditionnent l'équilibre en contentieux administratif : la légalité et la sécurité juridique, l'intérêt du justiciable et l'intérêt général. On peut aussi penser à l'intérêt individuel, comme général, qui consiste à se voir garantir l'accès à un juge, capable de traiter un grand nombre d'affaires - si possible avec célérité et efficacité<sup>1356</sup> ».

En procédure civile, la recherche de l'équilibre est pareillement tournée vers la conjugaison des mêmes forces, entre amélioration du système de justice et définition d'un cadre procédural

---

<sup>1354</sup> L'équilibre est aussi un symbole de la Justice. Les plateaux de la balance tenue par THEMIS sont le plus souvent à l'équilibre, puisque le rapport processuel rend égaux les intérêts des parties en jeu devant être pesés. Parfois, les plateaux ne sont pas à la même hauteur, puisqu'un intérêt substantiel l'emporte *in fine* sur celui d'un autre qui récupère ce qui lui est dû.

<sup>1355</sup> E. VERGES, « La procédure pénale à son point d'équilibre », *op. cit.* : « Plus encore, ce qui nous paraît révélateur de cette mutation, réside dans le fait que les oppositions politiques s'essoufflent et que les arbitrages entre efficacité et caractère coercitif d'un côté, et respect des droits fondamentaux de l'autre, est en passe de trouver son point d'équilibre ».

<sup>1356</sup> F. TESSON, « Remarques sur l'évolution récente du contentieux administratif. Vers de nouveaux équilibres depuis 2014 ? », *Dr. administratif*, n° 12, déc. 2017, étude 17.

protecteur et suffisamment efficace pour que la justice institutionnelle ne s'enraye pas<sup>1357</sup>. Le cap est donné pour atteindre l'efficacité procédurale<sup>1358</sup>.

Même dans les matières qui touchent essentiellement d'autres intérêts que ceux de nature privée, la balance fait son office de pesée entre l'intérêt du justiciable et les intérêts publics. Le point d'équilibre commun recherché par les pouvoirs publics, au moyen des réformes procédurales et justicielles qui se succèdent, oscille entre les trois pôles suivants : le traitement de la demande de justice de plus en plus forte, la nécessité de garantir une procédure efficace, tout en maintenant une équité procédurale suffisante<sup>1359</sup>. Les forces en présence font pencher la balance en faveur de l'efficacité procédurale et la préservation du système de justice<sup>1360</sup>, au détriment des garanties procédurales qui stagnent. Les normes de procédure sont édictées pour limiter l'intervention de l'institution judiciaire et réduire l'office du juge. C'est pour cela que les procédures étatiques ne sont plus vraiment libérales ou adaptables. Elles ne laissent plus vraiment de marge de manœuvre, une fois que cette voie processuelle est choisie.

**309. Le contrat processuel et le maintien de l'équilibre processuel.** Les réformes successives de procédure ne réussissent pas à parvenir à l'équilibre recherché. En effet, les

---

<sup>1357</sup> Livret n° 3 des chantiers de la justice, « Amélioration et simplification de la procédure civile », *op. cit.*, p. 9 : « Aussi, ne perdons pas de vue que l'ensemble repose sur des équilibres sensibles, qui exigent de la prudence pour maîtriser l'audace » ; « Le procès civil est-il toujours la chose des parties », L. FLISE, E. JEULAND (dir.), *IRJS*, 2015 ; C. BLERY, « La procédure civile : entre adaptations nécessaires et stabilité indispensable, un bien difficile équilibre... », *DALLOZ Actualité*, 17 oct. 2017 ; S. AMRANI-MEKKI, « L'appel en matière civile : en marche vers un nouvel équilibre procédural ? », *op. cit.* : « La réforme de la procédure civile suit, depuis quelques années, un rythme accéléré. L'enjeu est de trouver l'équilibre procédural qui permettra d'accroître l'efficacité de la justice civile » ; Résolution du CNB, « Pour un meilleur équilibre du procès civil et de la procédure d'appel », 14 juin 2013, qui rappelle « l'obligation de trouver l'équilibre entre l'objectif de célérité de la justice et les droits des parties à un procès équitable dans lequel elles peuvent discuter de leurs prétentions dans un délai raisonnable et maîtrisé. Insiste sur la nécessité d'unifier les délais impartis aux parties pour conclure, d'assouplir les sanctions encourues en cas de défaut d'exécution des formalités procédurales requises, de réintroduire une plus grande initiative des parties dans le déroulement de la procédure ».

<sup>1358</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Noël du procédurier : la réforme est-elle vraiment un cadeau ? », *Gaz. Pal.*, 28 janv. 2020, n° 4, p. 68 : « Cependant, la réforme de la procédure civile va bien plus loin, à coup de révisions techniques arides et complexes à lire qui n'en dessinent pas moins un cap assez net vers une procédure dématérialisée, contractualisée et concentrée ».

<sup>1359</sup> G. CANIVET, « Du principe d'efficacité en droit judiciaire privé » in « Le juge entre deux millénaires », Mél. P. DRAI, *DALLOZ*, 2000, p. 243 et « Comment concilier le respect des principes de qualité du procès équitable avec les flux d'affaires, dont sont saisies les juridictions ? » in « La qualité de la justice » M.-L. CAVROIS, H. DALLE et J.-P. JEAN (dir.), *La documentation française*, 2002, p. 213.

<sup>1360</sup> J.-B. THIERRY, « La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, loi de réforme pour la justice numérique ? », *JCP G.*, n° 19, 13 mai 2019, doct. 524, spéc. n° 2 : « il est donc question d'une efficacité répressive de la procédure et non d'une mesure destinée à assurer l'efficacité de la défense ou de l'équilibre procédural. La lecture des dispositions de simplification de la procédure civile n'est guère plus rassurante puisqu'il s'agit de déjudiciariser à marche forcée, l'outil numérique étant censé "Développer la culture du règlement alternatif des différends". Plutôt que de s'interroger sur la fin afin d'en ajuster les moyens (...), la finalité poursuivie est relativement claire : gérer des flux à moindre coût, en faisant l'économie d'une réflexion plus que jamais nécessaire sur le financement de l'institution judiciaire » ; N. CHIFFLOT, « Dans le contentieux administratif, modernisation rime avec restriction », *op. cit.* : « Dans ce cadre renouvelé - et alors que l'encre du CJA, sans cesse remanié, peine à sécher - la recherche d'un équilibre entre bonne administration de la justice, droit d'accès au juge et respect du contradictoire a cessé de tourner à l'avantage des justiciables. De l'introduction au déroulement de la procédure juridictionnelle, un rapide bilan des dernières évolutions législatives, réglementaires et jurisprudentielles atteste, à bien des égards, l'affaiblissement progressif de leur position ».

pouvoirs publics espèrent y parvenir en complexifiant les procédures, en réduisant l'accès du juge et son office, tout en déjudiciarisant et promouvant l'autodétermination des parties par le recours aux MARD. Leur souhait est de répondre au besoin de justice croissant, à moyens constants. Néanmoins, l'outil contractuel qui tend justement vers la réalisation de cet objectif est trop peu développé. En effet, le contrat processuel n'est pas vraiment reconnu, mais il est toléré, voire accepté, quand il s'agit de lui faire produire ses effets en dehors du juge et d'améliorer l'administration de la justice.

Les contrats de procédure trouvent une pleine légitimité dans leur fonction de régulation des comportements de procédure afin de maintenir l'équilibre procédural recherché tout en comblant le désir de justice espéré. En effet, le recours au contrat processuel permet de conserver une rigidité procédurale raisonnable, tout en faisant en sorte que chacun puisse tendre vers l'idéal de justice qu'il souhaite. Quant à l'efficacité de l'institution de la justice recherchée, le contrat processuel est un instrument normatif qui peut la favoriser, à condition d'être maîtrisé dans sa formation et ses effets, pour assurer la célérité des procès.

**310. L'équilibre processuel et le temps du procès.** Les réformes étatiques de la procédure sont justement tournées vers la volonté de réduire la durée des procédures, au besoin par des nouvelles sanctions couperets, telles que présentées. L'équilibre recherché par les pouvoirs publics doit néanmoins, avec toute la difficulté que cela implique, garantir la célérité attendue des procédures.

Il est possible de compter sur le contrat collectif de procédure pour essayer de juguler les temps morts du procès, voire compresser les temps de la procédure, afin de calquer la temporalité du service public de la justice sur celle de la résolution du conflit<sup>1361</sup>.

Concernant le contrat processuel individuel, s'il était pleinement reconnu, la célérité ne serait plus maîtrisée par les pouvoirs publics ou le juge, mais par les justiciables. Or, la notion de célérité n'est pas la même, entre les pouvoirs publics et le juge d'un côté, et les acteurs du conflit de l'autre, l'une étant plus quantitative, l'autre plus qualitative. Le contrat collectif de substitution évite la saisine du juge, de sorte que la question de la maîtrise des temps par l'institution judiciaire ne se pose pas. En revanche, le problème est flagrant pour les contrats

---

<sup>1361</sup> Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de NARBONNE signée le 9 décembre 2021 entre la juridiction et le barreau, qui manifestent cette volonté de compresser le temps du procès : « les renvois ne sont accordés qu'à titre exceptionnel, la demande devant être motivée et justifiée, sous peine de radiation de l'instance. Les demandes de renvoi ne sont prises en compte que jusqu'à la date du vendredi précédent l'audience. Les jugements sont rendus dans un délai de 4 à 8 semaines par mise à disposition au greffe de la juridiction ».

processuels qui aménagent la procédure devant le juge saisi et qui, à suivre les réformes récentes, ne doit surtout pas être sur-mesure, ni consensuelle, mais rythmée de manière arithmétique. Il n'empêche que le contrat de dérivation processuelle devant le juge peut être de nature à accélérer les procédures. En effet, s'il prévoit des normes de procédure rigides, prises de manière éclairée et dont l'efficacité est aisément assurée, ce contrat peut être un moyen de traiter le litige plus rapidement, tout en évitant la chicane de procédure : il dévoile et se conforme au désir de justice des acteurs du conflit, si bien que la procédure devient juridiquement et économiquement mieux contrôlée et donc mieux acceptée<sup>1362</sup>. Le processus de règlement du conflit sera suivi sans faille, pouvant même être générateur, selon les cas, d'un accord sur le fond du conflit, lui aussi spontanément exécuté.

## § 2 - Les trois modèles du procès : entre droit impératif et droit contractuel

**311. Du procès équitable au procès contractuel.** Le modèle est ce qui est reproduit et décliné, c'est ce qui sert d'exemple, voire de norme fondamentale. Le modèle est composé des éléments qui structurent l'archétype à suivre. En droit processuel, le modèle qui s'impose est celui du procès équitable<sup>1363</sup>. Il est possible d'envisager l'existence d'un modèle de procès bâti sur la base du contrat processuel. Avant de confronter le modèle du procès contractuel au modèle dominant du procès équitable, il convient de préciser ce qu'on entend par procès contractuel. Sur le chemin de l'hétéronomie vers l'autonomie, il existe trois modèles de procès qui contiennent le contrat à des doses différentes : un modèle de procès impératif (I), un modèle de procès mixte (II), qui est un modèle transitoire et celui du droit français (IV), ainsi qu'un modèle de procès contractuel (III).

### I - Le modèle de procès impératif

**312. L'absence de contrat processuel.** Le premier modèle de procès ne tolère pas le contrat. Il est appelé impératif, car les pouvoirs publics étatiques posent des règles qui définissent des présupposés de comportements de procédure impératifs qui guident l'action unilatérale des acteurs du procès. Acteurs du conflit et acteurs de la justice ne peuvent qu'appliquer sèchement

---

<sup>1362</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Le temps et le procès civil », *op. cit.*, p. 278, n° 289, s. : « La négociation permet la prévisibilité du temps de la procédure et sa meilleure acceptation ».

<sup>1363</sup> La distinction que l'on faisait auparavant entre le modèle de procès accusatoire et le modèle de procès inquisitoire ne nous semble plus traduire la réalité des procédures depuis longtemps. Les procédures sont de nature mixte, les ingérences de l'accusatoire dans l'inquisitoire, et celles de l'inquisitoire dans l'accusatoire étant monnaie courante.

les normes édictées par les pouvoirs publics. Le droit étatique est tout puissant et il règne une méfiance, ou pire, une défiance vis-à-vis de l'autonomie et de la responsabilisation des acteurs du conflit, tenus d'appliquer mécaniquement les normes de procédure. Toutefois, quelques mécanismes d'apparence consensuelle peuvent exister, comme l'absence d'opposition à une norme proposée par le juge, qui est l'acteur tout puissant pour organiser et guider la conduite des procès.

## **II - Le modèle de procès mixte**

**313. Le commencement de l'aménagement procédural.** Le deuxième modèle de procès, dit mixte, est un modèle transitoire, entre le modèle unilatéral imposé et le modèle contractuel négocié. Ce modèle transitoire est un modèle de procès dont les comportements de procédure sont essentiellement imposés par la loi, cette dernière admettant quelques contrats processuels (sans forcément les nommer comme tels), pour aménager les procès, individuellement ou de manière plus collective. Contrat et procès vivent alors ensemble. Le droit étatique du procès demeure le droit applicable par principe, même s'il reconnaît une « liberté contractuelle » très réduite qu'il peut favoriser et encadrer. Le cadre processuel négocié n'équivaut pas encore au cadre processuel imposé.

Dans le modèle mixte transitoire, l'ordre juridique processuel peut tolérer le contrat processuel à des degrés divers. Il faut distinguer deux facettes dans le modèle mixte, l'une dans laquelle le contrat est intégré, l'autre dans laquelle il est externalisé. S'agissant de la première facette, quelques contrats processuels sont reconnus en dehors de l'institution judiciaire alors que, dans la seconde, contrat processuel et cadre légal se valent, les parties au conflit étant libres de choisir entre l'hétéronomie légale ou l'autonomie contractuelle.

**314. Le contrat processuel externe à l'institution de la justice étatique.** Le contrat processuel est externalisé quand le droit du procès ne reconnaît pas formellement l'aménagement de la procédure par voie de contrat, mais tolère, parfois impose, à peine de sanction, la prise de quelques contrats processuels, pour esquiver les voies de règlement procédural étatiques. Dans ce modèle de procès, le droit procédural est technique et laisse peu de marge de manœuvre aux acteurs du procès et de la justice qui souhaiteraient aménager les procédures à leur guise.

Le moyen pour les acteurs du conflit d'éviter l'application des règles de procédure de droit commun, qui sont complexes et lourdes, est de passer par le contrat processuel de substitution.

Les parties au conflit n'aménagent pas vraiment la conduite des procès étatiques, et encore moins directement l'office du juge, sauf quelques exceptions, notamment quand il s'agit de définir la matière litigieuse ou d'empêcher la poursuite naturelle de son office.

Le contrat collectif de procédure n'est pas non plus vraiment admis ni reconnu, celui-ci pouvant rester à l'état de pratique procédurale opaque, propre à chaque juridiction.

Dans un modèle mixte externalisé, l'office du juge est dans une phase de recomposition, car les pouvoirs publics souhaitent faire du juge et des autorités judiciaires les acteurs essentiels de la résolution de certains conflits seulement. Le juge est recentré sur son cœur de mission juridictionnelle. Il est alors débarrassé d'attributions judiciaires superflues ou de litiges qui peuvent sans doute être réglés autrement. Le juge reste un acteur fondamental de la justice et demeure le moyen naturel de résoudre les litiges, tout en garantissant la progression intellectuelle et mécanique des procès (découverte des faits et progression de l'instance).

**315. Le contrat processuel intégré à l'institution de la justice étatique.** Le modèle mixte intégré permet d'envisager un vrai système de justice plurielle, où le contrat n'est pas imposé pour quitter le procès strictement conçu, mais dans lequel il devient un acte pleinement intégré à celui-ci. La loi prévoit expressément l'aménagement processuel des parties au conflit et des acteurs locaux de la justice. D'un point de vue individuel, le contrat peut être pris pour éviter le procès ou pour modifier la procédure, même devant le juge étatique. D'un point de vue collectif, des pans de la procédure sont ouverts à l'aménagement collectif contraignant, les acteurs d'un procès devant y adhérer ou ne pas s'y opposer. Il existe alors un vrai système de justice multiple qui offre des passerelles entre le cadre légal et les cadres contractuels. Dans ce modèle, les justiciables et les professionnels de la justice envisagent le contrat processuel à la suite d'une phase d'orientation procédurale, qui constitue le point de départ et le cœur de toutes les procédures. Loi et contrat se valent dans l'ordre juridique processuel, pour aménager les procès.

Le procès possède toujours une procédure complexe et technique, mais c'est alors une procédure volontairement choisie, les parties étant naturellement enclines à envisager l'orientation processuelle du litige et la voie contractuelle, même devant le juge. Le processus de règlement du conflit peut être entièrement ou partiellement déjudiciarisé.

Le juge d'une procédure est chargé de veiller à l'application des contrats de procédure passés en dehors de lui ou devant lui. Il devient juge d'appui de la procédure, mais également le juge sanctionnant des contrats processuels inappliqués. Les parties au procès et les acteurs locaux

de la justice sont considérés comme étant les mieux placés pour définir le cadre procédural applicable au(x) conflit(s). Autodétermination et confiance sont les maîtres mots de ce modèle.

**316. Le contrat processuel individuel et le modèle mixte intégré.** En matière civile et administrative, le modèle mixte intégré permet d'exploiter toutes les potentialités oubliées de la mise en état avec l'appui du juge saisi. Le contrat processuel peut prendre la forme d'un simple aménagement processuel ponctuel, mais il peut également consister en un plan procédural qui organise entièrement le déroulement du conflit. Sous le contrôle du juge, les parties définissent le champ de la mise en état calendrier, mais également celui de la mise en état intellectuelle, en prévoyant, si besoin, les mesures d'instructions judiciaires qu'elles auront définies et qui seront contrôlées par le juge étatique. Le juge veille à ce que les parties agissent de manière proportionnée et devient le garant du contrat processuel. Le juge est doté d'un nouvel office processuel d'accompagnement qui permet de prévenir et trancher les litiges relatifs aux contrats processuels. Son office est donc aménagé en raison des contrats de procédure qui réglementent les droits, charges et devoirs des parties en conflit. Dans ce modèle de procès, où le contrat est parfaitement intégré à l'ordre juridique processuel, l'exil du juge est évité<sup>1364</sup>. L'office juridictionnel et l'office de police procédurale du juge peuvent même faire l'objet de certains aménagements. Les parties peuvent, par exemple, aménager son rôle de conciliation trop méconnu, en lui donnant un rôle plus passif ou plus proactif (CPC, art. 21). Le juge devient également celui qui peut orienter la procédure ou choisir, pour le compte des parties, une procédure définie dans un contrat collectif applicable dans le ressort.

En matière pénale, le contrat processuel apparaît possible dans la mesure du raisonnable. La conclusion d'un contrat individuel doit être essentiellement envisagée au stade de l'orientation des poursuites. C'est l'étape processuelle déterminante au cours de laquelle le mis en cause et le parquet devraient, pour certaines catégories d'infraction, définir ensemble la méthode de règlement du conflit la plus adaptée : les acteurs du conflit pénal pourraient se mettre d'accord sur un complément d'enquête, sur la procédure juridictionnelle choisie et, le cas échéant, sur la manière de saisir le tribunal et d'organiser les mesures d'instruction au cours de l'instance. Le

---

<sup>1364</sup> B. BERNABE, « L'obsolescence programmée du juge ? Propos liminaires sur l'irruption de la justice amiable dans la justice judiciaire », *JCP G.*, supplément au n° 51, 17 déc. 2018, p. 16, *spéc.* n° 4 : « Contrairement à une idée reçue assez répandue, le juge, dans la réalisation de son office, n'a pas pour seul objectif de trancher les litiges. Bien sûr, c'est devenu, au fil du temps, sa fonction principale, disons majoritaire. Une telle réduction du périmètre visible de l'office a une histoire, naturellement, qui est parallèle à l'histoire de la loi en droit français », *spéc.* n° 9 : « Parallèlement à la mécanisation de la décision judiciaire, le désir de pacification des discordes s'accroît - désir qui contribue au développement des modes amiables. Or, ces modes amiables sont développés hors de l'office du juge, ainsi que nous l'avons vu, ce qui contribue là encore à sa mise à l'écart, et donc à son obsolescence », l'auteur prônant une réunification de l'amiable et du contentieux.



tribunal correctionnel, une fois saisi, pourrait même renvoyer les parties vers une voie alternative ou parallèle aux poursuites. La phase précontentieuse est rationalisée et devient plus contradictoire et négociée, avec un accès au dossier facilité. Le juge de la liberté et de la détention intervient de plus en plus et devient ce magistrat chargé d'autoriser et de contrôler la validité et l'exécution des accords de procédure, à moins qu'un juge du fond ne soit déjà saisi.

**317. Le contrat collectif de procédure dans le modèle mixte intégré.** Dans ce modèle, le contrat collectif est le moyen pour les acteurs de la justice de prévoir différents schémas de procédure individuels que les parties au procès pourraient choisir au moyen de contrats individuels. Le contrat collectif a donc toute sa place. Il ne sert plus seulement de guide de bonnes pratiques, dont la sanction est inconnue, bien qu'il puisse être volontairement appliqué dans chaque procédure. Il est élevé au rang d'instrument normatif contraignant et sert de référentiel pour l'action de procédure eu égard à la fonction normative qu'il déploie (expérimentation, optimisation, principalement). Pour que le contrat collectif contraignant ne vienne pas complexifier la compréhension des procédures, les parties à un procès en particulier doivent être informées de son contenu et pouvoir décider d'esquiver son application et s'en remettre à la procédure prévue par la loi. L'outil informatique devrait permettre de faciliter la connaissance et le respect de ces dispositions collectives locales qui doivent être justement définies et assez stables dans le temps. Les chevauchements entre les dispositions légales, les dispositions conventionnelles collectives et les dispositions conventionnelles individuelles doivent être évités, dans un souci de cohérence du droit procédural.

**318. La différence entre les deux modèles mixtes.** La différence entre le modèle mixte intégré et le modèle externalisé repose sur la possibilité pour les intéressés d'envisager seulement quelques contrats processuels ou bien tout contrat processuel. Ces modèles opèrent dans des contextes juridico-économiques différents, dans lesquels le rôle des acteurs du procès n'est pas le même. Les parties et le juge sont plus proactifs et maîtres de la résolution du litige dans un modèle intégré. Le choix est fait entre un cadre contractuel et un cadre étatique imposé, plus ou moins aménageable, contrairement au modèle mixte externalisé qui ne tolère que très marginalement les ententes processuelles en dehors de l'institution de justice.

### III - Le modèle de procès contractuel

**319. Le plein contrat.** Le troisième modèle de procès est un modèle purement contractuel. Le cadre processuel de la résolution du litige doit être par principe négocié, qu'il s'agisse de la voie étatique ou d'une voie alternative de procédure. À défaut, le cadre étatique imposé prend le relai. Les règles étatiques sont donc supplétives de volonté et doivent être aménagées par les acteurs d'un procès en particulier et/ou par les acteurs locaux de la justice. Seules quelques règles impératives minimales demeurent, telles que les sacro-saints principes directeurs du procès réduits à leur plus simple expression.

À l'inverse du modèle mixte intégré, où l'aménagement contractuel est un choix, dans le modèle pleinement contractuel, les parties ne peuvent plus régler leur litige sans envisager la résolution du conflit par voie de contrat processuel. La détermination contractuelle de l'orientation procédurale est une étape fondamentale qui peut être soumise à sanction lorsqu'elle n'est pas effectuée. Les parties bâtissent un contrat processuel qui précise la méthode procédurale de règlement du différend. Sans cela, l'affaire ne peut pas progresser. Le contrat processuel et son exécution deviennent le principe. C'est seulement en cas d'impossibilité plus ou moins stricte de conclure le contrat que le procès est ouvert ou se poursuit en application des règles étatiques. Les règles étatiques devraient être peu détaillées et assez souples, laissant une marge de manœuvre assez forte aux parties sous le contrôle du juge régulateur devant veiller à ce que l'affaire ne s'enlise pas.

Le contrat collectif sert parfaitement de modèle contraignant quand les parties au conflit décident de s'y référer ou quand il s'impose à elles par effet de la loi.

Le procès étatique devant le juge, sans aménagement contractuel, n'est plus envisageable que par défaut, lorsque les parties n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur la méthode de règlement du différend, avant sa saisine, ou devant lui.

**320. Le contrat processuel numérique.** La technologie peut être un moyen de développer les relations entre individus et donc le contrat, même en matière processuelle. La formation du contrat électronique est déjà encadrée, de la signature électronique sécurisée à la signature numérique qualifiée<sup>1365</sup>. Récemment, l'article 4 de la L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 est venu sécuriser les procédés numériques en imposant des garanties aux fournisseurs de cette offre de justice en ligne, baptisée ODR (*online dispute resolution*). Le numérique favorise donc le

---

<sup>1365</sup> C. FERAL-SCHUHL, « Signature électronique » in « Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'Internet », 8<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2020, n° 522.01, s.

développement des modes de règlement des litiges en ligne<sup>1366</sup>. Tout peut être dématérialisé, de la conclusion du contrat processuel, à l'accord ou sentence arbitrale rendue, en passant par l'envoi des pièces au soutien des prétentions<sup>1367</sup>.

Dans une dimension plus prospective de la justice, le modèle de procès contractuel mériterait d'être appuyé par la numérisation de la justice et la création d'un contrat processuel digital<sup>1368</sup>. La numérisation de la justice (institutionnelle) est en cours de déploiement, en EUROPE, et particulièrement en FRANCE<sup>1369</sup>. Le numérique serait un moyen d'assurer l'efficacité des contrats processuels individuels et collectifs. En effet, accroître la contractualisation authentique équivaut à multiplier les contrats processuels, ce qui se traduira par une prolifération de normes de procédure. L'outil numérique peut garantir la connaissance des normes contractuelles, d'une part, ainsi que leur efficacité d'autre part. Des applications informatiques permettraient la gestion des procédures dans chaque conflit. Par exemple, en matière civile, le portail du justiciable serait adéquat pour faire le lien entre les acteurs du conflit et le juge. Ce portail permettrait aux parties de déterminer la procédure de résolution du litige la plus adaptée à leur cause, parmi celles proposées dans le ressort par le(s) contrat(s) collectif(s) en vigueur et, au juge, d'en prendre connaissance et d'en contrôler l'exécution. Le raisonnement est similaire avec l'application Télérecours en matière administrative.

La gestion des procédures par l'outil informatique serait donc un gage de qualité procédurale, les acteurs du conflit pouvant faire connaître le schéma de procédure qu'elles auront contractuellement défini ou, à défaut, de prendre connaissance du schéma imposé par le juge (loi ou contrat collectif). L'exécution du contrat serait même assurée de manière quasi-instantanée, grâce aux algorithmes et aux *smart contracts*<sup>1370</sup>, utilisés comme une aide à la gestion automatisée des procédures les plus diversifiées, ainsi qu'à la prise de décision<sup>1371</sup>.

Cela vaut également en dehors de l'institution judiciaire. Par exemple, en matière d'arbitrage, la technologie de la *blockchain* et du *smart contract* rendrait possible le prononcé des sanctions de procédure prévues par les parties, en cas de non-respect du cadre procédural défini d'un commun accord, et cela, de manière automatique, dès que le manquement est constaté : dans

---

<sup>1366</sup> J-B. RACINE, « La résolution amiable des différends en ligne ou la figure de l'algorithme médiateur », *D.*, 2018, p. 1700.

<sup>1367</sup> S. CHASSAGNARD-PINET, « Le e-règlement amiable des différends », *DALLOZ IP/IT*, 2017, p. 506 ; Le club des juristes, « L'arbitrage en ligne », T. CLAY (dir.), 2019.

<sup>1368</sup> A. GARAPON, J. LASSEGUE, « Justice digitale », *op. cit.*

<sup>1369</sup> CEPEJ, « La digitalisation pour une meilleure justice », janv. 2022 ; S. MERABET, « La digitalisation pour une meilleure justice. À propos du plan d'action 2022-2025 de la CEPEJ », *JCP G.*, n° 1, 10 janv. 2022, p. 5.

<sup>1370</sup> M. MEKKI, « Le contrat, objet des smart contracts », *DALLOZ IP/IT*, 2018, p. 409 ; J. GOSSA, « Les blockchains et smart contracts pour les juristes », *DALLOZ IP/IT*, 2018, p. 393.

<sup>1371</sup> K. BECKER, « Plateformes de règlement de litiges décentralisées : vers une justice plus juste ? *DALLOZ IP/IT*, 2022, p. 13 et A. FAVREAU, « Justice distribuée par une blockchain et procédure civile », *DALLOZ IP/IT*, 2022, p. 24, v. plus globalement, le dossier « Justice par la blockchain », *DALLOZ IP/IT*, 2022, p. 12, s. ; Institut MONTAIGNE, « Justice : faites entrer le numérique », nov. 2017, p. 62, s.

l'arbitrage dématérialisé, l'absence de remise des conclusions dans les délais prévus conduirait l'outil informatique à empêcher la remise électronique des conclusions et/ou de prononcer une décision d'irrecevabilité des conclusions ou une autre décision programmée.

#### **IV - Le cloisonnement du procès français dans un modèle transitoire**

**321. Le modèle du procès français actuel.** Le contrat est marginalement admis en droit français. Le modèle actuel est un modèle à la croisée du modèle impératif et du modèle mixte externalisé. En effet, aucun texte de procédure ne propose aux parties d'envisager la conclusion d'un cadre contractuel qui organise le règlement de leur conflit. Il existe toutefois la possibilité pour les parties au conflit substantiel de prévoir des contrats de substitution et de dérivation processuelles, relayés au rang de simple « accord » ou « convention » (avec toutes les incertitudes afférentes au régime de ces qualifications), dans le but d'esquiver le juge étatique (médiation / arbitrage) ou de réduire son office juridictionnel, que le contrat porte sur l'action en justice ou le déroulement de l'instance. Devant ce dernier, le cadre procédural est loin d'être pleinement aménageable. Les accords individuels qui modifient les droits et obligations des parties ne bouleversent pas vraiment l'office du juge tenant à ses pouvoirs de police procédurale concernant le déroulement des instances. Quant au contrat collectif, il n'est pas vraiment reconnu, si ce n'est pour quelques expérimentations de procédure, et il est réduit au rang de fait matériel.

**322. Le contrat processuel individuel en droit français.** En matière civile, le franchissement de pas vers un modèle mixte intégré est peut-être en cours. L'avancée majeure repose sur la convention de procédure participative et les accords processuels qu'elle prévoit. En effet, ces derniers peuvent être pris de manière autonome, en dehors de toute procédure participative et, en toute hypothèse, devant le juge. Le livret n° 3 des chantiers sur la justice a même envisagé de faire de la mise en état conventionnelle le principe, en lieu et place de la mise en état dite impérative, menée par le juge chargé d'instruire l'affaire. La convention de procédure participative et l'acte d'avocats permettent des aménagements de procédure très variés qui vont sans doute s'étendre progressivement. L'article 1546-3 CPC est le point de départ d'une certaine reconnaissance de ce que l'on pourrait appeler la « clause générale » de procédure dans l'ordre juridique processuel civil. En effet, cet article précise que les actes de procédure d'avocats peuvent être passés dans une convention de procédure participative, ou indépendamment, pour organiser l'organisation du procès (sans contraindre le juge toutefois).

Avec la procédure participative, le contrat processuel général est donc en voie de développement.

Cependant, la procédure civile est encore loin d'avoir un outil contractuel digne du modèle de procès intégré. En effet, les dispositions qui régissent la procédure participative sont placées à la fin du code de procédure civile, dans le dernier livre propre aux modes amiables. L'article 1456-3 CPC, tel qu'il est rédigé, n'est pas non plus vraiment très utile en l'état. Les actes qui y sont énumérés, de manière non limitative, pouvaient déjà, pour la plupart, être pris par les acteurs du conflit, avant son introduction dans le droit positif à la suite du décret n°2017-892 du 6 mai 2017. Des conventions plus originales sont apparues avec le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019<sup>1372</sup>. Elles sont de nature à redynamiser la mise en état devant le juge civil qui est à l'heure actuelle très mécanique. L'instruction civile est de moins en moins intellectuelle, la découverte des faits et du droit applicable étant quelque peu oubliée, sans doute par manque de temps (ce qui n'est d'ailleurs pas vraiment gain de temps et, au final, signe de bonne justice). Ces accords processuels portent sur les mesures d'expertises, qu'il s'agisse de désigner un technicien selon les formes des articles 1547 et suivant du CPC, mais surtout de consigner les auditions des parties ou des tiers<sup>1373</sup>.

Le problème est que ces accords processuels ne sont pas vraiment intégrés dans l'instance. Les auteurs les considèrent comme le marqueur d'une mise en état externalisée<sup>1374</sup>, car elle serait menée en dehors du contrôle d'un juge<sup>1375</sup> - bien que la formation de jugement puisse tenir compte de ce qui a été décidé et consigné, comme un rapport d'expertise (ayant valeur de rapport d'expert judiciaire<sup>1376</sup>) ou une consignation d'audition de témoins -.

L'externalisation proclamée par la doctrine doit être tempérée. Il est vrai que, pour la convention de procédure participative aux fins de recherche d'un accord (qui, *in fine*, peut servir aux fins de mise en état), le juge y demeure étranger. En revanche, lorsqu'une convention de procédure participative de mise en état est conclue, un juge de la mise en état peut être désigné devant le tribunal judiciaire (CPC, art. 1546-1 al. 3 not.), quand les dates d'audience de clôture

---

<sup>1372</sup> Pour les conventions moins originales v. le 1° et le 2° de l'article 1456-3 qui portent sur la détermination de la matière litigieuse dans son aspect processuel (existence, contenu, interprétation des faits et des pièces, détermination des points de droit en débat), le 5° portant sur le contrat de médiation ou de conciliation plus facilement aménageable (office du tiers et des parties).

<sup>1373</sup> Ces conventions doivent être développées. Elles sont un moyen de redonner un sens à l'article 146 du CPC en évitant de s'en remettre au juge qui n'est jamais prompt à prononcer d'office une mesure d'instruction qui ralentira le cours de l'instance et sera source de travail supplémentaire. La découverte judiciaire de la preuve fait souvent défaut, quand les parties n'apportent pas les faits suffisants. Le litige est alors tranché sur les seules pièces apportées par elles, ce qui complexifie le but à atteindre, la vérité matérielle. Avec ces conventions, la vérité judiciaire pourrait, on l'espère, être plus proche de la vérité matérielle.

<sup>1374</sup> H. CROZE, « Procédure écrite ordinaire devant le tribunal judiciaire - Essai d'archéologie juridique contemporaine », *op. cit.*, *spéc.* n° 16 : « Il s'agit d'externaliser la mise en état en la mettant à la charge et aux frais des avocats et donc des parties ».

<sup>1375</sup> Et plus particulièrement sous le contrôle du juge de la mise en état, bien que celui-ci puisse être désigné lorsque les parties ont conclu une convention de procédure participative et que le juge fixe la date de l'audience de clôture de l'instruction et la date de l'audience de plaidoirie (CPC, art. 779).

<sup>1376</sup> CPC, art. 1554, depuis D. n° 2021-1322 du 11 oct. 2021.

et de jugement sont fixées par le président (CPC, art. 776, s.). Dans ce cas, l'article 1555-5 CPC prend tout son sens, le juge (déjà saisi) devenant juge d'appui, si les parties envisagent de lui soumettre des incidents de mise en état d'un commun accord. Cependant, le juge ne veille pas au déroulement de la convention de procédure participative, bien qu'il puisse, dans de rares cas, faire office de soutien, si les parties sont d'accord pour qu'il agisse en tant que tel, ce qui réduit considérablement son utilité (surtout s'il n'est pas déjà saisi...). Concevoir ce genre de contrat processuel, avec l'appui du juge, qui conseille les parties dans sa formation et assure son exécution, serait bien plus profitable à l'œuvre de justice, pour préserver la mise en état intellectuelle et calendrier.

Quand les accords processuels sont pris en dehors de la convention de procédure participative, leur articulation avec la procédure judiciaire en cours peut s'avérer compliquée, car la norme contractuelle peut rentrer en concurrence avec la norme prononcée par le juge<sup>1377</sup>.

Par exemple, l'article 1546-3 3° prévoit que les parties peuvent décider des modalités de communication de leurs écritures. Que recouvre véritablement l'aménagement envisagé et quelle est la force obligatoire de l'accord processuel, sachant qu'en dehors de la procédure participative, le juge chargé d'instruire l'affaire possède les mêmes pouvoirs pour organiser la mise en état<sup>1378</sup> ? Une mise en état conventionnelle, même très rigide, et parfaitement intégrée devant le juge chargé d'instruire l'affaire serait de nature à satisfaire entièrement le désir de justice des acteurs du conflit ; enore faut-il qu'elle convienne aux exigences de bonne administration de la justice, c'est-à-dire être rapidement menée et gain de temps pour le magistrat.

---

<sup>1377</sup> Les pouvoirs du juge de la mise en état saisi demeurent très incertains. Par exemple, pourrait-il s'opposer à l'expertise décidée par les parties si elle est trop tardive ou jugée trop lourde ? L'accord est externalisé, mais peut avoir un impact sur le déroulement de l'instance judiciaire. Le doute serait banni si les parties pouvaient décider d'imposer une mesure d'instruction au juge qui l'ordonnerait, après qu'elles aient choisi le technicien, défini le périmètre de sa mission d'expertise, voire de conciliation (CPC, art. 263), tout en imposant au juge de contrôler les opérations expertales. La déclaration des tiers en justice contractualisée aurait également été plus salutaire, le juge pouvant alors requérir plus facilement que les personnes se présentent devant lui (CPC, art. 184, s.).

<sup>1378</sup> En principe, toutes les modalités de communication seraient aménageables. Devant le tribunal judiciaire, notamment, cet acte contractuel est difficilement concevable, car le juge peut décider seul d'un calendrier de procédure ou fixer des délais au fur et à mesure, les parties déposant déjà au greffe leurs conclusions par voie dématérialisée. Faut-il donc admettre que le juge soit tenu de respecter l'acte contractuel des parties déclarant prévoir les modalités de la communication de leurs écritures, à condition également de savoir ce que cela recouvre vraiment (aménagement du calendrier de procédure, du nombre de conclusions, de la seule forme de la communication des écritures entre elles, des sanctions en cas de non-respect des règles de communication contractuelles, de la clôture de l'instruction) ? Il semble que cela concerne au moins la communication des écritures entre les parties, qui s'effectue dans la forme des notifications entre avocats, soit par signification, notification directe ou par voie électronique. Un tel choix est assez peu utile, même en matière orale-écrite où c'est le juge qui fixe en principe les délais et les conditions de la communication après avoir recueilli l'accord des parties (CPC, art. 446-2). L'acte qui fixe les modalités de la communication des écritures devant le juge saisi ne serait donc utile qu'en matière purement orale, sans représentation obligatoire et à condition qu'elles n'aient pas renoncé à l'audience (CPC, art. 828).

En matière administrative, la tendance est similaire<sup>1379</sup>. La justice contractuelle se développe également surtout en dehors du juge, bien que de rares contrats processuels puissent exister. En outre, la convention de procédure participative n'est pas envisagée par le code, alors qu'elle le pourrait certainement, tout comme le contentieux administratif a emprunté la transaction au droit civil. Il s'agit d'éviter le juge par le contrat de substitution processuelle. L'augmentation des recours préalables obligatoires à la saisine du juge, suivie de la médiation, promue par voie de contrats collectifs, ou imposée à titre expérimental, tend à exclure le juge du règlement du conflit. La contractualisation est donc celle d'un modèle de procès mixte externalisé, voire impératif, les autres accords processuels envisagés ou tolérés étant plus rares.

En droit pénal, le contrat individuel n'a, pour l'heure, manifestement pas sa place, si ce n'est en dehors du procès *stricto sensu*, car des accords se développent entre la personne suspectée et le parquet<sup>1380</sup>. Cependant, le mot « contrat » n'est jamais prononcé et relève même de l'ordre du blasphème pour les pénalistes, alors que les mécanismes sont bien d'essence contractuelle. De plus, ces accords pénaux se multiplient et le juge s'efface de plus en plus<sup>1381</sup>. Le contrat sur la sanction est effectivement rejeté par la doctrine majoritaire. Toutefois, le contrat sur le processus est sans doute moins choquant en ce qu'il ne s'agit pas de négocier sa « peine », mais seulement le moyen d'y parvenir. Le caractère sanctionnateur du procès pénal s'estompe un peu moins avec le contrat processuel, contrairement au contrat substantiel.

L'essentiel de la procédure pénale porte sur la découverte de l'infraction (la mise en état) et sur l'orientation processuelle qui se fait avant la saisine du juge. Dès que cela est possible, l'enquête pénale, l'orientation de l'affaire et la conduite de l'instance pourraient être contractualisées pour préserver la célérité et l'efficacité des procès. Il s'agit d'une collaboration entre le ministère public et la personne soupçonnée d'avoir commis une contravention ou un délit, voire un crime (CPP, art. 276-1). Le modèle pénal mixte externalisé est pourtant très proche, certains auteurs soulignant qu'on se trouve à la frontière entre un « modèle répressif » et un « modèle

---

<sup>1379</sup> En matière civile, S. AMRANI-MEKKI, « Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire », *op. cit. spéc.* n° 14, s. notant, puis développant l'idée que l'amiable est une justice hors la loi et hors le juge ; v. « Réflexions sur la justice de demain », *op. cit.*, p. 8 : « Si l'accès du plus grand nombre à la juridiction administrative doit être garanti, la réponse juridictionnelle n'apparaît pas forcément adaptée au traitement de tous les litiges ou, plus généralement, à l'apaisement de tous les conflits qui sont portés devant le juge. En fonction de la nature et de l'objet du litige, il peut ainsi apparaître opportun de diriger, au moins en première intention, les justiciables potentiels, voire ceux ayant déjà introduit un recours, vers des personnes ou des organismes tiers, en vue d'un traitement non juridictionnel des différends ».

<sup>1380</sup> F. CHOPIN, « Vers un nouveau modèle de justice pénale » in « Sciences pénales & sciences criminologiques », Mél. R. GASSIN, *PUAM*, 2006, p. 134, *spéc.* p. 136, qui évoque « l'externalisation de l'action judiciaire classique », « grâce au recours aux mesures alternatives aux poursuites ».

<sup>1381</sup> S. PELLE, « L'effacement du juge en matière pénale : inexorable évolution ou véritable mutation de notre justice pénale ? », *D.*, 2020, p. 1476, n° 4 : « les réformes n'ont eu de cesse de créer de nouvelles procédures alternatives ou d'étendre le champ d'application des dispositifs existants ».

conciliatoire » avec un juge dont l'office est soit affaibli, soit redéployé<sup>1382</sup>. Ce dernier modèle conciliatoire ne devrait pas être si choquant, M. le professeur PELLE rappelant que la procédure « pénale » vient originellement de la *poena* qui représentait l'acceptation par la victime d'une contrepartie en raison de l'atteinte causée. Le contrat processuel individuel pourrait donc être amené à se développer en matière pénale. L'avantage est manifeste pour chaque partie au conflit, le mis en cause et la Société, représentée par le ministère public. La célérité des procès s'en trouverait aussi améliorée. Le sort de la personne supposée être l'infracteur est plus rapidement réglé et l'affaire est administrativement évacuée. La personne mise en cause bénéficierait également de garanties supplémentaires en apportant sa collaboration processuelle : une information pénale en temps réel au stade de l'instruction, la possibilité corrélative de contester les actes d'enquêtes réalisés, une certitude sur la découverte des faits et le droit applicable, des peines plus adaptées ou moins sévères, en échange de sa collaboration effective.

**323. Le contrat collectif dans toutes les procédures françaises.** Étrangement, le contrat processuel collectif est bien développé en pratique par rapport au contrat individuel encore difficilement accepté, même en procédure civile. Entre 2007 et 2020, il a constitué le socle de la communication par voie électronique pénale (CPP, art. D. 591). Cependant, beaucoup d'incertitudes demeurent. Outre l'absence de diffusion au public, son contenu est souvent considéré comme de la bonne pratique qui n'est pas assise sur une contrainte juridique étatique. Un cadre normatif doit être construit, si cet accord est amené à trouver une place solide en droit français.

**324. Le choix rationnel d'un modèle de procès.** La clarification formelle de ce qu'il est possible de faire par voie de contrat serait bienvenue, sans s'arrêter à l'encadrement très incertain des quelques contrats processuels individuels et collectifs spéciaux qui existent sans même en porter le nom. La faculté d'aménagement processuel du règlement du conflit n'est pas prévue pour demain en droit français, même si l'heure est au doute depuis le lancement des États généraux de la justice en octobre 2021. La contractualisation susceptible de progresser le plus est, de nos jours, une contractualisation externe, en dehors de tout contrôle du juge.

---

<sup>1382</sup> *Ibid.*, n° 7 : « Enfin, une distinction entre un modèle pénal répressif et un modèle pénal conciliatoire a pu être mise en lumière, sans nécessairement établir de hiérarchie entre les deux (...). Dans le modèle conciliatoire, la volonté des parties privées, c'est-à-dire la victime et l'auteur, peut, dans certains cas et à certaines conditions, offrir une alternative à la justice étatique en favorisant la conclusion d'un accord. En règle générale, plus l'État est fort, avec des procédures de type inquisitoire, et plus le modèle répressif devient dominant, au point d'occulter totalement la logique de conciliation plutôt favorisée par un système accusatoire » ; J-M. CARBASSE, « Histoire du droit pénal et de la justice criminelle », PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 1 s.



Une pause dans les réformes de procédure est sollicitée par tous les acteurs de la justice, à moins qu'il ne s'agisse de les simplifier radicalement. Le basculement soudain vers un modèle de procès mixte intégré n'est donc pas à l'ordre du jour, d'autant plus que l'état structurel du système de justice est trop fragile.

En outre, l'ingéniosité et l'inventivité processuelle des acteurs du conflit et de la justice sont empêchées par le droit impératif qui les bride. Notre modèle de procès français se situe entre le système impératif et le système mixte externe, tous deux rejetant le contrat processuel au sein de l'institution judiciaire. Cela n'est pas conforme avec la déjudiciarisation (le renouvellement du rôle et de l'office du juge), l'autodétermination des parties et le développement des MARD constatés.

La satisfaction de la demande de justice, la préservation de l'efficacité de la procédure et l'équité des procès ne sont pas envisageables dans un modèle de procès français assez impératif, voire mixte externalisé. Le paradigme juridique doit être changé avant de concevoir pleinement le procès dans un système mixte intégré ou dans un système pleinement contractuel. Sans instaurer un droit formel structuré, et notamment de nouveaux principes directeurs des procès contractualisés, la culture juridique n'évoluera pas subitement dans le bon sens. Le modèle mixte intégré ne pourra pas se développer de manière qualitative sans fondement juridique stable et sans affirmer clairement la faculté d'organiser les procès en prenant des actes juridiques processuels qui sont de vrais contrats.

Le modèle contractuel mixte intégré permet d'assurer le désir de justice et de préserver l'administration de la justice. Il est le plus conforme aux attentes actuelles de la Société et des pouvoirs publics. Dans ce système, les parties ont tout intérêt à envisager le recours au contrat processuel pour régler elles-mêmes leur litige. Cela devrait constituer un principe directeur des procès pouvant parfois conduire à l'irrecevabilité des saisines juridictionnelles réalisées en cas de non-respect. Envisager le contrat processuel ne revient pas seulement à envisager le recours aux modes alternatifs ! Il s'agit de choisir et de définir un cadre processuel raisonnable, même devant le juge, amené à en surveiller l'exécution et trancher le conflit substantiel. À défaut de contrat conclu pour s'en libérer, le cadre processuel étatique, subi par défaut, devrait être très contraignant et très rigide. Autrement dit, les parties auraient tout intérêt à conclure un contrat processuel, dès que possible, afin d'éviter l'application de la procédure impérative trop rigide.

**325. Le modèle du procès contractuel et le modèle du procès équitable.** Le procès équitable est ce modèle universel de procès doté de garanties qui préservent l'équité du processus et l'équité de la décision qui en est issue. Le modèle de procès équitable n'est pas forcément incompatible avec le modèle de procès contractuel. Le contrat est également source d'équité quand il est justement encadré.

Le modèle de procès équitable a peut-être empêché la construction d'un modèle de procès contractuel, en ce que ce premier prône une uniformisation de tous les procès avec l'intervention d'un juge dont l'office est juridictionnel. En revanche, le modèle de procès contractuel peut être un modèle de procès équitable, car ce dernier est un modèle universel dont certains prétendent même qu'il est de droit naturel, bien avant la justice étatique.

En revanche, le modèle de procès contractuel amène à concevoir autrement le sens du procès équitable et ses garanties. La notion de procès basée sur le tiers impartial s'en trouve affectée. En effet, strictement conçu, le procès est une méthode de résolution du conflit avec un juge impartial qui constitue l'élément d'autorité légitime permettant de trancher entre des prétentions substantielles pour mettre fin à un conflit. Avec le contrat processuel, l'intervention du tiers peut être éludée à plusieurs niveaux, qu'il s'agisse du traitement procédural du litige ou de la décision y mettant fin. Par exemple, la « conciliation » *inter partes* sans tiers neutre, conduit à écarter tout tiers, juge ou conciliateur. Elle existe en matière civile, administrative (convention de procédure participative) et même pénale, quand le mis en cause et le ministère public<sup>1383</sup> « négocient » la sanction. Le trait fondamental du procès n'est donc plus ce tiers désintéressé qui est au cœur de l'action de juger. Ainsi, le rôle des parties, de leur conseil et du juge, ainsi que certaines garanties du procès équitable n'ayant plus lieu d'être, doivent être aménagés au regard d'une théorie participative du droit.

**326. Le modèle de procès et les théories du droit processuel.** Dans un système de procès mixte ou purement contractuel, les théories du procès doivent être réajustées pour coller à la réalité. C'est le droit d'accès à la justice avant le droit d'accès au juge qui doit être garanti. En ce sens, la théorie de l'action en justice laisse la place à la théorie de la demande de justice, celle de l'instance laisse la place à la théorie du rapport procédural et celle du jugement laisse la place à la théorie de la solution de justice. La saisine du juge, l'instance, et le jugement demeurent des ramifications, au côté, par exemple des demandes et processus d'arbitrage, de médiation, de conciliation, ainsi que des actes de fin de conflit afférents.

---

<sup>1383</sup> À condition de le considérer comme une partie au procès, F. MOLINS, « Organisation du ministère public », *Rép. dr. pén. et proc. pén.*, 2020, n° 43.

L'intérêt de ces théories est de comprendre et construire un droit du procès adapté au contrat processuel. Ce droit du procès comporte de nouveaux principes directeurs, mais également un droit plus technique qui les décline. En matière de procès presque contractualisé, une nouvelle théorie mériterait d'être intégrée à ce triptyque. Il s'agit de la théorie de l'orientation processuelle : les parties à un conflit doivent tenter de fixer le schéma processuel le plus adapté à leur désir de justice. Le contrat processuel collectif y trouve également sa place en ce que les acteurs locaux de la justice ont un rôle à jouer pour définir le cadre processuel le plus adapté au niveau local, compte tenu des spécificités du terrain.

Les différents modèles du procès contractuel ne sont pas en soi plus ou moins légitimes les uns par rapport aux autres. Tout dépend de l'équilibre procédural souhaité à un moment donné. L'équilibre contemporain français laisse entrevoir un modèle mixte intégré. Pour cela, il faut que le contrat processuel soit reconnu en tant que tel, par le droit positif, ce qui suppose d'accepter pleinement que les procès soient aménagés par voie de « contrat », et non par de simples accords qui ne sont pas des actes juridiques processuels authentiques.

### **§ 3 - La reconnaissance du contrat processuel dans l'ordre juridique processuel**

**327. De l'existence subjective à l'existence objective du contrat processuel.** Les contrats processuels existent subjectivement dans l'opinion de ceux qui les prennent et ceux qui en sont les destinataires. L'existence de l'acte processuel utile aux parties devient objective quand la validité de l'acte est reconnue par une autorité de l'État ayant approuvé les éléments de conformité de l'acte avec les règles qui l'encadrent.

Or, avant de vérifier l'existence objective de l'acte contractuel, il faut déjà se poser la question de savoir si le droit en vigueur l'admet, le reconnaît. Cela se conçoit au travers de la reconnaissance de l'acte juridique, qui est un procédé normatif faisant exister l'acte dans l'ordre juridique, d'un point de vue légal. Reconnaître le contrat processuel exige de constater ou d'envisager des règles de droit qui affirment son existence au sein de l'ordre juridique.

Encore plus en amont de l'existence objective de l'acte, et donc de la reconnaissance, se trouve la question du rattachement à un ordre juridique. Il s'agit de vérifier l'ordre juridique ou le système normatif qui sera susceptible de reconnaître l'acte juridique. C'est établir le lien entre l'ordre juridique et l'acte juridique qu'il régit.

Il convient donc d'établir le système normatif de référence qui portera la reconnaissance de cet acte au sein de l'ordre juridique processuel. Il existe plusieurs méthodes de rattachement à l'ordre juridique étatique (I). La meilleure manière est l'édiction d'une norme reconnaissant la

faculté de conclure un contrat processuel, puis de l'encadrer, au sein des codes de procédure (II).

### I - Les méthodes de rattachement et de reconnaissance au sein de l'ordre juridique déjà envisagées

**328. Le contrat processuel, un acte ignoré.** Les accords processuels ne sont actuellement pas admis en tant que « contrats » au sein de l'ordre juridique processuel. L'ordre juridique processuel est l'ensemble des normes découlant de l'État qui sont prises en vue d'organiser les procédures de résolution des conflits<sup>1384</sup>. Les codes réglementent très sommairement de rares « conventions » processuelles, mais ils ne prévoient pas de cadre normatif pour *le* contrat processuel. Il n'existe aucun fondement spécifique donnant aux acteurs du conflit et de la justice la faculté de créer une organisation processuelle qui leur est propre, alors que la contractualisation authentique ne cesse de progresser afin de mieux administrer le système de justice et satisfaire le besoin de justice des justiciables.

Pour reconnaître et encadrer le contrat processuel au sein de l'ordre juridique, il faut distinguer deux méthodes qui envisagent le rattachement du premier au dernier : le rattachement formel et le rattachement fondamental du contrat processuel à l'ordre juridique étatique. Le rattachement est formel quand un texte étatique prévoit expressément le système de droit devant être utilisé pour régir un acte juridique. Le rattachement est fondamental lorsque les mécanismes qui existent par défaut sont suffisamment adaptés pour encadrer l'acte. En cas de rattachement fondamental, le contrat processuel serait rattaché à un droit organisé qui existe déjà, faute de mieux. Il s'agirait de se référer au droit commun du contrat civil et du contrat administratif, ou au droit des procès, qui encadre les actes de chaque procédure.

---

<sup>1384</sup> L'ordre juridique est pour nous un ensemble de normes structurées comprenant des règles pour les acteurs de la création normative et des règles destinées à la régulation des rapports entre les individus. L'ordre juridique processuel évoque toutes ces règles juridiques qui constituent un ensemble organisé et qui touchent au procès. L'ordre juridique processuel est une simple ramification de l'ordre juridique étatique qui comprend également des règles de droit substantiel. On évoque de plus en plus un ordre juridique processuel négocié, un ordre fondé sur l'autonomie, qui prendrait le pas sur l'ordre juridique processuel imposé, basé sur l'hétéronomie. Il n'y a cependant jamais qu'un seul ordre juridique processuel et il ne peut y avoir d'ordre juridique contractuel autonome et complètement détaché du système étatique. Pour déceler l'existence d'un ordre juridique processuel contractuel à part entière, il faudrait constater l'existence d'un ordre juridique en dehors de l'État et propre à une institution (des organes créateurs et dirigeants, des acteurs et des organes d'application). L'arbitrage international en est peut-être un, car il ne se rattache à aucun ordre juridique interne. À plus petite échelle, le contrat processuel, même collectif, ne nous semble pas relever d'un ordre juridique processuel à part entière. Le contrat collectif est certes né de manière spontanée, à l'image des conventions collectives de travail qui constituent pour certains un ordre juridique à part entière qui communique avec l'ordre juridique étatique préétabli. Toutefois, ces contrats collectifs ne constituent pas pour autant un ordre juridique autonome, pour la seule raison que l'institution judiciaire, au sein de laquelle ils évoluent, procède de l'ordre étatique construit.

**329. Entre droit civil et droit judiciaire.** La nature de l'acte juridique processuel renvoie à la fois au système normatif du contrat - substantiel - et celui du procès. Certains contrats processuels se situent dans les codes qui organisent les rapports juridiques de fond et les codes de procédure. Ces contrats ne sont jamais appelés comme tels, mais ils sont nommés « convention », « accord », « protocole ». Il s'agit de la convention de procédure participative et de la convention d'arbitrage qui sont présentes dans le code civil et le code de procédure civile. Plus rarement, de nombreux contrats processuels sont exclusivement prévus dans les codes de procédure, au sein des normes qui encadrent l'acte instrumentaire, comme la requête conjointe.

Dans notre modèle de procès, la méthode de rattachement est fondamentale. Aucun texte n'évoque la faculté de contracter dans le plan du droit processuel, ni ne l'encadre. Le principe constitutionnel de liberté contractuelle ne peut suffire à reconnaître la faculté de contracter en matière processuelle<sup>1385</sup>. Il est préférable de se poser la question de savoir si une telle liberté contractuelle peut être reconnue en droit processuel.

C'est pour cela que tant d'incertitudes demeurent sur la contractualisation authentique du procès, la doctrine essayant tant bien que mal de confronter les accords du procès au droit commun du contrat civil, ce qui semble être une démarche erronée. En effet, le contrat processuel n'est pas un contrat civil (ou administratif) spécial. Il devrait être reconnu à part entière, comme un contrat de droit commun relatif au procès, certains contrats processuels spéciaux pouvant ensuite être dotés de définition et de régimes propres.

Selon madame MULLER et M. le professeur CADIET, lorsque l'acte juridique et la convention sont des actes de disposition processuelle, ils répondent mieux au régime du contrat civil en ce qu'ils se rapportent à la matière litigieuse (action en justice) et finalement au pouvoir de juger. Au contraire, selon eux, les actes d'administration processuelle sont plutôt encadrés par les règles du procès en ce qu'ils touchent à l'instance et à l'organisation mécanique de la procédure. La raison tient au rôle de la volonté qui est plus fort dans les conventions de disposition processuelle, car elles touchent à des actes qui peuvent être passés en dehors du procès et qui

---

<sup>1385</sup> P-Y. GAHDOUN, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Cah. Conseil constit.*, n° 31, mars 2011 : « L'hypothèse d'une entière liberté de création des individus est un leurre : quelle que soit la convention, qu'elle soit ou non innommée, elle devra respecter, au minimum, le droit commun des obligations et les dispositions impératives du code civil ». Il s'agit plus précisément d'un leurre qui est propre aux contrats substantiels, devant être conformes aux règles du droit commun du contrat civil. En outre, comme nous le verrons plus tard, la liberté contractuelle sert principalement de variable d'ajustement pour limiter les normes portant atteinte à la conclusion ou à la résiliation d'un contrat reconnu par le Droit, qui n'offre pas une liberté de contracter absolue et sans faille.

ne heurtent pas des règles impératives et droits indisponibles. Concernant les conventions d'administration processuelle, le formalisme de l'acte passé en cours de procès réduit le rôle de la volonté. Ces conventions heurtent le plus souvent des normes étatiques impératives qui établissent les devoirs et charges de procédure et qui relèvent de la police de l'instance.

Le contrat judiciaire est par exemple considéré comme un acte conventionnel de disposition, l'action en justice reste disponible une fois que le juge est saisi. Il est tantôt soumis au droit civil, concernant le consentement des parties, et au droit judiciaire privé, concernant l'intervention du juge étatique qui peut participer à sa formalisation et son homologation. Mme le professeur MAYER a conclu de manière similaire dans sa thèse en précisant que l'acte juridique du procès répond en tant que de raison aux règles du contrat civil, quand il s'agit d'actes des parties qui n'affectent pas démesurément le contexte procédural impératif<sup>1386</sup>. Cela ne serait qu'une juste application du nouvel article 1100-1 du code civil qui précise que les actes juridiques non contractuels répondent en tant que de raison aux règles qui gouvernent les contrats. Ainsi se comprend le tiraillement logique entre ces droits de fond (le contrat) et de forme (le procès). Il convient de montrer en quoi le rattachement à un droit commun du contrat substantiel existant est inadapté (A), tout comme il l'est concernant le droit des actes de procédure (B).

#### **A - Le rattachement inadapté du contrat processuel au droit du contrat substantiel**

**330. Le contrat processuel : acte fondamentalement processuel.** À notre sens, tout acte juridique qui ne touche pas à une situation de droit substantiel ne peut pas être régi par le droit commun des contrats qui encadre les opérations économiques et les rapports entre patrimoines. De surcroît, la définition du contrat processuel posée ne permet pas d'englober le contrat substantiel à des fins processuelles. L'objet du contrat processuel (les normes de procédure) est toujours purement et simplement processuel, car il repose sur la volonté manifestée des contractants résultant d'un intérêt processuel à satisfaire. Ainsi, le régime du contrat processuel ne peut pas reposer sur un dosage entre le droit civil des contrats, selon que l'acte est considéré comme un acte de disposition processuelle (matière litigieuse et rôle du juge disponibles), et les règles de l'acte du procès (maîtrise de l'organisation de l'instance indisponible), parce que

---

<sup>1386</sup> L. MAYER, « Actes du procès et théorie de l'acte juridique », *op. cit.*, p. 529, n° 494 : « A l'analyse, cependant, il apparaît que les conditions civiles de validité, pour la plupart ne découlent pas rationnellement de la présence de la volonté dans la définition du contrat, mais de la considération du contexte dans lequel un tel acte s'insère », l'auteur précisant pour chaque type d'acte du procès (l'action juridique, l'acte du juge, l'acte des parties) quel est le droit applicable, le droit civil des contrats n'étant applicable à l'acte des parties que lorsque le juge l'estime utile, le droit positif ne disant rien sur son applicabilité.

la volonté aurait un moindre office pour définir les effets de droit attachés à ces derniers. Les règles du procès (comme les règles du contrat civil) limitent le jeu de la volonté, que l'acte soit encadré dans sa dimension intellectuelle ou dans sa dimension formelle (*negotium / instrumentum*)<sup>1387</sup>. Les conditions de fond et de forme, entre droit civil et droit procédural, ne doivent pas être multipliées, ni demeurer douteuses, quand il s'agit d'appliquer, en opportunité, le droit civil [notamment les règles du consentement (vicié)] aux actes conventionnels du procès.

Le droit du contrat civil a toujours été le système de référence pour comprendre tous les contrats<sup>1388</sup>. Or, le contrat du procès n'est pas un contrat spécial. Si la contractualisation authentique doit progresser, un droit commun du contrat processuel doit être conçu, et ce, en dehors des règles du contrat de droit substantiel. Il ne faut pas dissocier la logique contractuelle de la logique processuelle. Il faut concevoir le contrat processuel dans son ensemble. Le rattachement du contrat processuel à un droit contractuel de fond n'est donc pas adapté, qu'il s'agisse du droit du contrat civil ou celui du contrat administratif. Ces deux contrats servent à valoriser les intérêts privés des particuliers et les intérêts généraux des personnes publiques. Que le contrat processuel soit individuel (1) ou collectif (2), il n'est pas adopté pour gérer une activité de droit substantiel, un contexte juridique patrimonial et économique, mais définir un cadre processuel.

## 1 - Le rattachement illégitime du contrat processuel individuel au droit des contrats substantiels

**331. Le rattachement de certains contrats processuels au droit du contrat civil.** Quelques contrats de substitution processuelle sont régis par le code civil, mais aussi par le code de

---

<sup>1387</sup> Même si l'on tenait compte de la *summa divisio* établie entre acte d'administration et acte de disposition processuels, on ne pourrait pas l'appliquer à notre définition du contrat processuel. D'une part, elle n'intègre pas le contrat collectif de procédure. D'autre part, la contractualisation du procès implique que les parties puissent de plus en plus administrer le cours de l'instance quand on leur en donne la possibilité. Il y a de plus en plus d'actes difficilement classables et il est malaisé de considérer qu'il s'agisse d'administrer l'instance ou de paralyser l'office du juge (c'est le cas du retrait du rôle qui s'impose au juge et met l'instance en pause). En outre, la classification établie est propre à la matière civile. En matière pénale, les actes du procès sont pour la plupart des actes coercitifs pris en dehors de l'instance, de sorte que la dichotomie entre l'acte d'administration et l'acte de disposition processuels au cours du procès n'est pas vraiment adaptée. Les accords passés avant l'instance entre la personne poursuivable et le procureur ne sont d'ailleurs pas soumis à des exigences de validité formelle qui se rattachent à la nullité des actes de procédure. Enfin, les règles du procès imposent des règles qui touchent au fond et à la forme, limitant ainsi le jeu de la volonté à faible ou forte dose. Par exemple, la mise en examen est un acte juridique qui répond à des conditions de fond et de forme (CpP, art. 80-1), tout comme la requête conjointe civile qui est désormais un acte de procédure qui peut être annulé pour vice de fond ou vice de forme (CPC, art. 57), bien qu'elle porte un contrat sur l'objet du litige.

<sup>1388</sup> CE, « Le contrat mode d'action », *op. cit.*, p. 92 : « Pour définir le contrat, y compris en droit administratif, il est d'usage de partir du code civil qui, le premier, en a cerné les caractéristiques, pour mieux faire ressortir, par différence, les particularités ou les spécificités du contrat administratif, surtout formelles ».

procédure civile. La convention d'arbitrage et la convention de procédure participative sont encadrées par les textes du code civil à côté de ceux relatifs à la transaction, contrat de droit substantiel à fin processuelle.

Cette localisation dans le code civil n'est pas pertinente, car elle conduit à rattacher ces deux premiers contrats aux règles du droit civil, et donc au droit substantiel. M. le professeur CLAY évoque une erreur de codification à propos de la convention d'arbitrage qui a fait son apparition dans le code civil de 1972<sup>1389</sup>. Il conclut que certaines dispositions relatives à l'arbitrage pourraient disparaître du code civil sans trop de conséquences<sup>1390</sup>. Le code de procédure civile à caractère réglementaire pourrait exclusivement contenir le droit régissant les conventions précitées<sup>1391</sup>.

Il n'est pas nécessaire que le code civil encadre la partie contractuelle de ces conventions processuelles et que le code de procédure civile en régisse la partie procédurale. C'est une hybridation qui n'est pas nécessaire, qui complexifie les choses inutilement<sup>1392</sup> et qui nuit au développement du contrat en droit du procès. Certains contrats processuels sont d'ailleurs exclusivement régis par le code de procédure civile (contrats sur la compétence et sur l'abandon d'une voie de recours (CPC, art. 48 et 41)).

Le contrat processuel relève de la manifestation des intérêts processuels déclenchant des normes de même nature et devrait donc figurer dans les codes de procédure prévus par la loi et le règlement.

---

<sup>1389</sup> T. CLAY, « La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le code civil », *JCP G.*, n° 16, 21 avr. 2014, doctr. 492 et « Une erreur de codification dans le Code civil : les dispositions sur l'arbitrage » in « 1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir », *DALLOZ*, 2004, p. 693 : « En effet, le code civil de 1806 se terminait par des articles 1003 et suivants dans un titre unique intitulé « des arbitrages ». Les articles 1003 et 1004 du code de procédure civile ont été repris aux articles 2059 par la loi de 1972 et l'article 2060, par la loi de 1975, ces textes concernant la libre disposition des droits et le champ de l'inarbitrabilité matérielle. En 1972, alors que la jurisprudence l'affirmait déjà dans l'arrêt PRUNIER, le principe de l'interdiction des clauses compromissoires pour les activités qui ne sont pas professionnelles (droit du travail et de la consommation), était déjà établi ».

<sup>1390</sup> L'auteur précise que les textes de l'arbitrage ne valent que pour l'arbitrage interne. Concernant les articles 2059 et 2060, ils concernent l'inarbitrabilité de manière non exhaustive en utilisant la notion de libre disposition des droits qui n'est pas pertinente, car, les arbitres peuvent faire application des règles d'ordre public substantiel sans que cela n'empêche l'arbitrage. Les interdictions sont souvent détournées expressément par des lois, notamment en matière administrative. Concernant l'article 2061, il aurait surtout un rôle à jouer dans la mesure où notre système juridique n'accepterait pas la clause compromissoire, ce qui n'est pas le cas. On peut également critiquer la place de la convention de procédure participative dans le code civil. Les travaux parlementaires de la L. n° 2010-1609 considèrent que la convention de procédure participative à sa place à côté de la transaction et du compromis (convention d'arbitrage) en raison de sa nature contractuelle et de sa fonction qui concerne le règlement des procès (Rapport du Sénat n° 161 (2008-2009) F. ZOCCHETTO, 14 janv. 2009).

<sup>1391</sup> La raison qui pourrait en faire douter s'analyse d'un point de vue constitutionnel, le règlement ne pouvant pas organiser les droits qui touchent au patrimoine et aux droits de la propriété. Bien qu'ils puissent être un moyen médiateur d'y toucher, la convention d'arbitrage, comme la convention de procédure participative, ne portent pas directement sur la réalisation des droits substantiels à la manière d'une transaction, mais sur le rapport procédural des parties au conflit. Le cas inverse, tous les contrats, même purement processuels (conventions sur la compétence par exemple) devraient trouver leur fondement dans le code civil.

<sup>1392</sup> On peut alors aisément imaginer que la convention d'arbitrage puisse par exemple être annulée pour vice du consentement comme tout contrat civil. Pourtant, l'effet négatif du principe compétence-compétence, de nature processuelle (CPC, art. 1448) vient en partie confirmer et occulter l'intérêt de ce rattachement au droit du contrat civil (vice du consentement) en ce que l'apparence de compétence arbitrale interdit au juge étatique de ne pouvoir annuler que les conventions manifestement nulles pour retrouver son pouvoir de juger le litige. Si la nullité n'est pas manifeste, le tribunal arbitral sera le seul à la prononcer.



**332. Les contrats de procédure et le droit du contrat civil.** Partons d'un exemple. La requête conjointe est un acte contractuel porté par un acte de procédure. Ainsi, les règles du contrat (substantiel) et les règles du procès se chevauchent. Le droit civil encadre la formation du contrat tenant au consentement et le droit du procès régit la rédaction de l'*instrumentum* et l'exécution du contrat devant le juge. La référence au droit civil est peu utile en ce que les vices du consentement sont peu fréquents en matière processuelle et le droit du procès pourrait très bien prévoir un mécanisme de formation des actes contractuels à part entière. Le droit du procès exige la transmission d'informations processuelles qui garantissent l'équité du processus entre les parties, ce qui passe par des considérations de forme spéciales, bien éloignées du contrat consensuel, qui est le principe en matière civile.

La transaction, au contraire, est un contrat de droit substantiel, à fin processuelle, qui repose sur l'abandon patrimonial et donc se plie parfaitement aux exigences du contrat civil. En revanche, il est impossible de penser qu'un contrat sur la procédure pénale puisse être réglementé par les règles du contrat substantiel, tant la doctrine a démontré en quoi ce droit était inadapté pour comprendre ce premier. D'une part, même si les mécanismes tenant à l'erreur et au dol peuvent jouer utilement pour préserver les droits du mis en cause face au parquet, ils se rapportent par priorité et surtout à l'acte substantiel portant sur la sanction négociée et acceptée. L'information processuelle peut être différemment protégée au stade de la conclusion du contrat processuel, le mis en cause étant, au surplus, considéré comme une partie juridiquement plus faible. D'autre part, l'exécution contractuelle d'un contrat organisant le processus, et non l'accord sur la sanction, peut difficilement être régie par le droit civil. En effet, ce dernier assure l'exécution des contrats obligationnels qui impliquent une prestation, alors que la sanction des contrats processuels joue plutôt devant le juge saisi, par des mécanismes de défense procédurale.

**333. Le rattachement inadéquat au droit des contrats administratifs.** La question du rattachement au droit administratif s'est également posée concernant certains contrats sur la sanction pénale qualifiés de contrats pénaux de droit public. On pourrait alors conclure au caractère administratif de l'acte conclu entre le mis en cause et une autorité de l'État, telle que le ministère public. Mais, cet accord n'en remplit pas non plus les conditions, pour la seule raison qu'il ne s'agit pas d'administrer l'intérêt général défendu par l'administration, mais l'intérêt de la Société.

Le rattachement du contrat processuel civil au contrat administratif pourrait également être envisagé eu égard à la nature du rapport mi-privé, mi-public du procès<sup>1393</sup>. Toutefois, là encore, il ne s'agit pas d'organiser l'intérêt général, mais de réguler des intérêts privés, dans les limites du cadre procédural mis en œuvre au sein du service public de la justice.

La question du contrat administratif est plus intéressante sous l'angle de l'analyse du contrat processuel collectif qui touche l'administration du service public de la justice de plus près.

## 2 - Le rattachement illégitime du contrat processuel collectif au droit des contrats substantiels

**334. Le contrat collectif et le rattachement à un droit commun du contrat.** La question du rattachement aux règles du contrat civil ou du contrat administratif se pose également pour les contrats collectifs processuels<sup>1394</sup>. La nature administrative du contrat collectif de procédure est flagrante à plusieurs égards : une juridiction est le plus souvent signataire d'un accord qui engendre des normes de procédure générales et abstraites, parfois contraignantes<sup>1395</sup>, mais prises en vue d'améliorer, au final, le service public de la justice.

**335. Le contrat processuel collectif et le contrat administratif**<sup>1396</sup>. La définition du contrat civil est la même que celle du contrat administratif, mais leur raison d'être diffère<sup>1397</sup>. Le contrat administratif est un acte pris pour l'intérêt général et pour des opérations qui touchent au fond du droit (organiser les relations patrimoniales des agents juridiques privés et/ou publics dans l'intérêt général) et non le règlement des conflits.

---

<sup>1393</sup> E. JEULAND, « Le procès comme opération juridique à trois personnes. Parcours germanique », *op. cit.*, p. 256.

<sup>1394</sup> L'hésitation entre la nature civile et administrative était soulevée par les demandeurs au pourvoi dans Cass civ. 2<sup>ème</sup>, 19 oct. 2017, n°16-24234, la cour ayant répondu sur la 3<sup>ème</sup> branche du moyen qui considérait la convention de communication électronique comme un acte civil.

<sup>1395</sup> La contrainte est certaine lorsque le protocole est prévu par un texte de loi. En outre, certaines conventions découlent de conventions passées entre autorités publiques, ce qui a conduit le Conseil d'État à reconnaître leur nature réglementaire, CE, 15 mai 2013, 6<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> srr., n° 342500, §7, à propos de la requête de l'ordre des avocats au barreau de MARSEILLE tendant à l'annulation des décisions du ministre de la Justice et du président du Conseil national des barreaux pour la signature de la convention nationale conclue le 16 juin 2010, v. art. 21-1 al. 1 de la L. n° 71-1130 du 31 déc. 1971.

<sup>1396</sup> La notion de contrat administratif diffère de la notion de contrat public. La première porte les conditions de forme et de fond et la détermination de la compétence juridictionnelle. L'autre est plus large et traduit tout contrat susceptible de participer à la bonne marche d'un service public et la satisfaction de l'intérêt général, peu importe que le contrat soit entièrement de droit privé ou de droit administratif.

<sup>1397</sup> J-C. RICCI, F. LOMBARD, « Droit administratif des obligations », 1<sup>ère</sup> éd., *Sirey*, 2018, p. 33, n° 38, les auteurs ont pour ambition de bâtir une théorie générale du droit des obligations en droit administratif « laquelle se manifesterait par un nombre très élevé de convergences entre le droit civil et le droit administratif » ; H. HOEPFFNER, « Droit des contrats administratifs », 1<sup>ère</sup> éd., *DALLOZ*, 2016, p. 42, n° 47 et p. 46 n° 51 ; F. LICHERE, « Droit des contrats publics », 2<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2014, p. 12 : « Tout contrat suppose l'existence d'un accord de volonté en vue de produire des effets juridiques » ; J. WALINE, « Droit administratif », 27<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2018, p. 496, n° 463 ; L. MARCUS, « L'unité des contrats publics » *DALLOZ*, 2010.

**336. Les deux critères du contrat administratif.** Le premier critère découle de la qualification de contrat administratif par la loi. Le second critère est jurisprudentiel et bâti par les décisions successives du Conseil d'État.

Une première certitude apparaît : la loi ne qualifie pas de contrat administratif les conventions de procédures, à la différence des contrats de marchés publics, des concessions, des contrats domaniaux, des contrats d'exécution de travaux publics, etc.<sup>1398</sup>.

Le critère jurisprudentiel recouvre lui-même trois composantes. La première est d'ordre organique, les deux dernières d'ordre matériel. La première porte sur la vérification de la qualité des parties au contrat. Le contrat peut être administratif seulement si une des parties au moins est une personne morale de droit public. La deuxième composante porte sur l'objet du contrat et plus particulièrement pose la question de savoir si l'objet est rattaché à l'exécution même du service public. La troisième et dernière composante jurisprudentielle porte sur la recherche des clauses exorbitantes du droit commun. Les deux dernières composantes sont alternatives<sup>1399</sup>. Il faut développer puis vérifier ces critères pour vérifier si le contrat processuel y répond ou non.

**337. La qualité des parties au contrat collectif processuel.** Il faut rechercher si les parties cocontractantes sont des personnes publiques ou privées. Il existe des présomptions d'actes civils ou d'actes publics lorsqu'ils sont pris par des cocontractants qui sont des personnes de droit privé ou de droit public. Le contrat est donc privé lorsqu'il est passé entre deux personnes privées, même si l'une agit en vue de l'exécution d'un service public<sup>1400</sup>. Inversement entre deux personnes publiques le contrat est de droit public, car il fait rencontrer deux gestions publiques, à moins que des rapports de droit privé n'en naissent<sup>1401</sup>. Lorsque l'accord de volontés est passé entre une personne privée et une personne publique, les deux derniers critères jurisprudentiels doivent être vérifiés pour déterminer si le contrat est administratif.

L'ordre des avocats est le contractant le plus fréquent avec la juridiction. Comme tout ordre professionnel<sup>1402</sup>, il est considéré comme une personne de droit privé investie d'une mission de

<sup>1398</sup> M-C. ROUAULT, « Droit administratif et institutions administratives », 5<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 2018, p. 231, 465, s.

<sup>1399</sup> Sur le caractère alternatif des deux derniers critères jurisprudentiels, v. CE, 20 avr. 1956, *Époux BERTIN*.

<sup>1400</sup> CE, 3 mars 1969, *Sté Interlait*, TC, 4 mai 1987, *DU PUY DE CLINCHAMPS*, CE, 25 oct. 2017, *Sté les compagnons paveurs*, n° 404481.

<sup>1401</sup> F. LICHERE, « Droit des contrats publics », *op. cit.*, p. 24 : « dans certains cas, le contrat sera de droit public même si passé entre deux personnes de droit privé car l'un des deux agit comme mandataire d'une personne publique ou parce que l'une d'elle agit pour le compte d'une personne publique sans être dans le cadre du mandat ou que l'une d'elle est une partie transparente au contrat ».

<sup>1402</sup> J. WALINE, « Droit administratif », *op. cit.*, p. 288, n° 305, *spéc.* n° 309 : « La mission confiée aux ordres, c'est-à-dire la réglementation et la discipline de la profession, constitue l'exercice d'un service public (...). Les ordres ne sont pas des établissements publics (...). Il semble donc logique, à l'instigation de Michel LASCOMBE, de ranger les ordres professionnels

service public<sup>1403</sup>. D'ailleurs, c'est plus exactement le barreau, émanation de l'ordre local des avocats, qui est partie au protocole<sup>1404</sup>. Les barreaux ont la personnalité civile<sup>1405</sup> et, bien qu'ils participent à l'exécution d'une mission d'intérêt public, les contrats qu'ils passent sont dans tous les cas de nature privée<sup>1406</sup>.

Concernant les chefs d'une juridiction, la réponse est plus délicate. Même s'ils sont signataires, ils ne sont pas directement cocontractants. Ils ne s'engagent pas personnellement en qualité de personnes physiques exerçant des fonctions de magistrat, mais ils engagent la juridiction qu'ils « représentent ». Or, ni la loi, ni la doctrine, ni la jurisprudence n'accordent la personnalité morale à une juridiction. D'ailleurs, pour certains, les qualifications de personne et de juridiction s'excluraient<sup>1407</sup>.

La juridiction est présentée comme une institution, une entité de l'État, qui jouit d'une autonomie administrative et juridictionnelle. La juridiction, par les organes qui la composent, prend déjà des actes administratifs, des mesures d'ordre intérieur qui concernent la bonne administration de la justice au niveau local. Les conventions de procédure collective y pourvoient justement en ce qu'il s'agit d'améliorer la qualité de la procédure dans le ressort. Il s'opère alors une sorte de césure entre l'État, qui détermine des règles de procédure générale et abstraite, et la juridiction, émanation du service public de la justice à l'échelon inférieur, qui les aménage. Les juridictions prennent ces contrats de procédure qui n'engagent pas le patrimoine de l'État, mais posent un nouveau cadre processuel. Ils ne nécessitent qu'une forme de personnalité décisionnelle, qui n'implique pas d'engager directement les ressources financières de l'État et donc de faire appel à la théorie de la personnalité juridique.

De plus, la juridiction forme une communauté d'intérêts protégés par des textes spéciaux. Ainsi, même si la juridiction n'est pas une personne juridique pouvant établir des rapports de droit relevant du commerce juridique et qui sont basés sur la propriété, l'échange et la capacité juridique, elle en possède les éléments de base qui constituent une individualité objective lui

---

dans la catégorie des personnes privées investies d'une mission de service public, même s'ils exercent d'importantes prérogatives de puissance publique ».

<sup>1403</sup> S. BORTOLUZZI et *alii.*, « Règles de la profession d'avocat », 16<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2018, p. 108, n° 113.21 : Suite à un avis du Conseil d'État du 22 octobre 2015 rendu à la demande du gouvernement sur l'application de la L. n° 2000-321 du 12 avr. 2000, « les ordres doivent être regardés comme "des organismes chargés de la gestion d'un service public" au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 12 avril 2000 lorsque leurs décisions peuvent être rattachées à l'organisation du service public de la justice. Sont visées l'ensemble des décisions collectives ou individuelles des barreaux liées à l'accès et l'exercice de la profession ».

<sup>1404</sup> V. *infra* n° 364, s.

<sup>1405</sup> L. n° 71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 21.

<sup>1406</sup> J. WALINE, « Droit administratif », *op. cit.*, p. 275, n° 293 : « les contrats passés par les organismes privés, même s'ils ont pour objet l'exécution même du service public ou s'ils comportent des clauses exorbitantes du droit commun restent des contrats de droit privé : CE, 13 déc. 1963, *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord*.

<sup>1407</sup> V. *infra* n° 365, s. concernant la juridiction comme entité de droit public partie au contrat processuel collectif et la théorie de la personnalité morale de l'État.

permettant de prendre des contrats-règles. Elle peut donc passer des accords de volontés qui lient des intérêts processuels propres et communs avec d'autres signataires, en vue de produire des normes juridiques de procédure. Nul besoin en ce sens de faire appel à la personnalité morale de l'État<sup>1408</sup>.

D'autres intervenants publics ou privés étant ou non dotés de la personnalité juridique peuvent s'adjoindre au protocole, tels que les directeurs de greffe<sup>1409</sup>, les préfets, chefs de police ou de gendarmerie, des CPAM ou des associations de médiateurs et d'aides aux victimes<sup>1410</sup>. Dans tous les cas, même quand il s'agit d'une entité étatique qui est partie à l'engagement, le protocole demeure un acte réglementaire qui ne fait pas appel à la personnalité morale de l'État.

Le critère organique de l'acte administratif n'est donc pas caractérisé en matière de contrats processuels collectifs. Il s'agit le plus souvent d'une personne morale de droit privé (l'ordre des avocats) qui contracte avec une ou plusieurs autres entités objectives, parfois personnifiées, protégeant des intérêts généraux ou privés, et dont les normes, à caractère réglementaire, ne nécessitent pas de faire jouer la théorie de la personnalité juridique. Le contrat processuel n'est donc pas de nature administrative, bien qu'il puisse s'inscrire dans une mission de service public.

### **338. Le critère de la relation du contrat processuel avec le service public de la justice.**

En dehors du contrat de louage de service, « le contrat est administratif s'il constitue l'exécution même du service public par l'administration<sup>1411</sup> », ou lorsqu'il a eu pour objet de confier à un

---

<sup>1408</sup> Lorsqu'il s'agira d'engager le patrimoine, ce sera la personnalité morale indivisible de l'État qui réapparaîtra dans l'action. Par exemple, il n'est pas utile de décrire le pouvoir de police de l'État en faisant appel à sa personnalité morale. En revanche, lorsqu'un acte de police est susceptible d'engager sa responsabilité civile, sa personnalité morale et son patrimoine ressurgissent.

<sup>1409</sup> Le directeur de greffe n'a pas forcément de pouvoir de représentation de la juridiction, bien qu'il puisse parfois participer à son administration. Quand il est signataire d'une convention, il n'y a pas conclusion d'un contrat avec soi-même, mais un acte de volonté conjonctif avec les chefs de juridiction. La signature du directeur de greffe n'est pas suffisante pour engager l'institution, elle n'est que d'ordre testimonial, les services de greffe ayant alors une fonction d'enregistrement de certains documents officiels (COJ, art., R. 312-69-1, s., R. 123-3, R. 222-9 et R. 312-19, C. trav., art., R. 1423-36, s, C. com., art. R. 741-1, s.).

<sup>1410</sup> Ces autorités ne sont pas des personnes morales de droit public. Elles agissent en vertu de l'État dans l'exercice de leur mission pour mener à bien une mission de politique administrative ou pénale pour faire le lien entre l'État, les administrés et les élus (v. D. n° 2004-374 pour les préfets qui exercent en plus des fonctions de police administrative, le contrôle administratif de certaines personnes morales déconcentrées comme les départements) ; la CPAM est un organisme de droit privé chargé d'une mission de service public, les associations sont des personnes morales de droit privé, etc.

<sup>1411</sup> Il faut comprendre ici une technique juridique choisie par l'administration pour assurer l'exécution de son service public qui la facilite ou l'améliore. Par ex., on peut citer les contrats conclus par les services des eaux et forêts avec des particuliers pour le reboisement de leurs terrains, CE, 20 avr. 1956, *Consorts GRIMOUARD*. Il faut que le cocontractant soit un usager du service public. Ces contrats sont le plus souvent passés dans les hypothèses interventionnistes de l'État comme pour les contrats de cession de céréales, contrats accordant des aides financières à une entreprise en particulier, le tout dans l'optique de l'exécution d'une mission de service public.

particulier l'exécution même du service<sup>1412</sup>, fût-ce une exécution partielle. Sont aussi administratifs les contrats qui entraînent une participation à l'exécution du service public de la justice<sup>1413</sup>. Il faut ainsi distinguer entre participation au service public et exécution même du service public.

D'autres hypothèses, à la marge et même uniques, conduisent à la qualification d'un contrat administratif, comme la coordination des missions de service public de chacune des parties<sup>1414</sup>.

La convention collective de procédure n'est en aucun cas un contrat qui conditionne l'exécution même du service public de la justice. Le service public de la justice existe et fonctionne heureusement sans lui. De la même sorte, il n'a pas pour objet de confier l'exécution du service public à l'un ou l'autre des signataires. La justice est l'affaire de tous et s'exprime de diverses façons qui ne sont pas toutes cloisonnées dans les couloirs de l'institution judiciaire. Le caractère de l'administrativité du contrat est donc rejeté sur ce critère. Le caractère public de l'opération, en ce qu'elle a vocation à améliorer le service public de la justice n'est pas à renier, mais cela n'est pas de nature à rendre le contrat administratif.

**339. Le critère de la clause exorbitante du droit commun**<sup>1415</sup>. La clause exorbitante du droit commun est la clause dérogatoire au droit commun de l'exécution d'un contrat, pour des considérations d'intérêt général. Il s'agit de la clause qui contrevient à la liberté contractuelle en ce qu'elle édicte une prérogative de l'administration contractante qui ne se retrouverait pas, en principe, en droit civil, telle que la modification unilatérale du contrat<sup>1416</sup>.

L'étude du contenu des contrats collectifs de procédure ne révèle pas la présence de telles clauses. Leur présence serait sans doute à rechercher plus particulièrement du côté des stipulations contractuelles globales qui ne concernent pas l'édition de normes de procédure, mais qui encadrent la relation contractuelle. Or, ce n'est ni dans les préambules, ni dans les parties du *negotium* relatives au suivi, à la fin du protocole, ou à sa révision, que l'on peut

---

<sup>1412</sup> CE, 20 avr. 1956, *Époux BERTIN*.

<sup>1413</sup> CE, 4 juin 1954, *AFFORTIT et VINGTAIN*, le contrat est de droit public quand il s'agit de fournir les moyens au service public pour le bon fonctionnement du service, même sans réaliser la prestation de service public. Le critère est très indécis et flou et il n'est pas facile de déterminer le lien entre la prestation fournie avec la bonne exécution du service public, v. TC, 23 nov. 1998, *BERGAS, contra*. CE, 8 juin 1994, *CODIAM*.

<sup>1414</sup> TC, 16 janv. 1995, *Préfet région ÎLE-DE-FRANCE, préfet PARIS, Cie nat. RHONE c. EDF*.

<sup>1415</sup> C. FARDET, « La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général », *AJDA*, 2000, p. 115 ; J-C RICCI, F. LOMBARD, « Droit administratif des obligations », *op. cit.*, p. 75, n° 93.

<sup>1416</sup> CE, 31 juill. 1912, *Sociétés des Granits porphyroïdes des VOSGES* ; CE 15 févr. 1935, *Sté française de constructions mécaniques* : il s'agit de clause « ayant pour effet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont librement consentis par quiconque dans le cadre de lois civiles et commerciales ».

dénicher pareille stipulation. Le caractère de l'administrativité est également rejeté sur ce critère.

## **B - Le rattachement erroné du contrat processuel aux droits des actes de la procédure**

### **340. Le contrat processuel et le rattachement impossible aux règles de forme des procès.**

Le rattachement du contrat processuel à l'ordre juridique, au moyen des règles qui régissent les actes de procédure, n'est pas non plus satisfaisant. Le droit de l'acte du procès est principalement ce droit de forme qui organise l'édition d'actes juridiques pris de manière unilatérale. Les règles visent principalement à protéger ceux qui subissent la norme posée par l'acte de procédure. Lorsque l'acte ne respecte pas les conditions de formation, il peut être annulé (CPC, art. 114 et 117, CPP, art. 802). Le droit protège ainsi celui qui subit les effets de l'acte dont il n'est pas l'auteur. Par conséquent, la philosophie des actes du procès n'est pas cohérente pour régir les contrats processuels qui sont l'œuvre de deux volontés et qui sont pris pour la définition commune d'un cadre processuel particulier, chaque contractant déployant un intérêt à faire valoir sur la scène juridique.

En outre, les règles sont principalement des règles formelles qui n'encadrent pas la détermination et le respect du *negotium* : elles ne tiennent pas compte de plusieurs paramètres, tels que la liberté contractuelle, le consentement, le contenu défini d'un commun accord et l'exécution de ces contrats.

De plus, le contrat processuel est un acte pris par des acteurs du conflit quand il est individuel et par les acteurs locaux de la justice quand il est collectif. Les règles des actes de procédure sont manifestement inutiles pour régir le rapport contractuel collectif, puisque ces signataires ne contractent pas en qualité d'acteurs d'une procédure particulière.

## **II - La méthode de rattachement de reconnaissance préférée : pour un droit du contrat processuel de droit commun**

**341. La consécration du contrat processuel.** L'ordre juridique processuel ne reconnaît pas expressément la faculté d'organiser les règles du procès par voie de contrat. Le contrat processuel doit être reconnu par l'ordre juridique processuel au moyen d'une méthode de rattachement formel. Cela est préférable, car l'unicité du contrat processuel sera consacrée.

Réglementer le contrat processuel et le doter d'un régime de droit commun, c'est reconnaître l'aménagement de l'organisation processuelle par voie de contrat. C'est un premier pas vers l'élaboration d'un modèle de procès contractuel qui fait œuvre de promotion de l'acte processuel, permettant de détacher le contrat sur l'organisation de la procédure de ses homologues « substantiels ». En effet, les deux actes n'agissent pas sur le même plan juridique et n'ont pas vocation à servir des intérêts de même nature. L'objectif est alors d'élaborer la définition d'un droit commun du contrat processuel, qui n'est pas une espèce de contrat civil *sui generis*<sup>1417</sup>.

Les codes de procédure devraient donc expressément reconnaître le contrat processuel et prévoir les règles objectives qui l'encadrent. Certains pays ont franchi le cap de cette reconnaissance, qu'il s'agisse d'actes processuels individuels ou collectifs (A). Il est possible d'aller plus loin que ce qui se fait à l'étranger en dotant le droit français d'un réel arsenal contractuel (B).

#### A - L'aménagement consensuel des règles de procédures à l'étranger

**342. La reconnaissance du contrat processuel par le droit Québécois.** Au QUEBEC, les codes et autres textes de procédure prévoient l'aménagement processuel local au moyen d'actes juridiques collectifs conventionnels<sup>1418</sup>. La reconnaissance en France *du* contrat processuel collectif serait donc parfaitement envisageable, sachant que les codes français ont déjà autorisé *des* contrats processuels spéciaux (CPP, art. D. 591 ant.).

Le droit Québécois est surtout novateur en ce qu'il envisage également un contrat individuel de procédure. En effet, dans le code de procédure civile du QUEBEC, il existe un acte contractuel processuel qui concerne la définition de la procédure des modes de prévention et de règlement des différends (PRD - il s'agit de nos MARD). Le principe de l'aménagement processuel d'un mode de PRD se trouve au 1<sup>er</sup> alinéa de l'article préliminaire du code précité<sup>1419</sup>. Au QUEBEC, les parties déterminent un règlement de procédure qui peut se trouver dans un protocole pré-

---

<sup>1417</sup> En cas de silence du droit commun, il n'y a pas lieu de se tourner vers l'application du droit civil des contrats, mais devant le juge, ce qui est le cas, en droit substantiel, quand la loi du contrat civil est floue, obscure ou insuffisante.

<sup>1418</sup> V. *supra* n° 121.

<sup>1419</sup> CPC du QUEBEC, art. préliminaire : « Le code de procédure civile établit les principes de la justice civile et régit, avec le code civil et en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends lorsque celle-ci n'est pas autrement fixée par les parties » et la procédure devant les tribunaux. Les articles 1 à 7 prévoient d'ailleurs les principes généraux des PRD, ce qui est très novateur, alors que notre code français n'en prévoit pas vraiment, hormis quelques-uns, contestables, et divergents selon le mode amiable réglé. De plus, le code français relègue les MARD en dernière partie du code, alors qu'on veut les faire valoir en premier, avant le procès.



judiciaire (une sorte de *pre-action protocol* contractuel, art. 2, al. 1<sup>1420</sup>), après avoir choisi le mode de PRD le plus adapté à la cause (négociation sur différend, médiation, ou encore arbitrage, pour une liste non exhaustive, art. 1 al. 1). Les parties ont l'obligation de considérer le recours aux PRD avant de saisir les tribunaux (art. 1, al. 3) et, devant le tribunal, d'adopter un protocole judiciaire.

Le code de procédure civile du QUEBEC prévoit en effet, par principe, un protocole de l'instance que les parties doivent établir au commencement du procès (CPC du QUEBEC, art. 148 à 152)<sup>1421</sup>. Ce protocole de l'instance est un accord de procédure appelé « contrat supervisé », ou « contrat judiciaire » selon la jurisprudence *NERON c. Société RADIO-CANADA*<sup>1422</sup>. L'accord porte notamment sur les moyens préliminaires et les mesures de sauvegarde, l'opportunité de recourir à une conférence de règlement à l'amiable avec le juge, les interrogatoires écrits ou oraux préalables à l'instruction, leur nécessité, leur nombre, leur durée, l'opportunité de réaliser des expertises unilatérales ou communes, la défense et son caractère oral ou écrit, et dans ce cas, les délais de procédure pour déposer les écritures, les modalités et délai de constitution et de communication de la preuve, les incidents prévisibles de l'instance (récusation, désistement, question au juge sur un point de droit...) et donc la manière de les résoudre, la prolongation des délais de mise en état du dossier, les modes de notification, *etc.*, sachant que le protocole d'instance peut être complété au fur et à mesure de l'avancée de l'instance.

Un vrai régime juridique est attaché à ce protocole d'instance. Il repose sur la liberté contractuelle d'aménager les règles du procès, l'acceptation du protocole et l'appui du juge. Sa force obligatoire est en partie assurée par le paiement des frais de justice à la charge de celui qui ne le respecterait pas<sup>1423</sup>.

Une telle trame de procédure finira par être établie, soit unilatéralement par l'une des parties, à défaut de diligence de l'autre, soit par le juge, à défaut d'entente entre ces premières. Le modèle

---

<sup>1420</sup> J-F. ROBERGE, S. AXEL-LUC HOUNTOHOTEBE, E. GRAHOVIC, « L'article 1<sup>er</sup> du nouveau code de procédure civile du QUEBEC et l'obligation de considérer les modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture », *Revue Juridique THEMIS*, vol. 49, issue 2, 2015, p. 487.

<sup>1421</sup> CPC du QUEBEC, art. 148 : « Les parties sont tenues de coopérer pour régler l'affaire ou pour établir le protocole de l'instance. Elles y précisent leurs conventions et engagements et les questions en litige, indiquent la considération qu'elles ont portée à recourir aux modes privés de prévention et de règlement des différends et les opérations à effectuer pour assurer le bon déroulement de l'instance, évaluent le temps qui pourrait être requis pour les réaliser de même que les coûts prévisibles des frais de justice et fixent les échéances à respecter à l'intérieur du délai de rigueur pour la mise en état du dossier (...) ».

<sup>1422</sup> C. PICHE, « Le "dialogue" des parties et la vérité plurielle comme nouveau paradigme de la procédure civile Québécoise », *Mc Gill Law Journal*, 2017, 62 : 3, p. 901, *spéc.* p. 912 ; Cour supérieure du QUEBEC, *NERON c. Société RADIO-CANADA*, 2003 CanLil 28529 (QC CS) § 29 : « Une entente sur le déroulement de l'instance crée une sorte de contrat judiciaire qui impose aux parties une obligation de moyens raisonnables. Mais ce n'est pas un carcan rigide destiné à faire perdre des droits ».

<sup>1423</sup> CPC du QUEBEC, art. 150 al. 2 : « Le protocole de l'instance accepté par le tribunal ou établi avec lui s'impose aux parties qui sont tenues de le respecter sous peine, entre autres, des frais de justice engagés par l'une ou l'autre d'entre elles ou par un tiers et qui résultent de leur manquement. Elles ne peuvent le modifier sans l'accord du tribunal que si la modification porte sur les délais convenus ou sur des éléments propres à faciliter le déroulement de l'instance, sauf à respecter les décisions spécifiques du tribunal ; elles sont tenues de déposer leurs modifications au greffe ».

de l'instruction est contractuel et surtout, il est pleinement intégré dans la phase judiciaire, depuis 2003<sup>1424</sup>, ce qui n'est pas le cas en FRANCE, car la procédure participative est considérée comme une exception (une mise en état externalisée) et ce, seulement depuis le décret du 11 décembre 2019. Le droit Québécois met quant à lui depuis 2016 l'accent sur l'accès à la justice et un peu moins sur le principe de la recherche de la vérité (le *discovery model*) issue de la *common law*. Le procès est accusatoire en dotant les parties d'un arsenal juridique précontentieux ou parallèle au contentieux avec des PRD contractuels et des principes directeurs basés sur l'autodétermination des parties, la proportionnalité et la célérité des processus. Ces protocoles d'instance existent de manière moins poussée en droit administratif, notamment pour déterminer un calendrier de la procédure. Ils s'appellent « entente », et sont décidés en général lors d'une conférence de gestion ou d'une conférence préparatoire (Loi sur la justice administrative, art. 119.1 et 127).

**343. Les conventions de procédure aux ÉTATS-UNIS.** La contractualisation dans ce pays ne repose pas que sur l'entente substantielle. Le procès connaît aussi des aménagements conventionnels de modération économique (au-delà des accords connus que sont la clause de compétence et l'arbitrage). Ces aménagements constituent ce qui est appelé « *private ordering by contracting for customized civil procedure* »<sup>1425</sup>, un procès sur-mesure. Il existe un cadre juridique favorable à la conclusion de contrats processuels, mais qui trouve ses limites dans la qualité des parties (consommateurs, travailleurs) et leur caractère raisonnable<sup>1426</sup>. Le droit

---

<sup>1424</sup> S. GUILLEMARD, J. PLAMONDON, « L'alinéa 3 de l'article premier du code de procédure civile du QUEBEC : une formule de style ? », *International Journal of Procedural Law*, vol. 7, 2017, n° 1, p. 63, *spéc.* p. 71 : depuis la réforme de 2003, les parties doivent se rencontrer le plus tôt possible afin de « négocier une entente sur le déroulement de l'instance, établissant un certain nombre de points concernant tant la procédure que la preuve et le calendrier des échéances à respecter (...) ». Appelé « protocole de l'instance dans le code de 2016, il contient un certain nombre de renseignements, parmi lesquels les parties indiquent la considération [qu'elles] ont pour recourir aux modes privés de prévention et de règlement des différends » ; S. GUILLEMARD et S. MENETREY, « Comprendre la procédure civile québécoise », *Éditions Yvon BLAIS*, 2011, p. 171 ; le droit Québécois met quant à lui depuis 2016 l'accent sur l'accès à la justice et un peu moins sur le principe de la recherche de la vérité (le *discovery model*) issue de la *common law*. Le procès est accusatoire en dotant les parties d'un arsenal juridique précontentieux ou parallèle au contentieux avec des PRD contractuels et des principes directeurs basés sur l'autodétermination des parties, la proportionnalité et la célérité des processus ; F. BACHAND, « Les principes généraux de la justice civile et le nouveau code de procédure civile », *Mc Gill Law Journal*, 2015, 60 : 2, p. 447, *spéc.* p. 455 : « On reconnaît de plus en plus qu'un virage culturel s'impose afin de créer un environnement favorable à l'accès expéditif et abordable au système de justice civile. Ce virage implique que l'on simplifie les procédures préalables au procès et que l'on insiste moins sur la tenue d'un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire ».

<sup>1425</sup> J. DODGE, « *The limits of procedural private ordering* », *Virginia Law Review*, vol. 97:4, 2011, p. 723, *spéc.* p. 798, et pour des contrats processuels divers, v. p. 746, s. : « *They instead modify the means, method, timing, and requirements of filing through waiver of particular claims or substantive defenses, waiver of procedural defenses such as statutes of limitations or laches, and-in the extreme case of cognovitnotes-waiver of the right to notice and a hearing. At the discovery phase, contracts typically limit rather than expand discovery* » ; R. J. RHEE, « *Toward procedural optionality : private ordering of public adjudication* », *New York University School of Law*, 84 (2), p. 514.

<sup>1426</sup> *Ibid.*, p. 799 : « *A clear framework carefully tailored to the normative concerns imposed by permitting ex ante procedural contracting is long overdue* ».

brésilien paraît en revanche bien plus étonnant et source de propositions pour la procédure française.

**344. Les aménagements conventionnels en droit brésilien.** Le droit brésilien connaît l'acte juridique processuel et il est considéré comme une source du droit que l'État se doit de garantir<sup>1427</sup>. L'article 200 du CPC brésilien pose une définition de l'acte juridique processuel : « Les actes des parties qui consistent en des déclarations de volontés unilatérales ou bilatérales produisent immédiatement la création, la modification ou l'extinction des droits procéduraux<sup>1428</sup> ».

La convention processuelle a donc toute sa place puisqu'elle peut être considérée comme un acte juridique du procès. L'article de M. le professeur CABRAL de l'Université de RIO DE JANEIRO est très éclairant<sup>1429</sup>. Les conventions processuelles brésiliennes sont de deux sortes. Certaines sont spéciales, car elles sont nommées, et parmi elles, certaines seraient contractées sous l'égide du juge, voire avec lui<sup>1430</sup>, car il doit les approuver<sup>1431</sup>.

Les autres conventions processuelles sont plus générales et novatrices, car elles résultent de la loi du 17 mars 2015 modifiant le code de procédure civile brésilien en y insérant un article 190 qui prévoit la possibilité pour les parties de convenir d'un contrat général de procédure, de prendre tout aménagement processuel<sup>1432</sup>, ce qui se nomme la « clause générale de procédure ».

---

<sup>1427</sup> CPC du BRÉSIL, art. 3 §2 : « L'État doit, chaque fois que possible, promouvoir la solution consensuelle des conflits » ; F. DIDIER JUNIOR, « *Negocios jurídicos procesales atípicos en el nuevo código procesal civil brasileño* », *Internal Journal of procedural law*, vol. 7, 2017, p. 39, spéc. p. 41 : « Desde ese punto de vista, el negocio jurídico es fuente de norma jurídica procesal y, así, vincula el órgano juzgador, que, en un Estado de derecho, debe observar y hacer cumplir las normas jurídicas válidas, incluso las convencionales. El estudio de las fuentes de la norma jurídica procesal no seri completo, por tanto, si ignora el negocio jurídico procesal ».

<sup>1428</sup> Notre traduction, v. original : « *Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais* » ; tout le livre IV concerne les actes de procédure.

<sup>1429</sup> A. CABRAL, « Les conventions sur la procédure en droit processuel brésilien », *op. cit.*, p. 629.

<sup>1430</sup> CPC du BRÉSIL, art. 357 V §2 : « Les parties peuvent soumettre au juge, pour approbation, une délimitation consensuelle des questions de fait et de droit visées aux points II et IV, qui, si elle est approuvée, lie les parties et le juge » (notre traduction). Il n'y a pas non plus de contrat avec le juge malgré la validation nécessaire de l'acte de retrait de la demande, CPC du BRÉSIL, art. 200 : « Le retrait du procès ne prendra effet qu'après approbation judiciaire » (notre traduction) ; D. FREDDIE JUNIOR, « *Negocios jurídicos procesales atípicos en el nuevo código procesal civil brasileño* », *op. cit.*, p. 42 : « *De un lado, porque hay ejemplos de negocios procesales plurilaterales típicos que incluyen al juez, como ya se ha examinado, lo que significa que no es extraña al sistema esa figura* ».

<sup>1431</sup> La vision publiciste organique du procès ressurgit ainsi fortement, à l'instar de la vision de madame MULLER qui voit le procès comme une relation juridique triangulaire entre les parties litigantes et le juge du service public judiciaire.

<sup>1432</sup> CPC du BRÉSIL, art. 190 : « Concernant la procédure pour les droits que les parties peuvent régler elles-mêmes [différence est faite entre l'auto-composition prévue par l'article et la disponibilité des droits], il est licite, pour les parties ayant la capacité processuelle, de prévoir des modifications de procédure pour l'ajuster aux spécificités de l'affaire et négocier sur les charges, pouvoirs, facultés et devoirs processuels, avant, ou durant la procédure. D'office ou à la demande d'une partie, le juge contrôle la validité des accords issus de cet article et ne rejette leur application que dans les cas de nullité ou quand ils sont introduits de manière abusive dans des contrats d'adhésion ou quand la personne se trouve en situation de vulnérabilité évidente » (notre traduction).

En somme, ce code prévoyait déjà avant 2015 de multiples conventions processuelles (calendrier de procédure, choix de l'expert...) <sup>1433</sup>, mais pas le contrat processuel. Depuis cette date, la différence est faite entre les contrats qui sont des *negocios procesales típicos* et des *negocios atípicos*.

Il s'agit bien de contrats sur la procédure et non de contrats sur le fond du litige comme la transaction <sup>1434</sup>. Il existe donc, d'un côté, des contrats processuels nommés ou spéciaux, et de l'autre côté, une faculté plus générale de conclure un contrat processuel innomé, dont le contenu est déterminé par les parties, et qui est appelé « clause générale de conventionnalité » <sup>1435</sup>. Cette clause permet aux parties de se départir du champ des conventions processuelles expressément prévues par la loi <sup>1436</sup>. La doctrine brésilienne qui niait auparavant le contrat processuel ne peut que s'incliner <sup>1437</sup>.

Le contrat processuel atypique autorise la détermination de l'objet de l'acte processuel conventionnel, mais aussi sa forme. De nouvelles sanctions de procédures peuvent être édictées par les parties, mais elles ne peuvent pas exclure l'application de règles fondamentales, comme l'intervention du ministère public partie jointe. Ces conventions se fondent parfaitement dans la définition que nous en avons posée en droit français et qui exclut tout aménagement des droits substantiels eux-mêmes <sup>1438</sup>. La focale est mise sur les intérêts processuels.

---

<sup>1433</sup> F. DIDIER JR., « *Negocios jurídicos procesales atípicos en el nuevo código procesal civil brasileño* », *op. cit.*, p. 41, s. : « *Hay diversos ejemplos de negocios procesales: la elección negocial del foro (art. 63, CPC), el negocio tícito de que la causa se tramite en juicio relativamente incompetente (art. 65, CPC), el calendario procesal (art. 191, §1 y 2, CPC), la renuncia al plazo (art. 225, CPC), el acuerdo para la suspensión del proceso (art. 313, II, CPC), la organización consensual del proceso (art. 357, §2), la postergación negociada de la audiencia (art. 362, I, CPC), la convención sobre la carga de la prueba (art. 373, §3 y 4, CPC), la elección consensual del perito (art. 471, CPC), el acuerdo de elección del arbitraje como técnica de liquidación (art. 509, I, CPC), el desistimiento del recurso (art. 999, CPC), el pacto de mediación previa obligatoria (...). Todos son negocios procesales típicos (...). Es posible celebrar negocios procesales atípicos, fundamentados en la cláusula general de negociación sobre el proceso, prevista en el art. 190 del CPC, la principal concretización del principio del respeto a la autorregulación procesal. Se dedica un apartado específico de este trabajo al art. 190 del CPC mas adelante ».*

<sup>1434</sup> *Ibid.*, p. 42 : « *Hay negocios procesales relativos al objeto litigioso del proceso, como el reconocimiento de la procedencia de la petición (allanamiento), y hay negocios procesales que tienen por objeto el propio proceso, en su estructura, como el acuerdo para la suspensión convencional del procedimiento. El negocio que tiene por objeto el propio proceso puede servir para la redefinición de las situaciones jurídicas procesales (cargas, derechos, deberes procesales) o para la reestructuración del procedimiento ».*

<sup>1435</sup> A. CABRAL, « Les conventions sur la procédure en droit processuel brésilien », *op. cit.*, p. 646 : Mais, au-delà des clauses générales des articles 190 et 200, le nouveau *código de processo civil* brésilien va encore plus loin, puisqu'il a augmenté le nombre d'accords processuels typiques. Il a organisé, par exemple, dans l'article 191, le calendrier de la procédure, de forte inspiration française. Il a également été prévu l'accord pour le choix de l'expert dans l'article 471 (contraignant pour le juge) et la définition conventionnelle, par les parties, des questions de fait et de droit mises à la connaissance du juge (art. 357 §2°), qui trouve son parallèle dans l'article 12 du code de procédure civile français, et également dans les accords très connus de *choice of law* du droit anglo-américain ».

<sup>1436</sup> *Foro permanente de procesalistas civiles*, déclaration des 24, 25 et 26 mars 2017, n° 16, s.

<sup>1437</sup> F. DIDIER JR., « *Negocios jurídicos procesales atípicos en el nuevo código procesal civil brasileño* », *op. cit.*, p. 45 : « *La discusión sobre la existencia de esa categoría procesal, al menos en el derecho brasileño, parece haberse convertido, ahora, en obsoleta e inocua ».*

<sup>1438</sup> *Ibid.*, p. 46 : « *No se trata de un negocio sobre el derecho litigioso - esa es la autocomposición, sobradamente conocida. En la situación que ahora nos interesa, se negocia sobre el proceso, alterando sus reglas, y no sobre el objeto litigioso del proceso. Son negocios que derogan normas procesales - Normdisposition, según la terminología de Gerhard WAGNER ».*

Deux choses méritent d'être soulignées. D'abord, le régime juridique de tout acte processuel est prévu par le code civil qui pose les règles de tout acte juridique afin de protéger le consentement. Le reste est prévu par le code de procédure civile, bien que de nombreuses dispositions du code civil se recoupent (sur le fond) avec celles du code de procédure civile, notamment celles relatives à la capacité de contracter ou au respect de la loi impérative (ordre public). L'autonomie processuelle n'est donc pas pure et parfaite. Il faut tout de même préciser une condition de validité processuelle prévue par le code de procédure civile. Le contrat processuel est impossible pour les droits qui ne sont pas susceptibles d'*autocomposición* (autocomposition), notion qui diffère de la libre disponibilité des droits. La notion d'autocomposition matérialise l'idée qu'un droit indisponible, incessible et auquel il est impossible de renoncer, peut tout de même faire l'objet de contrats pour sa réalisation<sup>1439</sup>. La notion libre donc inévitablement la faculté d'aménager le contrat processuel. Il faut aussi noter que le juge, d'office ou à la demande d'une partie, contrôle l'accord des parties et le déclare nul s'il est inséré de manière abusive dans un contrat d'adhésion ou lorsqu'une partie est en état de vulnérabilité manifeste.

Ensuite, concernant l'exécution, il est salutaire de noter que le juge peut ordonner à la partie adverse de réaliser les prestations à exécuter, ou constater la violation du *negotium* processuel. Finissons par signaler que le contrat processuel individuel est consacré, mais le contrat collectif se développe également. Il trouverait moins facilement son fondement dans l'article 190 du code de procédure civile nouvellement créé que dans la pratique et les relations entre *el orden de avogados* et *el poder judicial*<sup>1440</sup>.

Si les pouvoirs publics français souhaitent poursuivre l'œuvre de la contractualisation authentique, il est nécessaire de concevoir le contrat dans le droit du procès. Il faudrait donc aller au-delà du droit brésilien qui renvoie une partie de la légalité des accords processuels (des actes unilatéraux également) au droit civil, même en ce qui concerne le consentement, le

---

<sup>1439</sup> *Ibid.*, p. 53 : « Pero es necesario dejar claro un punto: el derecho en litigio puede ser indisponible, pero admitir solución por autocomposición. Es lo que ocurre con los derechos colectivos y el derecho de alimentos. Así, "la indisponibilidad del derecho material no impide, por sí misma, la celebración de negocio jurídico procesal" (Enunciado n° 135 del Forum permanente de processualistas civis traducción nuestra). Por eso el texto legal se refiere a "derecho que admita autocomposición y no a "derecho indisponible" » ; V. déclaration n° 135 du forum permanent des processualistes, *op. cit.* : « A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual ».

<sup>1440</sup> F. DIDIER JR., « Negocios jurídicos procesales atípicos en el nuevo código procesal civil brasileño », *op. cit.*, p. 60 et 61, NBP n° 73 ; v. déclaration n° 255 : « E admissível a celebração de convenção processual coletiva » et 261 « O art. 200 aplicase tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190 ».

contenu certain et licite, la forme, la bonne foi et l'interprétation de l'acte. Il faut prôner la consécration unitaire du contrat processuel tout en opérant certains ajustements.

## **B - La reconnaissance du contrat processuel en FRANCE**

**345. La reconnaissance du contrat processuel individuel.** Il n'existe pas de *clause générale* de contrat processuel en droit français à l'instar des normes de procédure du BRESIL. Aucun code ne prévoit le principe d'un aménagement processuel par voie de contrat individuel. Il existe en revanche des accords de substitution et des accords de dérivation processuels qui ne sont pas nommés « contrats ».

Les contrats de substitution sont moins graves que les contrats de dérivation, car l'organisation du procès étatique n'est pas directement atteinte par les normes qu'ils produisent. Quelques contrats de dérivation se trouvent dans les codes, bien qu'ils ne soient pas appelés « contrat processuel ». Pourtant, il s'agit de la partie de la contractualisation authentique qui mérite d'être expressément reconnue, car les contrats processuels de dérivation sont les plus originaux et permettent d'atteindre une contractualisation authentique la plus proche d'un modèle de procès mixte intégré.

**346. La reconnaissance du contrat processuel collectif.** Les fonctions des contrats collectifs ont été présentées. C'est une preuve de leur utilité et des effets qu'ils peuvent générer<sup>1441</sup>. La doctrine estime majoritairement qu'ils ne sont que des bonnes pratiques, alors que certains sont prévus par les textes. Les conventions collectives ne sont jamais prises pour rien. Quel serait l'intérêt de coucher des normes de procédure sur le papier si elles n'avaient pas vocation à être respectées ? Les protocoles collectifs sont seulement en manque de légitimité et de validité formelle, ce qui rend leur force obligatoire très douteuse. La question se pose de leur reconnaissance, car ils sont utiles, de plus en plus nombreux et variés. Certains contrats collectifs méritent d'être dotés d'une force obligatoire certaine, d'autres méritent, au contraire, de rester dans le champ du droit souple en bénéficiant d'une force d'influence plus ou moins élevée au regard des normes proposées<sup>1442</sup>. Dans ce cas, tous les contrats collectifs n'ont pas besoin d'être reconnus par le droit positif. Il convient d'opérer une distinction compte

---

<sup>1441</sup> V. *supra* n° 226, s.

<sup>1442</sup> Cela n'empêcherait pas d'assimiler ces conventions à celles du droit dur, dès lors que leur force d'influence est telle que leur validité mérite d'être contrôlée : depuis le 21 mars 2016, le Conseil d'État peut examiner la légalité des actes de droit souple s'ils produisent des effets notables ou ont une influence significative, v. N. CHIFFLOT, « Conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir », *Procédures*, n° 5, mai 2016, comm. 186.

tenu de la fonction normative des contrats collectifs de procédure. Le droit souple se trouve souvent aux portes du droit dur<sup>1443</sup>. Rendre contraignants certains contrats collectifs constitue donc une question de politique générale de justice. Les protocoles constituent un droit local<sup>1444</sup>, dont il convient de ne pas abuser, mais qui est encouragé. L'objectif n'est pas de substituer un droit protocolaire au droit prévu par les codes.

**347. Les contrats collectifs devant être reconnus par le droit étatique.** Plusieurs conventions mériteraient d'obtenir le grade de droit dur. Elles devraient jouir d'une force contraignante devant le juge chargé de l'appliquer. Ces conventions sont celles qui sont prises à des fins d'expérimentations et d'optimisations processuelles. Dans les deux hypothèses, il s'agirait de privilégier le droit conventionnel ayant vocation à durer de manière éphémère dans un but bien délimité.

Dans le premier cas, les pouvoirs publics qui ordonnent l'expérimentation pourraient prévoir que les acteurs du terrain prendront des conventions pour établir leur mise en œuvre concrète, en listant ou non de manière expresse les axes qui doivent faire l'objet d'une négociation locale la plus libre possible, en vue de ne pas enfermer les dispositions expérimentales dans une interprétation trop rigide<sup>1445</sup>. L'absence d'uniformité dans l'interprétation des règles de procédure soumises à expérimentation est une nécessité pour que cette dernière soit efficace. Si rien n'est prévu de manière générale dans les codes, les lois et décrets expérimentaux pourraient prévoir que la norme testée serait mise en œuvre localement à l'aide de contrats collectifs de procédure. L'article 37-1 de la Constitution ne s'y oppose donc pas, à condition que l'expérimentation ait un objet et une durée limités<sup>1446</sup>.

---

<sup>1443</sup> P. BERLIOZ, « Droit souple ou droit dur, un (non) choix lourd de conséquences », *op. cit.*, à propos de la codification de la RSE à l'article 1833 du code civil, évoquant l'hybridation entre droit dur et souple ; Rapport MAGENDIE, 2004, *op. cit.*, p. 81, s. : « Il pourrait également être envisagé d'inciter les présidents de juridiction à signer avec leur barreau local un protocole d'accord, qui servirait d'engagement-cadre comprenant des devoirs processuels réciproques. Une circulaire pourrait suffire à cet effet. De tels protocoles existent déjà auprès de certaines cours d'appel et devant plusieurs juridictions (...).

<sup>1444</sup> Sur le territoire français, le localisme existe déjà. Des règles de procédure civile propres à l'ALSACE-MOSELLE existent toujours et sont répertoriées en annexe du code de procédure civile. En outre, des pratiques existent déjà et varient d'une juridiction à l'autre, bien qu'elles ne soient pas écrites sous forme de protocole de procédure, ce qui présente un risque d'atteinte à la sécurité juridique encore plus élevé.

<sup>1445</sup> Dans le premier cas, la convention collective de procédure permet de rendre plus efficace le test de la norme à éprouver. Les expérimentations de justice doivent donner un brevet judiciaire à la norme de procédure. Les normes expérimentales sont souvent élaborées de manière assez large et les acteurs professionnels doivent les réceptionner pour en vérifier l'efficacité en vue de les améliorer avant généralisation. Les conventions de procédure accompagnent la mise en œuvre de mesures expérimentales. Elles constituent le soutien nécessaire d'une expérimentation en détaillant les règles de procédure à tester, tout en pouvant préciser les contours du processus d'expérimentation. Ils peuvent expliquer la norme, la développer, la combiner avec d'autres dispositions procédurales en vigueur et même préciser la méthode de l'expérimentation (champ d'application, durée, *reporting*...).

<sup>1446</sup> Décision DC 28 juill. 1993, n° 93-322 : l'expérimentation doit avoir une nature et une portée suffisamment précises (contenu normatif limité, temps, zone géographique), expliquer dans quel cas elle est entreprise (motifs de l'expérimentation),

Dans le second cas, l'optimisation processuelle prévue par voie de protocole de procédure doit reposer sur un juste motif. Par exemple, ce juste motif pourrait être un état de nécessité pouvant imposer l'application d'un droit local dérogeant. La convention de procédure pourrait ainsi être un remède processuel à la juridiction au bord de l'embolie administrative<sup>1447</sup>.

**348. Les contrats collectifs dotés d'une simple force d'influence.** Certains contrats doivent demeurer par principe dans le champ du droit souple doté d'une force d'influence qui sera appréciée par chaque acteur du procès pris individuellement. Cela concerne les contrats qui remplissent une fonction circulaire et une fonction de promotion du droit. Ces contrats servent à rendre la procédure étatique plus effective, mais il n'est pas utile de les élever au rang de droit dur, car ils ont pour vocation à l'améliorer. Ils indiquent, conseillent, détaillent, imposent, mais sans force de contrainte. De plus, la fonction de promotion du droit a pour but d'explicitier des règles de procédures optionnelles, pour favoriser leur usage. Dans ces deux hypothèses, l'objectif est de servir le droit dur et rien ne sert de passer par une nouvelle convention de droit dur pour y parvenir. Cela ne remet pas en cause le caractère par nature contractuel des accords processuels conclus par les acteurs de la justice. En effet, ces contrats peuvent conserver une force d'influence qui justifie qu'ils soient appréhendés par le droit.

Finalement, doter le contrat collectif d'une force de contrainte dépend du modèle de procès vers lequel les pouvoirs publics veulent tendre. Selon le modèle choisi, le droit processuel conventionnel local s'appliquera par défaut, lorsque les acteurs d'un procès ne l'auront pas écarté. Les parties pourraient aussi définir leur contrat processuel individuel au regard des normes établies dans les conventions collectives. Tout est encore une question de degrés.

---

les conditions et les procédures selon lesquelles elle doit faire l'objet d'une évaluation en vue de son maintien, sa modification, sa généralisation, son abandon, même si son contenu normatif contrevient au droit général en vigueur.

<sup>1447</sup> Nous l'avons vu avec les conventions des chambres sociales parisiennes en 2015. Ces juridictions ont conclu un contrat de procédure à l'aune d'un contrat d'objectifs. À situation différente, c'est-à-dire service judiciaire en état de crise, procédure de règlement des conflits différente. Une analyse économique permettrait de définir le moment où une juridiction a atteint un seuil critique. Il faudrait utiliser les moyennes chiffrées nationales et les comparer avec les données de la juridiction qui prétend être en « déconfiture ». Les informations à prendre en compte pour le calcul seraient les suivantes : les délais de traitement des affaires, le nombre de magistrats, le stock de la juridiction, auxquels devraient s'ajouter des coefficients de pondération selon que le contentieux est complexe ou non, singulier ou de masse, nouveau ou bien connu, subi un changement de procédure, etc.



**349. Conclusion du chapitre.** La validité matérielle du contrat processuel est double : elle repose sur sa légitimité endogène et exogène. D'abord, vu le contexte institutionnel, sa légitimité endogène est appréhendée comme la capacité du contrat à sauver le service public de la justice. Quelques contrats processuels de substitution sont même plébiscités par les pouvoirs publics dans le but de promouvoir le règlement des litiges en dehors de l'institution judiciaire. Cependant, les contrats de dérivation processuelle passés devant le juge ne sont pas prêts à se développer, à moins qu'ils ne facilitent le travail judiciaire. En effet, il n'est pas évident que le système de justice institutionnelle puisse supporter des procédures juridictionnelles sur-mesure. À l'heure actuelle, seul un cadre procédural dit « prêt-à-porter » semble de nature à favoriser la sauvegarde d'un service public en crise économique et de confiance<sup>1448</sup>. Le contrat collectif est au contraire très utilisé et permet justement d'améliorer l'efficacité de la justice en ce qu'il rend la procédure plus accessible ou plus efficace, en établissant notamment un cadre procédural local uniforme qui est jugé comme le meilleur possible pour absorber et contenir les stocks des affaires en cours.

Au-delà des considérations qui tiennent à la nouvelle économie de la justice, le contrat processuel a la capacité d'offrir la meilleure forme de justice espérée par les acteurs du procès et les acteurs locaux de la justice. Le contrat processuel ne repose pas vraiment sur les valeurs de la justice amiable et de proximité, mais sur l'incombance processuelle et le sentiment de justice. Dès que cela est possible, le contrat processuel doit être envisagé pour définir et satisfaire la meilleure forme de justice désirée. Le contrat processuel a donc une légitimité endogène qui lui est propre. Il correspond aux valeurs de la justice moderne, prise dans une dimension économique et de recherche de l'équité : la justice attendue par tous, dans les limites d'un système institutionnel en crise.

Ensuite, le contrat processuel jouit d'une légitimité exogène qui dépend de son usage et du contexte procédural. En premier lieu, le contrat gagne difficilement sa place au sein de l'ordre juridique lequel prévoit de plus en plus des règles qui amplifient la rigidité des procès étatiques. La faculté d'aménagement contractuel semble même parfois réduite à néant. Dans ce cadre, certains contrats processuels permettent même aux parties de s'écarter de la rigidité des processus judiciaires (contrats de médiation ou de conciliation par exemple). En second lieu, au contraire, le contrat processuel est lui-même une œuvre de rigidification des processus qui ne sont pas suffisamment détaillés, comme si le besoin de procédure était inévitable, afin de

---

<sup>1448</sup> Nous avons expliqué au contraire en quoi le contrat processuel de dérivation, même passé devant le juge, pouvait être un facteur d'amélioration de la célérité processuelle et donc de rapidité de traitement du dossier d'un point de vue de l'institution judiciaire.

verrouiller le déroulement du règlement du conflit (protocoles de procédure en matière orale, contrats d'arbitrage et de médiation extrajudiciaire...). En outre, il a été vu que le contrat processuel collectif n'est pas exclusif du contrat individuel.

Cette double légitimité caractérise la validité matérielle du contrat, conforme à l'œuvre de justice, ce qui est juste, au regard des attentes de la société et de l'intérêt général. Elle permet de parvenir à un équilibre procédural envisagé par les pouvoirs publics qui varie entre la nécessité de satisfaire la demande de justice et garantir une bonne administration de la justice, tout en préservant l'équité des processus. L'équilibre procédural souhaité est difficile à atteindre, malgré les (à cause des) réformes perpétuelles de procédure. Le contrat processuel peut alors se positionner comme un moyen de stabiliser et parvenir à l'équilibre attendu. Pourtant, en 2020, le contrat est envisagé dans un modèle de procès contractuel encore impératif, voire mixte externalisé. Ce dernier modèle accepte seulement quelques « conventions » individuelles, en dehors de l'institution judiciaire, outre les infimes « accords » qui touchent au déroulement des procédures devant le juge (principalement la matière litigieuse). De plus, le contrat collectif est non contraignant, mais le modèle mixte externalisé le tolère.

Aucun texte ne pose une faculté générale d'organiser par voie de contrat le court des procédures. Il existe paradoxalement un décalage entre l'équilibre procédural souhaité, le modèle de procès développé et le sens des réformes opérées. L'équilibre procédural repose sur l'autodétermination des acteurs du conflit et le retrait du juge, alors que les réformes constantes sont celles d'un modèle de procès qui ne tolère justement que trop peu le contrat, ce dernier étant toutefois le moyen de parvenir aux objectifs affichés. Il y aurait alors tout intérêt à reconnaître l'outil contractuel en droit positif. Cela permettrait d'aboutir à l'équilibre procédural recherché, puisque les vertus du contrat processuel sont conformes à l'esprit de justice.

La reconnaissance ne doit pas être faite par rattachement à un droit du contrat substantiel existant ou au droit des actes du procès qui s'avèrent inadaptés. La faculté de conclure un contrat processuel doit être expressément reconnue par le droit positif, à l'instar du droit brésilien, afin de définir un cadre juridique qui organise utilement sa formation et ses effets.

Compte tenu de la multiplication des outils consensuels qui révèlent une volonté de contractualiser le procès, il est temps d'accepter le contrat processuel comme outil normatif en droit positif. La faculté de conclure un contrat processuel doit ainsi être reconnue afin d'envisager l'autre versant de sa validité normative, sa légalité ou validité positive.

## **Chapitre 2 - La validité positive du contrat processuel**

Pour être intégré dans l'ordre juridique, le contrat processuel doit être reconnu par le droit positif. Ce dernier doit prévoir la faculté de conclure un tel contrat dans le but d'organiser le déroulement des procédures. Il devient alors nécessaire de réglementer cette faculté. En premier lieu, il convient d'établir que la liberté de conclure un contrat processuel est conforme aux principes directeurs des procès. En revanche, pour justifier cette faculté, celle-ci devrait reposer sur un nouveau principe directeur des procès (section 1). En second lieu, cette faculté doit être encadrée par des conditions de validité positive. La validité substantielle du contrat processuel renvoie à la capacité de contracter, au consentement et au contenu de l'acte, alors que la validité formelle fait écho à la forme du consentement<sup>1449</sup>. La spécificité du contrat étudié impliquera de définir des règles techniques particulières. L'objectif est de pourvoir à son essor en offrant un cadre juridique uniforme ainsi qu'une sécurité juridique adéquate (section 2).

### **Section 1 - La validité du contrat processuel et les principes directeurs des procès**

La reconnaissance effective du contrat processuel dans l'ordre juridique conduirait à révéler l'acceptation du changement de culture juridique amorcé il y a déjà bien longtemps. Avant d'inscrire dans nos codes un pan de règles relatives au contrat processuel, il y a lieu de se demander quels sont les principes directeurs du procès qui peuvent constituer la clé de voûte de l'aménagement contractuel des procédures. En ce sens, il convient de confronter la faculté de contracter au regard des principes directeurs des procès et de la justice (§1). Il s'en évince qu'un nouveau principe directeur doit être consacré afin de constituer le socle de la contractualisation du procès (§2).

---

<sup>1449</sup> Nous préférons parler de la validité substantielle et de la validité formelle plutôt que de validité dynamique et de validité statique qui font mieux référence à la norme qu'à la source de la norme. La première permet de définir la régularité d'une norme dans un ordre juridique par rapport aux procédés d'édiction de cette norme. Il s'agit surtout de la vérification de l'habilitation normative de créer du droit, habilitation découlant elle-même d'une norme créée par une norme supérieure. La validité statique tient, non plus à la signification objective liée à l'auteur et son habilitation normative, mais à la signification subjective de l'énoncé qu'elle porte et sa régularité avec les énoncés des normes supérieures. Dans notre système de droit, TROPER a démontré que la validité des normes était à la fois dynamique et statique, v. P. BRUMET, « Michel TROPER et la théorie générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits*, n° 37, 2003, p. 87 ».

## §1 - Les principes directeurs des procès étatiques et le contrat processuel

**350. Vers de nouveaux principes directeurs des procès.** Le modèle de procès équitable génère des garanties qui lui sont propres et ces garanties se déclinent ou se confondent avec nos principes directeurs de droit interne propres à chaque procès. La doctrine réfléchit sur l'opportunité de définir de nouveaux principes directeurs des procès, plus managériaux comme des principes de proportionnalité ou d'efficacité procédurale, depuis que des principes plus qualitatifs ont été plébiscités, comme la loyauté<sup>1450</sup> ou la célérité<sup>1451</sup>. Elle songe encore à définir des principes ou des garanties propres aux modes amiables de règlement des différends qui pourraient diffuser un esprit plus consensuel, voire amiable, sur l'ensemble des procédures. Le modèle de procès contractuel admet les principes directeurs des procès étatiques qui demeurent. En effet, le procès étatique, même contractualisé, traduit toujours l'opposition entre des prétentions substantielles tranchées par un juge.

**351. La constance des principes directeurs des procès.** Les principes du contentieux administratif (CJA, art. L. 1 à L. 11) et de la procédure civile (CPC, art. 1 à 24)<sup>1452</sup> sont formellement déterminés. En procédure civile, où les volontés de retoucher les principes directeurs sont les plus velléitaires, il ne faut pas céder à la tentation d'admettre des nouveaux principes formels, tels que la célérité de la procédure, la loyauté des débats et la proportionnalité. Il s'agit plus de valeurs processuelles qui imbibent, *a minima*, toutes les règles de procédure. C'est en somme une clé de lecture pour comprendre les procès et mettre en œuvre des règles plus techniques, mais il ne s'agit jamais d'un principe suprême de procédure devant guider tout le reste. D'ailleurs, un principe de procédure ne devrait pas relever du standard juridique. Plus le principe est indéterminé dans son contenu, plus les évolutions jurisprudentielles et doctrinales risquent d'en modifier la substance ainsi que celles des autres principes avec lesquels il peut se combiner. En procédure pénale, la substance des garanties posées à l'article préliminaire du code de procédure pénale évolue constamment sous le prisme du droit au procès équitable au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

---

<sup>1450</sup> M-E. BOURSIER, « Un nouveau principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats », *D.*, 2005, p. 2570 et sa thèse « Le principe de loyauté en droit processuel », *DALLOZ*, 2003 ; « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », S. GUINCHARD (dir.), *op. cit.*, *contra* L. MINIATO, « L'introuvable principe de loyauté en droit processuel », *D.*, 2007, p. 1035.

<sup>1451</sup> D. CHOLET, « La célérité de la procédure en droit processuel », *LGDJ*, 2006 ; S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *RFAP*, 2008/1, n° 125, p. 43, soutenant l'existence d'un objectif de célérité, qui ne peut pas être un principe du procès.

<sup>1452</sup> L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès » *in* « Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques NORMAND », *Litac*, 2003, p. 71.

Aucun des principes des procès équitables ne semble contraire à la possibilité d'aménager la procédure par voie de contrat<sup>1453</sup>. Certains s'en trouvent mêmes renforcés. En effet, par nature, le contrat implique de la discussion et donc la transmission d'informations. En procédure civile, le contradictoire n'est manifestement pas heurté, au contraire, il est renforcé. En matière pénale, la présomption d'innocence, l'équilibre des droits ou la connaissance des chefs reprochés ne le sont pas non plus. Le droit de ne pas s'auto-incriminer serait même renforcé si certains accords sur la sanction étaient précédés d'accords processuels informant la personne pouvant être poursuivie de ses droits processuels<sup>1454</sup>.

En revanche, la lecture téléologique de certains principes mériterait d'être renouvelée, surtout en procédure civile, qui est actuellement la plus à même de recevoir des changements d'ampleur. Par exemple, le principe dispositif en procédure civile est renforcé. Grâce au contrat, les parties définissent pleinement la matière litigieuse et soldent le différend elles-mêmes au moyen d'un accord. Les parties ne conduisent plus seulement l'instance sous les charges qui leur incombent, mais les définissent de plus en plus (CPC, art. 2). Elles pourraient même, dans un modèle de procès contractualisé, adosser de nouvelles sanctions de procédures aux charges qu'elles s'imposent. Le juge est alors celui qui veille au bon déroulement de l'instance et au cadre contractuel fixé par les parties (CPC, art. 3) et participe de manière plus ou moins active à la résolution amiable des litiges (CPC, art. 12). Dans une optique contractuelle encore plus forte, certains articles pourraient être réécrits. Par exemple, les parties pourraient convenir de toute mesure d'instruction sous le contrôle du juge (CPC, art. 10).

Ainsi, les principes directeurs des procès sont assez solides et stables, malgré la contractualisation qui progresse. De nouveaux principes directeurs doivent seulement être codifiés lorsque le modèle de procès change. C'est seulement dans ce cas que la refonte est opérée, pour calquer le droit à la réalité des procès qui n'est plus celle d'autrefois. Les principes directeurs doivent justement être les normes de procédure les plus stables, à l'abri des retouches successives qui toilettent les règles techniques qui les déclinent.

Le passage d'un modèle de procès impératif vers un modèle contractuel justifie l'adjonction d'un nouveau principe directeur qui constitue son socle. C'est un principe fondé sur la raison et la prudence processuelles, qui permettrait de définir concrètement, de manière technique, les

---

<sup>1453</sup> Le procès équitable n'est jamais définitivement éladé, même dans un modèle de procès contractuel, v. sur la médiation imposée avant la saisine du juge, N. FRICERO, « La médiation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in « La médiation civile : alternative ou étape du procès », A. LEBORGNE (dir.), 2018, *PUAM*, p. 275.

<sup>1454</sup> Même si ce droit n'est pas par principe bafoué lors des procédures pénales qui reposent sur l'aveu ; B. DE LAMY, « La transaction pénale n'est (toujours) pas (totalement) pénale, *Rsc.*, 2017, p. 389.

valeurs de la justice contemporaine, afin de guider les acteurs du conflit et de la justice pour l'application et l'aménagement des règles de procédure. Ce principe est celui de l'orientation processuelle, qui est déjà connu en matière pénale au détour de l'opportunité des poursuites<sup>1455</sup>. Il est latent dans notre droit et rassemble les valeurs d'une nouvelle forme de justice désirée. Il favoriserait le changement de culture juridique qui a émergé, mais qui peine à prendre racine.

**352. L'orientation processuelle : un changement de culture juridique processuelle à l'étranger.** Au QUEBEC, il existe depuis 2016 un principe directeur qui se rapproche du principe de l'orientation processuelle<sup>1456</sup>. Ce principe est celui de l'obligation pour les parties de considérer sérieusement le recours aux modes privés de règlement des différends et, par conséquent, de considérer, parmi tous les autres modes de résolution du conflit qui s'offrent à elles, celui qui est le plus approprié. L'article qui l'évoque est le premier article du code de procédure civile (al. 3) ; le symbole est particulièrement fort. Cette obligation se poursuit tout au long de l'instance en décidant « "des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes"<sup>1457</sup> ». Selon M. le professeur ROBERGE, le défaut d'inexécution par le demandeur de l'« obligation préjudicielle de considération accorderait au défendeur le droit de demander au tribunal la suspension de l'instance le temps que cette obligation soit exécutée. Sans faire perdre aucun droit, un tel défaut avant l'introduction de l'action pourrait être remédié en cours d'instance afin de tenter de "résoudre un différend déjà né", comme l'énonce l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1 du NCPC<sup>1458</sup> ».

À lire notamment les dispositions de l'article préliminaire, le principe de considération des modes de PRD (les modes amiables) se fonde dans un principe plus large de considérer la meilleure voie procédurale, la voie la plus adaptée, la plus adéquate à la situation des parties.

---

<sup>1455</sup> C. MIANSONI, « Les modes de poursuite devant les juridictions pénales », 2018, thèse, PARIS, faisant état des modes procéduraux subis et négociés.

<sup>1456</sup> CPC du QUEBEC, disposition préliminaire, al. 2 : « Le code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice ».

<sup>1457</sup> J-F. ROBERGE, S. AXEL-LUC HOUNTOHOTEGBE, E. GRAHOVIC, « L'article 1<sup>er</sup> du nouveau code de procédure civile du QUEBEC et l'obligation de considérer les modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture », *op. cit* ; le code québécois précisant que « les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux ».

<sup>1458</sup> *Ibid.*, malgré tout, les auteurs notent qu'il n'existe pas vraiment de moyen de mesurer la réalisation de l'obligation de considération sans contrainte et sanction plus fermes.

M. le professeur CADIET évoque à ce sujet le « principe d'adéquation ou d'idonéité : à chaque type de conflit, le mode de résolution qui lui convient le mieux<sup>1459</sup> ».

La détermination du parcours processuel le plus adapté au conflit devrait être la préoccupation constante des parties. Il s'agit là d'une vraie réappropriation de la justice procédurale par les parties au conflit et, à un autre niveau, par les acteurs de la justice. C'est en cela que le désir de justice peut être satisfait. Les avocats doivent être les prescripteurs de ces rendez-vous processuels en expliquant à leur client les différentes voies et, surtout, celle qui est la plus adaptée au règlement du conflit. Les parties éclairées pourront ainsi aménager par voie de contrat individuel leur parcours procédural, en application d'un principe d'orientation processuelle. Les chefs de juridiction, à l'échelon supérieur, doivent être à l'origine de la redéfinition du cadre processuel pour chaque procédure quand cela apparaît nécessaire au regard des contingences locales. Le contrat collectif découlerait alors lui aussi du principe d'orientation, au niveau justicier.

Pour mettre en lumière le mouvement de contractualisation en droit du procès, un socle principal devrait s'adjoindre à la faculté de prendre des contrats processuels en droit français. Mieux, l'aménagement conventionnel du procès pourrait faire partie des principes directeurs des procès, selon le modèle contractuel envisagé par les pouvoirs publics.

## **§ 2 - La consécration d'un principe d'orientation processuelle en droit français**

**353. Nécessité d'un principe d'orientation processuelle.** L'« orientation » représente l'action d'orienter, c'est-à-dire, donner à quelque chose une direction déterminée, diriger vers, guider dans une direction (dictionnaire de l'Académie française). Le principe d'orientation est primordial dès lors que le procès devient de plus en plus consensuel et que les voies procédurales sont de plus en plus nombreuses. L'orientation processuelle existe déjà en pratique. C'est, pour une partie au conflit, la faculté d'envisager unilatéralement la meilleure manière de le résoudre (on parle de stratégie procédurale). En matière de procès contractualisé, il s'agit de définir cette voie de manière consensuelle (on parle de négociation processuelle). Le but est de déterminer la méthode processuelle la mieux adaptée au règlement d'un conflit. La conférence de procédure ou le rendez-vous processuel par lequel le principe d'orientation

---

<sup>1459</sup> L. CADIET, « La médiation, une justice sans juge », *op. cit.*, p. 84 : « Les modes de solution amiable doivent être articulés aux modes judiciaires de règlement des conflits. Les uns n'excluent pas les autres et, pour un même conflit, il doit être possible d'aller de l'un à l'autre et vice versa (...). Au droit à un procès équitable, doit répondre le droit à une résolution amiable équitable ».

peut se matérialiser devient essentiel à l'échelon d'un procès en particulier pour envisager la meilleure voie processuelle, mais aussi à l'échelon d'une juridiction, pour optimiser le traitement de tous les conflits dans le ressort. Peu importe la forme de sa mise en œuvre, bien que le dialogue physique soit préconisé entre litigants assistés de leurs avocats et entre les acteurs de la justice.

**354. L'orientation processuelle et l'incombance processuelle.** L'incombance processuelle est une valeur de la justice contractuelle et le principe d'orientation processuelle en est empreint<sup>1460</sup>. Ce nouveau principe directeur ne devrait pas avoir de sanction processuelle immédiate. La sanction principale ne serait que la déchéance de la faculté de pouvoir décider d'un commun accord la meilleure procédure possible, pour esquiver l'application, par défaut, du droit procédural étatique. Des sanctions de procédure peuvent toutefois lui être adossées, dans un modèle de procès pleinement contractuel.

**355. L'orientation processuelle et le contrat de procédure individuel.** L'orientation processuelle peut être concrétisée par une conférence de procédure. Ce type de rendez-vous processuel doit être développé pour envisager la meilleure voie procédurale possible. Souvent, le juge étatique est saisi, alors que des voies alternatives auraient pu être envisagées de manière mieux adaptée<sup>1461</sup>.

Des sortes de conférences existent déjà devant le juge civil. Il est possible de retrouver une certaine orientation processuelle devant le tribunal judiciaire, lors de l'audience d'orientation, dite conférence du président, qui va conférer de l'état de la cause avec les avocats et leur demander s'ils envisagent la conclusion d'une convention de procédure participative de mise en état. Selon que l'affaire est prête ou non à être jugée, le président va renvoyer à une audience de plaidoirie, renvoyer à une nouvelle audience d'orientation, désigner un juge de la mise en état ou, si une convention de procédure participative a été conclue, fixer une date de clôture et d'audience à la demande des parties (CPC, art, 776, s.). Cette conférence judiciaire devient de plus en plus pertinente puisqu'il s'agit désormais d'envisager une mise en état conventionnelle, voire une procédure sans audience, autrement dit, divers aménagements de procédure, en sus

---

<sup>1460</sup> L. CADIET, « Liens d'obligations, liens du procès », *op. cit.*, évoquant déjà l'incombance en terme de charge de procédure pour les parties au conflit.

<sup>1461</sup> C'est notamment pour cela que des conciliations et des médiations sont de plus en plus imposées par des textes. Le juge étatique peut aussi proposer une médiation judiciaire et imposer aux parties de rencontrer un médiateur. Il s'agit d'une preuve que le circuit procédural étatique choisi n'est pas le meilleur, même de l'avis du juge saisi, v. CPC, art. 127 et 127-1.



du choix de circuit procédural. L'orientation de l'affaire existe en toute matière, devant le bureau de conciliation et d'orientation du conseil de prud'hommes (C. trav., art. L. 1454-1-1), ou devant la formation de jugement devant le tribunal de commerce (CPC, art. 861).

Certains protocoles de procédure créent, notamment en matière civile et commerciale, des audiences de placement ou relai<sup>1462</sup> aux fins d'envisager le renvoi vers la chambre compétente comme le circuit procédural le plus adéquat, avec l'élaboration d'un calendrier de procédure.

Dans un modèle de procès presque contractuel, ces conférences devraient d'abord être tenues en dehors du cadre procédural étatique. Elles seraient également bénéfiques une fois que le juge est saisi, notamment pour que celui-ci prenne, s'il est déjà conclu, connaissance du contrat processuel organisant la procédure dont il est saisi<sup>1463</sup>. De plus, quand un contrat processuel doit être autorisé par le juge dans les cas où l'aménagement de procédure n'est pas spécialement autorisé par les textes, les parties pourraient lui communiquer un projet de procédure définissant le cadre auquel elles entendent se soumettre pour régler le conflit devant lui. Le contrat de procédure serait débattu puis validé ou retouché lors d'une conférence de procédure devant le juge (audience d'orientation).

L'orientation processuelle peut être plus ou moins extrême. Au QUEBEC, les parties doivent établir d'un commun accord un protocole de l'instance (CPC du QUEBEC, art. 148, s.)<sup>1464</sup> et il existe aussi des conférences de gestion menées par le juge (CPC, art. 153, s., aux fins d'examiner les premières questions de fait et de droit, le protocole de l'instance conclu par les parties, prendre diverses mesures de gestions procédurales) et des conférences de règlement amiable en vue de parvenir à une entente mutuellement satisfaisante pour régler le litige (CPC, art. 161 à 166).

L'orientation de l'affaire en droit français devrait donc être améliorée devant le juge et surtout externalisée, comme c'est le cas au ROYAUME-UNI où les *pre-action protocols* imposent de conférer de la cause avant la saisine du juge<sup>1465</sup>. Cette orientation n'est pas naturelle avant la

---

<sup>1462</sup> V. *supra* n° 269.

<sup>1463</sup> En toute hypothèse, les parties doivent informer le plus rapidement possible le juge du contrat processuel conclu, dès lors que celui-ci a vocation à organiser la procédure devant lui. Il s'agit alors de remettre le contrat processuel au greffe de la juridiction.

<sup>1464</sup> V. *supra* n° 342.

<sup>1465</sup> <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/standard-directions/general/pre-action-protocols> ; v. notamment le protocole en matière de construction qui impose des échanges écrits préalables à une discussion et des réunions entre les litigants afin d'échanger suffisamment d'informations sur la procédure pour comprendre les positions de chacun et prendre des décisions raisonnées et proportionnées sur le règlement du conflit et la manière de procéder (identifier la cause du litige,

saisine du juge, même si les parties peuvent quelquefois convenir d'un mode alternatif de règlement des différends une fois le litige né. En effet, rien n'impose ces rendez-vous processuels poussés pour définir le circuit procédural le plus adéquat et la procédure afférente.

Plus concrètement, il s'agirait pour les parties, assistée ou non de leur avocat, d'envisager une fois que le litige est né, la meilleure voie procédurale permettant de le régler, et ce, avant de saisir le juge. Cela commence déjà à être le cas, notamment lorsque les parties ont le choix de tenter une conciliation, une médiation ou une procédure participative avant de saisir le juge (CPC, art. 750-1). Elles doivent ainsi envisager le processus alternatif qui sied le mieux à leur cause. Au QUEBEC, cette obligation est généralisée : les parties ont l'obligation de considérer le recours à un MARD pour régler le litige et, par voie de conséquence, doivent mesurer l'utilité de recourir aux autres modes de règlement des conflits, même juridictionnels<sup>1466</sup>.

En FRANCE, si l'on souhaite développer ces conférences de gestion extra-judiciaires, leur absence de tenue avant la saisine du juge devrait, dans un premier temps, être dépourvue de sanction. Il s'agirait de forger les esprits à la négociation processuelle. Dans un second temps, la sanction envisagée pourrait être plus sévère et passer par des normes plus techniques, à savoir une exception de procédure, une fin de non-recevoir, ou des dommages et intérêts, quand l'une des parties est récalcitrante et refuse la négociation sur le choix de la méthode de résolution du différend. Le demandeur au procès civil ou administratif qui ne convoque pas le défendeur à une conférence d'orientation processuelle pourrait voir son action irrecevable, sauf dans certaines exceptions listées qui tiendraient à la nature de l'affaire ou à la nature de la procédure (l'urgence ou les ordonnances sur requête), notamment lorsqu'un processus est déjà imposé, tel qu'un MARD (les parties étant encore libres de choisir le MARD le plus adapté, CPC, art. 750-1).

En matière pénale, il existe « un "bouquet d'options" mis à la disposition du ministère public dans sa mission d'orientation des procédures<sup>1467</sup> ». L'orientation de la procédure en matière

---

considérer le recours à une *alternative dispute resolution*, envisager l'expertise et l'expert, comment minimiser les coûts de la procédure).

<sup>1466</sup> V. *supra* n° 342.

<sup>1467</sup> C. MIANSONI, « Les modes de poursuite devant les juridictions pénales », *op. cit.*, p. 281, n° 303 et p. 309, n° 333 : « La notion d'orientation des affaires pénales est une notion à finalité plus qualitative qui permet d'appréhender de façon plus fine les réponses apportées par les parquets aux faits poursuivables. Elle exprime, non plus, la distinction entre la part des affaires ayant fait l'objet d'un classement sans suite et celle des affaires ayant reçu une réponse pénale, mais au contraire, la manière dont les affaires pénales sont aiguillées vers telle ou telle filière de traitement. Elle tend à préciser, parmi les affaires ayant reçu une réponse pénale, le type de procédure mise en œuvre par le ministère public » ; p. 317, n° 345 : « Cette logique de

pénale est portée par des principes directeurs qui organisent la poursuite : opportunité de la réponse pénale, proportionnalité de la réponse pénale (compte tenu de l'infraction et des moyens de traitement de la juridiction)<sup>1468</sup>.

L'individualisation et l'aménagement particulier sont rendus possibles par les différents schémas d'orientation qui sont dessinés par les chefs de la politique pénale locale, en concertation avec les juges du siège. Ces schémas, parfois contractualisés entre acteurs de la justice, définissent les grandes orientations sur les poursuites en matière délictuelle. M. le professeur DANET s'est demandé s'il fallait institutionnaliser ce schéma d'orientation et a conclu par la positive en proposant de reconnaître les conditions de son élaboration par un dialogue entre les parties concernées<sup>1469</sup>.

Les conférences de procédure se développent en matière criminelle devant le juge saisi (CPP, art. 276-1) et leur création serait envisagée en matière correctionnelle pour certaines affaires complexes. Elles sont également présentes en ONTARIO, où elles sont plus développées. La règle 4.2 de la procédure criminelle devant la Cour de justice de l'ONTARIO prévoit une conférence préparatoire au procès afin de régler certaines questions telles que la communication des preuves, les aveux possibles, une estimation du temps de l'affaire, etc.

Comme en matière civile, le défaut de concertation processuelle ne devrait pas être, par principe, sanctionné. Par exemple, s'il s'avère que le juge est saisi, alors qu'une mesure alternative aurait manifestement pu/dû être mise en œuvre, le juge pourrait proposer de renvoyer le procureur et le mis en cause à redéfinir la voie processuelle adaptée au conflit, lors d'une conférence de procédure.

**356. L'orientation processuelle et le contrat de procédure collectif.** L'aménagement du cadre processuel à l'échelon de la justice locale est également fondamental. Les acteurs locaux de la justice devraient s'employer à redéfinir, dès que cela est nécessaire, les règles locales de procédure, par des contrats collectifs contraignants ou plus souples. Cela découle de la bonne administration de la justice qui justifie qu'un cadre procédural adapté soit mis au service de

---

complémentarité et de subsidiarité s'inscrit dans la tradition utilitariste sous le principe d'*ultima ratio* du droit criminel », l'auteur évoquant ensuite le passage d'un processus à l'autre.

<sup>1468</sup> *Ibid.*, p. 299, n° 319.

<sup>1469</sup> J. DANET, « La notion de schéma d'orientation », *Cah. justice*, 2013/4, n° 4, p. 21, *spéc.* p. 23 et 27 : « La nécessité politique de rendre l'action publique lisible peut-elle se satisfaire d'un schéma qui peut ne pas être porté à la connaissance des partenaires de la juridiction ? La question a déjà été tranchée par la négative quand des procureurs de la République vont exposer en détail leur politique pénale aux barreaux, aux OPJ et dans les diverses instances où ces politiques publiques sont débattues avec les élus locaux. Et il est donc aujourd'hui assez étrange de constater que certains schémas sont parfaitement connus de ces partenaires quand ailleurs ils ne le sont pas ».

l'efficacité de l'institution judiciaire. Ainsi, un dialogue annuel processuel pourrait être assuré dans le cadre des projets de juridiction et poursuivi, plus officieusement, par des acteurs locaux de la justice particulièrement intéressés. Le ministère de la Justice encourage en matière civile et pénale ce développement des relations entre les acteurs de la justice qui fait partie de la justice de proximité, telle qu'elle est actuellement envisagée<sup>1470</sup>.

En matière pénale, il y a aussi un intérêt inexploité pour redéfinir, par voie de contrat collectif, un schéma procédural plus précis, dessinant les voies procédurales possibles, en tenant compte des moyens matériels et humains à disposition. Il s'agirait d'un plan d'action qui associe le parquet, le siège, mais aussi le représentant de l'ordre des avocats et les associations qui, tous, participent au processus de justice.

**357. L'orientation processuelle, les principes directeurs et les valeurs des procès.** Le principe d'orientation processuelle est le moyen de donner plus de poids aux autres principes directeurs des procès. La définition commune du cadre procédural librement choisi est de nature à éviter les conflits de procédure et à faciliter l'échange d'informations processuelles et substantielles. M. le professeur JEULAND évoque la multiplication des principes directeurs managériaux dont il refuse aussi la consécration. Il traite de la loyauté, du dialogue, de la célérité, de l'efficacité, de la qualité et de la proportionnalité en droit processuel<sup>1471</sup>. Ces principes rajoutent des standards qui ne sont que des valeurs morales de procédures<sup>1472</sup>. Comme l'écrivait MOTULSKY à propos de la loyauté, elle imbibe, *a minima*, chaque règle de procédure édictée. Il en va de même concernant la proportionnalité, même s'il est vrai, qu'elle n'est pas toujours respectée<sup>1473</sup>. C'est une valeur qui ne doit pas avoir de caractère normatif et qui doit demeurer une façon de concevoir et d'appliquer le présupposé de la règle de procédure<sup>1474</sup>. Un principe général d'orientation processuelle, pour envisager la meilleure voie processuelle et, notamment, le contrat de procédure, faciliterait le déploiement effectif de toutes ces valeurs que certains souhaitent codifier. Déterminer - d'un commun accord - le cadre processuel le plus

---

<sup>1470</sup> « Justice de proximité : moyens et déploiement », 26 janv. 2021, justice.gouv.fr. : « La justice de proximité impose que les relations institutionnelles soient localement renforcées, à la fois pour gagner en efficacité et pour parfaire la connaissance de l'action de l'autorité judiciaire. Le développement et l'approfondissement des relations partenariales avec les collectivités locales, le tissu associatif et les acteurs de terrain seront réaffirmées ».

<sup>1471</sup> E. JEULAND, « Droit processuel général », *op. cit.*, n° 269.

<sup>1472</sup> Ces valeurs sont parfois codifiées de manière expresse (CPC, art. 780 et 1464 pour la loyauté des débats). Le plus souvent, elles sont naturelles et découlent de la lecture des textes de procédure (CPC, art. 263, pour la proportionnalité de la mesure d'instruction).

<sup>1473</sup> Par ex., le choix de la mesure d'instruction la plus adaptée. L'expertise n'est pas toujours nécessaire, bien qu'elle soit souvent prononcée, là où une constatation ou une consultation suffiraient (CPC, art. 147 et 232).

<sup>1474</sup> Sans être relayés par des règles spéciales, de tels principes directeurs sont dangereux. Un principe général doit se décliner par des règles techniques qui développent et affinent son utilité concrète. Même si la plupart des principes pourraient être utilisés comme mécanismes correcteurs, à la marge, se pose alors la question de savoir jusqu'où se situe l'extrême limite du standard de procédure.

adéquat, commanderait d'agir avec plus de loyauté procédurale, de célérité qualitative et de proportionnalité (rapport avantages / inconvénients). Chaque acteur du procès et de la justice conçoit déjà sans aucun doute ses valeurs, de manière intuitive. Le principe d'orientation processuelle permettrait également de rendre opérationnel le système de justice plurielle dont parle M. le professeur CADIET<sup>1475</sup>.

**358. Du bon usage du contrat en droit processuel<sup>1476</sup>.** Les voies processuelles sont variées dans toutes les procédures. La meilleure façon d'aboutir à la justice matérielle et de préserver la justice institutionnelle est d'envisager la méthode de résolution du différend la mieux adaptée. Il doit s'agir du point de départ de toutes les procédures à l'occasion d'un conflit en particulier. Même quand une voie de substitution processuelle est déterminée par contrat, avant la naissance du litige (clause de conciliation ou d'arbitrage), les parties devraient confirmer le choix de cette méthode, après la naissance du litige et, à défaut d'entente, s'en tenir à ce qui a été convenu depuis le début. Le dialogue processuel est une valeur morale du procès qui se juridicise ainsi au détour du rendez-vous (conférence) de procédure, même au niveau collectif.

## Section 2 - La formation régulière du contrat processuel

Pour que le contrat processuel soit régulièrement formé, les parties doivent disposer de la capacité de contracter (§1). Ensuite, la volonté subjective des cocontractants doit être la plus libre et la plus éclairée possible en matière de contrats individuels et collectifs (§2). Le consentement doit être garanti au cours de la phase de négociation processuelle qui s'avère être fondamentale en matière de contrats sur la procédure. La négociation permet de déterminer le contenu du contrat processuel devant être conforme aux exigences de la loi qui l'encadre (§3). En outre, la validité du contrat processuel s'envisage, au-delà du *negotium*, par des considérations de forme qui touchent l'*instrumentum* (§4).

---

<sup>1475</sup> L. CADIET, « L'accès à la justice », *op. cit.*, n° 11, constatant les différents modes d'accès à la justice et considérant qu'il s'agit d'un système de justice global et pluriel, dans une dimension spatiale et temporelle.

<sup>1476</sup> Au-delà d'un principe d'orientation processuelle, il est encore possible d'aller plus loin en décidant que la faculté d'aménager par voie de contrat la procédure de règlement du conflit puisse constituer un principe directeur du procès. Il s'agit là d'une question de politique de la justice et tout dépend finalement du modèle de procès contractualisé envisagé. Nous pensons toutefois qu'un modèle mixte intégré doit considérer le contrat et la loi sur un pied d'égalité.

## **§ 1- La capacité de contracter des parties au contrat processuel**

**359. La capacité juridique et le contrat processuel.** La question de la capacité est assez simple à concevoir pour les contrats processuels individuels (I). Pour avoir la faculté d'exercer librement ses droits et prérogatives, il faut, en principe, posséder la personnalité juridique<sup>1477</sup>. Il convient de tempérer cette assertion et y apporter des précisions, surtout en matière de contrat processuel collectif, car la question de la « capacité » est source de confusions et de problèmes (II).

### **I - La capacité de contracter des parties au contrat processuel individuel**

**360. La personnalité juridique, la capacité juridique et le droit subjectif.** MM. les professeurs AUBERT et SAVAUX définissent la personnalité juridique comme « l'aptitude à la mise en œuvre des règles du droit objectif à l'activité juridique<sup>1478</sup> ». C'est la considération d'une personne en tant que sujet de droits, jouissant de libertés, titulaire de droits subjectifs et soumise aux devoirs juridiques qui lui incombent. La capacité juridique est le pendant de la personnalité juridique et elle est conçue comme l'aptitude spécifique à exercer les droits subjectifs détenus. Parmi ces droits, ceux qui touchent au patrimoine peuvent être perturbés par les contrats conclus. Seul l'individu qui dispose de la capacité juridique peut conclure un contrat, car il est destiné à modifier l'état de ses droits substantiels. La capacité juridique est donc une capacité d'exercice permettant d'interagir dans la vie juridique.

**361. La capacité et le pouvoir en matière de contrat processuel individuel.** La capacité juridique en droit processuel s'attache en principe à l'acteur au conflit substantiel. En matière civile, il faut avoir la capacité pour agir en justice et celui qui agit peut confier à un tiers le pouvoir de le représenter. En contentieux administratif et pénal, il en va de même. L'administration dispose de la personnalité morale et le parquet agit pour la Société unifiée sous la personne de l'État.

Il est possible d'affirmer que tout acteur du procès doté de la personnalité juridique est en mesure de contracter. Cela découlerait d'une liberté contractuelle processuelle qui n'est pas

---

<sup>1477</sup> Il ne s'agit pas d'une condition de l'existence subjective du contrat. C'est pour cela que nous ne l'avons pas abordée dans la première partie. En revanche, il s'agit, en principe, d'une condition pour son existence objective.

<sup>1478</sup> J-L. AUBERT, E. SAVAUX, « Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », *op. cit.*, p. 193, n° 192, s., *spéc.* n° 193.

reconnue<sup>1479</sup>. De la sorte, tout acteur du procès doté de la capacité juridique serait libre de conclure un contrat processuel en vue d'aménager son déroulement. En outre, cela est d'autant plus envisageable que le contrat processuel est un contrat qui ne touche pas directement au patrimoine en créant un lien d'obligations. Ainsi, le mineur, qui peut consentir à une composition pénale, avec ses représentants légaux, pourrait conclure, dans les mêmes conditions, un contrat processuel (code de la justice pénale des mineurs, art. L. 422-3, s.).

## **II - La capacité de contracter des parties au contrat processuel collectif**

**362. La capacité et le contrat processuel collectif.** En matière de contrat collectif, la question de la capacité juridique se pose avec acuité. En vérité, elle se confond avec le pouvoir de contracter des signataires, à des fins de produire des normes impersonnelles et générales. Cela concerne une faculté de « légiférer », si bien que les notions de « compétence » et de « pouvoir de représentation » des signataires viennent se confondre. La question de la capacité juridique et du pouvoir des cocontractants se posent surtout dans la mesure où le contrat collectif de droit dur est envisagé<sup>1480</sup>. Avant de caractériser la nature de la prérogative mise en œuvre par les signataires des contrats collectifs (A), il faut définir avec exactitude qui sont les réelles parties à l'acte collectif (B).

### **A - Les parties au contrat processuel collectif**

**363. Le doute sur les parties à la convention collective.** Un doute s'aggrave sur l'identité des principaux cocontractants d'un contrat collectif de procédure. Les parties au contrat collectif sont-elles le chef, voire les chefs de la juridiction ou la juridiction elle-même, peut-être l'État ? Sont-ce encore le bâtonnier, le barreau, l'ordre des avocats lui-même, voire le

---

<sup>1479</sup> P-Y. GAHDOUN, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *op. cit.* : « L'hypothèse d'une entière liberté de création des individus est un leurre : quelle que soit la convention, qu'elle soit ou non "innommée", elle devra respecter, au minimum, le droit commun des obligations et les dispositions impératives du code civil ».

<sup>1480</sup> Il s'agit alors d'une question de validité de l'acte et non d'une seule question d'effectivité de la norme édictée qui ne serait pas contraignante.

Conseil national des barreaux ?<sup>1481</sup> Des circulaires de procédures civile<sup>1482</sup> et pénale<sup>1483</sup> évoquent parfois la juridiction comme l'acteur engagé au protocole. Si tout cela brouille les pistes, c'est sans compter sur la pratique elle-même<sup>1484</sup>.

La plupart du temps, les conventions de procédure mentionnent que les parties au contrat sont la juridiction et l'ordre des avocats, le ministère public (sauf en matière pénale) et le greffier étant le plus souvent des témoins. La convention-cadre passée entre le Conseil d'État et l'ordre des avocats abonde en ce sens<sup>1485</sup>. Parfois, au contraire, les cocontractants mentionnés sont toutes les personnes physiques prises dans l'exercice de leur fonction. Ainsi, le protocole passé à la chambre sociale de la cour d'appel de PARIS le 28 mai 2015 est issu « de la volonté des magistrats de la cour d'appel et des avocats du barreau de PARIS ». C'est pour cela qu'il est conclu directement entre « le procureur général, près la cour d'appel de PARIS », « la première présidente de la cour d'appel de PARIS », « La directrice de greffe de la cour d'appel de PARIS » et « le bâtonnier de l'ordre des avocats de PARIS ». Tout cela est flou. Même si ces disparités sont principalement le fruit des usages de langage, les partenaires n'y attachant sans doute pas de réelle importance, elles perturbent la connaissance de ce nouvel outil juridique que sont les conventions collectives de procédure. Il faut donc déterminer qui est apte à s'engager dans une convention de procédure.

**364. L'ordre des avocats, partie à la convention collective ?** Cette profession est structurée localement et nationalement<sup>1486</sup>. À l'échelon local, dans le ressort de chaque tribunal judiciaire,

---

<sup>1481</sup> Les textes réglementaires aggravent les incertitudes énoncées. L'article 88 du D. n° 2005-1678 du 28 déc. 2005 dispose que peuvent être passées des conventions « entre le président de la juridiction et une ou plusieurs catégories d'auxiliaires de justice ». Pour ces conventions civiles, le chef de la juridiction serait le signataire principal et donc le principal engagé. La catégorie « auxiliaire de justice » fait écho aux avocats et aux avoués. L'article D. 591 anc. CPP est plus direct : le protocole doit être passé « entre » « le président et le procureur de la République du tribunal » et « le barreau de la juridiction représenté par son bâtonnier ».

<sup>1482</sup> Circ. JUSC1033666C du 24 janv. 2011 relative au D. n° 2010-1165 du 1<sup>er</sup> oct. 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, art. 2.2.1.1 : « Le recours à ce type de calendrier de procédure pourra également être discuté, voire modélisé, dans le cadre des démarches partenariales conduites par la juridiction, que celles-ci prennent la forme d'accords-cadres conclus avec le barreau ».

<sup>1483</sup> Circ. crim. 08-09/E8 du 12 mars 2008 relative à la présentation générale des dispositions du D. n° 2007-1620 du 15 nov. 2007 modifiant le code de procédure pénale et relatif à l'utilisation des nouvelles technologies, art. 1.2.3 : « seules les juridictions qui auront passé des protocoles ».

<sup>1484</sup> Le protocole parisien du 11 juill. 2012 relatif à la procédure devant le tribunal de grande instance est pris entre « le tribunal de grande instance de PARIS représenté par Madame Chantal ARENS, présidente et l'ordre des avocats au barreau de PARIS représenté par Madame Christiane FERAL-SCHUHL, bâtonnier, en présence du procureur de la République près le tribunal de grande instance de PARIS, Monsieur François MOLINS ».

<sup>1485</sup> Convention cadre nationale relative à la mise en œuvre de la médiation dans les litiges administratifs entre le Conseil d'État et le CNB, signée le 13 déc. 2017, art. 2, al. 3 : « Les parties invitent les barreaux et les juridictions à s'inscrire dans un cadre de référence en signant une convention sur le modèle joint à la présente ».

<sup>1486</sup> Le CNB est chargé de la représentation et de la défense de la profession auprès des pouvoirs publics. C'est un établissement d'utilité publique doté de la personnalité morale, v. art. 21-1 de la L. n° 71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, depuis le 18 nov. 2016, l'article dispose que « le Conseil national des barreaux unifie par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat. Il détermine, en concertation avec le ministre de la Justice, les modalités et conditions de mise en œuvre du réseau indépendant à usage privé des avocats aux fins d'interconnexion avec le "réseau privé virtuel justice" ».



la profession d'avocat est structurée en barreaux. Un barreau se compose de tous les avocats inscrits sur la liste principale du tableau (les avocats en exercice)<sup>1487</sup>. Le barreau est représenté par le bâtonnier et il est administré par le conseil de l'ordre présidé par ce premier qui n'en fait pas partie. L'ordre des avocats se compose des avocats inscrits au tableau et des avocats honoraires inscrits sur une liste à part du barreau. Chaque barreau est doté de la personnalité civile, contrairement au conseil de l'ordre ou l'ordre lui-même<sup>1488</sup>. Ce qu'il convient de noter de cette présentation rapide, c'est qu'il est commun de désigner le barreau comme « l'ordre », qui n'est pas en soi une personne morale dotée de prérogatives juridiques déterminées par la loi<sup>1489</sup>. La confusion est peut-être due en raison de la répartition incertaine des pouvoirs entre les différentes autorités qui composent l'« ordre » et qui n'est pas strictement établie<sup>1490</sup> (bâtonnier<sup>1491</sup>, conseil de l'ordre<sup>1492</sup>).

La confusion est encore entretenue du fait que, comme tout ordre professionnel<sup>1493</sup>, l'ordre local des avocats peut être considéré comme une personne morale de droit privé, titulaire de droits subjectifs, mais investie d'une mission de service public<sup>1494</sup>. Or, au vu des textes (L. du 31 décembre 1971, art. 21), seul le barreau est doté de la personnalité civile, ce qui doit être assimilé à la personnalité juridique. L'ordre professionnel des avocats est donc une simple entité unitaire et objective d'avocats regroupés dans le ressort d'une juridiction. C'est un groupe cultivant un sentiment d'appartenance à une communauté professionnelle qui comprend physiquement des avocats en exercice, de futurs avocats encore stagiaires rattachés au centre de formation (CRFPA) et d'anciens avocats exerçant des fonctions honorifiques. L'ordre des

---

<sup>1487</sup> D. n° 91-1197 du 27 nov. 1991 organisant la profession d'avocat, art. 1.

<sup>1488</sup> L. n° 71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 21 al. 1 : « Chaque barreau est doté de la personnalité civile ».

<sup>1489</sup> S. BORTOLUZZI et *alii.*, « Règles de la profession d'avocats », *op. cit.*, p. 127, n° 108, *spéc.* n° 113.13 : « Souvent pris l'un pour l'autre, les deux termes doivent être distingués, car le barreau et l'ordre ne regroupent pas les mêmes personnes ». Certains textes sont flous et laisseraient penser que l'ordre des avocats est doté de la personnalité juridique. Par exemple, l'article 17 de la loi de 1971 précitée précise que le conseil de l'ordre autorise le bâtonnier à accepter « tous les dons et legs faits à l'ordre », or il s'agit du barreau.

<sup>1490</sup> *Ibid.*, p. 127, n° 115-16 : « La répartition des pouvoirs entre ces deux organes, n'a cependant jamais été parfaitement tranchée, de sorte que les textes semblent confier des pouvoirs à l'un ou l'autre des organes sans qu'il soit possible de discerner toujours l'idée directrice qui a présidé leur attribution ».

<sup>1491</sup> Les attributions du bâtonnier sont de représenter le barreau (il est le premier interlocuteur pour l'ensemble des avocats et le représente pour tous les actes civils). Il effectue aussi des tâches administratives, d'enseignement et diverses autres concernent le règlement des litiges avec des avocats.

<sup>1492</sup> Les missions du conseil de l'ordre sont politiques, réglementaires, administratives, financières.

<sup>1493</sup> J. WALINE, « Droit administratif », *op. cit.*, p. 288, n° 305, s., *spéc.* n° 309 : « La mission confiée aux ordres, c'est-à-dire la réglementation et la discipline de la profession, constitue l'exercice d'un service public (...). Les ordres ne sont pas des établissements publics (...). Il semble donc logique, à l'instigation de Michel LASCOMBE, de ranger les ordres professionnels dans la catégorie des personnes privées investies d'une mission de service public, même s'ils exercent d'importantes prérogatives de puissance publique ».

<sup>1494</sup> S. BORTOLUZZI et *alii.*, « Règles de la profession d'avocat », *op. cit.*, p. 108, n° 113.21 ; M. ATTAL, « La personnalité des ordres professionnels » in « La personnalité juridique », X. BIOY (dir.), *Presses de l'Université de TOULOUSE*, 2013, p. 115, *spéc.* p. 116, n° 8, s.

avocats est donc seulement une idée d'œuvre institutionnelle qui porte l'organisation et la structuration d'une profession : il ne peut donc être engagé dans une convention<sup>1495</sup>.

Le barreau devrait donc être la seule personne morale (dotée d'un patrimoine) qui dispose du droit d'agir en justice et du pouvoir d'édicter des normes pour la profession<sup>1496</sup>. C'est l'organe qui est doté de vraies prérogatives et d'une force d'action juridique pour administrer *l'ordre* (posséder un patrimoine et notamment recevoir des legs, agir en justice, régler l'exercice de la profession... ; être signataire d'un contrat collectif de procédure, comme il peut d'ailleurs passer d'autres contrats (travail, prêt bancaire, par exemple)).

Il faut donc comprendre que le barreau représenté par son bâtonnier est seul engagé dans la convention de procédure pour les avocats en activité.

**365. La juridiction, partie au contrat collectif de procédure ?**<sup>1497</sup> Le chef de juridiction désigne usuellement le juge ou le magistrat qui est à la tête de la juridiction. Lorsque cet acteur institutionnel négocie et conclut des conventions collectives, il manifeste sa volonté d'engager l'ensemble de la juridiction qu'il estime représenter. Le chef de la juridiction ne contracte pas pour son propre compte, mais pour celui de la juridiction<sup>1498</sup>. À titre de comparaison, le chef de juridiction prend déjà des mesures d'administration judiciaire de sa propre autorité<sup>1499</sup>. Ces manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit sont prises pour le compte de la juridiction qu'il dirige en vue d'organiser et gérer les services qui la composent.

*In fine*, les actes pris par les chefs de juridictions sont pris au nom de l'État, pour assurer la justice institutionnelle<sup>1500</sup>. Certains actes sont directement et à jamais pris pour le compte de

---

<sup>1495</sup> www.avocats.paris/faq/quelle-est-la-difference-entre-un-barreau-et-un-ordre-des-avocats : Comme le précise le barreau de PARIS en parlant de « l'ordre » : « Aucun texte ne lui donne la personnalité civile ou morale, même si d'aucuns lui ont reconnu sans motif un statut d'établissement d'utilité publique. On peut dire que l'ordre est une émanation du barreau qui lui donne certaines missions ».

<sup>1496</sup> S. BORTOLUZZI et *alii.*, « Règles de la profession d'avocat », *op. cit.*, p. 108, n° 113.21 : « La loi ne précise pas la nature juridique du barreau. Possédant certaines des prérogatives de la puissance publique qui leur ont été dévolues par le législateur et participant au fonctionnement d'un service public, les barreaux constitueraient des établissements d'intérêts publics, classe plus vaste à l'intérieur de laquelle figurent les établissements d'utilité publique », n° 113.22 : « la qualification d'établissement public lui a d'ailleurs incidemment été refusée » (CE, 7 févr. 1975, *Ordre des avocats au barreau de LILLE*, n° 88611) ; sur l'action en justice du barreau, v. CE, 27 sept. 1985, *Ordre des avocats au barreau de LYON c. BERTIN*, n° 56543, CE, 6 Juin 1986, *Ordre des Avocats au Barreau de PONTOISE c. JAUGEY*, n° 57285.

<sup>1497</sup> À l'inverse du droit français, dans certains pays, les juridictions sont dotées de la personnalité morale, comme en ROUMANIE. Certaines juridictions internationales sont également dotées de la personnalité juridique.

<sup>1498</sup> On ne s'engage pas personnellement au titre d'une fonction et d'un grade hiérarchique, mais cette fonction et ce grade peuvent habilitier une personne physique à s'engager pour le compte de l'organe duquel elle fait partie, R. CARRE DE MALBERG, « Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français », t. 2, *Éditions du CNRS*, 1920-1922, p. 307 : « L'état et ses organes ne forment ensemble qu'une seule et même personne (...). Comment se fait-il donc que cette personnalité de l'individu organe s'évanouisse, ou plutôt soit mise de côté, lorsqu'il agit dans son rôle d'organe, et pourquoi n'est-il plus alors regardé que comme partie intégrante de l'être collectif ? »

<sup>1499</sup> J. THERON, « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *op. cit.*

<sup>1500</sup> Le Club des juristes, « Pour une administration au service de la justice », *op. cit.*, p. 33, qui définit trois niveaux d'actes de gestion administrative : un échelon constitué par les actes de gestion administrative, que l'on peut appeler national, un deuxième

l'État, notamment quand ils touchent à son patrimoine<sup>1501</sup>, car une juridiction n'a pas de patrimoine propre, mais utilise les dotations de l'État<sup>1502</sup>.

L'État est avant tout une personne au sens social du terme, c'est l'État-nation. Cette entité sociale est un préalable à l'attribution de la personnalité juridique de l'État souverain et disposant d'un pouvoir politique mis en œuvre par la puissance de sa volonté<sup>1503</sup>. La personnalité juridique de l'État permet d'en faire un sujet de droits<sup>1504</sup>, différent des autres, en ce qu'il est souverain et dispose du pouvoir de créer le Droit. Qu'il soit vu comme une nation ou une entité sociale, qu'il agisse comme puissance publique ou comme personne civile, mettant en œuvre des prérogatives différentes (droits subjectifs, ou pouvoir politique), la personne de l'État se renferme dans son individualité et ne se démultiplie pas en autant de groupements qui peuvent en émaner<sup>1505</sup>.

Pourtant, plusieurs raisons justifient que l'État ne soit pas le cocontractant engagé dans une convention collective de procédure, même s'il est affirmé, depuis longtemps, que le Conseil d'État, juridiction la plus autonome, n'a pas de personnalité morale<sup>1506</sup>. Les autres juridictions n'ont pas non plus de personnalité juridique<sup>1507</sup>, seules quelques juridictions détachées de l'appareil étatique pouvant en être dotées (notamment des institutions internationales).

---

niveau que l'on peut appeler local, constitué par les actes de gestion au niveau de la juridiction et qui relèvent des attributions du chef de juridiction ainsi qu'un troisième niveau comprenant les actes de gestion procédurale qui relèvent de la formation de jugement et qui touche au plus près à l'acte de juger et que l'on peut appeler niveau particulier ou niveau spécial.

<sup>1501</sup> COJ, art. D. 312-66, pour l'ordre judiciaire ; l'ordre administratif est placé sous la direction du Conseil d'État dirigé par son Vice-président qui est le chef de l'ordre juridictionnel administratif en tant que premier ordonnateur principal du budget (CJA, art. R. 121-14) et des juridictions de l'ordre administratif (CJA, art. R. 222-11). D'ailleurs, les chefs des juridictions administratives des premiers et seconds degrés doivent rendre compte au Vice-président du Conseil d'État (CJA, art. R. 222-10, s.) et pas à la Chancellerie (COJ, art. R. 312-68 par ex. pour la cour d'appel).

<sup>1502</sup> COJ, art. R. 121-14 et R. 312-67, à propos de la délégation du ministre, pour la prise de marchés répondant aux besoins des services judiciaires.

<sup>1503</sup> F. MELIN-SOUCRAMANIEN, P. PACTET, « Droit constitutionnel », 32<sup>ème</sup> éd., *Sirey*, 2018, p. 38, n° 112 : « l'État apparaît comme une entité et, en termes juridiques, une institution, une personne morale détachée de la personne physique des gouvernants (...).

<sup>1504</sup> B. DELCROS, « L'unité de la personnalité juridique de l'État : étude sur les services non personnalisés de l'État », *LGDJ*, 1976, p. 4.

<sup>1505</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>1506</sup> P. DELVOLVE, « Conseil d'État », *Rép. contentieux admin.*, 2019, n° 22, s. : « Organe dans l'État, le Conseil d'État n'a pas de personnalité juridique qui l'en distinguerait. De toutes les fonctions qu'il exerce, il agit au nom et pour le compte de l'État ». Lorsqu'il passe des marchés - par le biais de son Vice-président -, « tous ces contrats "passés par le Conseil d'État" » sont « en réalité des contrats de l'État conclus par le truchement du Conseil d'État. Tous ces actes sont adoptés au nom et pour le compte de l'État ».

<sup>1507</sup> F. JULIEN-LAFFERRIERE, « Pratique du contentieux administratif », *DALLOZ*, 2018, n° 220.45 : « une juridiction n'est qu'un organe non personnalisé de l'État » et l'auteur de citer à l'appui de cette affirmation : CE, 10 janv. 1986, *Ch. régionale des comptes d'Ile-de-France*, n° 70253 : « considérant que les chambres régionales des comptes (...) constituant des organes de l'État non dotées de la personnalité morale ». En réalité les chambres régionales des comptes sont en l'espèce, des organes mi-administratif et mi-juridictionnel, les considérations de l'affaire tenant à l'annulation d'une décision de nature administrative ; C. Cass. crim., 14 mars 2006, n° 05-87303 : « il ne peut être élu domicile que chez une personne physique ou morale habilitée à recevoir des actes et que tel n'est pas le cas du greffe d'un tribunal qui est un service intégré dans une juridiction, elle-même dépourvue de la personnalité morale » ; Circ. crim., n° 2001-04 du 21 nov. 2001 portant sur les relations entre le défenseur des enfants et l'autorité judiciaire : « Ces dispositions ne sont pas applicables aux juridictions qui n'ont pas la personnalité morale ».

**366. La juridiction : entité autonome détachée de la personne morale de l'État.** La juridiction, c'est au moins une entité juridique humaine et matérielle déconcentrée de l'État, qui jouit d'une certaine autonomie et qui administre le service public régalién de la justice dans un ressort donné, sous la direction de certains magistrats et fonctionnaires<sup>1508</sup>.

La loi peut priver certains groupements de la personnalité juridique, mais par principe, elle accepte implicitement que tout groupement organisé puisse en être doté, quand il n'en est pas expressément privé<sup>1509</sup>.

L'attribution d'une certaine forme de personnalité juridique à la juridiction ne relève pas de l'hérésie. Il est difficile de dissocier la « personnalité » de la juridiction de celle de l'État, en application de la théorie de la fiction<sup>1510</sup>. En revanche, cela est aisément envisageable sur le fondement de la théorie de la réalité<sup>1511</sup> qui a gagné les faveurs de la doctrine et de la jurisprudence<sup>1512</sup>. Suivant cette théorie, la personnalité morale est la concentration de « l'intérêt d'un groupe protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et le

---

<sup>1508</sup> C'est l'idée de déconcentration de l'autorité judiciaire qui est mis en œuvre, P. CHRETIEN, N. CHIFFLOT, M. TOURBE, « Droit administratif », 16<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2018, p. 267, n° 270 : « La déconcentration (...) consiste à donner compétence pour prendre telle ou telle décision à des organes qui exerçant leurs fonctions dans une circonscription déterminée et qui demeurent soumis à l'autorité hiérarchique des autorités centrales ». La notion de déconcentration moderne est sans doute mal adaptée pour la justice qui constitue un pouvoir régalién. Certes l'autorité judiciaire est indépendante, mais la justice déléguée par l'État demeure un service public déconcentré, organisé et hiérarchisé, bien que la nomination des « magistrats » soit encadrée et leur fonction protégée ; S. GUINCHARD, A. VARINARD, T. DEBARD, « Institutions juridictionnelles », *op. cit.*, p. 47, n° 34 : « la justice correspond à une organisation mise en place et financée par l'État ; en termes de droit administratif, elle représente dans ses structures l'un des services publics de l'État (...). En revanche, le régime juridique de ce service public ne peut, en raison de son objet, qu'être largement différent de celui applicable aux autres services publics, par exemple ceux de la police ou de l'administration fiscale. Il doit assurer à la fois la protection des justiciables et celle des juges ».

<sup>1509</sup> G. WICKER, « Personnalité morale », *Rep. dr. civ.*, DALLOZ, n° 14 : « "si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en Justice". En définitive, selon les juges, si la personnalité morale se rattache toujours à la volonté du législateur, cette volonté peut être implicite ce qui autorise, en l'absence de texte, la reconnaissance de la personnalité des groupements légalement constitués dès lors qu'ils remplissent les conditions posées par la théorie de la réalité technique ».

<sup>1510</sup> L. MICHOU, « La notion de personnalité morale », t. 1, *LGDJ*, 1932, p. 16, n° 6 : « L'homme seul étant une personne réelle, on ne peut expliquer que par une fiction juridique l'idée de personnalité appliquée à d'autres choses qu'à des êtres humains. Le législateur suppose, en vue d'un intérêt général, une personne fictive qu'il traite partiellement comme si elle était réelle. Par-là, il rend possible l'existence de droits appartenant à cette personne qu'il imagine, et les fait rentrer dans ses règles générales ».

<sup>1511</sup> La théorie de la réalité part de la volonté de reconnaître les intérêts collectifs comme quelque chose de naturel, un fait qui ne doit pas être méconnu et qui s'impose au législateur. Des entités objectives possèdent des intérêts, une volonté, un but et une organisation collectifs. Tous les groupements possédant une part d'autonomie doivent donc avoir de plein droit la personnalité et la capacité juridique. D'autres thèses comme celle de l'institution permettent aussi d'expliquer l'existence de la personne morale. Un ensemble de règles s'applique alors aux individus composant le groupe en vue d'assurer les intérêts défendus et qui présentent une certaine permanence.

<sup>1512</sup> D'ailleurs, la controverse entre les deux théories n'a jamais été si tranchée, F. TERRE, D. FENOUILLET, « Droit civil. Les personnes », 8<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2012, p. 241, n° 250 ; E. SAVAUX, « La personnalité morale en procédure civile », *RTD civ.*, 1995, p. 1, n° 12 ; la Cour de cassation emploie une formule type quand elle reconnaît la personnalité juridique aux entités objectives, not. les anciens comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, dotés de la personnalité civile, C. Cass. soc. 17 avr. 1991, note sous *D.*, 1991, p. 152 : « La personnalité civile n'étant pas une création de la loi, elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression ».

défendre<sup>1513</sup> ». Tout part de la réalité de base qui est un centre d'intérêt devant être protégé, et il en existe un en matière de juridiction.

Pour monsieur Bertrand DELCROS, la personnalité juridique (morale) consiste tout d'abord en des biens et des obligations ; ensuite en l'aptitude à être titulaire de ces biens et de ces obligations et les gérer. La personnalité juridique implique un seul centre d'intérêt, de volonté et de décision. C'est l'idée de représentation dans la vie juridique d'une individualité objective qui se trouve à la base. L'auteur a démontré en quoi certains organismes de l'État mériteraient d'être personnifiés. Au regard de la structure unitaire de l'État, monsieur Bertrand DELCROS a remarqué que les services et entités qui le composent sont extrêmement différenciés et ont pour certains une existence propre. La plupart des services sont régulièrement appelés à s'exprimer par un acte juridique, mais ce n'est pas toujours directement l'intérêt global et général de l'État qui se trouve alors en jeu. Il s'agit parfois de l'intérêt plus particulier et secondaire d'un des organismes qui compose l'État qui mérite de se voir reconnaître une autonomie décisionnelle juridique propre dès qu'il y a un centre d'intérêt, de volonté et de décision caractérisés. Plus les organismes ont un comportement proche de celui d'une personne morale étatique, plus ils sont autonomes et méritent l'attribution d'une forme de personnalité morale<sup>1514</sup>.

Ainsi, certaines individualités objectives de l'État pourraient avoir un statut juridique proche de celui d'une personne quand ils sont dotés d'une certaine autonomie patrimoniale. Monsieur Bertrand DELCROS a ainsi reconnu que des personnalités organiques de l'État (dénuées de personnalité juridique) pouvaient passer des contrats qui n'engageaient que leur patrimoine d'affectation.

Cependant, la notion de personnalité juridique a toujours été attachée aux droits subjectifs, aux notions de patrimoine, de biens et d'obligations<sup>1515</sup>. HAURIOU a tenté de dissocier la personnalité morale de l'entité objective détentrice d'un patrimoine<sup>1516</sup>. Il considère qu'une

---

<sup>1513</sup> L. MICHOU, « Théorie de la personne morale », *op. cit.*, p. 167.

<sup>1514</sup> B. DELCROS, « l'unité de la personnalité juridique de l'État », *op. cit.*, p. 11, s. : l'auteur s'attache à vérifier si les organismes de l'État dépourvus de la personnalité juridique peuvent disposer d'un patrimoine (biens et obligations) et dans quelle mesure leur organisation administrative et financière leur confère une aptitude à être titulaire de ces biens et obligations.

<sup>1515</sup> G. WICKER, « Personne morale », *op. cit.*, n° 11 : « Plus généralement, les théories négatrices présentent l'intérêt qu'elles conduisent à rattacher l'étude des personnes morales, non plus seulement au droit des personnes, mais encore au droit des biens et au droit des obligations » ; B. DELCROS, « L'unité de la personnalité juridique de l'État », *op. cit.*, p. 13 : « le patrimoine est, selon la définition de RIPERT : "l'ensemble des droits et des obligations d'une personne appréciables en argent". Il est, dans la théorie classique, celle de AUBRY et RAU, indissolublement lié à la personne juridique : chaque personne a un patrimoine et n'en a qu'un seul » ; F. TERRE, D. FENOUILLET, « Droit civil. Les personnes », *op. cit.*, p. 9, n° 9 : « D'emblée, on peut dire que les personnes, ce sont les sujets de droit (...), le sujet de droit est celui qui peut se prévaloir de multiples prérogatives, et précisément de droits subjectifs ».

<sup>1516</sup> M. HAURIOU, « Principes du droit public », *op. cit.*, p. 686, s. : L'auteur reconnaît qu'il faut un « effort violent » de réflexion pour se dégager de nos constructions civilistes. La personnalité juridique se construit uniquement avec des éléments subjectifs

entité décisionnelle, suffisamment autonome, peut se passer de la personnalité juridique pour prendre des actes réglementaires qui ne touchent pas au patrimoine. La convention collective de procédure est justement un acte à vocation réglementaire qui n'engage pas immédiatement le patrimoine affecté à la juridiction.

Une entité objective décisionnelle étatique est donc en mesure de passer des contrats qui n'engagent pas son patrimoine, mais posent des règles de droit procédural, au niveau local. L'entité morale, centre de décisions et de fonctions, suffisamment hiérarchisée et autonome (juridiquement), peut donc être conçue en dehors de la théorie de la personnalité juridique<sup>1517</sup>. Monsieur HOURSON est allé plus loin en proposant l'attribution d'une personnalité administrative permettant à l'entité objective de prendre des actes juridiques d'administration réglementaires ou individuels en vue d'un intérêt spécial qu'elle défend et qui est une ramification de l'intérêt général. En cela, il propose de regrouper sous une nouvelle catégorie appelée « conventions d'administration<sup>1518</sup> », les contrats passés par certaines entités publiques qui ne sont pas vraiment des personnes morales. Certaines autorités administratives indépendantes n'ont pas de personnalité juridique. Pourtant, elles peuvent prendre des actes réglementaires qui créent du droit<sup>1519</sup>.

Dès lors que l'entité objective est affectée d'une certaine mission et dispose d'une certaine autonomie, peu importe qu'elle ait la personnalité juridique, elle peut prendre des actes réglementaires<sup>1520</sup>. Il est donc admissible de pouvoir reconnaître une personnalité

---

comme la capacité d'acquérir des biens dans une situation de commerce juridique. Son caractère est essentiellement patrimonial et pour l'État, l'intérêt est qu'il puisse entrer en relation avec les tiers relativement à la vie des affaires. Pour le doyen HAURIU, l'État est avant tout et constamment une individualité objective dont la personnalité juridique est « coextensive » à la nation et peut refaire surface quand il s'agit d'engager son patrimoine. L'État et les organismes qui la composent sont avant tout des personnes morales en ce qu'elles forment un groupement d'individus disposant d'un pouvoir de volonté pour la défense de leurs intérêts et pour assurer une fonction qui leur est attribuée. La figure étatique personnifiée ne ressort donc que quand il s'agit d'engager un patrimoine, celui de l'État, car les activités impliquent des relations avec d'autres personnes, comme le feraient des personnes privées pour les besoins du commerce juridique.

<sup>1517</sup> J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.*, 1993, p. 705 : « La personnalité morale ne trouve sa raison d'être ni dans l'existence d'un groupement de personnes, ni dans celle d'un patrimoine ou d'une affectation patrimoniale » ; v. G. WICKER, « Personne morale », *op. cit.*, expliquant que certaines autorités comme anciennement les CHSCT n'ont pas de patrimoine, mais disposent d'une personnalité processuelle pour agir en justice, non pas pour la défense de leurs droits subjectifs, puisqu'ils ne possèdent pas de patrimoine, mais pour mettre en œuvre des prérogatives, exercées en conformité avec l'intérêt dont le groupement est en charge et dont les effets se produisent sur le patrimoine et la personne d'autrui ; E. SAVAUX, « La personnalité morale en procédure civile », *op. cit.*, spéc. n° 12.

<sup>1518</sup> S. HOURSON, « Les conventions d'administration », *op. cit.* et « Pour l'élaboration d'une catégorie infra-contractuelle : les conventions d'administration, *Droit et gestion des collectivités territoriales*, t. n° 33, 2013, p. 745.

<sup>1519</sup> C'est par ex. le cas de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) ou de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). Le plus frappant pour la première, c'est que, disposant d'un pouvoir réglementaire propre (sans validation ministérielle contrairement à d'autres AAI), elle ne dispose pas de la personnalité juridique. En fait, bien qu'elle ait toujours exercé un pouvoir réglementaire, la loi a doté l'autorité de la personnalité juridique après sa création, puis la lui a retirée ; V. C. énergie, art. L. 131-1, L. 134-1 et L. 134-2 et modifications successives de l'article 30 de la L. n° 2000-108 du 10 févr. 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

<sup>1520</sup> J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *op. cit.*, n° 20 : « En conséquence, ce qui appelle la personnalité juridique, ce n'est pas l'existence même de ces personnes, qu'elles soient seules ou groupées, mais ce qu'elles

administrative aux groupements qui peuvent prendre des actes à portée collective et qui ont vocation à s'imposer à d'autres personnes que ceux qui agissent pour ce groupement objectif et le dirigent. En s'éloignant du caractère patrimonial de l'opération, on s'éloigne donc de l'intérêt de la qualification de personne juridique.

La juridiction est certainement une « personnalité-organisme » dont parle M. Bertrand DELCROS qui constitue une entité objective suffisamment autonome (selon qu'il s'agit d'une juridiction judiciaire ou administrative<sup>1521</sup>), dotée d'un centre d'intérêt à protéger et à déployer<sup>1522</sup> (administrer la justice), d'un centre de volonté pour l'action et le commandement<sup>1523</sup> et d'un centre de fonction pour l'exercice de ses missions<sup>1524</sup>. En ce cas, la juridiction aurait une forme de personnalité organique (morale) pour administrer localement la justice et plus particulièrement les règles de procédure.

La juridiction est donc une entité objective suffisamment autonome qui est en charge de garantir une activité de justice pour répondre aux besoins des justiciables. Nul besoin d'une personnalité juridique pour passer des contrats-lois, puisqu'il ne s'agit pas de disposer du patrimoine de l'État. En revanche, il s'agit de définir une politique de justice locale. À ce titre, toute juridiction

---

entreprennent et qu'elles désirent "autonomiser" sur le plan juridique. Ainsi, c'est la nécessité de donner une autonomie juridique à l'exercice de leur activité qui implique la personnalité juridique ».

<sup>1521</sup> C. cass., « Quelle indépendance financière pour l'autorité judiciaire ? », *op. cit.*, p. 29 : « Au regard de sa capacité à décider des crédits qui lui sont affectés, l'autorité judiciaire est largement dépendante des choix effectués par le pouvoir exécutif dans le cadre de ses projets de loi de finances et, notamment, des arbitrages interministériels ; dans une moindre mesure, elle est aussi tributaire des amendements des parlementaires (...) ; la mission "Justice", structurée en six programmes, ne favorise ni une réelle transparence, ni une démarche responsabilisante » ; C. comptes, « Approche méthodologique des coûts de la justice », *op. cit.*, p. 83.

<sup>1522</sup> Le centre d'intérêts protégé ne résulte pas de la somme des intérêts individuels des membres qui composent la juridiction, mais de l'intérêt collectif qui se trouve au fondement de l'institution même. La mission de chaque juridiction et des membres qui la composent est tournée vers une mission d'intérêt général portée sur le fonctionnement du service public de la justice au niveau local. Le centre d'intérêts défendu est donc cette mission régaliennne de justice tournée vers la demande de justice, G. CANIVET, « Économie de la justice et procès équitable », *JCP G.*, n° 46, 14 nov. 2001, doct. 361 : « L'institution judiciaire a engagé une réflexion en profondeur sur la qualité de la justice. Il s'agit, en définitive, de rechercher quelles sont les attentes des justiciables » ; J. ROBERT, « La bonne administration de la justice », *op. cit.* : « Une justice, quelle qu'elle soit, n'est jamais faite pour les juges ou les auxiliaires de la justice, pour leur propre confort ou leur propre sécurité. Elle est faite pour les justiciables. C'est donc de leur côté qu'il faut se placer pour apprécier les critères d'une justice bien administrée ».

<sup>1523</sup> Il faut une structure hiérarchique permettant à l'entité d'être organisée et de progresser en vue de satisfaire le centre d'intérêts protégés. Dans l'ordre administratif, chaque juridiction (tribunal, cour d'appel, Conseil d'État) est dotée d'un chef. Dans l'ordre judiciaire, il en va de même. Les chefs de juridictions agissent et prennent des mesures pour le bon fonctionnement de la juridiction dont ils ont la responsabilité. Il s'agit de mesures d'ordre patrimonial relatives à la gestion des biens mobiliers et immobiliers, des mesures qui sont relatives à la gestion du personnel, au management des effectifs et des mesures d'administration judiciaire.

<sup>1524</sup> Malgré une autonomie financière encore assez limitée, on peut dire que les juridictions de fond sont de plus en plus autonomes pour déterminer une sorte de politique locale de juridiction qui s'adapte, financièrement, humainement et juridictionnellement aux contingences du terrain. Les contrats collectifs font partie de cette quête d'autonomie juridictionnelle assumée, en ce que les juridictions doivent composer avec les moyens dont elles disposent pour rendre le meilleur service au justiciable. Cela passerait par une redéfinition du cadre procédural, à défaut de disposer d'une pleine autonomie d'action administrative et financière.

est légitime à prendre des actes réglementaires qui participent à l'organisation des procès<sup>1525</sup>. Afin de poursuivre l'étude sur la capacité juridique, il est nécessaire de rechercher la source de l'habilitation normative des signataires des conventions collectives étudiées.

## **B - La mise en œuvre d'un pouvoir par les signataires**

Les auteurs des contrats collectifs de procédure entendent valoriser un intérêt processuel créateur de normes destinées à autrui. Ainsi, il est nécessaire de rechercher la source de leur habilitation normative (2) leur conférant un pouvoir de créer un droit procédural local (1).

### **1 - L'existence d'un pouvoir normatif**

**367. La prise d'un contrat collectif sans mise en œuvre d'un droit subjectif.** Le contrat collectif ne concerne pas le champ des droits subjectifs, mais il est l'expression d'un pouvoir qui découle du droit objectif. Le droit subjectif est la prérogative laissée à un individu en particulier pour satisfaire ses propres intérêts<sup>1526</sup>, alors que le pouvoir est une prérogative orientée vers une finalité particulière destinée à édicter une norme qui s'impose dans la sphère juridique d'autrui, et ce, le plus souvent, au moyen d'un acte juridique unilatéral<sup>1527</sup>. Le pouvoir est orienté vers la recherche de la satisfaction d'un centre d'intérêt au moins en partie étranger à son titulaire<sup>1528</sup>.

**368. La notion de pouvoir.** Elle recouvre, le pouvoir, c'est-à-dire une compétence pour l'action et les pouvoirs, c'est-à-dire les prérogatives liées à l'exercice du pouvoir. Le droit positif moderne est en adéquation avec cette conception lorsqu'il régit le mécanisme de la représentation, fondée sur la notion de pouvoir (C. civ., art. 1153), bien qu'elle soit rattachée

---

<sup>1525</sup> M. HAURIUO, « Principes du droit public », *op. cit.*, p. 645 : « beaucoup des services publics constituent des institutions à individualité objective très forte, qui ne possèdent point la personnalité subjective, et qui cependant fonctionnent avec un automatisme parfait, grâce à la convergence de nombreuses initiatives ».

<sup>1526</sup> E. GAILLARD, « la notion de pouvoir en droit privé », *Economica*, 1985, p. 44, n° 55 et p. 60, n° 85, qui fait la différence entre « les prérogatives libres, abandonnées au libre arbitre de leur titulaire et les prérogatives finalisées, orientées vers un but qui impose une certaine ligne de conduite à leur titulaire ».

<sup>1527</sup> *Ibid.*, p. 140, n° 217 et 218 : « on entend simplement signifier, en indiquant que le titulaire du pouvoir est investi du droit d'édicter une norme, que la décision qu'il sera susceptible de prendre aura une valeur contraignante pour son "destinataire". En d'autres termes, le pouvoir permet à son titulaire de modifier l'ordonnement juridique, d'empiéter sur la sphère juridique d'autrui ».

<sup>1528</sup> *Ibid.*, p. 150, n° 235 : « Le pouvoir est une prérogative finalisée. Par ce néologisme, on entend signifier qu'à la différence du droit subjectif, le pouvoir est orienté vers un but, qu'il est tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire ». Ce but ne constitue pas les mobiles du titulaire du pouvoir, mais le but fixé de manière générale et abstraite par la norme qui confère ce pouvoir.



à l'exercice d'un droit subjectif<sup>1529</sup>. Pour le professeur GAILLARD, le pouvoir se conçoit de manière autonome : l'agent juridique peut prendre un acte de volonté dans l'intérêt d'autrui, sans qu'il soit besoin de faire appel à la mise en œuvre d'un droit subjectif et à la théorie civiliste de la représentation ou de la capacité juridique<sup>1530</sup>.

Le pouvoir devient « la faculté d'imposer sa volonté à autrui<sup>1531</sup> ». Les signataires des contrats collectifs de procédure prétendent agir en vertu d'une autorité morale et d'un pouvoir propre, appelé pouvoir attribué<sup>1532</sup>. Le pouvoir attribué ne met pas en œuvre un droit subjectif et n'en crée pas. Son titulaire agit classiquement dans un intérêt distinct du sien, en vertu d'un intérêt qui n'est pas celui d'une personne déterminée. L'acte pris par le titulaire du pouvoir produit des effets de droit obligatoires pour un groupe de personnes indéterminées. L'acte qui manifeste l'exercice du pouvoir est un acte de droit objectif et il a une portée générale et impersonnelle<sup>1533</sup>.

---

<sup>1529</sup> G. WICKER, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », *D.*, 2016, p. 1942, n° 3, évoquant le rattachement des textes à la conception de la représentation fondée sur le pouvoir ; E. GAILLARD, « Le pouvoir en droit privé », *op. cit.*, p. 9, n° 3 et p. 10, n° 5 : la notion de pouvoir « se trouve au cœur du droit de la représentation », mais cette dernière l'a absorbée : « Le pouvoir est ainsi tout entier réduit à la représentation » ; Pour une vue générale : P. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G.*, n° 20-21, 16 mai 2016, p. 580 ; M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : la représentation (C. civ., art. 1153 et s. nouv.) », *JCP N.*, n° 47, 25 nov. 2016, act. 1255.

<sup>1530</sup> G. WICKER, « Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique », *op. cit.*, p. 56, n° 46, pour qui le pouvoir, dans son aspect négatif, est la mission comprise comme le cadre d'action que le représentant ne doit pas dépasser. Dans son aspect positif, le pouvoir est l'obligation d'exercer la mission confiée puisqu'elle est exercée dans l'intérêt au moins partiellement distinct du représentant, celui du représenté ; M. STORCK, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », *LGDJ*, 1982, p. 103, s. qui effectue le découpage suivant : toute personne titulaire d'un droit subjectif (la jouissance du droit) peut le mettre en œuvre (l'exercice du droit) afin de produire des effets de droits (le résultat), ce triptyque permet de comprendre qu'un représenté puisse conserver la jouissance de son droit subjectif alors que l'action du représenté chargé de l'exercice de ce droit produira des effets juridiques sur la tête du premier. L'habilitation du représentant pour exercer les droits subjectifs du représenté est encadrée par la notion de pouvoir. Le droit subjectif est conçu comme un contenu, une puissance conférée à un sujet différencié de l'attributaire de ce droit subjectif. La capacité d'exercice (agir pour son compte), est différente du pouvoir (prérogative en vue d'agir pour le compte d'autrui), pouvoirs et compétence (faculté d'exercer la prérogative reçue pour agir pour autrui) étant également à différencier selon lui ; P. DIDIER, « de la représentation en droit privé », *LGDJ*, 2000, p. 63, n° 94, qui considère la représentation comme « la capacité civile qui situe l'individu dans le droit », l'auteur rejetant le pouvoir comme prérogative consistant pour le représentant à l'exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, car le droit subjectif peut être exercé de manière plus ou moins altruiste ou égoïste. Il faut objecter qu'à la différence du droit subjectif exercé dans l'intérêt d'autrui, qui l'accepte ou non, le pouvoir permet de prendre une norme qui s'impose à autrui, sans son consentement (sauf lorsque la source du pouvoir (l'habilitation) est le consentement).

<sup>1531</sup> P. LOKIEK, « Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé contractuel », *op. cit.*, p. 12, n° 16, s. : Il y a le pouvoir juridique délégué par l'État, mais aussi et surtout le pouvoir factuel, venant de la base, qui ne résulte pas d'une habilitation juridique, mais de circonstances concrètes dans une situation où une personne peut exercer sur une ou plusieurs autres sa « puissance économique, une violence physique ou un savoir ». Nous pourrions y rajouter une autorité morale, liée à une fonction judiciaire. Nous pensons que les protocoles reposent en partie sur ce type de pouvoir au regard de l'autorité qui s'attache aux fonctions des signataires des contrats collectifs de procédure. Bien que pour M. le professeur LOKIEK, le pouvoir ne soit pas cantonné à la prise d'actes unilatéraux, sa définition n'est pas si éloignée de celle proposée par M. GAILLARD, qui, à plusieurs reprises, a souligné l'aspect contraignant du pouvoir ; E. GAILLARD, « Le pouvoir en droit privé », *op. cit.*, p. 138, n° 216 : « le titulaire du pouvoir est en effet investi du droit de faire prévaloir sa décision, de trancher, par l'exercice de sa volonté, une situation juridique et d'imposer à autrui la décision prise ».

<sup>1532</sup> G. WICKER, « Les fictions juridiques », *op. cit.*, p. 70, n° 63 : « parce que leur objet est de déterminer le contenu d'une situation juridique objective, ces pouvoirs ont un caractère réglementaire ou normatif », p. 73, n° 65 : « la convention collective (...) résulte de l'exercice, par les organisations représentatives des salariés non d'un pouvoir de représentation, mais d'un pouvoir qui leur est attribué par la loi. Tout au plus, les salariés interviennent-ils pour désigner les attributaires de ce pouvoir ; représentativité n'est pas représentation » ; M. STORCK, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », *op. cit.*, p. 216, n° 285 : les pouvoirs des signataires de la convention (syndicats) sont effectivement des pouvoirs et non des droits qui sont exercés (...), pouvoirs propres et non des pouvoirs de représentation ».

<sup>1533</sup> La convention collective de travail relève des cas où un pouvoir attribué est exercé. La convention collective n'est pas directement productrice de droits subjectifs en faveur des salariés. Il faut justement que les individus pouvant y être soumis

**369. L'exercice d'un pouvoir au travers d'un contrat.** La notion de pouvoir repose sur la faculté d'un agent du droit de prendre des normes contraignantes à destination d'autrui. Cette forme de pouvoir fait directement écho aux pouvoirs de légiférer et d'administrer. Il convient de noter que le pouvoir ne se manifeste plus de manière exclusive au moyen de l'acte juridique unilatéral. D'autres méthodes de gouvernance se développent et le contrat en fait partie<sup>1534</sup>.

**370. L'origine d'un pouvoir pour créer du droit objectif.** Plusieurs théories peuvent expliquer la source d'un pouvoir normatif étatique, en marge de celui de l'État. Selon M. ALIPRANTIS, il y a les théories de l'autonomie originaire, l'ordre créé de manière auto-poïétique, puis, plus positivement, les théories de la délégation de pouvoir par l'État, seul ce dernier ayant le monopole du Droit. L'origine du pouvoir des contractants d'un contrat-loi résulte, dans notre conception contemporaine de l'ordre juridique, d'une norme d'habilitation de l'État, qui repose elle-même sur la norme structure (Constitution)<sup>1535</sup>.

En matière de convention collective processuelle, il est évident que la toute première convention de procédure a marqué la volonté des acteurs de la justice locale de substituer, au cadre légal et à l'action individuelle des parties au conflit, un cadre collectif organisant la conduite des procès. Les conventions collectives sont apparues de manière subreptice, et la réception dans l'ordre juridique processuel se fait soit par un texte prévoyant que des conventions collectives peuvent être prises (reconnaissance formelle) et comment elles peuvent être prises (validité), soit par la jurisprudence.

---

soient salariés grâce à la conclusion d'un contrat individuel de travail. En outre, la profession composée de l'ensemble des salariés présents ou à venir n'est pas une entité suffisamment déterminée au jour de la conclusion de la convention collective. La masse n'est pas stable, mais soumise à une perpétuelle évolution.

<sup>1534</sup> A-L. PASTRE-BOYER, « L'acte juridique collectif en droit privé français », *op. cit.*, p. 262, n° 363 : « Ainsi, puisque le pouvoir est en même temps la prérogative et l'aptitude à exercer cette prérogative dans un intérêt partiellement distinct du sien, rien n'empêche qu'il s'exprime au travers d'un acte juridique quelconque. Le pouvoir peut ainsi choisir un contrat, une stipulation pour autrui ou un acte unilatéral comme vecteur d'expression. » L'auteur soutient aussi qu'il n'existe pas de corrélation entre pouvoir et acte réglementaire (hétéronomie) et entre droit subjectif et autonomie. Par exemple, l'expression du pouvoir de sanction de l'employeur n'a pas de portée réglementaire ; *contra*, E. GAILARD, « Le pouvoir en droit privé », *op. cit.*, p. 225, n° 336 : « les organisations syndicales les plus représentatives sont investies des pouvoirs de négocier les conventions collectives sans être pour autant, au sens technique du terme, les représentants de la profession » en l'absence d'un agent juridique portant la défense d'intérêts homogène (la masse des salariés).

<sup>1535</sup> N. ALIPRANTIS, « La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes », *LGDJ*, 1980, qui expose à propos des conventions collectives de travail que l'ordre juridique étatique doit accepter et recevoir sans transposition un autre ordre juridique qui ne se mélange pas avec lui. La réception suggère que l'ordre juridique reçu existe en amont de sa réception et que l'ordre de réception récrée les normes sans seulement les constater, mais les déclarer. La norme structure unique est la Constitution dans un ordre étatique, dans l'ordre juridique socio-professionnel, c'est la norme supposée reconnue par ceux qui entendaient, même accidentellement, substituer au moins pour une fois, le schéma de l'entente collective à la loi et au contrat de travail. Cette norme structure a été créée du fait de la première négociation collective, non reconnue par le Droit, car les signataires se sont attribué un pouvoir créateur pour le faire.

De nos jours, ces conventions sont tolérées par l'ordre juridique, qui a pu les promouvoir expressément (CPP, art. A. 53-9 et 591 ant.). Toutefois, le pouvoir des signataires de les prendre est à l'heure actuelle plus qu'incertain.

**371. Le pouvoir des signataires des protocoles de procédure.** La doctrine a pu parler de pouvoir, de représentation, de mandat et de compétence, pour évoquer l'aptitude des signataires des conventions collectives de procédure à prendre de tels actes<sup>1536</sup>. Tous ces termes sont valables s'ils sont utilisés de manière générique, mais d'un point de vue normatif, seul le pouvoir de conclure un contrat-loi détermine l'action des parties cocontractantes. Ce pouvoir attribué concrètement ou non par l'État doit être recherché dans diverses habilitations normatives qui ne coulent pas de source. C'est au travers de la signature des *représentants* de chaque cocontractant (juridiction, barreau, associations de médiateur ou de victimes, autres centres d'intérêts de l'État (préfet, gendarmerie), *etc.*) que le pouvoir de prendre les protocoles s'exprime.

Rechercher l'aptitude des contractants des contrats collectifs processuels trouve tout son sens, dès lors, qu'en dehors de certains textes spéciaux qui donnent une habilitation de conclure de tels actes, la plupart des protocoles de procédure sont pris en dehors de toute *compétence* spéciale accordée par le droit objectif. Les doutes sur l'aptitude des auteurs des protocoles pour les prendre font ainsi naître un doute sur la validité de ces protocoles au sein de l'ordre juridique processuel. L'incertitude relative au pouvoir des signataires peut également poser un problème de légitimité et d'effectivité des protocoles quand ils n'ont pas vocation à être contraignants. Justement, certains auteurs prétendent même qu'ils ne sont pas contraignants, car les signataires n'auraient pas les pouvoirs de les prendre<sup>1537</sup>, s'agissant d'actes créant une organisation politique, au sens de pouvoir politique entendu comme méthode d'administration du peuple, des justiciables, des gens de justice<sup>1538</sup>.

---

<sup>1536</sup> L. MAYER, « La maîtrise du procès par les parties au regard de la jurisprudence récente » in « Le procès est-il encore la chose des parties », *op. cit.*, p. 51, *spéc.* p. 61, n° 15 qui évoque le pouvoir des signataires : « leur auteur étant dépourvu du pouvoir d'ajouter aux dispositions du code de procédure civile » ; H. CROZE, « Irrecevabilité des conclusions pour violation d'une convention de procédure », *op. cit.*, « évoquant « l'intermédiaire de ceux que l'on considère ici leurs représentants naturels, soit leurs bâtonniers » ; D. CHOLET, « Institutions juridictionnelles et procédures : quelles frontières ? », *op. cit.*, p. 350 : « le bâtonnier ne pouvant les obliger en l'absence de mandat » ; C. BLERY, « Protocoles de procédure », *op. cit.*, n° 411.21, évoquant la « représentativité des signataires » et plus particulièrement la « compétence des signataires », la « compétence des chefs de juridiction », l'auteur s'interrogeant également sur leur représentativité.

<sup>1537</sup> S. GUINCHARD, « Le rapport d'obligation dans la théorie du procès », *op. cit.*, p. 367 : « Mais là encore, ces contrats n'en sont pas vraiment, en tous cas comment peuvent-ils s'imposer avec force obligatoire à des personnes, les auxiliaires de justice, qui ne les ont pas personnellement signés ? ».

<sup>1538</sup> M. HAURIUO, « Principes de droit public », *op. cit.*, p. 214 : « En la forme, on peut considérer comme politique tout contrat passé entre puissances et engageant un groupe d'hommes (...). Au fond et quant à son objet, un contrat est politique quand il crée directement de l'organisation politique (...) ». Les conventions collectives sont pour lui des contrats politiques en la forme.

## 2 - La recherche du pouvoir des signataires des contrats collectifs

Il convient de rechercher l'existence d'un pouvoir général puis spécial des principaux signataires, à savoir le barreau et la juridiction.

**372. L'absence de pouvoir général du barreau.** Mme le professeur BLERY s'est demandé, à juste titre, si l'article 18 ou 21 de la loi du 31 décembre 1971, régissant la profession d'avocat pouvait conférer au bâtonnier le pouvoir de prendre des protocoles de procédure<sup>1539</sup>.

L'article 18 évoque le pouvoir des « ordres des avocats », par l'intermédiaire des bâtonniers, de mettre en œuvre, après en avoir délibéré de manière conjointe, des solutions pour résoudre des problèmes d'intérêts communs<sup>1540</sup>. Cet article organise la coopération entre les différents barreaux d'une même cour d'appel dont les intérêts sont représentés par chaque bâtonnier, aux fins d'harmoniser les règles qui touchent à des questions communes telles que l'informatique, la formation professionnelle, la représentation de la profession, le régime de garantie, mais également la communication par voie électronique.

Le problème d'intérêt commun dont parle le texte est un problème commun à l'exercice de la profession d'avocat pouvant être en l'occurrence réglé par voie de délibération entre les barreaux. Or, la signature d'un contrat collectif ne relève pas d'un problème d'intérêt commun concernant l'organisation de la profession, mais implique de définir des règles locales de procédure, juridiction par juridiction<sup>1541</sup>. La Cour de cassation a déjà considéré que le conseil de l'ordre des avocats ainsi que son bâtonnier n'avaient pas le pouvoir de prendre des mesures dans l'intérêt des justiciables<sup>1542</sup>.

L'article 21 (al. 1 et 2) de la loi de 1971 confère la personnalité juridique au barreau. Partant, l'organe est sans doute en mesure d'exprimer sa volonté en vue de passer des actes juridiques. Pour autant, la faculté de prendre un acte collectif processuel ne peut pas trouver de fondement

---

<sup>1539</sup> C. BLERY, « Protocoles de procédure » *op. cit.*, p. 895, n° 411.21.

<sup>1540</sup> Cet article se situe parmi les dispositions qui concernent les attributions du conseil de l'ordre du barreau, organe qui a pour rôle de traiter les questions qui intéressent l'exercice de la profession et de veiller à l'observation des devoirs des avocats.

<sup>1541</sup> En revanche, en matière de convention de communication électronique, sont des problèmes communs, tout ce qui relève de l'organisation de la profession d'avocat et qui n'est pas de la procédure (gestion technique et sécurité du réseau, inscription et désinscription, signalement et règlement de pannes de réseau, création de boîtes mail, *etc.*) ; à propos de la convention marseillaise du 20 juin 2012, v. CA, AIX-EN-PROVENCE, 1<sup>ère</sup> ch. B, 2 avr. 2015, n° 12/20688 : « La délibération litigieuse se borne à autoriser le bâtonnier de l'ordre des avocats de MARSEILLE à signer une convention locale de communication électronique en harmonie avec une convention nationale de communication électronique (...). La convention elle-même avait été débattue entre le conseil de l'ordre de MARSEILLE et les représentants locaux du tribunal de grande instance de MARSEILLE ».

<sup>1542</sup> Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 21 oct. 2010, n° 09-67577, Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 16 déc. 2003, n° 01-10210 ; Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 16 juill. 1987, n° 85-15092 : « si les conseils de l'ordre peuvent réglementer les conditions d'exercice de la profession d'avocat, c'est dans la mesure où leurs décisions ne sont pas de nature à nuire au bon déroulement des procédures judiciaires ».

dans ce texte qui donne une compétence au bâtonnier pour représenter le barreau dans tous les actes de la vie civile (recruter du personnel ou recevoir des donations par exemple). Les actes civils dont parle le texte sont relatifs au patrimoine et à l'exercice des droits subjectifs du barreau, personne morale<sup>1543</sup>. Si le barreau peut prendre des actes de nature administrative ou réglementaire à travers ses organes (le conseil de l'ordre (art. 17) qui l'administre ou le bâtonnier qui le représente), c'est parce que la loi lui confère une telle prérogative afin de structurer la profession dans le ressort. L'analyse de l'article 21 ne permet donc pas d'en déduire que le barreau possède un pouvoir général d'adapter les règles de procédure localement, car cet acte n'est pas civil et subjectif, mais processuel et réglementaire<sup>1544</sup>. Accorder au bâtonnier une autorisation du conseil de l'ordre, comme cela se fait parfois en pratique, n'y change rien. Le conseil de l'ordre n'a pas non plus tel pouvoir.

### **373. L'absence de pouvoir général du barreau pour aménager la procédure d'appel.**

Depuis la réforme de la représentation devant la cour d'appel et la disparition de la profession d'avoué<sup>1545</sup>, l'article 21 de la loi de 1971 sur l'organisation de la profession d'avocat a été augmenté d'un sixième et dernier alinéa qui dispose que « l'ensemble des bâtonniers des barreaux du ressort de chaque cour d'appel désigne tous les deux ans celui d'entre eux chargé, ès-qualités de bâtonnier en exercice, de les représenter pour traiter de toute question d'intérêt commun relative à la procédure d'appel ». Désormais, ce « super-bâtonnier<sup>1546</sup> » parmi les bâtonniers élus dans le ressort de la cour d'appel devient le représentant privilégié pour faire le lien entre le chef de la juridiction d'appel et l'ensemble des avocats pour toute « question d'intérêt commun relative à la procédure d'appel ». La notion d'intérêt commun à la procédure d'appel est formulée en termes assez généraux et reste imprécise. Toutefois, il s'agit encore des questions tenant à la profession d'avocat. À la lecture de l'exposé des motifs de la loi, la discussion entre le bâtonnier du ressort désigné et la cour d'appel devrait notamment porter sur *la mise en œuvre* de la postulation et de la communication par voie électronique, en lien avec

---

<sup>1543</sup> Il représente encore juridiquement l'ordre, à l'occasion d'instances juridictionnelles qui concernent le barreau, pour conclure certains contrats (art. 17 7°), dans les manifestations ou cérémonies officielles et, plus largement, dans tous les cas où le barreau rencontre d'autres acteurs locaux de la justice ou de l'État.

<sup>1544</sup> *Contra*. S. BORTOLUZZI et alii, « Règles de la profession d'avocat », *op. cit.*, p. 157, n° 116-103 : exposant que le bâtonnier effectue « les démarches pour faire fixer les dates et les heures des audiences, des plaidoiries, des conférences et des audiences de mise en état, action incessante auprès des greffes et du parquet pour organiser plus efficacement le travail en liaison avec eux, contacts à conserver avec la présidence des tribunaux et le parquet pour assurer la concertation nécessaire à la bonne marche d'une juridiction. Il lui appartient de négocier avec les chefs de juridiction les conventions régissant le déroulement des procédures (spécialement devant les juridictions où la procédure est orale) ou déterminant la forme que doivent revêtir les dossiers remis lors des plaidoiries ».

<sup>1545</sup> L. n° 2011-94 du 25 janv. 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel.

<sup>1546</sup> M. ATTAL, « La personnalité des ordres professionnels », *op. cit.*, n° 45.

l'organisation locale de la profession et les contraintes de la juridiction<sup>1547</sup>. Le raccourci ne doit pas être fait et il ne s'agit donc pas d'aménager *les règles* de procédure tenant à la postulation et à la communication électronique. En outre, le pouvoir de « traiter » ces questions ne confère pas au bâtonnier un plein pouvoir de décision, ce dernier devant en rapporter aux autres bâtonniers de chaque ordre, eux-mêmes devant soumettre les « questions mentionnées » (ou les moyens de les régler) à la délibération de leur propre conseil de l'ordre (art. 18 al. 2). La conclusion de protocoles de procédure ne devrait donc pas relever non plus de ce fondement général propre à la procédure d'appel.

**374. Les pouvoirs généraux de la juridiction.** Le chef de la juridiction est le seul à pouvoir l'engager en signant une convention de procédure. Hormis les hypothèses en matière de communication par voie électronique<sup>1548</sup>, aucun texte ne donne expressément le pouvoir aux acteurs locaux de la justice de prendre des actes collectifs processuels. Il ne s'agit d'aucun texte contraignant, mais de quelques circulaires<sup>1549</sup> ou rapports<sup>1550</sup>.

Le chef de la juridiction prend toutes les mesures pour assurer le bon fonctionnement de la juridiction et garantir l'œuvre de justice dans son ressort. Compte tenu des textes en vigueur, il s'assure de la bonne administration des services judiciaires, du traitement courant des affaires, ainsi que du maintien de la discipline intérieure<sup>1551</sup>. *In globo*, toutes les dispositions légales tendent à donner une responsabilité au chef de juridiction en faisant de lui l'acteur principal veillant à ce qu'une bonne justice soit rendue dans son ressort. Dans un nouveau contexte de management judiciaire où les chefs de juridiction endossent de plus en plus le rôle de chef

---

<sup>1547</sup> Exposé des motifs de la L. n° 2011-94 ; il faudrait comprendre mise en œuvre des règles de la postulation, et non pas définition des modalités de la postulation. On devrait comprendre la même chose pour la communication électronique, les ordres locaux ne devant pas empiéter sur ce qui relève des pouvoirs publics étatiques : Rapport n° 139 du Sénat, P. GELARD, art. 6 : « La commission des lois de l'Assemblée nationale a adopté un amendement de son rapporteur supprimant cette extension des compétences des ordres des avocats, après avoir rappelé que l'organisation de la postulation ne relevait pas des pouvoirs d'organisation des barreaux, mais de l'autorité publique ».

<sup>1548</sup> D. du 28 déc. 2005, art. 88 et CPP, art. D. 591 ant. et A53-9.

<sup>1549</sup> Circ. JUSC1033666C du 24 janv. 2011, *op. cit.*, p. 19, évoquant des accords-cadres ; Conseil national des tribunaux de commerce, « Guide de l'instruction des affaires de contentieux devant le tribunal de commerce », août 2013, p. 11, qualifiant la démarche partenariale évoquée dans la circulaire de « conventions » ou « protocoles de procédure » de « calendrier de procédure ou contrats de procédures signés par les tribunaux de commerce et les barreaux locaux » ; circ. du 19 sept. 2012 de politique pénale de Mme la garde des Sceaux, n° 6.2 : « A cette fin, des protocoles d'accord pourront être élaborés au niveau local entre les magistrats du parquet, les juges de l'application des peines et les services pénitentiaires d'insertion et de probation afin de préciser les modalités d'application de l'aménagement de peine hors débat contradictoire (conditions de transmission des dossiers du parquet au juge de l'application des peines, critères prédéfinis...) » ; circ. du 21 avr. 2015 relative aux orientations de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement, qui propose d'ailleurs un modèle de convention de procédure en annexe ; circ. du 15 mars 2017 relative à la mise en œuvre de la justice restaurative (...), art. 5.1 : « Ce projet doit être formalisé par une convention définissant la méthodologie employée, les étapes du projet, son financement, le fonctionnement du dispositif et le rôle de chacun des acteurs ». Un modèle de convention est également annexé à la circulaire.

<sup>1550</sup> Le rapport du 31 mars 2020 du groupe de travail en charge de proposer des mesures visant à la résorption des stocks a proposé de développer les protocoles en matière de présentation des pièces et des conclusions.

<sup>1551</sup> COJ, art., R. 212-58, R. 222-1, R. 312-68 ; C. com., art. R. 722-7 ; C. trav., art. R. 1423-31 ; CJA, art. R.222-3.

d'entreprise, ils sont tenus de poursuivre leur action en tenant compte des déficiences conjoncturelles et structurelles du service public de la justice au sein de leur juridiction. Ils doivent mêler une analyse managériale tournée vers l'administration de la justice avec une analyse processuelle tournée vers l'équité des processus. Il convient de rechercher la faculté de prendre des actes de procédure collectifs dans le pouvoir des chefs de juridiction de prendre des actes juridiques contraignants compte tenu de leur devoir de définir une politique de juridiction qu'ils doivent mettre en œuvre.

### **375. La politique de juridiction, source incertaine d'un pouvoir de légiférer localement.**

Outre une politique de procédure nationale, pouvant être source de pratiques innovantes au niveau local, les chefs des juridictions civiles et administratives doivent dans tous les cas définir et décliner l'action judiciaire et processuelle qu'ils entendent mener pour administrer leur juridiction<sup>1552</sup>. Cette action se nomme la politique de juridiction. La politique de juridiction se dessine et se met en œuvre de manière de plus en plus concertée. Ce dialogue s'induit de nombreux outils de gestion récents depuis la création des assemblées de fonctionnaires et de magistrats<sup>1553</sup>.

Des méthodes de gestion existent de manière intuitive et informelle depuis longtemps en matière administrative sous l'égide du Conseil d'État<sup>1554</sup>.

En matière judiciaire, le dialogue de gestion est plus récent et s'est fortement développé avec la création du comité de gestion, du conseil de juridiction<sup>1555</sup> et des pôles de juridiction (COJ, art. R. 212-62), la désignation de magistrats coordonnateurs de l'activité juridictionnelle ou judiciaire (COJ, art. R. 312-69-3). La politique de juridiction trouve un nouvel essor avec la

---

<sup>1552</sup> L. organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, art. 21 et 24 ; O. n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 37 et 38-1 ; cette direction de l'action publique de la justice trouve son équivalent sous les articles R. 222-2 et R. 222-10 du CJA ; plus globalement, l'autorité administrative même dénuée de pouvoir réglementaire peut encadrer l'action de l'administration en émettant des lignes directrices pour assurer le cohérence du service et l'application des textes à chaque situation particulière (CE, 11 déc. 1970, *Crédit foncier de FRANCE*, CE, 4 févr. 2015, *Ministre de l'intérieur c. M. CORTEZ-ORTIZ*, n° 383267 et 383268).

<sup>1553</sup> D. n° 2008-522 du 2 juin 2008 portant refonte de la partie réglementaire du code de l'organisation judiciaire. Les assemblées générales réunissent différents membres du personnel de la juridiction. Il existe l'assemblée générale des magistrats du siège (R. 212-34, R. 312-39), des magistrats du parquet (R. 212-38, R. 312-45), des magistrats du siège et du parquet (R. 212-41, R. 312-48), des fonctionnaires du greffe (R. 212-45, R. 312-52) et l'assemblée plénière des magistrats et des fonctionnaires (R. 212-49, R. 312-56) avec des commissions plénières (R. 212-51, R. 312-58) restreintes (R. 212-55, R. 312-62). Les assemblées, selon leur composition, émettent des avis et votent sur des questions tenant à l'organisation judiciaire de la juridiction (comme le nombre et le jour des audiences correctionnelles, les critères de répartition des dossiers entre les chambres...) et étudient l'évolution de la jurisprudence, ou débattent sur les orientations adoptées par le comité de gestion et sur la situation budgétaire de la juridiction. En matière administrative, v. CJA, art. R. 222-4, art. R. 222-6.

<sup>1554</sup> Pris dans un premier temps en vertu d'objectifs quantitatifs, les projets de juridiction administratifs ont évolué vers une recherche de la qualité de la justice, impliquant des réflexions d'ordre processuel et substantiel, et plus seulement justicel.

<sup>1555</sup> D. n° 2014-1458 du 8 déc. 2014 relatif à l'organisation et au fonctionnement des juridictions de l'ordre judiciaire. Composé des chefs de cour et du directeur de greffe devant le TJ et la CA, le comité débat des questions de fonctionnement de la juridiction et éventuellement d'autres questions (COJ, art. R. 212-61 R. 312-69-2).

création, le 26 avril 2016, d'un projet de juridiction encadré par le code de l'organisation judiciaire<sup>1556</sup>. Tel qu'exposé dans les textes, le projet de juridiction doit être « définit, en prenant en compte les spécificités du ressort, des objectifs à moyen terme visant à améliorer le service rendu au justiciable et les conditions de travail dans le respect de l'indépendance juridictionnelle<sup>1557</sup>. La circulaire n'est pas plus expressive et renvoie au rapport dont la rédaction a été dirigée par madame Chantal ARENS et remis au garde des Sceaux le 2 juin 2015. Ce groupe de réflexion de la première présidente de la cour d'appel de PARIS décrit le projet de juridiction<sup>1558</sup> comme celui qui « fédère l'ensemble des magistrats du siège et du parquet, et l'ensemble des personnels d'une juridiction autour d'objectifs à moyen terme, transversaux, de nature qualitative ou organisationnelle, visant à améliorer le service rendu au justiciable ainsi que le bien-être et la cohésion des personnels. Il est matérialisé dans un écrit<sup>1559</sup> ». Le projet de juridiction suppose de définir des objectifs divisés en plusieurs actions. Il s'agit de donner une identité à la juridiction, tout en lui permettant de tendre vers une recherche constante de l'amélioration de son fonctionnement de manière pragmatique. La politique de juridiction s'inscrit dans cette nouvelle gouvernance par la base, compte tenu des moyens fournis par le sommet.

Le projet de juridiction s'inscrit dans une tendance au renforcement du concept de politique de juridiction, naturelle et nécessaire<sup>1560</sup>. Selon le rapport rédigé sous la direction de la présidente ARENS, « La politique de juridiction peut se définir comme une action ou un ensemble d'actions de pilotage institutionnel menées de manière conjoncturelle et à l'initiative ou sous l'impulsion

---

<sup>1556</sup> D. n° 2016-514 du 26 avr. 2016 relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires, art. 8 à 10.

<sup>1557</sup> COJ, art. R. 212-63, R. 312-84 ; L. BERTHIER, « La qualité de la justice », *op. cit.*, p. 425, n° 486, s. : « En définitive, "le dialogue de gestion partage avec les contrats d'objectifs le mérite d'inciter les juridictions à s'auto-auditer et à s'accorder sur des priorités et des méthodes et celui, comme son nom l'indique, de fixer un cadre organisé de discussion entre les juridictions et le gestionnaire" (...). Ainsi que le montre l'exemple de la justice administrative, la négociation semble donc devenir la règle de la gestion du système, qui conduit à responsabiliser l'ensemble de ses acteurs » ; H. PAULIAT, « L'indépendance financière de l'autorité judiciaire, gage de la qualité de la justice », *op. cit.* : « Le dialogue de gestion doit reposer sur la définition commune des enjeux stratégiques des juridictions, à partir d'une grille d'objectifs et d'indicateurs, mise en relation avec les moyens dont dispose la juridiction pour les réaliser » ; « La prise en compte de la notion de qualité dans la mesure de la performance judiciaire », L. CLUZEL-METAYER, C. FOULQUIER-EXPERT, A. SAUVIAT (dir.), *op. cit.*, p. 46, s. sur les projets de juridiction et *spéc.* p. 48, les principaux axes de cette démarche concernent : « l'amélioration de la lisibilité des décisions ; la rectitude et la cohérence des décisions ; la réduction du délai moyen de jugement (notamment en déterminant pour chaque chambre le délai de référence de traitement des affaires urgentes ou identifiées comme prioritaires) » v. plus concrètement le projet de juridiction 2012-2014 de la cour administrative d'appel de PARIS, disponible sur <http://paris.cour-administrative-appel.fr>.

<sup>1558</sup> Le projet de service est plus étroit en ce qu'il implique l'action concertée ou dirigée d'un seul service de la juridiction, comme une chambre d'un tribunal.

<sup>1559</sup> « Le projet de juridiction », C. ARENS (dir.), rapport remis à la DSJ, 2 juin 2015, p. 9.

<sup>1560</sup> *Ibid.*, p. 10 et 11 : Comme « le soulignent les procureurs généraux dans leur contribution écrite, bien des juridictions développent des actions participant des objectifs thématiques que sont l'amélioration du service rendu au justiciable et le "travailler ensemble" (...). Elle a révélé que les juridictions ont développé cet outil ou un outil comparable, en dehors de tout cadre méthodologique. Sur 205 juridictions interrogées, 179 juridictions ont répondu à l'enquête (87%), près d'une juridiction sur deux (83) indique avoir élaboré un projet de juridiction et plus de 8 juridictions sur 10 indiquent avoir élaboré un projet de juridiction ou des actions transversales ».



des responsables de la juridiction ». La politique de juridiction relève du pouvoir de direction des chefs de juridiction. Elle ne s'inscrit pas comme le projet de juridiction dans une pure transversalité des actions à moyen terme et dans le dialogue de gestion.

La politique de juridiction est de nature plus générale, et plus verticale dès lors qu'elle traduit l'orientation donnée par les chefs de juridiction à court terme comme à long terme. Il existe ainsi une organisation politique de la juridiction fondée, à la fois, sur la direction unilatérale du chef de juridiction et sur la direction concertée entre magistrats et autres fonctionnaires et agents du ressort. Cela s'explique par une volonté d'autonomiser les juridictions du fond d'un point de vue institutionnel<sup>1561</sup>, dans le but d'améliorer les conditions de travail des professionnels de la justice et la qualité du service public rendu aux justiciables.

**376. La politique de juridiction : concept obscur.** Si pour L'IHEJ et le CSM, le projet de juridiction peut prévoir des missions transversales touchant à la politique juridictionnelle<sup>1562</sup>, le rapport ARENS retire cela de son champ d'action<sup>1563</sup>. Les membres à l'origine du rapport soutiennent que c'est à l'échelle inférieure que devrait se dessiner la pratique juridictionnelle, c'est-à-dire au niveau des projets de service. En toute hypothèse, la pratique juridictionnelle consiste en l'uniformisation de l'acte du juger, de la jurisprudence et donc concerne la mise en œuvre du droit substantiel pour les justiciables. Les pratiques processuelles, au sens d'application des règles techniques de procédure, ne semblent donc pas intégrées dans le projet - et donc la politique de - juridiction<sup>1564</sup>.

---

<sup>1561</sup> *Ibid.*, p. 35 : « De même, instrument de dialogue social, il supposerait son inscription dans un mouvement de déconcentration - qui ne semble pas à l'ordre du jour - pourtant seul à même de fournir aux responsables locaux, chefs de cour et de juridiction, les marges de manœuvre et la visibilité indispensables à toute négociation effective, en interne comme avec les partenaires ».

<sup>1562</sup> *Ibid.*, p. 9 : « Le développement de projets de service ou de juridiction (...) est, pour les chefs de juridiction, l'outil le mieux adapté pour dépasser les clivages habituels résultant de l'éclatement des tâches juridictionnelles entre chambres et services (...) : il peut être limité au domaine juridictionnel comme par exemple la politique mise en œuvre au service des affaires familiales en matière d'audition de l'enfant ou de médiation familiale ou porter sur des aspects fonctionnels comme l'accueil du public, l'implantation géographique des services... » , v. aussi, CSM, « Avis de la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature du 26 novembre 2014 ».

<sup>1563</sup> « Le projet de juridiction », *op. cit.*, p. 10 et 25 : « Les thèmes, qui n'entrent pas dans le champ du juridictionnel, se dégagent notamment des objectifs recherchés : la qualité du service rendu au justiciable et la communauté de travail », v. p. 76 : « En second lieu, pour l'USM, le projet doit définir des objectifs qui concernent la juridiction dans son ensemble, en tant que communauté de travail. Il ne doit pas empiéter sur le domaine juridictionnel qui relève des seuls magistrats (...). Ces sujets, s'ils nécessitent une harmonisation dans les pratiques locales, doivent être débattus lors des réunions de service ou des regroupements fonctionnels qui sont régulièrement organisés au sein des tribunaux ou des cours, dans le respect, bien sûr, de la liberté de décision de chaque juge. Tout ce qui relève du pouvoir décisionnel du magistrat doit être exclu du projet de juridiction ».

<sup>1564</sup> *Ibid.*, p. 95 : il sert « essentiellement à harmoniser les pratiques des pôles ou services du tribunal pour assurer plus de cohérence à leurs actions et permettre "la constitution d'une jurisprudence concrète plus prévisible et plus cohérente" », « il ne peut être question d'empiéter sur le pouvoir juridictionnel des magistrats ni de limiter en quoi que ce soit leur indépendance (...) mais les magistrats peuvent organiser les modalités de traitement de tel ou tel contentieux, confronter leurs pratiques qui peuvent rester isolées et ignorées des autres magistrats, y compris au sein de la même juridiction ».

Pourtant, le rapport ARENS explique que les actions relevant de la politique de juridiction sont la déclinaison d'objectifs prédéfinis qui « nécessite la participation de partenaires de la juridiction, un groupe de travail *ad hoc* est à constituer. Ses travaux peuvent trouver leur traduction dans la signature de conventions ». L'administration locale de la justice est menée de façon plus déconcentrée, plus concertée et mieux organisée, c'est la clé de voûte des institutions juridictionnelles de demain. Les politiques de justice locale et nationale prévoient le plus souvent des actions de sauvetage et de maintien des institutions à la place d'actions d'amélioration<sup>1565</sup>. Leur but est de parvenir à *l'œuvre de justice possible*, compte tenu des moyens humains et matériels à disposition. En cela, nul doute que les protocoles font au moins un peu partie d'une politique de gestion, notamment lorsqu'ils ont vocation à dynamiser le cadre procédural de l'instance. Cependant, la politique de juridiction est un concept de gestion, d'ailleurs encore assez vague ; ce n'est pas un texte normatif et il concerne l'administration de la justice avant la définition d'un cadre processuel normatif.

Malgré tout, nous avons démontré que les procédures et les processus administratifs de la justice sont liés, l'un ne pouvant plus s'envisager sans l'autre. Ainsi, la politique de juridiction serait, à défaut d'être un fondement de droit positif, le fondement axiologique qui justifie la conclusion de protocole processuel. La politique de juridiction procède elle-même d'une conception plus large<sup>1566</sup> de la bonne administration de la justice<sup>1567</sup>, qui découle des textes et de la

---

<sup>1565</sup> E. CAMOUS, « La politique de juridiction, nouvelle réalité d'une justice qui pense gestion et Performance », *op. cit.*, n° 20 et 23 : « Or les politiques de juridiction demandent plus tout en relevant d'un pilotage par le bas qui ne dispose pas courroie de transmission directe avec ceux qui assurent un pilotage par le haut. C'est pour cela qu'aussi volontaristes et pertinentes qu'elles soient, elles ne peuvent que se limiter à des projets de service contraints là où le contact direct avec la justice du quotidien peut inspirer des idées plus denses et plus novatrices ».

<sup>1566</sup> H. PAULIAT, « Bonne administration de la justice, bonne justice ? », *op. cit.* : « la bonne administration de la justice est-elle une notion fonctionnelle remplissant essentiellement un rôle procédural, ou est-elle l'amorce d'un principe général de qualité applicable au service public de la justice ? », J-M. SAUVE, « Diriger une juridiction : perspectives comparées », 20 juin 2017, ENM, sur conseil-etat.fr, n° 1 et 2 : « La justice dans son ensemble doit par conséquent plus que jamais se soumettre à un impératif de bonne administration afin d'être en mesure de rendre des décisions de qualité ».

<sup>1567</sup> Strictement conçue, l'administration de la justice serait une notion-justification ; largement conçue, elle serait une notion-action. La première, appréciée de manière plus fonctionnelle, aurait un impact sur les procès en ce qu'elle serait utile pour éviter ou moduler l'application malvenue des règles de procédures ; la seconde, plus conceptuelle, permettrait de comprendre plus abstraitement ce que doit être la justice idéale à un moment donné, les critères qui représentent une bonne justice bien administrée. Par exemple, l'article 706-71 CPP permet, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de recourir à un moyen de télécommunication visuelle. D'un côté, on songe à l'impact processuel sur les droits du procès équitable entre respect des droits de la défense et plus particulièrement au droit du contradictoire, à la publicité des débats, au droit de bénéficier de l'assistance de son avocat, mais aussi à l'amélioration de la procédure et sa célérité. De l'autre côté, on songe aux considérations plus justicielles comme le coût de la mesure prise pour transférer une personne détenue au palais de justice pour son audition et aux délais de traitement des affaires.

jurisprudence<sup>1568</sup> et devient même un principe à valeur constitutionnelle pour justifier l'édiction de certaines mesures processuelles par le législateur<sup>1569</sup>.

**377. Des contrats collectifs auto-poïétiques.** L'autopoïèse est la propriété d'un système (juridique) à se produire lui-même dans un environnement donné. Aucun texte de loi ne confère un pouvoir général aux acteurs de la justice (barreau et juridiction essentiellement), afin de prendre des contrats collectifs de procédure pouvant déroger<sup>1570</sup> aux règles étatiques des pouvoirs publics<sup>1571</sup>. La conclusion de tels protocoles apparaît de plus en plus consubstantielle à la fonction d'administrer la justice au niveau local, dans une optique de *new management* et de déconcentration. Ainsi, les acteurs locaux, dotés d'une mission de service public, sont naturellement enclins à prendre des actes juridiques en vue d'améliorer le cadre processuel local, conformément à une politique de juridiction établie. En l'absence de disposition textuelle générale prévoyant la faculté de définir un cadre local de procédure, il convient de codifier expressément ce pouvoir - presque naturel -.

## § 2 - Le consentement au contrat processuel

Le consentement des parties au contrat processuel doit être assuré au cours de la phase précontractuelle où elles « se rapprochent en vue de négocier la conclusion d'un futur contrat

<sup>1568</sup> La bonne administration de la justice est un standard, mais un standard doté d'une certaine justiciabilité. Il est invoqué ou utilisé par les juges comme « principe », afin d'ajuster ou d'éviter l'application de la règle de procédure à la situation abstraite ou concrète analysée. Les juridictions déterminent s'il y a eu une atteinte à la bonne administration de la justice (parfois caractérisée comme principe), concernant la compétence du Conseil d'État (CE, 25 avr. 2001, *Association choisir la vie*, n° 216521), concernant la représentation obligatoire (CE, 21 déc. 2001, *M. et Mme HOFMANN*, n° 222862), pour la réouverture de l'instruction (CAA, LYON, 3<sup>ème</sup> ch., 21 févr. 2013, n° 1202328), pour le refus de surseoir à statuer (CAA, PARIS, 8<sup>ème</sup> ch., 20 juin 2019, n°1722649), sur la perte du recours à défaut de notification du jugement (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, n° 99-19488) et, sans toutefois parler de principe, à propos de la péremption d'instance (Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 16 déc. 2016, n° 15-27917) ou des mentions de la déclaration d'appel (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 2 juill. 2020, n° 19-16954), pour la restriction du droit d'appel en matière de police (Cass. crim., 17 févr. 2015, n° 14-80770). La bonne administration de la justice peut être invoquée devant l'autorité constitutionnelle qui n'est pas, à l'instar des juges du fond, tenue d'y répondre, car ce mécanisme reste une soupape de sécurité discrétionnaire (D. QPC n° 2010-77, 10 déc. 2010 : « la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, qui découle des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution »), D. DC n° 2019-778 du 21 mars 2019 sur la L. de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice qui se fonde sur l'objectif de bonne administration de la justice de nombreuses fois : §22, §71, §96, §233, §238, §316, §317, § 321, § 374 v. aussi pour l'intérêt d'une bonne administration de la justice, §31, §252, §257, §260, §280.

<sup>1569</sup> Et que le législateur n'hésite plus à utiliser directement, v. L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 63 III, à propos de la cour criminelle qui a été expérimentée ; P. DE MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cah. Cons. constit.*, n° 20, juin 2006 : « Les objectifs de valeur constitutionnelle déterminent la conduite du législateur de manière impérative, car ils commandent plus qu'ils ne recommandent. Ce caractère prescriptif se manifeste par leurs fonctions normatives d'interdiction, d'obligation et de permission ».

<sup>1570</sup> En l'absence de pouvoir attribué par la loi, justement, les auteurs des protocoles affirment que le contrat collectif est simplement un guide de bonnes pratiques. Pourtant, eu égard aux normes créées pouvant influencer les acteurs d'un procès, il y a lieu de ne plus rester muet sur ce pouvoir immanent des acteurs de la justice.

<sup>1571</sup> On pourrait toutefois songer aux textes du code civil posant la liberté contractuelle, mais cela serait abusif, car le contrat collectif n'est pas un contrat permettant de réaliser un échange économique, mais de créer du droit procédural à destination d'autrui.

dont elles envisagent ensemble le contenu et leurs modalités<sup>1572</sup> ». Le consentement doit être donné de façon libre et éclairée, qu'il s'agisse d'un contrat individuel (I) ou d'un contrat collectif (II). L'information précontractuelle est la clé de voûte d'un consentement éclairé en matière de contrat processuel. En matière de contrat individuel, l'obligation d'information précontractuelle doit mettre les parties au conflit en mesure d'avoir connaissance de leurs droits processuels. En matière de contrat collectif, la négociation collective est le fondement de la concertation des acteurs de la justice locale. Cette concertation doit demeurer libre et éclairée dans le but d'éviter que les protocoles ne soient l'œuvre de la partie la plus puissante, la juridiction.

### **I – Le consentement au contrat processuel individuel**

**378. L'intérêt d'une protection de la volonté.** Le consentement (la volonté) a un rôle mineur dans l'édition des actes processuels, dans la mesure où la forme de l'acte prédomine sur le fond et que la protection s'apprécie au niveau des effets de droit qui s'imposent à l'adversaire et non pas du côté de celui qui en est l'auteur. Pourtant, il y a toujours une volonté qui décide à la base d'un acte processuel et qui peut ne pas être saine (CPC, art. 117). Le risque est donc encore plus grand en matière de contrat processuel, où la volonté doit en rencontrer une autre, en vue d'établir des normes concertées qui s'appliqueront à ceux qui les ont créées. Les normes processuelles doivent donc être convenues en pleine connaissance de cause.

Certains contrats de procédure sont considérés comme des actes « graves » et le consentement mérite d'être protégé. Par exemple, le consentement donné par les parties ayant conclu une clause compromissoire conduit à l'éviction du juge. Ce consentement peut être litigieux, tant au niveau de son application, que de l'interprétation, quand la convention est mal rédigée, obscure, ou inopposable à certaines catégories de personnes (salariés ou consommateurs).

Certaines opérations contractuelles seront plus risquées que d'autres. Par exemple, la convention de retrait du rôle est moins grave que la convention précédente faisant obstacle à la saisine du juge étatique. Une fois que le retrait du rôle est prononcé, même si l'acte à la base peut être vicié, la partie dont le consentement est défaillant peut demander, seule, la réinscription au rôle dans la limite du délai de péremption de l'instance de deux ans.

---

<sup>1572</sup> B. FAGES *in* « Lamy droit du contrat », 2016, *Wolters Kluwer FRANCE*, p. 51, n° 114 ; Sur la négociation en général, I. BEYNEIX, L-C. LEMMET, « La négociation des contrats », *op. cit.*

En outre, situé sur le plan processuel, qui est le reflet des droits substantiels en conflit, le consentement donné à un contrat processuel peut rapidement faire l'objet d'une tactique procédurale. Par exemple, la conclusion d'une convention de procédure participative en cours d'instance peut s'avérer dangereuse : une fois que le juge est saisi, la conclusion de la convention peut emporter renonciation aux exceptions de procédure et fins de non-recevoir<sup>1573</sup>. Le risque de déloyauté de la partie adverse est tout de même réduit par le fait que chaque litigant sera en pratique assisté par son avocat lors de la conclusion de la procédure participative (C. civ., art. 2064)<sup>1574</sup>.

Si les pouvoirs publics souhaitent faire progresser le contrat dans le procès, la protection du consentement, comme dans tout contrat, devient une donnée essentielle. Plus les acteurs du procès sont autonomes pour définir l'action procédurale, plus les risques de perturbation du consentement ainsi que des conflits de procédure risquent d'émerger. Des mécanismes correcteurs devront nécessairement suivre. Il est possible de garantir l'existence d'un consentement pur et parfait, pour que l'acte contractuel soit pleinement efficace et permette de satisfaire le désir de justice des justiciables. Il ne s'agit pas seulement d'éviter que le consentement soit vicié. En renforçant la protection du consentement, il devient également plus facile de libérer la validité et l'efficacité de certains contrats processuels que la loi est réticente à consacrer.

Le contrat processuel ne doit pas être un acte risqué qui génère un contentieux adjacent. Il faut prévenir, et non guérir. Le contrat processuel individuel constitue l'entente sur un litige. Autrement dit, le contrat processuel est un moment d'équité processuelle bâti sur une souche d'iniquité substantielle. Il peut donc facilement constituer une œuvre de méfiance voire de défiance. Au-delà du pur vice de consentement (erreur, dol, violence), le consentement processuel doit être donné de manière parfaitement saine.

---

<sup>1573</sup> CPC, art. 1546-1 al. 2, qui initialement envisageait une renonciation de plein droit du fait de la conclusion de la convention. La renonciation est désormais conditionnée au consentement des parties. Les avocats des défendeurs étaient frileux à conseiller la conclusion d'une convention de procédure participative en cours d'instance. Ce frein à la conclusion est donc levé.

<sup>1574</sup> Toutefois, la convention conclue sans l'assistance de son avocat pourrait rester valable, ce n'est pas une condition de validité, ni de forme (C. civ. art. 2063 et CPC, art. 1545), bien que l'assistance par l'avocat soit consubstantielle à une telle convention. En toute hypothèse, c'est le justiciable qui contracte, non son avocat. Ainsi, le demandeur sachant sa demande irrecevable a tout intérêt à obtenir une renonciation de l'adversaire aux fins de non-recevoir.

**379. La protection du consentement éclairé et l'obligation d'information processuelle.**

L'obligation d'information processuelle et le consentement sont rarement abordés par la doctrine<sup>1575</sup>. Elle est pourtant primordiale, chaque acteur du conflit devant être raisonnablement mis en mesure de connaître ses droits et devoirs processuels. Elle est fondamentale alors que les contrats processuels se développent dans nos procédures de règlement des conflits de plus en plus ouvertes à la discussion contradictoire<sup>1576</sup>.

L'information processuelle est essentielle à la viabilité et l'efficacité des contrats processuels. Leur formation devrait reposer sur un échange d'informations processuelles minimales au moment de la conclusion de l'acte, ou en amont, lors d'une phase d'orientation processuelle entre les parties en conflit.

L'information processuelle est un devoir qui oblige le cocontractant à mettre l'autre en mesure de prendre connaissance des conséquences procédurales de l'engagement proposé. Il ne s'agit pas tant d'interpeller les parties sur l'objet du contrat, le contenu procédural, que de les alerter sur les conséquences juridiques des normes envisagées. Par exemple, la conclusion d'un compromis d'arbitrage obligerait la partie, sur qui pèse l'obligation d'information, à prévenir l'autre que les normes produites excluent la saisine du juge étatique et conduisent à une sentence réglant définitivement leur conflit.

**380. Le contenu de l'obligation d'information processuelle.** L'information processuelle signale les conséquences juridiques produites par les normes contractuelles sur les droits et devoirs processuels de chaque partie au conflit. Elle permet aux parties au contrat processuel de prendre conscience des enjeux de l'aménagement contractuel. Ce sont donc principalement les conséquences du choix de l'aménagement contractuel qui devraient être clairement exprimées. Les conséquences processuelles représentent les effets juridiques issus de l'existence des normes contractuelles. Ces conséquences découlent de l'existence même de l'engagement et de la loi, et sont la suite logique de la volonté manifestée des cocontractants.

Par exemple, lors de la conclusion d'un contrat de médiation, les parties vont se mettre d'accord sur le principe de la médiation, choisir le médiateur, la durée du processus, le rôle du médiateur.

---

<sup>1575</sup> Pourtant, bien évidemment, la qualité du consentement dépend de l'information reçue, v. S. AMRANI-MEKKI, « Propos introductifs », *JCP G.*, supplément au n° 7-8, 17 févr. 2021, p. 9, qui évoque la parfaite information des parties au conflit sur leurs droits et le respect de l'égalité, et du même auteur, « Les conventions relatives au procès. Retour sur la notion de consentement » in « Les coutures du droit », Mél. P. THERY, *LGDJ, DALLOZ*, 2022, évoquant la consistance du consentement et son efficacité.

<sup>1576</sup> L'exemple topique est celui de la procédure pénale, v. L. n° 2021-1729 du 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, notamment la modification de l'article 276-1 CPP sur l'accord sur la liste des témoins et des experts.

Il s'agit là du contenu normatif du contrat processuel de substitution et de dérivation. L'obligation d'information repose sur ce que les parties n'ont pas envisagé dans le contrat, à savoir les conséquences des normes contractuelles et l'application du droit étatique en résultant. Les parties devraient donc se préciser quels sont leurs droits et devoirs sur le processus : la faculté de quitter le processus à tout moment ; l'accord de fin de conflit n'est pas une issue irrémédiable, mais il sera obligatoire s'il est conclu, voire exécutoire s'il est homologué ; la révélation des liens éventuels entre une partie et le médiateur ; les conséquences de l'évitement temporaire de l'action en justice sur la saisine du juge, le délai de prescription ; et toute autre information utile. En pratique, le médiateur (ou conciliateur) est déjà ce tiers ayant la faculté de rappeler ces informations et d'expliquer le processus. Nonobstant, la protection du consentement, qui doit se concevoir pour tous les contrats processuels, ne sera efficace que si l'obligation d'information pèse sur les parties avant la conclusion de l'acte obligatoire, afin d'éviter que certains intérêts ne soient ultérieurement lésés<sup>1577</sup>. En matière de contrats processuels de substitution, la question du coût du processus peut également être déterminante du consentement, et diverses solutions de financement existent<sup>1578</sup>.

L'information sur les conséquences processuelles est d'autant plus importante quand la procédure est subie, comme en matière pénale. La délivrance de l'information devrait reposer sur le ministère public au moment où l'acte conventionnel est envisagé. La délivrance de telles informations serait très utile en matière de composition pénale et de convention judiciaire d'intérêt public, en amont desquelles un cadre processuel permettrait à la personne suspectée de prendre conscience de son engagement et de ses droits processuels sur le processus.

Il s'agirait de construire un régime juridique qui protège le consentement plus amplement et qui sanctionne le défaut d'information par le parquet, au moyen de la nullité du contrat processuel et des actes de procédure qui en découlent.

Lorsque l'accord processuel est fugace (on pense aux accords de déviation processuelle essentiellement), sa conclusion et son exécution se réalisent en un trait de temps. Ce sont des

---

<sup>1577</sup> Pour reprendre l'exemple de la médiation, quand celle-ci est judiciaire, l'impact sur le déroulement de la procédure étatique mériterait d'être précisé : en matière d'appel, la décision d'ordonner une médiation emporte interruption des délais pour conclure (CPC, art 910-2) et il peut arriver que des informations processuelles incomplètes données par un tiers aient de graves conséquences sur la poursuite du procès, not. sur la fin de la médiation et l'interruption des délais pour conclure, v. CA, TOULOUSE, 3<sup>ème</sup> ch. 5 mars 2021, n° 20/00384 et le rapport sur « La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends », CA PARIS, LE MANS Université (dir.), mars 2021.

<sup>1578</sup> Not. en arbitrage, v. « L'argent dans l'arbitrage », W. BEN HAMIDA, T. CLAY (dir.), *Lextenso Éditions*, 2013. Le coût de l'arbitrage est fréquemment objet de litige, en termes d'accès à la justice (M. DE FONTMICHEL, « L'insolvabilité du liquidateur face à l'efficacité de la convention d'arbitrage, *JCP G.*, n° 39, 26 sept. 2016, 1002) et de nullité de l'acte : CA, PARIS, 19 oct. 2021, n° 18/01254.

contrats instantanés qui ne conduisent pas au changement de voie processuelle, mais l'information processuelle n'est pas à négliger. Par exemple, une clause de compétence devrait préciser que le recours au juge naturel (celui du défendeur) est évincé au profit de celui désigné contractuellement, ce qui peut impliquer diverses conséquences en termes d'accès géographique au juge et de frais d'avocats (frais de postulation et de déplacements).

L'information processuelle devrait alerter sur le changement de voie processuelle quand il s'agit d'un contrat de substitution, le juge étant souvent évincé, et sur les conséquences de l'aménagement ponctuel de procédure quand il s'agit d'un contrat de dérivation. Le contenu précis de l'obligation d'information est à définir en général. Tout contrat processuel devrait au moins conduire l'une des parties à informer l'autre que certains pans du droit positif relatifs à l'objet de l'acte sont exclus et, le cas échéant, que le recours au juge et au jugement est empêché provisoirement ou définitivement. Autrement dit, il s'agit de délivrer une information raisonnable sur le droit d'agir, sur le déroulement de la procédure et l'accès au jugement. Plus concrètement, tout dépend de l'objet de la norme contractuelle et de ses conséquences sur l'action en justice, l'instance et le jugement. Un contrat sur l'enquête pénale, en vue de parvenir à une convention judiciaire d'intérêt public, devrait conduire le ministère public à informer la personne morale mise en cause que cette enquête peut être complétée d'une enquête judiciaire, que les preuves découvertes peuvent, si les parties n'ont pas précisé le contraire, servir à fonder les poursuites ultérieures, notamment celles des personnes physiques dirigeantes et que la coopération pourra être appréciée pour réduire l'éventuelle sanction négociée<sup>1579</sup>. Plus simplement, un contrat sur la fixation de l'objet du litige véhiculé par requête conjointe devrait conduire les parties à s'informer de l'impossibilité de soulever de nouvelles demandes ultérieurement. Un droit spécial des contrats processuels pourrait aménager ultérieurement les règles du droit commun procédural, compte tenu des spécificités propres à certains contrats.

**381. Le débiteur et le sens de l'obligation d'information processuelle.** L'article 1112-1 du code civil peut servir de modèle de référence pour comprendre les exigences en matière de négociation et d'information précontractuelle (bien que nous prônions sa non-applicabilité en droit processuel<sup>1580</sup>). Il s'en évince que l'information essentielle est celle détenue par un co-contractant et qui est déterminante du consentement de l'autre, qui l'ignore légitimement ou

---

<sup>1579</sup> O. CLAUDE, « L'enquête interne et la convention judiciaire d'intérêt public », *AJ pénal*, 2020, p. 564.

<sup>1580</sup> En effet, l'information de cet article concerne d'abord des informations relatives à l'obligation civile et à l'objet de cette obligation. L'obligation d'information du contrat civil est taillée pour l'échange économique, ce que n'est pas la norme processuelle issue d'un contrat sur la procédure.



parce qu'il fait confiance à ce premier<sup>1581</sup>. En outre, l'information déterminante doit avoir un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat et la qualité des parties. En matière processuelle, la communication de l'information brute doit reposer sur un devoir de renseignement<sup>1582</sup>.

Quand les parties sont sur un pied d'égalité et que le litige n'est pas encore né, il est loisible de considérer qu'elles se font mutuellement confiance, chacune devant spontanément informer l'autre des conséquences processuelles de l'acte juridique. C'est l'hypothèse de l'insertion d'une clause de conciliation préalable dans un contrat substantiel. Les parties devraient s'informer mutuellement que la clause retardera la saisine du juge.

Lorsque le litige est né, c'est celui qui compte agir pour faire valoir ses droits substantiels ou qui propose le contrat processuel qui doit être chargé de délivrer l'information à l'autre partie. Par exemple, un contrat sur l'organisation de la mise en état judiciaire devrait mentionner, dans son *instrumentum*, que l'instruction du litige par les parties exclut en principe et momentanément le recours au juge et aux mesures d'instruction judiciaire, ce dernier pouvant toutefois être saisi de difficultés tenant à l'exécution du contrat de mise en état si les parties l'ont décidé. La délivrance de l'information processuelle serait en outre aisément assurée lorsque les parties sont toutes assistées de leurs avocats.

Il est possible de prévoir un mécanisme d'information à double détente pour sécuriser le processus d'information et, plus particulièrement, le contenu de l'information, quand le contrat processuel envisagé n'est pas nommé et assorti de règles spéciales.

L'acteur du conflit en posture de demandeur pourrait délivrer une information processuelle spontanée à l'autre, puis le mettre en demeure de solliciter, s'il l'ignore, un complément d'information sur telle ou telle conséquence procédurale de l'acte. À défaut de plus amples informations sollicitées, le demandeur serait simplement présumé avoir raisonnablement informé l'autre partie. Ce mécanisme serait juste et ne conduirait pas à couvrir la carence du demandeur, à défaut de plus amples sollicitations du potentiel défendeur.

Souvent, une partie au contrat processuel peut être considérée comme faible (consommateur, salarié, personne suspectée, administré) et, dans ce cas, la partie forte doit être toujours porteuse de l'information processuelle, parce que l'autre est justement considérée comme faible et

---

<sup>1581</sup> C'est le cas lorsque les parties sont en relation d'affaires constante ou qu'elles ne sont pas sur un pied d'égalité juridique.

<sup>1582</sup> M. FABRE-MAGNAN, « De l'obligation d'information dans les contrats », LGDJ, réed., 2014.

qu'elle est présumée légitimement l'ignorer. Cela est encore plus flagrant lorsque la partie - faible - n'est pas assistée d'un avocat. Dans le cas contraire, l'acte contresigné par avocats pourrait être un bon moyen de garantir et de prouver la délivrance de l'information processuelle.

Lorsque le contrat processuel est un contrat d'adhésion, ou qu'il est inséré dans l'*instrumentum* d'un contrat d'adhésion, il pourrait ne pas être considéré comme valide, si telle ou telle information abstraite n'était pas exprimée. L'objectif est alors de pallier le défaut de négociation.

La protection du consentement processuel au moment de la formation du contrat processuel devrait donc permettre d'éviter, puis de corriger certaines dérives issues des contrats négociés avant la naissance du litige, et même postérieurement<sup>1583</sup>. L'information à donner doit être une information déterminable, individuelle, qui découle de l'objet de l'acte, et non une information générique, trop générale et déterminée par principe (par exemple en matière bancaire « un crédit vous engage... »). Pour aller plus loin, une clause de rétractation ou de dédit pourrait accompagner certaines clauses processuelles. Il faudrait, dans ce cas, que la pratique limite les conditions de mise en œuvre de ces clauses et/ou prévoit des délais assortissant la faculté de retrait, afin de ne pas nuire à l'efficacité des conventions de procédure déjà fragile.

**382. Les vices du consentement.** L'erreur, le dol et la violence sont peu utiles en droit processuel et, plus particulièrement, en matière de contrats processuels<sup>1584</sup>. D'une part, en pratique, la caractérisation de tels vices est peu fréquente, voire inexistante en l'absence de valeur économique de l'objet du contrat. En outre, la représentation par avocat obligatoire est de nature à réduire les risques. D'autre part, si l'engagement doit être donné de manière libre et

---

<sup>1583</sup> La sanction du défaut de consentement par les parties pourrait seulement conduire à l'inopposabilité de la clause. Par exemple, une clause compromissoire conclue entre un employeur et un salarié serait valable en droit interne, s'il est précisé, pour le salarié, les conséquences du choix de la justice arbitrale, c'est-à-dire les conséquences concernant l'accès à la justice et au juge, le coût potentiel de l'arbitrage, le caractère juridictionnel de la sentence qui équivaut à un jugement, la façon de procéder si l'arbitrage est *ad hoc* ou institutionnel, etc. L'employeur pourrait préciser contractuellement qu'il s'engage à prendre en charge tous les frais de l'arbitrage ou, du moins, en faire l'avance, à charge pour le tribunal de rectifier cela s'il est équitable d'ordonner le partage. Par-là, toute clause compromissoire serait valable et efficace à moins que l'information n'ait pas été donnée. Dans ce dernier cas, la clause resterait inopposable au salarié qui pourrait choisir de s'en départir. Parce que le contrat processuel peut constituer un piège de procédure, l'information est importante et doit être sanctionnée aussi fortement quand les parties passent un compromis d'arbitrage une fois que le litige est né ; v. E. LOQUIN, « L'incertain fondement de l'inopposabilité au salarié de la clause compromissoire dans les contrats de travail », *RTD com.*, 2021, p. 541 ; E. LOQUIN, « La création d'un droit spécifique de l'arbitrage international des litiges de la consommation », *RTD com.*, 2021, p. 529 et sur l'ensemble de la question, M. DE FONTMICHEL, « Le faible et l'arbitrage », *Economica*, 2013.

<sup>1584</sup> En témoignent les hypothèses propres au plus connu des contrats processuels, J-B. RACINE, « Droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 118, n° 150 : Il est tout à fait envisageable qu'une convention d'arbitrage soit nulle si la preuve d'un vice d'un consentement est apportée. C'est chose difficile, mais possible », la jurisprudence contenant de rares exemples relatifs à l'erreur, alors que, pour le dol et la violence : « ils sont abstraitement susceptibles d'aboutir à l'annulation d'une convention d'arbitrage. Cependant, il n'existe, à notre connaissance, aucun exemple jurisprudentiel en la matière ».

éclairée, le dol et la violence, qui causent l'erreur sur la teneur de l'engagement ou contraignent de manière illicite une partie à s'engager, ne sont pas des moyens de nullité nécessaires, l'obligation d'information processuelle pouvant aisément comprendre ce qui relève du dol et de l'erreur, dans ses ramifications. Enfin, la faute du co-contractant dans la délivrance de l'obligation précontractuelle suffirait, en toute hypothèse, à priver de validité le contrat processuel si, au-delà de la clarté du consentement, elle nuisait à sa liberté.

**383. La sanction du manquement à l'obligation d'information processuelle<sup>1585</sup>.** La sanction du défaut d'information précontractuelle doit être proportionnée. Le non-respect peut être réparé selon deux voies. Soit, l'obligation d'information est un élément de validité du contrat processuel, soit elle ne peut causer qu'un préjudice qui nécessite une sanction sur le plan processuel (prise en charge des frais de procédure, par exemple). Dans les deux cas, le défaut d'information ne peut pas automatiquement générer la nullité de l'acte, à moins que la loi ne le prévoie expressément, ni engager la responsabilité du débiteur de l'information défaillant. Il est donc nécessaire de caractériser, en principe, un consentement qui n'est pas donné de manière saine ainsi qu'un préjudice en lien avec la faute tirée du défaut d'information.

La première voie est la plus stricte. Elle s'avère assez peu praticable pour plusieurs raisons. En premier lieu, à raisonner sur l'hypothèse d'un droit commun du contrat processuel, le contenu de l'obligation d'information processuelle ne sera pas déterminé et fixe pour tout type de contrat. Un texte peut prévoir, au cas par cas, que telle ou telle information doit être écrite à peine de validité, mais cela ne sera pas toujours le cas, ni la solution la plus opportune<sup>1586</sup>. En deuxième lieu, imposer une telle obligation, à peine de validité du contrat, à propos de certains accords processuels qui sont déjà réglementés et qui ne l'imposent pas (comme l'arbitrage, la convention de procédure participative) serait de nature à nuire à l'attractivité ou au développement tant espéré des mécanismes alternatifs à la justice étatique<sup>1587</sup>.

---

<sup>1585</sup> La responsabilité en matière procédurale sera développée ultérieurement avec l'examen du contrôle de la validité de l'acte, v. *infra* n° 427, s, il s'agit, à ce stade, comme le fait l'article 1112-1 du code civil, de prévoir les garanties tenant au respect de l'obligation d'information, sans plus de développements techniques.

<sup>1586</sup> Parfois, le contenu de l'information processuelle est déterminé par la loi (par ex. CPP, art. R. 15-33-38, s.), la sanction doit être également spécialement déterminée. Dans ce cas, la nullité de l'acte est la sanction plus propice quand il est conclu sans que l'information processuelle n'ait été délivrée par le débiteur et quand le créancier n'a pas été en mesure d'en prendre connaissance.

<sup>1587</sup> « Les nouveaux marchés de l'arbitrage : vers une privatisation de la justice », *JCP G.*, supplément au n° 7-8, 17 février 2021.

En troisième lieu, la nullité du contrat pourrait se combiner difficilement avec la nullité de l'acte de procédure portant ce contrat, à moins d'établir clairement que la nullité de l'acte intellectuel est différente de la nullité dans sa dimension matérielle.

En quatrième lieu, permettre à une partie de solliciter la nullité augmentera le litige substantiel d'un litige procédural et mènera au recommencement nécessaire de la procédure viciée. En cinquième et dernier lieu, seul un intérêt particulier à agir en nullité doit permettre d'obtenir la disparition du contrat. En effet, par exemple, solliciter à titre principal la nullité du contrat de conciliation est peu utile par principe, dès lors qu'il est possible d'agir en justice si la conciliation échoue. La nullité trouve sa pleine utilité lorsque la remise des parties dans l'état antérieur à la conclusion du contrat s'avère nécessaire. Or, le contrat sur le principe de la conciliation n'implique pas vraiment un échange de prestation nécessitant un retour à l'état antérieur. De plus, solliciter la nullité du contrat déjà exécuté serait même dangereux si elle conduit à faire disparaître l'effet suspensif de la prescription qui s'y attache. En revanche, marginalement, la nullité du contrat serait utile en cas de saisine du juge, à défaut de mise en œuvre d'une conciliation préalable obligatoire, afin d'éviter que l'adversaire ne soulève une fin de non-recevoir tirée de ce défaut. La nullité d'un contrat de médiation ou d'arbitrage serait également le moyen de faire tomber toute la procédure ultérieure, dont l'accord final ou la sentence, ce qui impliquera des restitutions pécuniaires, au moins quant aux frais de procédure. La nullité du contrat devant le juge saisi (juge chargé d'instruire l'affaire, formation de jugement, etc.), ou le juge devant être saisi (juge du fond, juge d'instruction, JLD, etc.) doit donc être raisonnablement ouverte et plus particulièrement en matière pénale, où le manque d'information préalable du mis en cause peut le conduire à renoncer de manière non éclairée à certains de ses droits et, *in fine*, à accepter des sanctions pénales auxquelles il n'aurait jamais consenti si l'information lui avait été correctement délivrée. La même hypothèse peut être envisagée dans certains contrats d'adhésion avec des parties en situation de faiblesse juridique et économique.

La deuxième voie sanctionnatrice devrait donc, hormis certaines hypothèses, être préférée. Il s'agit de sanctionner le manquement à l'obligation d'information processuelle lors de la conclusion du contrat par la réparation du préjudice en lien avec ce manquement<sup>1588</sup>. Cette réparation intervenant sur le fondement de l'article 1240 du code civil peut être demandée devant le juge saisi. Rien n'empêche toutefois que le contrat puisse être annulé quand le

---

<sup>1588</sup> Le préjudice pourrait notamment se chiffrer en tenant compte du montant de la demande n'ayant pu être soumise au juge en raison du défaut d'information.

manquement à l'obligation d'informer a dégénéré en « vice du consentement » (en droit civil, ce serait l'erreur, le dol et la violence)<sup>1589</sup>.

Il est vrai que l'assistance de l'avocat en cas de litige permet de limiter les excès, mais là encore, il faut rappeler que le changement de culture juridique processuelle espérée passe aussi, et surtout, par l'implication directe des parties en litige. Les avocats servent à garantir les informations données, mais les informations devraient être reçues et appréciées entre parties au litige. En outre, l'office des avocats en procédure apparaît de plus en plus technique et compliqué en raison des règles croissantes qui technicisent le procès. Autrement dit, le grief résultant d'un défaut de remise de l'information processuelle peut exister même quand la partie est assistée d'un avocat. En cas de litige tenant à l'obligation d'information, le créancier de l'information doit rapporter la preuve du défaut d'information et le débiteur doit démontrer qu'il l'a effectivement communiquée, sous réserve des hypothèses où une partie faible a contracté, la charge de la preuve devant alors exclusivement reposer sur ce débiteur.

## **II - Le consentement au contrat processuel collectif**

Le consentement des acteurs du procès au contrat collectif est très important lorsque le contrat processuel a vocation à être contraignant. Quand il est de droit souple, le problème du consentement n'est pas pour autant moins important, mais il est moins grave, et participe à l'effectivité du contrat. La doctrine a exposé que les protocoles de procédure étaient souvent des sortes de contrats d'adhésion très proches de l'acte juridique unilatéral. Pourtant, le contrat processuel collectif a pour fondement la négociation processuelle. Le consentement doit donc être donné librement par les signataires. Il convient de démontrer que les contrats collectifs sont en principes négociables (A) et effectivement négociés (B).

### **A - La négociabilité des contrats processuels collectifs**

L'étude des conventions de procédure révèle une forte résurgence de la théorie de l'autonomie de la volonté. Les premiers protocoles de procédure en témoignent tout particulièrement. Ils ont surgi *ex nihilo* (sans base légale) et témoignent de la volonté des acteurs de locaux de la justice

---

<sup>1589</sup> Par exemple, un dol pourrait être caractérisé si les parties décident d'un commun accord de recueillir le témoignage de tiers ou de recourir à une expertise, et que le témoin ou l'expert avait convenu, de manière frauduleuse, avec l'une des parties, le contenu des déclarations ou du rapport à venir (CPC, art. 1546-3). Mais là encore, la nullité ou l'inopposabilité de l'acte qui consigne les déclarations ou le rapport pourrait suffire à empêcher l'efficacité de la mesure. En outre, le consentement forcé ne doit pas être un moyen de préserver l'accord pénal, le mis en cause pouvant être contraint de conclure une convention avec le parquet qui userait d'une force illégitime pour la conclusion d'un accord.

de se lier pour ajuster les rôles et prérogatives de chaque acteur du procès au niveau local pour rendre la justice plus efficace.

**384. La liberté de contracter et de choisir ses cosignataires.** Quand un texte étatique de procédure prévoit la conclusion de protocole, la liberté des signataires de le conclure effectivement demeure. En outre, les pouvoirs publics prônent l'entente entre partenaires locaux, sans imposer sa formalisation concrète<sup>1590</sup>. En revanche, la liberté des acteurs de définir le contenu du protocole est moins évidente à plusieurs égards. Les contrats collectifs devraient toujours être pris dans la limite de ce qui est prévu, quand leur domaine est borné par la loi<sup>1591</sup>.

**385. Les modèles de contrats collectifs.** Il n'est pas rare que des modèles de convention soient proposés par les pouvoirs publics et que les acteurs locaux du procès reproduisent, à l'identique, des conventions de procédure prises dans d'autres ressorts. Cela est judicieux quand la standardisation ou l'uniformisation des pratiques sont des objectifs des protocoles. Toutefois, cela n'est pas si bienvenu que cela, car, en principe, l'ambition de tout protocole est de définir le meilleur processus, au regard des exigences propres à chaque ressort<sup>1592</sup> (sauf à considérer que les maux du système de justice et les adaptations nécessaires sont les mêmes, dans tous les ressorts).

Le recours aux modèles contractuels fait écho à la notion de contrat standardisé adopté par les parties sur la base de formulaires préétablis et ajustables appelés contrats-types<sup>1593</sup> ou « modèles types<sup>1594</sup> ». Cette standardisation du droit est une marque de simplicité et de célérité. C'est une

---

<sup>1590</sup> Circ. du 21 avr. 2015 relative aux orientations de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement : « À défaut d'établissement de tels protocoles, les parquets veilleront, par des rencontres périodiques, à instaurer des échanges d'informations réguliers avec les administrations spécialisées et à développer des outils de coordination des réponses administratives et pénales » ; circ. du 15 mars 2017 relative à la mise en œuvre de la justice restaurative applicable immédiatement suite aux articles 10-1, 10-2 et 707 du CPP, issus des articles 18 et 24 de la L. n° 2014-896 du 15 août 2014, art. 5.1 : « Un projet partenarial associant l'ensemble des acteurs concernés (...) » ; Convention cadre nationale relative à la mise en œuvre de la médiation dans les litiges administratifs entre le CE et le CNB, 2017 : « inviter les barreaux et les juridictions à s'inscrire dans un cadre de référence en signant une convention et en ayant recours aux outils de promotion et de communication existants ».

<sup>1591</sup> L'article D. 591 ant. du CPP permettait de choisir quel serait le contenu du protocole parmi la liste des actes et pièces de procédure listées. Cette liste était exhaustive, mais débridée à compter de l'ajout de l'article A. 53-9 ayant permis de passer outre les restrictions posées par ce premier.

<sup>1592</sup> C. BLERY, J-P. TEBOUL, « Instruction des affaires devant le tribunal de commerce. À propos du décret du 24 décembre 2012 (chap. IV) », *JCP G.*, n° 4, 21 janv. 2013, p. 67 : « Or la voie de la convention locale de procédure, pour louable qu'elle soit en ce qu'elle favorise, lors de son élaboration, un dialogue constructif entre les acteurs du procès (...) est déjà critiquée (...) en ce qu'elle risque de créer autant de droits locaux que de juridictions et donc de rendre moins aisé l'effort d'harmonisation », elle pourrait même s'avérer, au plan international, facteur de détérioration de la compétitivité de notre droit continental en lui faisant perdre « l'avantage dont on pourrait *a priori* le créditer par rapport aux systèmes de *common law*, dans lesquels le recours permanent aux contrats amène à s'entourer d'une assistance juridique adaptée ».

<sup>1593</sup> T. REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC*, 31 mars 2015, n° 1, p. 199, *spéc.* n° 1 : « Les contrats types sont des formules contractuelles rédigées par des organismes professionnels ou par une administration et qui peuvent ou doivent être utilisées par les parties à un contrat pour en déterminer le contenu ».

<sup>1594</sup> E. NICOLAS, « Le modèle-type de contrat, source de droit ? L'épreuve par la baguette du sourcier », *LPA*, 23 oct. 2012, n° 212, p. 3 : « *A priori*, le modèle type de contrat, simple formule contractuelle, ne relève pas du droit, mais de la pratique

pratique collective modélisante ayant une vocation à être reproduite. Les contrats collectifs de procédure-type sont nombreux et invitent à une nouvelle forme de contractualisation standardisée<sup>1595</sup>.

Des modèles de contrats collectifs sont prévus par voie « officielle » en matière administrative et pénale, leur contenu n'étant pas contraignant pour les signataires locaux. Des circulaires livrent des conventions en blanc dans lesquelles les signataires n'ont plus qu'à remplir les éléments spécifiques au ressort, la date de l'entrée en vigueur du protocole, puis apposer leur signature<sup>1596</sup>. Ces conventions laissent en outre une grande marge de manœuvre aux acteurs locaux pour ajuster les principales normes de procédure aux nécessités du terrain, tout en fournissant un socle solide pour guider leur action<sup>1597</sup>.

Il est logique que des modèles de protocoles de procédures pénales et administratives soient proposés en ce qu'il s'agit de contentieux qui découlent de la politique pénale et de la politique contentieuse définie par le Conseil d'État, notamment en matière de médiation administrative. L'organisation de la justice civile qui n'a pas pour objet d'assurer l'intérêt général et l'intérêt de la Société ne prévoit pas souvent la conclusion de protocoles par voie de circulaires ou accords-cadres nationaux (hormis en matière de communication électronique).

En matière civile, la reproduction des modèles de protocole existe, mais elle est officieuse. Elle repose sur le mimétisme entre les ressorts et qui est de nature à s'accroître avec la diffusion des conventions dans le « GOOGLE » des bonnes pratiques de la justice, dès 2021. Des projets de protocoles établis par des chefs de juridictions circulaient déjà entre les magistrats des différents ressorts, directement entre eux<sup>1598</sup> ou pêle-mêle sur les intranets du ministère de la Justice.

---

contractuelle, du fait, donc, au mieux, de la sociologie juridique des contrats. "Type", emprunté au latin *typus*, lui-même repris du grec *typos*, signifie en effet "image, statue, modèle". Dans un sens abstrait, il s'agit donc d'un outil de reproduction de formes ayant une fonction de modèle. Dans l'expression "formule type", le terme "formule", emprunté au latin *formula*, signifie "cadre, règle, système" et s'entend dans un sens spécifiquement juridique de l'idée de "modèle", de "modèle qui sert à la rédaction d'actes juridiques de même nature". La formule type serait une "formule empreinte" (servant de modèle), et le modèle type serait le "modèle empreinte" (le modèle à reproduire). Et, par définition, un modèle est fait pour la reproduction (...). "Modèle type" est donc un nom composé pléonastique ».

<sup>1595</sup> G. CHANTEPIE, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, 1<sup>er</sup> juill. 2009, n° 3, p. 1233 : « Le contrat-type est destiné à faire l'objet d'un accord interindividuel qui lui confère une nature contractuelle ». C'est une « contractualisation du contrat-type, entendue comme l'intégration dans le contrat d'éléments de sources diverses qui en acquièrent l'autorité spécifique ».

<sup>1596</sup> M. THOMAS, « La pratique de la transaction en matière environnementale », *AJ Pénal*, 2015, p. 473.

<sup>1597</sup> Certaines conventions types portent des mentions du genre « à adapter localement » ; circ. du 21 avril 2015, *op. cit.* : « la nécessité de cette adaptation au contexte local est particulièrement prégnante en matière d'environnement. L'analyse des rapports de politique pénale révèle en effet des types de contentieux très différents selon les particularismes géographiques, économiques, environnementaux et parfois saisonniers des ressorts concernés, un modèle de protocole susceptible d'être adapté au contexte de chaque ressort vous est proposé en annexe 9 » ; circ. du 1<sup>er</sup> mars 2004 relative aux transactions pour les infractions dans le domaine de la pêche en eau douce ; circ. du 15 mars 2017 *op. cit.*, modèle de convention.

<sup>1598</sup> L. VEYRE, « Les listes de discussion entre magistrats : vers une nouvelle forme de création et d'unification de la jurisprudence ? », *JCP G.*, n° 27, 3 juill. 2017, p. 783.

Dans les faits, ce sont surtout les conventions passées en matière commerciale qui sont, pour la plupart, reproduites de façon analogue. Ces contrats de procédure sont similaires<sup>1599</sup> ou très proches<sup>1600</sup> : ils reprennent la même architecture normative, voire les mêmes normes.

Ces conventions processuelles diffèrent du contrat d'adhésion, notion que la doctrine processuelle a pu employer pour qualifier les protocoles de procédure. Bien que les deux puissent avoir des liens, le contrat d'adhésion pouvant être un contrat type, le standard reste différent de l'adhésion<sup>1601</sup>.

**386. Des contrats collectifs d'adhésion et des contrats négociés.** Le contrat d'adhésion, même s'il heurte la théorie classique du contrat portée par le code civil<sup>1602</sup>, demeure un contrat<sup>1603</sup>, même si SALEILLES, lui-même a pu en douter<sup>1604</sup>.

Le contrat d'adhésion consiste en la « prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat<sup>1605</sup> ». Si cette notion était juridiquement instable, car fluctuante et sans régime particulier avant la réforme de 2016<sup>1606</sup>, c'est de manière constante qu'elle continue d'être caractérisée par l'absence de liberté de négociation des normes contractuelles. M. le professeur MEKKI dresse initialement trois indices permettant de caractériser le contrat d'adhésion : la rédaction unilatérale du contenu de la convention sans négociation possible, la supériorité

---

<sup>1599</sup> Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de CAEN signé le 20 oct. 2014 et la copie quasi-conforme, Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce d'AJACCIO, signé le 3 avr. 2017.

<sup>1600</sup> Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de TOULOUSE signée le 19 juin 2013 et Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de TROYES signée le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

<sup>1601</sup> F. CHENEDE, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G.*, n° 27, 4 juill. 2016, p. 776.

<sup>1602</sup> T. REVET, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *op. cit.* n° 6 : « La figure du contrat d'adhésion se démarque de ce qui constitue le cœur de la théorie classique du contrat en ce qu'elle admet, premièrement, la prédominance de la volonté d'une partie dans la détermination du contenu du contrat, deuxièmement, l'obligation pour le contractant prédominant de prendre en compte l'intérêt de l'autre partie, troisièmement, la transformation du juge et du législateur en contre-pouvoirs du pouvoir du contractant prédominant ».

<sup>1603</sup> T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », *D.*, 2016, p. 1771 ; F.X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G.*, n° 18, 5 mai 1993, doct. 3673, *spéc.* n° 7 : « Il n'entre pas dans la définition du contrat qu'il soit nécessairement négocié ». L'auteur ajoute, dans les premières lignes de son étude, que le contrat non négocié est sans doute le plus vieux du monde, puisqu'à ROME, notamment, certains contrats se formaient du seul fait de prononcer des paroles solennelles, la partie n'ayant pas eu l'initiative du contrat répondant par un simple mot qui devait coïncider purement avec la proposition de l'autre.

<sup>1604</sup> F. CHENEDE, « Raymond SALEILLES, le contrat d'adhésion (1<sup>ère</sup> partie) », *RDC*, 1<sup>er</sup> janv. 2012, n° 1, p. 241 : « Raymond SALEILLES semble être l'inventeur, sinon du concept, du moins de l'expression de "contrat d'adhésion" » ; M. MEKKI, « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la "haute définition" ! », *RDC*, 4 juin 2019, n° 7 : « Raymond SALEILLES en venait même à douter de la qualification de contrat » ; S. CHASSAGNARD-PINET, « La réception du contrat d'adhésion dans la théorie du contrat avant l'entrée de la notion dans le code civil français » in « Le contrat d'adhésion : perspective franco-qubécoise », *DALLOZ*, 2018, p. 7.

<sup>1605</sup> F. CHENEDE, « Raymond SALEILLES, le contrat d'adhésion (2<sup>e</sup> partie) », *RDC*, 1<sup>er</sup> juill. 2012, n° 3, p. 1017, reprenant les mots de SALEILLES.

<sup>1606</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « Les obligations », 4<sup>ème</sup> ed., *Defrénois*, 2009, p. 213, *spéc.* n° 426 : « Les contrats d'adhésion existent mais n'ont pas de régime propre et son soumis au droit commun » ; à compter de O. n° 2016-131, du 10 févr. 2016, v. C. civ., art. 1110, 1171.



économique d'un des cocontractants et le caractère standardisé de l'offre de contrat<sup>1607</sup>. Après la réforme de 2018 (L. n° 2018-287), l'absence de négociation effective qui doit être établie porte désormais uniquement sur les clauses du contrat (C. civ., art. 1110 al. 2) et plus seulement sur les conditions générales de ce contrat.

Mme le professeur BLERY a pu qualifier certaines conventions collectives de procédure de contrats d'adhésion<sup>1608</sup>. L'apparence d'adhésion repose sur l'aura du chef de juridiction ou d'un autre magistrat à l'origine du projet de convention locale. L'absence de négociation ne peut pas nuire à la qualification contractuelle, mais elle peut nuire à la légitimité des contrats et leur effectivité en tant que source du droit. Il est vrai que certains protocoles sont plus proches de l'adhésion que de la négociation, mais ils sont assez résiduels<sup>1609</sup>. Des contrats collectifs processuels-types peuvent être d'adhésion<sup>1610</sup>, mais ils sont souvent négociés par les acteurs locaux pour adapter la convention aux nécessités du terrain<sup>1611</sup>.

## B - Les contrats collectifs de procédure négociés

**387. La négociation collective locale renforcée.** Les chefs de cour n'usent pas (en principe) d'une contrainte juridique et morale, malgré la mésentente grandissante entre avocats et magistrats<sup>1612</sup>. En effet, les bâtonniers et les chefs de juridictions envisagent justement de

---

<sup>1607</sup> M. MEKKI, « La réforme du contrat des obligations : questions pratiques », *Gaz. Pal.*, 22 mars 2016, n° 12, p. 16 ; T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion » *op. cit.*, qui souligne que, dès qu'une partie a la faculté de négocier, mais qu'elle ne l'utilise pas, la qualification de contrat de gré à gré doit être préférée ; F. CHENEDE, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.*, 2015, p. 1226 : « le risque ne vient pas des prestations principales, qui sont souvent jugées satisfaisantes, voire avantageuses, par le consommateur, mais des *clauses accessoires* ou *conditions générales*, nombreuses, peu claires, pas ou peu lues, qui viennent subrepticement déséquilibrer le contrat au détriment de l'adhérent ».

<sup>1608</sup> C. BLERY, « Protocole de procédure » *op. cit.*, évoquant les tentatives de certains chefs de juridiction pour imposer un protocole visant à sécuriser certains contentieux ; C. BLERY, « De la contractualisation à la réglementation unilatérale : dérive des protocoles de la mise en état », *op. cit.*, n° 5 : « Un cran de plus est franchi lorsque c'est un tribunal, sans concertation avec les avocats, qui décide d'une mise en place d'un calendrier de procédure » ; G. HUVELIN, C. BLERY, « Pourquoi des protocoles de procédure alors qu'il y a un cde de procédure civile ? », *op. cit.*, : « En revanche l'idée d'imposer - par une sorte de contrat-cadre d'adhésion - des pratiques standardisées à tous les litiges d'une juridiction est contraire à l'article 1134 du code civil et au code de procédure civile » ; C. BLERY, « Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de BOBIGNY : un exemple à suivre ? », *op. cit.*, certains protocoles font l'objet d'un consensus entre les signataires guidés par « un vrai souci de collaboration, de coopération entre les acteurs du procès, qui est l'esprit du code de 1976 ».

<sup>1609</sup> Convention entre la CPAM de la HAUTE-SAVOIE et le TGI d'ANNECY pour la notification des décisions de justice signée le 22 sept. 2015, le protocole rappelant que la caisse l'a accepté à la demande du tribunal.

<sup>1610</sup> S. PELLET, « Contrat d'adhésion et négociation » in « Le contrat d'adhésion : perspective franco-québécoise », *DALLOZ*, 2018, p. 67, *spéc.* p. 69, n° 5, s.

<sup>1611</sup> Convention cadre nationale relative à la mise en œuvre de la médiation dans les litiges administratifs entre le CE et le CNB, 2017, art. 2 : « Les parties invitent les barreaux et les juridictions à s'inscrire dans un cadre de référence en signant une convention sur le modèle joint à la présente, et en ayant recours aux outils de promotion et de communication existants ».

<sup>1612</sup> Le numérique et le renforcement des procédures inquisitoires sont de nature à rompre le dialogue entre les magistrats et le défenseur ; R. SOCHON, M. DUCASSE, « Les difficiles relations magistrats-avocats », *LPA*, 11 avr. 2018, n° 73, p. 4 ; É. GUIGOU, « La justice au service du citoyen » in « Le service public de la justice », *Éditions Odile JACOB*, 1998, p. 11 ; O. LEURENT, « Avocats et magistrats doivent renouer avec le dialogue. 3 questions à Olivier LEURENT, directeur de l'École nationale de la magistrature », *JCP G.*, n° 41, 10 oct. 2016, 1090 ; F. MOLINS, « Les relations entre le ministère public et l'avocat », *Procédures*, n° 5, mai 2017, doss. 9, *spéc.* n° 3 : « la qualité du climat au sein d'une juridiction découle souvent de la bonne entente qui peut

préservé le dialogue local, au moins parce qu'ils forment « un couple nécessairement désuni, mais auquel le divorce est interdit<sup>1613</sup> ».

La négociation collective locale se cristallise même grâce aux protocoles de procédures basés sur la confiance et sur la négociation des normes contractuelles<sup>1614</sup>. Les échanges pour la formation du contrat sont même parfois très longs et impliquent des ressources humaines importantes<sup>1615</sup>. La négociation contractuelle est d'ailleurs la raison d'être des conventions collectives de procédure, au-delà de l'existence du protocole lui-même<sup>1616</sup>.

Un doute sur le caractère librement négocié peut surgir en raison de la fonction d'optimisation procédurale assignée à certains protocoles. Ils ajoutent souvent au code de procédure civile des charges processuelles aux justiciables (et donc aux avocats) qui facilitent le travail judiciaire. Malgré tout, les intérêts et les attentes des avocats sont pris en compte. Des bâtonniers vont d'ailleurs jusqu'à refuser la signature s'ils ne satisfont pas aux intérêts de leur profession<sup>1617</sup>. Les préambules comme la fin des protocoles de procédure expriment le fruit de la collaboration des signataires pour parvenir au contenu du contrat final. Cela constitue un levier pour son effectivité<sup>1618</sup>. Les dernières lignes des protocoles glorifient aussi la négociation perpétuelle qui doit être entretenue dès le 1<sup>er</sup> jour de l'exécution de la convention<sup>1619</sup>. De plus, il n'est pas

---

exister entre le président, le procureur de la République et le bâtonnier : souvent, leurs relations donnent le ton » ; d'où la nécessité de renforcer cette entente, v. Rapport de la mission relative à l'avenir de la profession d'avocat, D. PERBEN (dir.), juill. 2020, recommandation n° 11.

<sup>1613</sup> « Rentrée solennelle du barreau de PARIS : la profession invitée à parler d'une seule voix », *JCP G.*, n° 49, 5 déc. 2016, 1334.

<sup>1614</sup> J. COUTURIER, « Un meilleur dialogue entre avocats et magistrats pour une meilleure administration du recours », *Gaz. Pal.*, 31 oct. 2016, hors-série, n° 3, p. 54 : « Le dialogue entre avocats et magistrats existe déjà mais il se limite, pour l'heure, à l'organisation des procédures. L'association Droit & Procédure participe, depuis de nombreuses années, à des groupes de travail barreau/juridictions et à l'élaboration des protocoles de procédure civile qui ont pu être signés entre le barreau de PARIS et le tribunal de grande instance ou la cour d'appel. En effet, depuis le début des années 2000, s'est dessiné, peu à peu, un mouvement de contractualisation de la procédure ».

<sup>1615</sup> E. MULON, J. CASEY, « La charte de PARIS est applicable », *op. cit.*, à propos de la convention de procédure de divorce entre le TGI de PARIS, le barreau de PARIS et la chambre du notariat de PARIS : « Le travail ici réalisé fut très important. Les chiffres en attestent : 45 articles, un groupe de travail qui s'est réuni à vingt-cinq reprises d'octobre 2010 à juin 2012, chaque séance variant entre deux heures trente et trois heures, et l'on vous passe le nombre de feuilles noircies, déchirées, réécrites, et aussi la quantité de petits gâteaux que chacun (mais aussi chacune) a grignotés entre deux discussions aussi passionnantes que serrées... Le groupe de travail était composé ainsi : (...) ».

<sup>1616</sup> Le droit du travail est passé « d'un droit de l'accord à un droit de la négociation », v. S. NADAL, « Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective », *Rép. dr. trav.*, 2018, *spéc.* n° 3, évoquant une « démocratie sociale » qui se manifeste par la négociation collective permettant d'appréhender les besoins des salariés et employeurs.

<sup>1617</sup> « Bulletin du barreau de TOULOUSE », 10 sept. 2012, n° 167, p. 3 à 5 : « Le bâtonnier signera cette convention sous réserve toutefois d'une réunion annuelle obligatoire entre les parties, fixée au plus tard au mois de mars 2013 ».

<sup>1618</sup> Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de LYON, *op. cit.*, évoquant les relations constructives entre la juridiction et le barreau depuis les premiers protocoles en 1989 et 1997 sur les calendriers de procédure ; Convention sur le départage au sein du TGI de NANTERRE, signée le 12 avril 2012, *op. cit.* : « cette convention est l'aboutissement d'une réflexion approfondie à laquelle ont ainsi été associés les partenaires judiciaires : les juges professionnels rattachés statutairement au tribunal de grande instance de NANTERRE, les conseillers prud'hommes élus représentés par leurs Présidents et Vice-Présidents, les avocats des deux Barreaux concernés représentés par leurs Bâtonniers, ainsi que les fonctionnaires des greffes représentés par leurs Directrices de Greffe ».

<sup>1619</sup> Convention relative à la mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des différends devant le tribunal administratif de LYON entre le tribunal et l'ordre des avocats du barreau de SAINT-ÉTIENNE signée le 21 janvier 2015, art. 7 : « il est créé un comité de liaison entre le président du tribunal administratif et le bâtonnier de l'ordre des avocats de SAINT-ÉTIENNE en vue

possible de faire plus consensuel, lorsque des comités locaux de consultation sont institués pour élaborer le contrat collectif et composés des membres des acteurs de la justice concernés<sup>1620</sup>.

### **§ 3 - Le contenu licite du contrat processuel**

L'information précontractuelle et la négociation collective processuelles participent toutes les deux à l'édiction d'un contenu contractuel accepté de manière éclairée, encore faut-il que ce contenu soit licite. C'est un vrai point d'achoppement, qu'il s'agisse du contrat processuel individuel ou du contrat collectif. L'objectif est ainsi de déterminer le champ du contrat en droit processuel, alors que celui-ci est pour l'instant inconnu, seulement quelques accords de procédure étant autorisés par le droit positif. Il s'agit principalement d'une question de politique publique consistant à se positionner sur un modèle de procès contractualisé pour déterminer les cas d'ouverture à la conclusion d'un contrat processuel. Toutefois, il existe des règles qui fixent des limites déterminables, que ce soit en matière de contrat individuel, pour organiser un procès particulier (I), ou en matière de contrat collectif, pour organiser tous les procès à venir dans la juridiction (II).

#### **I - La licéité du contenu du contrat processuel individuel**

La reconnaissance et la réglementation du contrat processuel dans l'ordre juridique processuel sont un atout pour la contractualisation du procès. Cependant, en l'absence de régime juridique spécifique, il est difficile de savoir quel peut être le contenu licite du contrat processuel. Il convient de préciser que les règles du procès ne sont pas, en principe, aménageables, sauf quand la loi elle-même le prévoit. En l'absence de faculté générale d'aménager la procédure par voie de convention, aucune liberté contractuelle n'autorise l'aménagement du cours du procès. La limite de l'aménagement ne tient pas qu'aux normes d'ordre public, mais à toutes celles qui sont impératives et qui sont de nature à empêcher l'existence même du contrat, avant sa licéité<sup>1621</sup>. Les limites de l'aménagement conventionnel seront présentées, afin d'envisager

---

d'examiner ensemble les difficultés générales, les effets des changements du droit positif ou de la jurisprudence et les améliorations souhaitables de toute nature ».

<sup>1620</sup> J-C. MAGENDIE, « Le nouveau "contrat de procédure" civile. Objectifs, exigences et enjeux de la réforme parisienne », *op. cit.* ; S. LATASTE, « "Le protocole sur la mise en œuvre des principes de concentration et de structuration des écritures est un guide de bonnes pratiques pour les avocats" », *op. cit.*, p. 5 : « Enfin, et surtout, l'enthousiasme partagé du bâtonnier Jean CASTELAIN et du premier président Jacques DEGRANDI a permis de concrétiser, en moins de quatre mois, ce protocole signé le 13 décembre dernier grâce au travail d'une commission composée d'une trentaine d'avoués, avocats et magistrats de toutes les chambres de la cour d'appel de PARIS ».

<sup>1621</sup> Le rejet du contrat comme le caractère impératif des normes et concepts de procédure sont encore si prégnants que, dans la plupart des hypothèses, la question de la validité du contrat processuel quant à son contenu ne se pose même pas, car la

pleinement la reconnaissance du contrat processuel au sein de l'ordre juridique. La liberté d'aménager l'application des dispositions légales se présente classiquement sous le diptyque, libre disposition des droits litigieux et « ordre public » processuel (A), à charge pour le juge de pouvoir contrôler la validité du contrat processuel qui serait contraire à une norme de procédure (B).

### A - Les limites de l'aménagement contractuel de procédure

**388. La libre disposition des droits litigieux.** La libre disposition des droits litigieux traduit l'idée que le droit substantiel peut être exercé, abandonné, cédé, ou déformé librement, sans intervention étatique administrative ou judiciaire. La validité du contrat processuel est régulièrement appréciée au regard de la libre disposition des droits litigieux dont la nature est substantielle. La loi et la doctrine observent que la modification du cadre processuel est limitée pour ces droits indisponibles qui doivent suivre le schéma judiciaire classique. L'exemple topique est celui du divorce qui ne peut être prononcé par voie d'arbitrage (C. civ., art. 2059 et 2060).

Il convient de préciser qu'un droit substantiel et un droit procédural peuvent être indisponibles (le droit substantiel et le droit d'agir en vue de le défendre), mais l'indisponibilité du droit substantiel guide le plus souvent celle du droit procédural.

D'un point de vue plus procédural, la libre disponibilité est, pour les plaideurs, la faculté « d'infléchir le cours normal de la réalisation judiciaire de leurs droits<sup>1622</sup> ».

En général, la distinction est faite entre les droits indisponibles par nature (indisponibilité permanente), et ceux simplement indisponibles (indisponibilité temporaire), qui peuvent devenir disponibles avec l'effet du temps et la réalisation d'un événement établi par la loi qui protège ce droit<sup>1623</sup>. Parfois, modifier le cadre processuel par contrat peut effectivement

---

question touche d'abord le fait de savoir si le contrat existe. Par ex., en procédure civile, les parties ne sont pas en principe libres d'aménager le cours de l'instance, même de manière unilatérale. Elles n'ont aucun intérêt juridique à valoriser, de sorte que les contrats qu'elles concluraient ne sont même pas des contrats, mais de simples accords factuels. En revanche, dans ces hypothèses, il serait toutefois possible pour la loi d'envisager expressément une compétence normative concurrente entre les parties au conflit et le juge.

<sup>1622</sup> Y. MULLER, « Le contrat judiciaire », *op. cit.*, p. 397, n° 367.

<sup>1623</sup> L-F. PIGNARRE, « Convention d'arbitrage », *Rép. dr. civ.*, 2013, n° 65 : « La convention d'arbitrage suppose, pour être valable, que les droits litigieux qui en sont l'objet soient disponibles, c'est-à-dire qu'ils puissent faire l'objet d'un commerce juridique. L'article 2059 du code civil fait ainsi écho à l'article 1128 du même code aux termes duquel : "il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions". Le commerce juridique est l'aptitude d'une chose à être objet de conventions, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux, v. n° 65, s. : « En ce sens, l'indisponibilité apparaît intimement liée à la notion d'ordre public. L'étude des droits extrapatrimoniaux et des droits de nature patrimoniale auxquels le législateur interdit de renoncer permet de s'en convaincre. S'agissant des premiers, l'inarbitrabilité est permanente, concernant les seconds elle n'est que temporaire ».

conduire, par voie de conséquence, à céder, abandonner, voire perturber la teneur du droit subjectif substantiel.

Le critère de la libre disposition des droits litigieux n'est pas vraiment adapté pour déterminer la validité de tous les accords processuels : en droit français, les barrières de la libre disponibilité des droits litigieux sautent au fur et à mesure. Par exemple, la convention de procédure participative est dorénavant licite en contentieux prud'homal<sup>1624</sup>. De nombreux droits deviennent disponibles même quand il ne s'agit pas de droits patrimoniaux (divorce par acte contresigné par avocat, C. civ., art. 229-1), sauf ceux qui intéressent traditionnellement l'état et la capacité des personnes et qui touchent à l'ordre public.

Les droits indisponibles ne peuvent en général faire l'objet de conventions processuelles, car ils sont justement rattachés à une catégorie de droits qui ont un caractère d'ordre public (de protection ou de direction), restreignant ainsi le pouvoir de la volonté à leur égard. La disponibilité du droit substantiel, qui conditionne celle du droit procédural, s'assimile donc souvent à l'exigence du respect de la norme d'ordre public, ou seulement impérative, car il n'est pas admis qu'elle puisse être outrepassée. En effet, une norme peut prévoir son caractère indisponible et un autre présupposé juridique peut empêcher tout aménagement de cette première. Par exemple, l'article 12 al. 3 du CPC empêche de modifier à sa guise la nature d'une procédure et les voies de recours ouvertes<sup>1625</sup>.

Il pourrait exister un cran supplémentaire, comme en droit brésilien, celui de l'auto-composition<sup>1626</sup>. Il serait peut-être intéressant de détacher la libre disposition des droits litigieux des droits qui sont ou non admis à l'auto-composition, c'est-à-dire, les droits pouvant faire l'objet d'un accord sur la méthode de résolution du conflit, mais pas sur le conflit lui-même, car une application stricte des normes substantielles est attendue par le Droit.

---

<sup>1624</sup> V. évolutions de l'article 2064 du code civil depuis la L. n° 2010-1609.

<sup>1625</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 6 avr. 1994, n° 92-16420.

<sup>1626</sup> Dans d'autres droit, notamment, le droit brésilien, nous avons pu constater que la libre disposition des droits litigieux était à différencier de la faculté d'auto-composition des droits attachés au sujet de droit. En fait, l'auto-composition est une mesure intermédiaire entre la libre disposition des droits, permise par la loi, et la règle de droit impérative voire d'ordre public, à laquelle on ne peut déroger par convention. Un droit matériel peut ne pas être disponible, mais admettre son auto-composition permettrait de conclure des conventions processuelles, notamment lorsqu'un ordre public de protection intervient. C'est le cas des droits du travail, de la consommation et ceux à caractères alimentaires par exemple, F. DIDIER JUNIOR, « *Negocios jurídicos procesales atípicos en el nuevo código procesal civil brasileño* », *op. cit.*, p. 53 : « *Pero es necesario dejar claro un punto : el derecho en litigio puede ser indisponible, pero admitir solución por autocomposición. Es lo que ocurre con los derechos colectivos y el derecho de alimentos. Así "la indisponibilidad del derecho material no impide, por sí misma, la celebración de negocio jurídico procesal" (enunciado n°135 del Forum permanente de processualistas cívics (traducción nuestra)). Por eso el texto legal se refiere a "derecho que admita autocomposición" y no a "derecho indisponible" ».*

Cela peut être illustré avec le recours impossible à l'arbitrage pour prononcer un divorce contentieux. Actuellement, le divorce ne peut être prononcé que par un juge étatique, car seul lui est chargé de reconstruire les droits substantiels des parties y afférents. Toutefois, il pourrait être envisageable pour les époux d'aménager la procédure devant le juge saisi. L'aménagement des droits, devoirs et charges de procédure devant le juge n'est pas nécessairement de nature à réduire à néant la protection (d'ordre public) des droits substantiels qui font l'objet d'une protection toute particulière en matière de divorce.

*A contrario*, l'aménagement processuel est parfois prohibé parce que l'ordre public ou une règle impérative de fond et de procédure l'interdisent. L'auto-composition se situerait ici entre la protection du droit substantiel et sa résolution sur le plan processuel. Lorsqu'une règle protège des intérêts substantiels, empêchant seulement par voie de conséquence l'aménagement processuel, par crainte que ces premiers soient empêchés, il existe toujours une place certaine pour l'aménagement de procédure, à condition que le mode de règlement du conflit n'empêche pas l'application du droit substantiel<sup>1627</sup>. En outre, l'auto-composition pourrait être admise pour les droits indisponibles seulement temporairement. Dans ce cas, ils pourraient valablement et immédiatement faire l'objet d'un accord processuel, éventuellement ratifié par les parties une fois le litige né. Les lois de consommation et les lois du travail renferment de nombreux droits qui deviennent disponibles une fois que le litige est né, ou que le rapport de subordination a pris fin. Ainsi, des clauses processuelles pourraient être régulièrement stipulées dans les contrats avec le consommateur et le salarié pour organiser la résolution du litige, dans certaines limites (notamment que le litige ne se solde pas par voie de contrat en cours de contrat de travail). Des mécanismes protecteurs pourraient être insérés, comme la faculté pour la partie faible de se dédire librement de la convention processuelle, dans un certain laps de temps, à compter de la naissance du litige. Cela serait préférable aux sanctions habituellement prononcées qui sont la nullité ou l'inopposabilité de l'acte processuel.

**389. L'ordre juridique processuel impératif.** Il faut prendre garde à dissocier la règle impérative de la règle d'ordre public. Dans les deux cas, il n'est pas possible d'y déroger selon l'article 6 du code civil. L'ordre public pose son sceau sur les dispositions législatives de manière relative et variable<sup>1628</sup>. La règle impérative n'est pas toujours dissociée de la règle d'ordre public. Les deux sont parfois synonymes ou alors, l'ordre public est souvent invoqué

---

<sup>1627</sup> Par exemple, dans ce cas, l'arbitrabilité des litiges concernant la fixation du prix du bail commercial serait envisageable, alors qu'elle demeure actuellement incertaine, v. E. LOQUIN, « conventions d'arbitrage, conditions de fond. Litige arbitral », *Jcl Proc. civ.*, fasc. 1800-50, 2021.

<sup>1628</sup> Pour preuve, Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20411.

lorsque la disposition légale paraît manifestement trop importante pour être reléguée au rang de simple règle impérative. Monsieur TOUCHAIS le rappelle dans sa thèse et reprend les propos de M. le professeur MAYER qui distingue deux conceptions de l'ordre public<sup>1629</sup>. L'une, substantielle<sup>1630</sup>, l'autre, qui prédomine, dite fonctionnelle. Dans ce dernier cas, l'ordre public est défini par son effet et c'est alors plus particulièrement « un outil juridique permettant de restreindre le pouvoir normatif des particuliers<sup>1631</sup> », pour faire en sorte que tout intéressé et tout organe d'application du droit soient chargés d'en relever l'atteinte quand les parties en conflit ne l'ont pas fait.

En droit des procès, il est possible de borner la licéité du contenu du contrat processuel à ce qui est simplement impératif. La limite entre l'ordre public et la règle simplement impérative n'est pas réalisée avec évidence<sup>1632</sup>, la jurisprudence étant plus ou moins claire à ce sujet<sup>1633</sup>. Pour repérer ce qui est impératif, il faudrait sonder toutes les dispositions de procédure, une par une, afin de rechercher quand la loi dit expressément que la règle est d'ordre public. L'ordre juridique processuel, s'il n'est pas d'ordre public, peut être simplement impératif. En somme, « On peut, à peu près, estimer que cet ordre public se manifeste à la fois dans l'organisation générale de la justice, mais aussi dans les garanties procédurales qui l'accompagnent<sup>1634</sup> », quand il n'est pas, sinon, déterminé au coup par coup, disposition par disposition<sup>1635</sup>. Les règles d'ordre public de procédure sont le plus souvent celles que le juge doit relever d'office. Il faudrait y ajouter les principes directeurs et garanties des procès telles que le contradictoire, et la publicité des débats. Par conséquent, si les parties avaient le pouvoir d'aménager le cours des

---

<sup>1629</sup> M. TOUCHAIS, « La règle impérative », *op. cit.*, p. 381, n° 323.

<sup>1630</sup> La conception substantielle renvoie aux intérêts à protéger. L'ordre public sert à protéger l'intérêt général et donc les intérêts fondamentaux de la société, ceux qui passent en premier par-dessus tout. Ainsi, les règles impératives protègent des intérêts privés quand les règles d'ordre public protègent l'intérêt général. S'ensuit un régime qui concerne notamment la possibilité pour le ministère public d'agir en défense de l'intérêt public et pour le juge de relever d'office les atteintes constatées.

<sup>1631</sup> M. TOUCHAIS, « La règle impérative », *op. cit.*, p. 383, n° 325.

<sup>1632</sup> L. CADIET, E. JEULAND, « Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 14, n° 17 : « c'est généralement lorsqu'elles tendent à protéger l'intérêt général que les règles de droit judiciaire sont des lois de police auxquelles la volonté des parties ne peut déroger » ; C. CHAINAIS, et *alii*, « Procédure civile », *op. cit.*, p. 42, n° 60 : « Il est normal que les règles de procédure aient un caractère impératif, car on ne peut abandonner aux plaideurs le choix de la juridiction à saisir, des formalités à accomplir ; ce caractère qui se traduit par l'intervention de la notion d'ordre public, ne marque pas au même degré cependant toutes les lois de procédure et n'entraîne pas toujours des conséquences identiques ».

<sup>1633</sup> On peut évoquer la qualification de l'arbitrage interne ou international dont les dispositions seraient d'ordre public, la jurisprudence n'étant pas claire à ce sujet, not. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2007, n° 04-10970, v. X. DELPECH, « Définition de l'arbitrage international », *D.*, 2007, p. 949 et « Arbitrage international : qualification d'ordre public », *D.*, 2013, p. 2785.

<sup>1634</sup> J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE, J. HAUSER, « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. dr. civ.*, 2019, n° 59, s.

<sup>1635</sup> L. BORE, J. BORE, « La cassation en matière pénale », *DALLOZ*, 2017, n° 112.101, s. : « Le moyen d'ordre public est celui qui est tiré de la violation d'une règle de droit mettant en jeu les intérêts généraux de la société » ; G. ROYER, « L'article préliminaire du code de procédure pénale, quand vient l'âge de la maturité », *D.*, 2006, p. 3045 : « De nombreux auteurs ont mis en exergue la géométrie variable de l'ordre public. C'est non sans une pointe d'ironie que M. le professeur Philippe MALAURIE se demandait si l'ordre public "ne variait] pas avec la longueur des pieds des magistrats" ».

procédures, un accord supprimant la publicité des débats serait sans doute contraire à l'ordre public procédural (CPC, art. 433 et 446).

Se demander constamment si le contrat processuel déroge régulièrement ou non aux règles de la procédure n'est pas envisageable pour assurer son développement. De toute façon, la règle de droit étatique impérative suffit à dire que le contrat processuel ne lui est pas conforme quand les deux entrent en concurrence pour régir la même situation juridique. Parfois, le droit prohibe expressément l'aménagement conventionnel. L'article 48 CPC interdit l'aménagement des règles de compétence territoriale, à moins que les parties agissent *ès qualités de commerçant*, que l'engagement figure dans l'acte de manière très apparente et que la convention ne se heurte pas à une compétence d'ordre public<sup>1636</sup>.

**390. Des principes fondamentaux processuels impératifs.** Si la loi reconnaissait le contrat processuel en général, celui-ci ne devrait pas contrevenir à certaines dispositions devant demeurer toujours applicables et notamment les principes directeurs des procès. Il faut particulièrement confronter les accords processuels aux principes directeurs du procès, voire les garanties fondamentales (internationales) du procès (avec lesquels ces premiers peuvent se recouper). D'ailleurs, les dispositions premières des codes sont souvent au moins impératives, voire d'ordre public, comme en matière de procédure pénale. L'impérativité des règles de procédure et des principes directeurs du procès, en particulier, empêcherait alors la validité des contrats processuels et donc essentiellement celle des accords de dérivation, car ils touchent fortement au cadre technique procédural.

Les principes du procès équitable, voire des modes alternatifs de règlement des différends équitables (quand ils existent), ne devraient pas être remis en cause par des stipulations contractuelles. Il faut opérer une différenciation, selon chaque principe directeur. Par exemple, les principes directeurs de la médiation et de la conciliation sont pour certains aménageables (on pense à l'impartialité du tiers ou à la confidentialité que les parties peuvent abandonner), le mode de résolution du litige étant par essence contractuel et souple. En revanche, la question du respect du contradictoire en matière de convention de procédure participative reste en suspens. La mise en état (même conventionnelle) est par essence contradictoire, mais les parties

---

<sup>1636</sup> Une clause de compétence passée entre deux commerçants (CPC, art. 48) ne peut déroger à la compétence territoriale en matière de rupture brutale des relations commerciales (Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 15-22.675). Un aménagement sur la compétence ne peut être convenu entre un salarié et un employeur, car la compétence du conseil de prud'hommes est d'ordre public (C. trav., art. L. 1411-4, s.). En matière pénale, la répartition des compétences est d'ordre public, bien que l'on ait pu évoquer des aménagements de procédure concernant la correctionnalisation (Cass. crim., 20 juill. 2011, n° 10-83763). En matière administrative, la solution est la même. Les parties ne peuvent en principe déroger aux règles de la compétence (CJA, art. R. 312-2).



peuvent-elles s'en départir ? Certaines dispositions pourraient nuire à l'essence même de cette convention (sans détour par le principe du contradictoire) lorsque, par exemple, il serait prévu que X pourra produire deux jeux de conclusions alors que Y ne pourra en produire qu'un seul.

Ce qui pose le plus de difficulté, c'est l'application des principes directeurs au contrat processuel pris devant le juge. Certaines dispositions principielles sont pourtant aménageables. L'article 12 du CPC (le juge statue en droit) dispose que ses règles peuvent être tempérées par voie de conventions sur l'office du juge. Cependant (pour prendre son reflet), les parties peuvent-elles aménager le contenu de l'article 21 du même code ? Ce principe directeur donne mission au juge de concilier les parties. C'est un pouvoir de concilier discrétionnaire. Partant, il n'est pas aménageable par voie de contrat, les parties n'ayant aucun intérêt processuel à faire valoir en ce sens. Ainsi, à l'heure actuelle, les parties ne peuvent imposer au juge une mission de conciliation dont elles définiraient le processus, ce qui est sans doute regrettable, mais assez réaliste compte tenu de la lourdeur de l'organisation administrative que cela impliquerait.

Les principes directeurs du procès civil s'avèrent en réalité compatibles avec des aménagements contractuels. Les principes de l'instance, le fait et le droit, sont toujours applicables, même en cas d'aménagements processuels techniques devant le juge. Parfois, certains sont seulement mis de côté. Par exemple, l'article 7 al. 2 du CPC (le juge peut prendre en compte les faits adventices) est annihilé par la possibilité pour les parties de fixer les points de droit et de faits à prendre en considération (CPC, art. 12 et 58).

En revanche, certains principes sont moins modulables, parce qu'ils dépassent finalement l'intérêt processuel des parties et du juge, mais touchent aux garanties institutionnelles du système de la justice. Par exemple, l'article 22 du CPC et l'article L. 6 du CJA prévoient que les débats sont publics, sous réserve de certains aménagements. Dans ce cas, même si le contrat processuel était reconnu, à moins que la loi ne le prévienne spécialement, un contrat processuel ne pourrait pas régulièrement envisager des débats en chambre du conseil.

En matière pénale, les principes directeurs sont d'ordre public. Le contrat processuel ne peut donc pas aller à leur encontre. Un accord sur l'organisation des débats correctionnels ne pourrait pas priver le débat de toute publicité ou empêcher le prévenu de faire appel de la décision qui lui est défavorable.

Le droit de ne pas s'auto-incriminer semble fortement atteint dans les accords de composition pénale dont le mécanisme impose, à la personne suspectée, de reconnaître les faits commis.

Cependant, un tel principe serait préservé grâce à un accord intervenant en amont de l'accord sur la sanction. En effet, dans ce premier accord, l'individu ne reconnaîtrait pas sa culpabilité, mais serait particulièrement informé de ses droits au cours du processus.

Les principes directeurs sont des principes à décliner par des dispositions techniques. Ils fixent un cadre qui n'empêche pas la modulation lorsque la loi le prévoit, ce qui serait le cas si la loi admettait la faculté de prendre des contrats processuels pour organiser les procès. Ce qui pose problème pour la validité du contrat processuel, c'est l'inconnu de l'aménagement conventionnel.

**391. L'inconnu de l'aménagement processuel par voie de contrat.** Les règles du procès sont pour la plupart impératives et l'inconnu est reine en matière d'aménagement procédural, en l'absence de faculté générale confiée aux acteurs du conflit en ce sens. Il serait donc nécessaire de prévoir clairement ce qui peut faire l'objet d'un aménagement contractuel, d'autant plus que l'importance de l'aménagement peut varier suivant chaque procédure. Le contentieux civil est indéniablement le contentieux le plus apte à faire l'objet d'un aménagement contractuel très complet. La raison est qu'il s'agit la plupart du temps de régler des intérêts privés, eux-mêmes susceptibles de faire l'objet d'une transaction. Les autres contentieux sont beaucoup moins prêts à recevoir des aménagements contractuels, hormis sans doute, ceux qui touchent au droit d'agir et à la définition de la matière litigieuse, qui relèvent toujours au moins du choix d'un des acteurs au conflit (le demandeur) et qui sont susceptibles de faire l'objet de « concessions » par chaque partie. En revanche, concernant la modification du rapport procédural d'instance, la modification contractuelle n'est pas pour l'instant réellement envisageable<sup>1637</sup>.

En somme, la licéité du contrat processuel passe avant tout par sa reconnaissance de principe dans l'ordre juridique processuel. En procédure pénale, la conclusion d'une convention processuelle sur la négociation de la procédure en matière d'alternatives aux poursuites n'est pas envisageable, tant qu'elle n'est pas reconnue. Pourtant, qui peut le plus, conclure un accord sur la sanction, peut le moins, conclure un accord sur la méthode organisant la recherche de cet

---

<sup>1637</sup> Par ex., si l'on fait le parallèle avec la liberté pour les parties d'envisager le rôle de l'expert en dehors du juge, par des actes contresignés par avocats, est-il possible maintenant pour les parties de définir le cadre de l'expertise judiciaire, en décidant quel expert nommer, sa mission (même de concilier les parties avant ou après le dépôt d'un pré-rapport) alors que le juge est classiquement vu par le droit comme le seul à décider s'il est opportun de nommer ce technicien, de définir sa mission et ne peut pas lui confier la tâche de concilier les parties (CPC, art. 240, 131-8) ?

accord sur la sanction<sup>1638</sup>. Il est donc nécessaire d'ouvrir les vannes du contrat processuel et reconnaître que les parties peuvent aménager la procédure par voie de contrat, sous certaines limites.

**392. Le champ de l'aménagement envisagé dans un modèle mixte intégré.** Dans chaque procédure, il devrait être prévu, dans les articles préliminaires ou les principes directeurs, un principe directeur d'orientation processuelle. Il devrait y être précisé que les parties au conflit sont libres de (re)définir la voie processuelle la mieux adaptée à la résolution de leur différend, en dehors du cadre processuel étatique, mais aussi d'aménager les règles de la procédure étatique concernant leurs devoirs et charges processuels, quand elles y sont expressément autorisées.

La procédure civile est plutôt disponible lorsque le règlement du litige est envisagé hors le juge. Devant le juge, elle l'est aussi de plus en plus quant au fait (instruction) et au droit (fixation des prétentions et moyens). En revanche, le déroulement de la procédure devant le juge pourrait, dans un modèle mixte, faire l'objet d'un aménagement de plus en plus poussé tenant au déroulement de l'instance quand il s'agit de l'accélérer (mise en état calendrier) ou de faciliter l'office du juge (absence d'audience). En outre, les parties pourraient créer de nouvelles sanctions de procédure donnant lieu à une exception de procédure (condition supplémentaire de validité d'un acte de procédure) ou une irrecevabilité technique des moyens et des demandes (on peut envisager le contrat des parties prévoyant une obligation de concentration des moyens et demandes dans le premier jeu de conclusions).

En matière administrative, la compétence du juge, les moyens d'investigations, particulièrement ceux qui sont peu développés (CJA, R. 625-1 à R. 626-4), la mise en état calendrier, les devoirs et charges des parties et l'office sanctionnateur du juge (possibilité de présenter de nouveaux moyens) pourraient également faire l'objet d'aménagements conventionnels, hormis dans certaines procédures spéciales, très réglementées, comme le contentieux des étrangers.

En matière pénale, le contrat processuel peut aussi porter sur le déroulement de l'enquête volontaire, sur l'accès au dossier de procédure, sur la possibilité de solliciter la nullité de certains actes coercitifs, sur les procédures alternatives aux poursuites, sur les voies de saisine de la juridiction et sur le déroulement de l'instance (mise en état judiciaire).

---

<sup>1638</sup> R. ROUQUETTE, « Petit traité du contentieux administratif », *op. cit.*, p. 340, n° 241-281 : « La matière administrative n'étant pas formellement exclue, l'inclusion de cette voie dans le code civil ne paraît pas un obstacle absolu à l'utilisation de cette procédure qui ressemble d'ailleurs à certaines méthodes appliquées en droit public. La circonstance que la procédure soit régie par le code de procédure civile n'est pas forcément un problème, si l'on se réfère par exemple au précédent de l'arbitrage ».

**393. Le contrat processuel et l'autorisation du juge.** À défaut d'autorisation légale ou, quand la licéité de l'aménagement processuel envisagé devant le juge est inconnue ou douteuse, les parties pourraient solliciter de sa part une autorisation d'aménager la procédure dans le sens souhaité. Dans ce cas, le système de l'autorisation ou de la validation processuelle est une garantie suffisante pour donner progressivement de plus en plus de terrain au contrat processuel. Ainsi, pour chaque procès, outre une faculté générale d'aménagement plus ou moins circonscrite, il pourrait être prévu que les parties puissent aménager tel ou tel point de procédure sous l'accord du juge, ce qui deviendrait une condition de validité et d'efficacité de l'accord. Cela permettrait le développement du contrat processuel quand il n'est ni spécialement ouvert, ni spécialement fermé. Le juge autoriserait des aménagements *sui generis* envisagés par les parties après avoir vérifié qu'ils ne nuisent pas à leurs droits processuels fondamentaux (contradictoire, égalité des armes, notamment), ni aux garanties supérieures du procès et de la justice (publicité des débats). En l'absence d'ouverture légale, le contrôle du respect des droits procéduraux des parties et des garanties de l'institution de la justice permettrait de dessiner petit à petit ce qu'il est envisageable de faire par voie de convention.

Le juge devrait pouvoir vérifier que le contrat processuel est valide, lorsque l'une des parties, avec l'accord de l'autre, le lui soumet pour examen. Il devrait ainsi vérifier que le consentement des parties est éclairé et que les droits et devoirs processuels des litigants ne sont pas disproportionnés, compte tenu des principes directeurs des procès<sup>1639</sup>. La décision du juge devrait être considérée comme une mesure d'administration de la procédure insusceptible de tout recours, les parties étant libres de lui représenter un nouveau cadre procédural, pour vérification.

## **B - Le moment du contrôle de la régularité de l'aménagement processuel**

**394. La sanction du contenu illicite.** La nullité du contrat peut alors s'obtenir à titre principal, une fois qu'il est formé, ou à titre incident, pour empêcher l'exécution réclamée par l'une des parties.

Quand le contrat contient une norme principale et plusieurs normes qui en sont la suite logique, alors, le contrat est nul lorsque la norme principale est illicite. Quand la norme qui n'empêche

---

<sup>1639</sup> Prenons l'exemple d'un contrat sur la mise en état calendaire. Un contrat passé devant le juge civil ou administratif ne pourrait pas valablement prévoir que X déposera un seul jeu d'écritures quand Y aura la faculté d'en déposer deux. Il y aurait là, semble-t-il, une violation manifeste du principe du contradictoire.

pas la survie de l'acte est contraire aux règles impératives, il y aurait lieu de la réputer non écrite et de conserver le contrat processuel principal.

Si le juge a autorisé la conclusion du contrat processuel, il devrait en principe être considéré comme valide, à moins qu'il ne soit contraire à une disposition de procédure impérative ne pouvant être éludée. Après validation du contrat processuel par un juge, l'annulation du contrat resterait possible pour une cause sérieuse qui n'est pas manifeste et qui n'a pas été examinée par le juge.

## **II - La licéité du contenu du contrat processuel collectif**

La validité des contrats collectifs de procédure s'inscrit dans un double rapport de conformité et de compatibilité à la loi de procédure. D'abord, dans un rapport de conformité lorsqu'un texte ouvre, tout en la bornant, la faculté de conclure un contrat collectif, ce qui est le cas aujourd'hui<sup>1640</sup>. Ensuite, et de manière absolue, dans un rapport de compatibilité, car l'habilitation de prendre l'acte hétéronome contractuel peut résulter d'une autre norme qui prévoit une faculté de principe d'aménager localement les règles de la procédure (les acteurs de la justice ayant, dans ce cas, une marge de manœuvre qui n'est pas strictement définie). L'autorité créatrice jouit alors d'une liberté dans la création de l'acte contractuel collectif. Dans un procès pleinement contractualisé, il s'agit surtout d'analyser la marge de manœuvre des acteurs locaux de la justice au vu de ce qu'ils peuvent faire<sup>1641</sup>. Il convient d'envisager la validité de principe d'une norme habilitante conférant un pouvoir de créer un cadre procédural local (A), avant d'envisager la licéité du contenu du contrat processuel par rapport à la norme habilitante et aux autres normes de procédure avec lesquelles il peut rentrer en situation de concurrence normative (B).

---

<sup>1640</sup> Par ex., les acteurs de la justice n'auraient pas pu se fonder sur l'article D. 591 CPP pour créer d'autres normes locales que celles qui touchent à la communication électronique, comme le cadre de l'instruction pénale, par exemple.

<sup>1641</sup> Sur la différence entre compatibilité et conformité, v. M. TOUCHAIS, « La règle impérative », *op. cit.*, p. 251, n° 223 : « Dans cette perspective, les auteurs les plus avisés prennent soin de ne pas confondre le rapport de conformité et le rapport de compatibilité. Schématiquement, alors que le premier suppose "une stricte observance conduisant à une reproduction à l'identique de la norme supérieure", il suffit simplement à une norme placée dans un rapport de compatibilité "de ne pas aller contre" la norme qui la surplombe. Là où le rapport de conformité suppose une "action de conformation" de la norme inférieure à la norme supérieure, le rapport de compatibilité n'exige que le respect des limites posées par l'ordre juridique, sans imposer de contenu particulier à la norme rédigée ».

## A - La validité de principe de la norme habilitant les acteurs de la justice

**395. Le doute sur la constitutionnalité des protocoles de procédure.** Les auteurs de la doctrine ont noté le risque de disparités procédurales entre les ressorts du fait de la multiplication des contrats collectifs de procédure<sup>1642</sup>. Ces contrats conduiraient à faire revivre le droit coutumier<sup>1643</sup>, mais, paradoxalement, elle permettrait aussi de fédérer et d'unifier des pratiques de procédure dans/entre les ressorts<sup>1644</sup>. Cependant, même dans ce dernier cas, il est inéluctable que des disparités procédurales demeurent dans les ressorts qui ont ou non adopté un protocole de procédure.

Il est donc naturel de se demander si l'édition de protocoles de procédure locaux, même quand la norme supérieure l'autorise, ne contrevient pas aux normes constitutionnelles supérieures. En effet, plusieurs sont manifestement heurtées : d'abord le principe de l'égal accès des citoyens devant la justice ; ensuite, et non des moindres, la séparation des pouvoirs. En fait, les principes constitutionnels, si supérieurs soient-ils, ne se lisent pas de manière rigide. Il y a toujours des tolérances permises dès lors qu'elles restent raisonnables, proportionnées au but recherché et qu'elles préservent des garanties procédurales minimales.

**396. Le principe d'égalité des citoyens devant la justice.** Même si les protocoles sont édictés en vue de bien administrer la justice au niveau local, il n'est pas impossible de penser qu'une norme, conférant aux acteurs de la justice la faculté de les conclure, soit contraire au principe de l'égal accès des citoyens à la justice<sup>1645</sup>. En effet, n'oublions pas que l'objectif de ces conventions est de poser un droit procédural local compte tenu des exigences du ressort, ou, quand il s'agit de droit souple, de modeler de manière effective les comportements de procédure.

---

<sup>1642</sup> S. GAUDEMONT, « Le notariat à l'heure des chartes de bonnes pratiques », *op. cit.*, n° 23 : « Reste la question de la conciliation de ces chartes, propres à certains ressorts territoriaux et parfois différentes dans leur contenu, avec le principe d'unité du droit qui rejoint lui-même la règle d'égalité des administrés et des justiciables devant les procédures ».

<sup>1643</sup> C. BLERY, « De la contractualisation à la réglementation unilatérale : dérive des protocoles de la mise en état », *op. cit.*, évoquant les dérives de la contractualisation « au risque de revenir à une disparité de régimes digne de la FRANCE coutumière » ; B. TRAVIER, R. GUICHARD, « Les protocoles sur les écritures judiciaires - justice coutumière ou justice moderne ? », *op. cit.*

<sup>1644</sup> « La prise en compte de la notion de qualité dans la mesure de la performance judiciaire. La qualité : une notion relationnelle », E. JEULAND (dir), *op. cit.*, p. 91 : « *quid* du risque de fractionnement des procédures ? Il faut sortir d'une logique départementale et créer un "grand PARIS de la procédure" » ; on peut objecter qu'il y a toujours eu des disparités de procédure entre les ressorts/régions, v. L. DE CARBONNIERES, « Le style, la coutume et la règle romaine ou l'irrésistible affirmation de l'appel en matière criminelle sous les premiers VALOIS » in « Les cours d'appel, origines, histoire et enjeux contemporains », L. SOULA (dir.), *Presses universitaires de RENNES*, 2016, p. 67, *spéc.* p. 69 : « Le réexamen de l'affaire (l'appel) en matière criminelle s'est imposé par la pratique dans les régions qui ne le permettait pas, contrairement aux autres régions dont la coutume acceptait une telle voie de recours ».

<sup>1645</sup> B. DE LAMY, « L'égalité devant la justice pénale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : à propos, notamment, de la nécessaire courbure d'un principe essentiel », *Cah. dr. constit.*, n° 4, avr. 2020 : « Le législateur ne peut s'en remettre à des magistrats, même du siège, pour préciser des points de mise en œuvre des règles procédurales car, lui seul, tient de l'article 34 de la Constitution la compétence pour régir la procédure pénale dans ses moindres détails ».

« Le principe d'égalité ne fait pas en lui-même obstacle au développement de la contractualisation<sup>1646</sup> ». Le Conseil d'État considère que le « principe d'égalité » est un principe général du droit, voire une garantie essentielle des justiciables. Le Conseil constitutionnel estime qu'il découle du principe de l'égalité devant la loi<sup>1647</sup>. En 1975, le Conseil constitutionnel avait décidé que le président de la juridiction ne pouvait pas décider que des affaires de même nature puissent être jugées, selon l'orientation qu'il donne, soit par un juge unique, soit par une formation collégiale. Il avait précisé que le président ne pouvait se voir confier l'exercice des attributions du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution. Par contre, en 1981, le Conseil a estimé que le procureur de la République pouvait, sans porter atteinte au principe suscité, décider discrétionnairement de l'orientation procédurale du dossier<sup>1648</sup>.

### **397. La conformité des protocoles de procédure au principe d'égalité devant la justice.**

Le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes compte tenu des faits, des situations et des personnes auxquelles les règles ont vocation à s'appliquer, pourvu que, sans que des distinctions injustifiées soient opérées, des garanties égales soient assurées aux justiciables.

Le critère de l'égalité des citoyens devant la justice se mesure soit de manière autonome, soit vis-à-vis des principes directeurs du procès, quand l'égalité des armes est rompue entre les parties au procès. Des critères objectifs et sérieux peuvent permettre de tolérer l'illusion d'une atteinte au principe d'égalité des citoyens.

Le critère géographique combiné à l'objectif législatif permet l'application d'un droit spécial compte tenu des spécificités de chaque localité<sup>1649</sup>. Or, les protocoles ont justement pour ambition d'ajuster le droit national procédural aux exigences locales d'un ressort, par une re-création des dispositions processuelles. Il faut tenir compte des fonctions normatives propres à chaque protocole pour désamorcer les questions sur l'inconstitutionnalité de la norme habilitant les acteurs de la justice à prendre des normes dont l'efficacité joue uniquement dans leur ressort.

---

<sup>1646</sup> CE, « Le contrat mode d'action publique et de production de normes », *op. cit.*, p. 179, n° 10.2.1.

<sup>1647</sup> C. constit., DC, 23 juill. 1975, n° 75-56, § 4 et § 5 ; DC, 3 sept. 1986, n° 86-21 : « est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense », QPC, 28 févr. 2020, n° 2019-827, § 8.

<sup>1648</sup> C. constit., DC, 20 janv. 1981, n° 80-127, § 29, s.

<sup>1649</sup> C. constit., DC, n° 93-323, § 15 : « dès lors que les autres personnes sont placées dans des situations différentes au regard des objectifs que le législateur s'est assigné ; qu'en outre de telles dispositions ne sauraient être regardées en elles-mêmes comme portant atteinte à l'indivisibilité de la République ».

Les protocoles expérimentaux ne sont pas contraires à ce principe constitutionnel. Il s'agit d'autoriser, à titre provisoire, ou à titre transitoire, de manière progressive, l'application temporaire ou anticipée de normes de procédures, avant leur généralisation. Les textes expérimentaux ne sont pas définitifs, mais soumis au banc d'essais avant d'être adoptées avec modifications, ou purement et simplement, s'ils ne sont pas mis au rebut<sup>1650</sup>. La limitation géographique provisoire d'un texte ne contrevient donc pas au principe suscit<sup>1651</sup>. Par exemple, le Conseil d'État a validé l'expérimentation authentique conçue par Jean FOYER à propos du remplacement du juge chargé de suivre la procédure par le juge des mises en état des causes<sup>1652</sup>. Le Conseil constitutionnel a fini par reconnaître un droit à l'expérimentation pour les pouvoirs publics, à condition que sa nature et sa portée soient suffisamment délimitées (contenu normatif, temps, zone géographique), qu'elle soit justifiée (motifs de l'expérimentation), que les conditions et les procédures d'évaluation de la loi testée en vue de son maintien, sa modification, sa généralisation, ou son abandon, soient fixées, peu important que le contenu normatif contrevienne au droit général en vigueur<sup>1653</sup>.

Depuis la réforme du 28 mars 2003, l'article 37-1 de la Constitution prévoit que la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limitée, des dispositions à caractère expérimental, ce que le Conseil apprécie souverainement<sup>1654</sup>. L'objet de l'expérimentation, son contenu normatif et le processus pour sa mise en œuvre sur le plan géographique et temporel doivent donc être clairement exprimés.

---

<sup>1650</sup> R. DRAGO, « Le droit de l'expérimentation » in « L'avenir du droit », Mél. F. TERRE, DALLOZ, PUF, *Jel*, 1999.

<sup>1651</sup> Le Conseil d'État avait déjà admis qu'un arrêté puisse d'abord concerner certaines personnes en particulier en vue de mettre en vigueur, dès que possible, l'application des dispositions légales de santé et de salubrité publiques, et ce, sans porter atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la loi (CE. 13 oct 1963, n° 64778, *Steur PENY* : « En mettant progressivement en place des contrôles sanitaires prévus à l'article 263 du code rural et 292 ter du code général des impôts, en fonction des moyens dont elle disposait, et en choisissant d'assujettir d'abord les entreprises les plus importantes, l'administration n'a pas porté une atteinte illégale au principe de l'égalité des citoyens devant le service public »).

<sup>1652</sup> CE, 21 févr. 1968, n° 68615, 68621, 68636, 68637, *Ordre des avocats près la cour d'appel de PARIS*. Dès le début, le décret de réforme du 13 oct. 1965 prévoyait que « jusqu'à une date qui sera fixée par décret, les dispositions des articles précédents n'entreront en vigueur que devant les cours d'appel et les tribunaux de grande instance désignés par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice ». Le CE a répondu que le décret ne se trouverait limité aux ressorts de certains tribunaux et cours d'appel qu'à titre provisoire, celui-ci devant, dans tous les cas, faire l'objet d'une extension progressive compte tenu des possibilités dont disposait l'administration pour mettre en place cette nouvelle organisation, sans que cela ne contrevienne au principe de non-discrimination entre les citoyens en considération du principe d'égalité des citoyens devant la loi et l'article 16 de la loi des 16-24 août 1790 abolissant le privilège de juridiction.

<sup>1653</sup> C. Constit., DC, 28 juill. 1993, n° 93-322 ; CE, 17 juin 2019, n° 421871.

<sup>1654</sup> À propos de l'expérimentation relative à la cour criminelle, v. C. constit., DC, 21 mars 2019, n° 2019-778 § 309, s. : « En premier lieu, en prévoyant que le dispositif juridique de la cour criminelle serait applicable à titre expérimental dans au moins deux départements et au plus dix départements déterminés par un arrêté du ministre de la Justice, pendant une durée de trois ans à compter de la date fixée par cet arrêté, pour le jugement des personnes mises en accusation au plus tard deux ans après cette date, le législateur a suffisamment défini l'objet de l'expérimentation qu'il a instituée ».



**398. Les protocoles expérimentaux déjà conclus.** L'article 88 du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 prévoyait que les dispositions de l'article 73 relatif à l'entrée en vigueur des articles 748-1 et suivants du CPC pouvait entrer en vigueur avant la date prévue (1<sup>er</sup> janv. 2009). Une expérimentation de procédure au sens où l'entendait Jean FOYER avait donc été mise en place. Entre 2006 et 2009, des conventions de procédure contraignantes pouvaient être conclues et elles conditionnaient l'application locale des articles du code de procédure civile sus énoncés. L'objet et la durée de l'expérimentation étaient suffisamment circonscrits. Le problème est que ces protocoles demeurent, mais ils prévoient surtout des normes judiciaires, puisque la communication par voie électronique est devenue un principe, et va demain laisser la place aux procédures entièrement numériques.

Pour les protocoles de l'article D. 591 du CPP, instauré par le décret n° 2007-1620 du 15 novembre 2007, rien n'était prévu sur l'application temporaire ou sur l'application anticipée des dispositions expérimentales ou transitoires. Ces dispositions n'étaient pas à l'origine éternelles<sup>1655</sup>. Pour autant, la fonction expérimentale des protocoles D. 591 fut contestée et il leur a été reproché de créer une « dysharmonie<sup>1656</sup> » dans la procédure pénale. De plus, ces protocoles étaient susceptibles de porter atteinte à la profession d'avocat pour deux raisons. D'abord, l'avocat devait s'enquérir auprès de la juridiction pour savoir s'il existait un protocole local, puis vérifier les actes qu'il pouvait adresser à la juridiction par voie électronique. Ensuite, les protocoles permettaient d'exclure la communication par voie électronique pour l'avocat qui ne faisait pas partie du barreau signataire, bien que cette communication fut optionnelle.

Le décret n'a, à ses débuts, jamais fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir de ce chef<sup>1657</sup>. Les disparités créées étaient justifiées pour des considérations de bonne administration de la justice et la transition vers un système pénal entièrement numérique. Ces protocoles se sont multipliés et, depuis 2019, de nouvelles conventions ont pu être conclues pour déroger aux protocoles dits D. 591, dans le but d'amorcer la nouvelle phase de dématérialisation 2.0 de la justice pénale (CPP, art. A. 53-9).

Durant la crise sanitaire de la COVID, des protocoles pénaux temporaires ont été adoptés pour autoriser la communication par voie électronique de certains actes<sup>1658</sup>. Une convention nationale est venue pérenniser les mesures édictées pendant l'état d'urgence en bannissant la

---

<sup>1655</sup> R. RODRIGUEZ, « La communication par voie électronique en matière pénale », *Procédures*, n° 10, oct. 2014, doss. 6, spéc. n° 14 : « Si, dans le cadre d'une expérimentation, une telle contractualisation pouvait être envisageable, cette condition, en tant qu'élément essentiel de développement du dispositif, est l'archétype de la "fausse bonne idée" ».

<sup>1656</sup> *Ibid.*, évoquant les différences d'un barreau à l'autre.

<sup>1657</sup> V. en revanche, pour l'annulation de l'article 2 du décret, CE, 6<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> srr., 27 mars 2015, n° 374234.

<sup>1658</sup> Protocole parisien portant sur les modalités de la communication électronique pénale entre les juridictions et les avocats afin de garantir la continuité de l'activité des juridictions pénales essentielle au maintien de l'ordre public pendant l'état d'urgence sanitaire du 24 avril 2020, conclu entre le CNB et le ministère de la Justice.

mise en place de protocoles locaux<sup>1659</sup>. Cela aura pris du temps, mais les juridictions sont prêtes pour la CPVE, de sorte qu'il convient de la généraliser, 14 ans plus tard. L'article D. 591 CPP a ainsi été modifié et prévoit depuis le décret du 30 août 2021 que c'est une convention nationale qui couvre le champ de la CPVE. Désormais, la procédure pénale numérique native est en cours de développement et fait l'objet d'une mise en œuvre progressive par voie de conventions locales (CPP, art. D. 589 et A. 53-9)<sup>1660</sup>.

**399. Les autres protocoles de procédure.** Les autres protocoles admis dans le droit dur, sous condition, sont aussi conformes au principe d'égalité entre justiciables. Ces protocoles concernent l'optimisation processuelle. Celle-ci, quand elle est nécessaire et justifiée par des éléments objectifs, pourrait autoriser l'élaboration d'un droit procédural local temporaire, qui dérogerait au pan étatique aménagé. La juridiction en situation de détresse juridictionnelle pourrait prendre des mesures processuelles pour redresser sa capacité de traitement des affaires.

Quand le contrat collectif prévoit un contenu optionnel que les acteurs d'un conflit peuvent choisir en particulier, au coup par coup, par voie de contrat individuel, dans ce cas, le principe d'égalité des citoyens devant la justice n'est pas menacé, les dispositions collectives devenant obligatoires par la seule volonté des parties.

**400. La séparation des pouvoirs.** Les protocoles de procédure induisent un transfert des compétences normatives des acteurs étatiques vers les acteurs locaux de la justice. Pourtant, le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs judiciaire et exécutif est ancré à l'article 16 de la DDHC.

La délégation de pouvoir est un mécanisme souvent envisagé. Le droit collectif du travail repose sur cette délégation. Le problème majeur qui se pose est celui de savoir si des magistrats (chefs de juridiction) peuvent prendre des actes normatifs ayant vocation à suppléer le droit étatique. Les chefs de la juridiction, comme tout chef de service, ont sans doute la possibilité d'édicter des lignes directrices et des recommandations pour organiser le service public de la justice qu'ils gèrent et de prendre des contrats avec d'autres administrations. Or, la convention collective de procédure est un contrat réglementaire qui n'est pas conclu pour organiser le service, mais pour aménager l'activité juridictionnelle et judiciaire du ressort. Il serait possible

---

<sup>1659</sup> Convention Chancellerie - CNB, 5 févr. 2021.

<sup>1660</sup> M. LARTIGUE, « Procédure pénale numérique : on avance », *Gaz. Pal.*, 2 juin 2020, n° 20, p. 5 ; A. DANET, « Procédure pénale et numérique : panorama 2019-2020 », *AJ pénal*, 2021, p. 142.

de trancher dans le vif en assénant qu'il leur est impossible de prendre de tels actes, car cela équivaut à « signer des règlements opposables aux administrés même pour les affaires qui relèvent de son département [alors que] seul le président de la République ou le Premier ministre peuvent le faire<sup>1661</sup> », sinon le Parlement. En effet, une sorte de pouvoir politique des juges ressort de la conclusion des conventions collectives de procédure. Cependant, les chefs de juridiction n'agissent pas en tant que juge, mais en qualité de chef de service public prenant des actes normatifs ayant vocation à améliorer le service rendu aux justiciables et préserver l'efficacité la justice. En cela, la séparation des pouvoirs n'est pas heurtée, car les protocoles ne sont pas des actes de jugement, mais des actes règlementaires, en vue d'organiser la procédure et les processus permettant de rendre la justice.

## B - La validité du contenu des contrats processuels collectifs

**401. L'incertitude de l'aménagement collectif.** La recherche du caractère licite est d'autant plus importante que des protocoles peuvent être juridictionnellement applicables, bien que leur nature contraignante reste très aléatoire. Même s'ils ne le sont pas, ils peuvent tout de même avoir une force d'influence. Il y a lieu de s'assurer que les contrats collectifs de procédure, même non contraignants, ne contiennent pas de dispositions *contra legem*<sup>1662</sup>, sauf quand cela est justifié, comme en matière expérimentale. Les protocoles devraient prévoir des normes qui développent le contenu des normes légales et qui sont *praeter legem* (qui peuvent s'appliquer en tout lieu lorsque la loi est lacunaire ou n'interdit pas qu'il y ait un fort ajustement pratique dans sa mise en œuvre)<sup>1663</sup> ou « *secundum legem*<sup>1664</sup> » (lorsque la loi y renvoie pour son application ou pour en définir les contours, ou lorsque la loi dispose à titre supplétif).

La validité positive des conventions de procédure s'apprécie au regard des normes supérieures de procédure étatiques. La validité statique des conventions est susceptible d'être plus ou moins strictement appréciée selon la fonction de la convention de procédure et selon l'existence et l'étendue de l'habilitation normative accordée par le législateur. Cependant, il faut préciser que

---

<sup>1661</sup> P. CHRETIEN, N. CHIFFLOT, M. TOURBE, « Droit administratif », *op. cit.*, p. 248, n° 252.

<sup>1662</sup> Quand ces conventions ne sont pas contraignantes (car prises en dehors de toute habilitation normative expresse), il est dit par la doctrine que leur impact normatif ne serait pas important. Cela est loin d'être évident, puisque ces contrats collectifs sont pris par des acteurs de la justice qui disposent d'une certaine force de persuasion et réglementation dans leur ressort. Ils sont donc susceptibles d'influencer les destinataires des normes qui appliquent volontairement le contenu du contrat collectif. Une norme de procédure contraire au droit positif, mais adoptée volontairement par les destinataires qui s'estiment tenus de la suivre, ou la croient plus juste ou plus utile que la loi, serait de nature à caractériser une contrariété matérielle des contrats collectifs aux normes supérieures contraignantes. Le Conseil d'État admet désormais la recevabilité des actions objectives contre les actes de droit souple dotés d'une force d'influence sur les pratiques.

<sup>1663</sup> Par ex. J-B. RACINE, « La technique de la passerelle en droit judiciaire privé », *op. cit.*, *spéc.* n°4.

<sup>1664</sup> C. BLERY, « Protocoles de procédure », *op. cit.*, n° 411.34 et 411.61.

chaque fonction normative est susceptible d'entrer plus ou moins en concurrence avec la loi<sup>1665</sup>, même si toutes les conventions vont plus loin que la loi... (puisqu'elles ont vocation à prévoir ce que la loi ne prévoit pas, afin d'être utiles au sein d'une juridiction).

Quand l'édiction d'une convention de procédure spéciale est encadrée par la loi d'habilitation, la validité de la convention dépend de la marge de manœuvre laissée aux acteurs locaux de la justice. Si le texte de procédure étatique prévoit que le contrat collectif doit comporter une norme compatible avec l'exigence A, alors, la norme contractuelle peut être A ou A' ou A''... En revanche, une norme contractuelle B ne serait pas licite. Lorsque la loi prévoit expressément le champ normatif d'un protocole, ses auteurs sont donc tenus de s'y conformer.

Le risque de l'illicéité se trouve dans l'hypothèse où une habilitation étatique poserait la faculté de principe des acteurs locaux de la justice d'aménager localement les règles de procédure, sous certaines conditions. Le rapport de conformité et de compatibilité qui s'installe augmente la crainte d'obtenir des protocoles qui édictent des comportements de procédure contraires à ceux prescrits par la loi. Afin d'éviter tout doute sur la faculté d'aménagement de la procédure par les acteurs de la justice, la norme d'habilitation doit au moins prévoir ce qui ne peut jamais faire l'objet d'une retouche locale. Tout dépend également de la fonction assignée au protocole, selon qu'ils sont de droit dur ou de droit souple.

**402. La validité de la convention collective et la fonction expérimentale.** En matière expérimentale, la norme contractuelle doit être suffisamment libre et détachée de toute contrainte de respect de la norme étatique processuelle en vigueur. En effet, l'expérimentation est un outil de production du droit permettant de tester, temporairement, une norme nouvelle. Pour satisfaire le but défini, le protocole expérimental doit prévoir autre chose que ce que dit la loi. Les protocoles sur la communication par voie électronique civile ont énoncé que l'adhésion de l'avocat au RPVA valait consentement de ce dernier à un moyen de communication par voie électronique, ce qui était en apparence peu conforme aux dispositions originaires de l'article 748-2 CPC, rédigées en 2005 et qui exigeaient un consentement exprès, si bien qu'un second alinéa dû être rajouté en 2015. Les protocoles qui ont imposé la communication par voie électronique, alors qu'elle n'était que facultative, sont également allés plus loin que la loi<sup>1666</sup>.

---

<sup>1665</sup> Certaines impliquent une plus grande liberté dans la détermination du contenu normatif par les acteurs locaux de la justice et donc une plus grande marge de manœuvre confiée par la loi ou déterminée par les acteurs locaux de la justice qui prennent le contrat spontanément.

<sup>1666</sup> M. ATTAL, « Heurts et malheurs de la dématérialisation de la procédure d'appel », *op. cit.* : « En premier lieu, elle va indéniablement plus loin que le législateur. Ce dernier délègue donc aux acteurs du monde judiciaire le soin d'organiser leur propre tâche, et plus précisément de combler les lacunes des textes ». La convention prévoit que les conclusions doivent être

**403. La validité de la convention collective et la fonction de promotion et de connaissance du droit.** La volonté des signataires de s'obliger à promouvoir les dispositions légales optionnelles de procédure conduit nécessairement à mieux organiser la procédure de règlement du conflit mal appliquée ou inappliquée. Le respect volontaire du protocole dépend justement de la redéfinition utile du cadre procédural légal, ce qui peut conduire à déformer la lettre ou l'esprit de la loi promue. En fin de compte, dès qu'il y a réécriture des textes de loi pour les adapter aux exigences juridiques ou locales, il y a un risque de créer du droit.

**404. La validité de la convention collective et la fonction circulaire.** Ce type de convention est essentiellement adoptée pour développer l'esprit de la loi issue des pouvoirs publics qui édictent des règles de procédure. Comme les circulaires, en principe seulement interprétatives, certaines conventions sont impératives et prévoient autre chose qu'une explication du texte de loi seulement. Toute nouveauté ou contrariété aux textes en vigueur devrait être limitée ou interdite. Pourtant, à la différence de la circulaire, le protocole de procédure adapte localement la règle de procédure au niveau local. Ainsi, le protocole devrait être une retranscription assez fidèle de la règle étatique de procédure expliquée au regard des contraintes du ressort.

**405. La validité de la convention collective et la fonction d'optimisation de la procédure.** La fonction la plus controversée et qui comporte sans doute le plus de dispositions *praeter et contra legem* est la fonction de dynamisation des procédures. Les conventions d'optimisation sont adoptées pour augmenter la cadence procédurale. Il est normal qu'elles posent des charges supplémentaires ou limitent des options processuelles. Elles rigidifient les règles de procédure en vigueur et ne peuvent donc que s'écarter facilement de la lettre des textes aménagés. Les conventions de procédure pour la mise en état civile devant le tribunal de commerce en sont un bon exemple. Mme le professeur BLERY a pu dénoncer leur illicéité notamment lorsqu'elles prévoyaient le basculement quasi automatique en procédure écrite avec un calendrier de dépôt des écritures imposé, alors que cette technique procédurale aurait dû être appréciée et mise en œuvre cas par cas, avec l'accord des parties<sup>1667</sup>. Il en va de même avec les conventions qui ont prévu une nouvelle forme de rédaction des conclusions en transformant le principe de

---

notifiées par RPVA alors que ce n'est qu'une faculté jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 2013 et que l'adhésion de l'avocat au RPVA vaut consentement au sens de l'article 748-2 CPC. La convention du 20 mars 2013 précise d'ailleurs qu'elle sera intégrée dans les règlements intérieurs des barreaux.

<sup>1667</sup> C. BLERY, « De la contractualisation à la réglementation unilatérale : dérive des protocoles de la mise en état », *op. cit.* : « le fait de demander aux parties d'accepter un contrat type de procédure d'adhésion à la première audience publique de procédure est contraire au texte et à la logique même du calendrier adapté contractuellement par les parties avec et après en avoir débattu avec le juge rapporteur. Nous sommes en pleine violation du texte et en plus c'est complètement inadapté car il n'y a pas plus de calendrier type que de procédure type ».

concentration des moyens en un principe de concentration des écritures<sup>1668</sup>, ou avec les conventions qui ont précisé que les conclusions d'incident de procédure seraient spécialement adressées au conseiller de la mise en état pour qu'il en prenne immédiatement connaissance<sup>1669</sup>. Heureusement, ce type de contrat collectif ne devrait devenir contraignant que dans des cas restrictivement admis, lorsqu'une cause objective le justifie. Ces conventions n'ont donc pas vocation à se substituer aux codes de procédure et, en l'état des choses, elles ne sont pas contraignantes, mais seulement dotées d'une force d'influence relative. Cela peut donc « excuser » la présence de certaines normes insérées dans ces contrats collectifs et qui sont contraires aux règles prévues dans les codes, dans la mesure où leur effectivité dépend en grande partie de la volonté des acteurs du procès de les appliquer, en principe, sans risque de contrainte juridique. Il convient aussi de préciser que la plupart des normes issues des protocoles ne sont pas contraires aux principes de la procédure, comme le principe du contradictoire et la célérité des procès, mais les renforcent, notamment lorsque les conventions prévoient des calendriers de procédure type. Les normes étatiques aménagées sont le plus souvent des normes techniques, en lien avec la gestion de la procédure, et non des règles fondamentales, à moins qu'il ne s'agisse de les renforcer.

#### § 4 - La validité formelle des contrats processuels

La validité formelle tient à la régularité de la forme qui guide la formation du contrat processuel. C'est envisager les formes qui entourent l'édition de l'acte processuel et qui ne tiennent pas directement au consentement ni au contenu normatif, mais qui concernent tous les procédés permettant de formaliser l'accord. Le contrat reste lui aussi une « procédure » d'édition d'une norme et, comme toute procédure, des questions de forme se posent au-delà des questions de fond qui viennent d'être traitées. Il convient alors d'envisager la forme du contrat processuel individuel (I), puis la forme du contrat processuel collectif (II).

---

<sup>1668</sup> S. LATASTE, « "Le protocole sur la mise en œuvre des principes de concentration et de structuration des écritures est un guide de bonnes pratiques pour les avocats" », *op. cit.* : « Effectivement, ce protocole est allé aussi loin que la Commission MAGENDIE II souhaitait initialement le faire, avant qu'elle ne se rétracte, en raison notamment de la jurisprudence CESAREO et du droit au double degré de juridiction. Mais il faut bien comprendre qu'il est préférable pour les avocats de s'auto-discipliner, grâce à un protocole qui n'est en définitive qu'un guide de bonnes pratiques, plutôt que de ne pas réagir et de se voir un jour imposer par le législateur des pratiques beaucoup plus contraignantes ».

<sup>1669</sup> S. AMRANI-MEKKI, « La redéfinition des règles de procédure sous contrainte managériale », *op. cit.* : « Par deux arrêts en date du 12 mai 2016, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation crée, *extra legem* et par un revirement de jurisprudence, une exigence formelle dans le but - compréhensible, mais légitimement douteux - d'alléger la tâche des juges de la mise en état », « c'est ainsi que l'article 2.2.2 du protocole d'accord conclu entre le barreau de PARIS et le tribunal de grande instance de PARIS prévoit que les parties "doivent très spécifiquement indiquer dans leur en-tête qu'elles sont adressées au juge de la mise en état" et que le "message de transmission indique clairement en objet qu'il s'agit de conclusions d'incident". C'est cette exigence pratique et pragmatique que consacrent les arrêts du 12 mai 2016 ».

## **I - La validité formelle du contrat processuel individuel**

**406. Le contrat processuel : un contrat écrit.** Le contrat processuel individuel devrait, à peine de validité, être passé par écrit. Il s'agit d'un contrat solennel qui ne doit pas laisser de place au doute sur son existence et son contenu, aucun conflit de procédure ne devant s'agréger au conflit substantiel.

Ainsi, la convention d'arbitrage interne doit être écrite (CPC, art. 1443), comme la clause de compétence territoriale (CPC, art. 48). Certes, il appert en droit positif que des contrats processuels ne sont pas forcément écrits. Le code civil semble considérer que l'accord sur le principe de la conciliation ou médiation n'a pas besoin d'être formalisé par écrit, puisqu'il peut être formé oralement dès la première réunion de conciliation/médiation (C. civ., art. 2238). Cela n'est pas judicieux dans la mesure où les parties ne prennent pas pareillement conscience de l'importance de leur engagement et de leurs droits applicables (rien n'impose actuellement au médiateur d'informer les parties sur leurs droits processuels applicables).

Pourtant, l'écrit est nécessaire dans la mesure où il permet de prendre conscience de l'enjeu processuel et d'assurer notamment le respect de l'obligation d'information précontractuelle. Tout contrat processuel devrait comporter les informations suivantes : l'identité des parties, le litige présent ou hypothétique y étant soumis, les normes de procédure contractuellement définies, les conséquences processuelles des normes de procédure, des clauses sur la vie et l'inexécution du contrat, ainsi que la signature des parties ou de leur représentant.

**407. Les dispositions formelles, conditions de validité de l'acte.** L'écrit est d'autant plus nécessaire quand le contrat processuel doit, à peine de validité, comporter des mentions imposées par un texte. L'écrit facilite la preuve du respect de l'obligation d'information précontractuelle. Le contrat écrit serait le moyen d'éclairer les parties sur les conséquences processuelles de l'acte conclu. Il s'agit de permettre le développement du contrat processuel au travers d'un consentement éclairé. Quand il s'agit d'une partie faible (consommateur/travailleur), le contrat devrait mentionner certaines informations processuelles à peine de validité et devrait être obligatoirement passé par écrit.

En matière de procédure civile, l'acte d'avocat est un moyen efficace de développer ces contrats. Quand les acteurs du conflit n'ont pas d'avocat (justiciable civil, administration, procureur), l'écrit sous seing privé est alors nécessaire.

Lorsque le contrat processuel doit être autorisé ou validé par un juge, l'écrit est nécessaire. Ce système d'autorisation/validation devrait être prévu pour les contrats processuels aux conséquences les plus graves (selon la matière, selon les parties, selon qu'il est ou non passé devant le juge, selon la norme envisagée) ou lorsqu'il existe un doute sur la possibilité de prendre la norme processuelle envisagée, car la loi reste muette ou incertaine sur la faculté d'aménagement des parties. Les parties, ensemble, ou la plus diligente d'entre elles pourraient prendre l'initiative de soumettre le contrat écrit au juge.

## **II - La validité formelle du contrat processuel collectif**

**408. La procédure de formation des conventions de procédure.** Que le protocole soit du droit dur ou demeure du droit souple, rien n'est actuellement prévu en droit français pour encadrer leur élaboration<sup>1670</sup>. L'élaboration spontanée des contrats collectifs doit également être collective dans le sens où la convention doit être le fruit d'une réflexion collégiale. Il faut éviter que la « contractualisation de la procédure (...) échappe aux parties [dans] (...) la mesure où ils n'ont pas été associés à l'élaboration dudit protocole<sup>1671</sup> ». Les destinataires immédiats des protocoles sont les magistrats, les avocats, et tous les autres acteurs d'un procès en particulier dont les intérêts ont été en principe défendus par leur représentant lors de la négociation processuelle. Les destinataires finaux sont les parties au conflit substantiel. La forme tenant à la conclusion du contrat collectif doit donc garantir une qualité de la norme produite pour les acteurs professionnels des procédures et les justiciables.

**409. La négociation collective imposée.** La négociation collective processuelle est le fondement des contrats collectifs de procédure. Dans chaque juridiction, il devrait ainsi exister des périodes ordinaires et extraordinaires de négociation collective processuelle (comme il existe une négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise). Cela permettrait d'envisager la création, la révision, le maintien, ou l'abandon des conventions collectives qui sont pour la plupart conclues pour des durées déterminées plutôt brèves étant donnée la modification perpétuelle des normes étatiques de procédure.

---

<sup>1670</sup> *Contra.*, CPC du QUEBEC, art. 63 à 65, concernant le règlement des tribunaux, qui est plutôt un acte unilatéral conjonctif.

<sup>1671</sup> L. MAYER, « La maîtrise du procès par les parties au regard de la jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 59 et 60, n° 11 et 12 : la plupart des avocats n'en ont même pas connaissance précise-t-elle, ce que nous avons également pu constater en pratique, les avocats en ayant souvent eu plus ouï-dire ou connaissance sommaire, qu'une connaissance approfondie. En outre, selon eux, pourquoi appliquer un texte de procédure facultatif plus contraignant alors que certaines procédures orales sont souples ?



La négociation collective annuelle des contrats collectifs devrait être indépendante des assemblées annuelles des magistrats et des fonctionnaires. En matière judiciaire, elle pourrait avoir lieu au cours des séances du conseil de juridiction (censé être un lieu de discussion entre les acteurs de l'institution juridictionnelle et les autres acteurs locaux de la justice<sup>1672</sup>). Cependant, il serait préférable que, dans l'ordre judiciaire comme administratif, la négociation collective ordinaire se voit accorder une place autonome et une procédure à part entière prévoyant la consultation, la convocation et la réunion des personnes intéressées. Des sessions de négociations extraordinaires pourraient ensuite se tenir toute l'année quand cela est nécessaire.

Pour assurer la collégialité de la discussion, un groupe de travail permanent au sein de chaque ressort devrait être établi. Ce groupe devrait être composé de représentant de chaque profession ou catégorie d'acteurs locaux de la justice. Par exemple, pour prendre l'hypothèse la plus fréquente d'une convention collective de procédure passée entre le chef de juridiction et le bâtonnier, chaque partie signataire devrait constituer un groupe de travail d'au moins trois magistrats (chef de juridiction, chef du service judiciaire concerné, un directeur de greffe) et trois avocats (bâtonnier, deux autres avocats du conseil de l'ordre). Cela est rare, mais certaines conventions sont déjà négociées comme cela. Une convention a même été conclue en présence du garde des Sceaux devant la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de PARIS (l'aura du ministre pouvant donner un brevet de validité ou une légitimité particulière).

Ainsi, lorsque l'édiction de la convention collective ne découle pas d'une autorisation légale spéciale, il y a lieu de soumettre la convention à la discussion des instances de chaque groupe de signataires. En revanche, quand la possibilité de prendre une convention de procédure résulte d'un texte qui définit strictement ses contours, on peut supposer que le texte borde déjà un minimum l'action réglementaire des futurs signataires, si bien que son formalisme devrait être allégé. Dans tous les cas, le mécanisme ne devrait pas être trop lourd pour ne pas défavoriser l'initiative processuelle locale.

**410. La concertation des acteurs judiciaires.** Une fois que le projet de convention est défini, il n'est pas judicieux de le soumettre au conseil de l'ordre ainsi qu'aux magistrats et aux fonctionnaires de la juridiction pour avis consultatif, par exemple, lors d'une assemblée

---

<sup>1672</sup> Ces lieux sont amenés à être des lieux de consultation en matière de procédure voire de justice depuis le décret du 30 août 2019 : v. par ex., COJ, art. R. 212-64.

générale ordinaire ou extraordinaire<sup>1673</sup>. Pour ne pas alourdir le processus, une telle consultation ne devrait pas avoir lieu quand un groupe de travail est défini pour élaborer la convention. En revanche, la convention devrait au moins être diffusée et présentée à chaque membre des professions concernées, par tout moyen.

**411. L'absence de vérification de principe par l'autorité administrative.** M. le professeur CADIET a proposé de ressusciter le Conseil de l'organisation judiciaire<sup>1674</sup>, qui pourrait être chargé de contrôler la validité des conventions de procédure<sup>1675</sup>. Si l'entité devait revivre, il faudrait modifier ses attributions, car auparavant, le Conseil examinait les questions d'ordre judiciaire. Or, le contrat collectif de procédure relève principalement du plan normatif processuel. En ce cas, l'avis du Conseil permettrait au ministre d'agréer la convention collective par voie d'arrêté ministériel. Le contrat collectif est une œuvre de justice locale et doit le rester. Tous ne méritent pas d'être soumis à un contrôle administratif de validité, en vue d'être contraignants.

**412. Les conventions devant faire l'objet d'un contrôle de validité.** Il faut distinguer selon que le contrat collectif demeure du droit souple ou devient du droit dur. Les conventions qui restent du droit souple n'ont pas besoin d'une validation administrative pour prospérer. Le cadre contractuel de l'élaboration collégiale suffirait à préserver les droits des parties au conflit. La question pourrait pourtant se poser pour certains protocoles qui peuvent fortement influencer les acteurs du procès parce que les dispositions prévues sont parfois *contra legem* ou *praeter legem*. Ici, la sélection naturelle devrait jouer. Si la convention ne peut être sanctionnée par le

---

<sup>1673</sup> L'assemblée la plus adaptée serait l'assemblée plénière des magistrats et des fonctionnaires. Elle réunit l'ensemble du personnel de la magistrature, des greffiers et des agents de la juridiction et du SAR. L'importance est surtout de pouvoir présenter de manière solennelle le projet aux magistrats ainsi qu'aux greffiers qui participent directement à l'œuvre de justice. Cette assemblée qui se tient devant le tribunal judiciaire et la cour d'appel peut être réunie à la demande du président de la juridiction pour des séances extraordinaires (COJ, art. R. 212-49, s., R. 312-56, s., R. 212-22, s., R. 312-27, s.). Elle a déjà pour mission d'émettre un avis sur le projet de juridiction et sur l'ordre du jour du conseil de juridiction, puis de discuter la situation et les orientations budgétaires. Devant les autres juridictions judiciaires, la présentation devrait se faire en assemblée générale également (C. com., art. R. 722-1 et C. trav., art. R. 1423-23). En matière administrative, l'assemblée générale permet de discuter « des sujets d'intérêts commun » (R. 22-4 CJA).

<sup>1674</sup> Cet organe a été créé par D. n° 58-1281 du 22 déc. 1958 portant application de l'ordonnance n° 58-1273 du 22 déc. 1958 et relatif à l'organisation judiciaire, art. 9 à 12. C'était une entité publique instituée au ministère de la Justice et présidée par le garde des Sceaux. Il était composé du premier président et du procureur général près la Cour de cassation, d'un conseiller d'État, du premier président et du procureur général près la cour d'appel de PARIS, d'un conseiller de la cour des comptes, de deux premiers présidents et deux procureurs généraux de cour d'appel, d'un président de tribunal de grande instance et d'un procureur de la République et des membres d'administration du ministère de la Justice. Sa mission était consultative, le conseil pouvait être interrogé sur toutes les questions qui concernent l'organisation judiciaire. Sa consultation devenait obligatoire quand il s'agissait de créer ou supprimer une cour d'appel ou un tribunal de grande instance. Il pouvait alors interroger toute administration à toutes fins utiles pour émettre ses avis.

<sup>1675</sup> L. CADIET, « les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale », *op. cit.*, p. 70 : « on pourrait imaginer à cet égard, de redonner vie au Conseil de l'organisation judiciaire qui existait naguère, sauf à modifier sa composition et ses attributions et en lui attribuant des compétences en matière procédurale ». Il envisageait cela constatant « la floraison actuelle des protocoles de procédure, cacophonique, plus que symphonique, non pas tant pour y mettre un terme que pour organiser le recours à ces protocoles dans le cadre d'une réflexion globale sur les sources de la procédure civile ».

juge, alors ce sont uniquement les destinataires de la norme qui choisiront volontairement d'appliquer ou non les prescriptions du contrat qui peuvent être plus ou moins légitimes. Rien n'empêche d'envisager un contrôle facultatif et volontaire pour les conventions qui demeurent dans le champ du droit souple, afin qu'elles obtiennent un brevet de *légalité*, ce qui conduirait à l'amélioration de leur effectivité. Lorsque les conventions souples ont une telle force d'influence qu'elles perturbent excessivement les comportements de procédure, elles pourraient faire l'objet d'un examen administratif *a posteriori*.

Pour les conventions qui sont du droit dur, grâce à la faveur d'un texte spécial, un contrôle administratif de principe n'est pas non plus souhaitable. Cela nuirait à la capacité des acteurs locaux de la justice de déterminer un cadre processuel local.

Toutefois, le texte d'habilitation prévoyant une faculté générale d'aménagement de la procédure pourrait envisager un tel contrôle dans la mesure où les contrats collectifs sont amenés à se développer en masse, dans les pans de la procédure les plus diversifiés<sup>1676</sup>. Un contrôle de l'autorité administrative compétente qui reste à déterminer serait en principe suffisant pour que l'acte soit valide. Des processus de validation supplémentaire par le garde des Sceaux pourraient se rajouter à la procédure de validation normative si cela était nécessaire<sup>1677</sup>. Si le contrat collectif processuel est consacré, la prudence impliquera d'abord une part de méfiance qui conduira les pouvoirs publics à l'encadrer strictement.

Dans l'idéal, le contrôle administratif du contrat collectif avant ou postérieurement à son entrée en vigueur doit rester anecdotique. Le besoin de contrôle doit s'apprécier, au cas par cas, selon la fonction normative de l'acte, s'il est de droit souple ou contraignant, s'il est édicté collégialement ou non, et s'il découle d'une habilitation étatique générale ou spéciale.

**413. L'organe du contrôle de la validité.** En cas de contrôle obligatoire ou facultatif du protocole, une autorité unique devrait être chargée d'examiner leur validité<sup>1678</sup>. Cette centralisation du contrôle ne peut être obtenue, à moins de donner une compétence particulière à un service de la Chancellerie ou du Conseil d'État.

---

<sup>1676</sup> L'article 88 du D. du 28 déc. 2005 prévoyait (dans sa première mouture) une sorte de contrôle « après approbation de conventions passées » par le garde des Sceaux, ou par une approbation tacite du fait de la conformité de la convention cadre à la convention nationale ».

<sup>1677</sup> Cela peut être intéressant quand de nombreux protocoles doivent être pris au niveau local très rapidement, afin de juguler les excès qui pourraient survenir.

<sup>1678</sup> Le Conseil de l'organisation judiciaire n'est pas le mieux adapté si l'on s'en tient à sa composition et son rôle initiaux. Les magistrats qui y siégeaient sont aujourd'hui susceptibles d'être des promoteurs voire des créateurs de certaines conventions de procédure. Les juridictions parisiennes, par exemple, sont prolifiques en matière de conventions processuelles ; il serait donc malvenu que les chefs de la cour d'appel, qui faisaient partie de ce conseil, appartiennent à l'autorité de validation.

Pour l'ordre judiciaire, un service de la chancellerie est tout particulièrement adapté. Ce service est l'inspection générale de la justice. Elle remplace l'inspection générale des services judiciaires en 2016, qui a fusionné avec l'inspection des services pénitentiaires et de la protection judiciaire de la jeunesse<sup>1679</sup>. Essentiellement composée de magistrats, mais aussi d'autres agents du corps du ministère de la Justice<sup>1680</sup>, l'IGJ a pour mission l'inspection, le contrôle, l'étude, le conseil et l'évaluation de l'ensemble des entités privées et publiques rattachées à ce ministère (D. 2016-1675, art. 2). Il y a une mission permanente qui organise des inspections programmées chaque année, ou qui durent sur une période prolongée, et des interventions plus inopinées ou plus ponctuelles<sup>1681</sup>. L'inspection se compose de plusieurs départements civils et pénaux. Outre ses missions traditionnelles relatives au contrôle de fonctionnement et à l'inspection de fonctionnement, l'Inspection est dotée de nouvelles missions, notamment une mission thématique et une mission d'appui et de conseil auprès des chefs de juridiction<sup>1682</sup>.

L'IGJ est la plus apte à contrôler les conventions de procédure pour plusieurs raisons. D'abord, des magistrats la composent en majorité. Ses agents disposent alors de bonnes connaissances de procédure et de l'organisation du système judiciaire. Les départements de l'Inspection sont suffisamment nombreux pour que la plupart des conventions puissent être examinées par le bureau approprié. Ensuite, L'IGJ doit évaluer et surveiller la performance des juridictions, or certaines conventions collectives sont justement tournées vers l'optimisation procédurale et ont pour objectif lointain d'améliorer l'activité administrative des juridictions. De plus, les différents rapports de l'Inspection révèlent qu'un de ses objectifs est de repérer les bonnes

---

<sup>1679</sup> Auparavant, l'IGSJ était un service informel composé d'inspecteurs qui formaient le tout, v. D. n° 2010-1668 du 29 déc. 2010 relatif aux attributions et à l'organisation des missions de l'inspecteur général des services judiciaires. Les textes qui régissaient le rôle de cet organe ne faisaient pas référence à un service d'inspection, mais à un inspecteur général rattaché au garde des Sceaux et assisté de collaborateurs ; ce texte est abrogé par D. n° 2016-1675 du 5 déc. 2016 portant création de l'inspection générale de la justice : art. 1.

<sup>1680</sup> Rapport d'activité de l'IGJ, 2018 : 57 % de magistrats sur 102 membres ; D. 2016-1675, art. 2, l'inspection se compose aussi de magistrats, de directeurs des services de greffe, de services pénitentiaires, de services de la protection judiciaire de la jeunesse, de services pénitentiaires d'insertion et de probation, ainsi que des emplois de directeur interrégional et de directeur fonctionnel des services pénitentiaires, des membres des corps recrutés par la voie de l'École nationale de l'administration ou appartenant à des corps et cadres d'emplois de même niveau de recrutement. Elle compte également des auditeurs recrutés parmi les membres des corps cités précédemment ou des agents contractuels de niveau équivalent à la catégorie A.

<sup>1681</sup> D. 2016-1675, art. 4 et 5 et 6 et 11 ; A. du 5 déc. 2016 précisant les modalités d'organisation de l'inspection générale de la justice et ses missions, art. 3.

<sup>1682</sup> Document de présentation du Ministère de la justice, sur [https://www.i-justitia.eu/wp-content/uploads/2021/06/IGJ-Les\\_missions\\_IGJ-FR2A-.pdf](https://www.i-justitia.eu/wp-content/uploads/2021/06/IGJ-Les_missions_IGJ-FR2A-.pdf) : « Les missions thématiques ont pour objet d'apprécier l'efficacité et la pertinence d'une politique publique ou la mise en œuvre d'une réforme législative que celles-ci soient propres au ministère de la justice ou partagées avec d'autres ministères. Elles peuvent aussi porter sur une évaluation, plus ciblée, des moyens nécessaires à une politique et des voies de rationalisation envisageables pour parvenir à de meilleurs résultats. Elles peuvent constituer une expertise sur des sujets techniques précis. Les missions thématiques décrivent, mesurent et analysent les effets réels et les résultats obtenus. Elles peuvent donner lieu à des préconisations. Les sujets sont particulièrement variés » ; « Les missions d'appui consacrent une évolution importante de l'IGJ dans ses relations tant avec l'administration centrale qu'avec les juridictions et les services déconcentrés du ministère de la justice. Elles répondent à un fort besoin d'accompagnement des acteurs de terrain dans un contexte général d'amplification des problématiques de transformation. Il s'agit pour l'IGJ de mettre en œuvre pleinement sa mission de conseil et de s'inscrire dans un mouvement commun aux inspections générales ».

pratiques locales (justicielles et processuelles)<sup>1683</sup>, d'évaluer les réformes de procédure et même d'en proposer<sup>1684</sup>. De surcroît, elle encourage aussi les instruments de droit souple (protocoles, guides de bonnes conduites, charte déontologique)<sup>1685</sup>. Puisque l'Inspection possède une expertise en matière d'administration de la justice, tant au niveau local que national, et en matière procédurale, la validation de la convention collective par le chef de cet organe nous semble pleinement adapté. Un tel contrôle devrait suffire à conférer au contrat collectif une pleine validité et une crédibilité minimale.

Le Conseil d'État est l'organe approprié qui veille à l'administration de la justice dans les juridictions de l'ordre administratif<sup>1686</sup>. Ce dernier est habitué à la fabrique des lois et des décrets<sup>1687</sup>. La mission d'inspection des juridictions administratives rattachée au bureau du Vice-président du Conseil d'État découle d'un devoir général du Conseil d'État d'organiser une mission permanente d'inspection à l'égard des juridictions administratives (CJA, art. L. 112-5 et R. 112-1, s.)<sup>1688</sup> : « (...). La mission veille à la diffusion de bonnes pratiques destinées à favoriser l'accomplissement de leurs missions par les juridictions et peut formuler à cet effet toute recommandation utile » (R. 112-1). Cette mission de régulation des bonnes pratiques entre directement dans la mission du service chargé de l'inspection des juridictions. Or, les conventions de procédure sont instinctivement considérées comme des « bonnes pratiques » locales. L'inspection des juridictions est donc le service le plus compétent pour vérifier la validité et la légitimité des contrats collectifs procédure.

---

<sup>1683</sup> Par ex., IGSJ, « Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends », n° 22-15, avr. 2015 ; IGJ, « Bilan des réformes de la procédure d'appel en matière civile, commerciale et perspectives », n° 49-19, juill. 2019, et sa version actualisée en février 2022 (n° 009-22).

<sup>1684</sup> « Une justice pour l'environnement », Conseil général de l'environnement et du développement durable et IGJ, oct. 2019, recommandation n° 2, évoquant la création d'un référé judiciaire spécial ; IGJ, Rapport de la mission thématique sur l'application de la réforme de la procédure prud'homale, janv. 2018, envisageant notamment la possibilité d'étendre la communication électronique devant le conseil de prud'hommes et les pouvoirs du bureau de conciliation et d'orientation.

<sup>1685</sup> A. du 5 déc. 2016, art. 6, 7 et 12.

<sup>1686</sup> Pour faire le parallèle avec la matière civile, on ne songe pas du tout à la Cour de cassation comme organe de contrôle. Hormis ces chambres juridictionnelles, elle dispose d'un service de la documentation des études et du rapport (SDER), mais celui-ci, composé en plusieurs pôles et bureaux, à une mission d'archivage, de diffusion, de recherche et d'étude de jurisprudences, d'orientation du contentieux, de réalisation d'un rapport annuel objectif sur l'activité judiciaire et juridictionnelle.

<sup>1687</sup> Il dispose, à côté des sections du contentieux, de sections pour le conseil de l'activité législative et réglementaire (section de l'intérieur, section des finances, section sociale, section de l'administration et section des travaux publics). Ses sections seraient aptes à se prononcer sur la validité des conventions de procédure qui leur sont soumises pour examen (CJA, art. L. 112-1, not., Constitution, art. 37, 38, et 39).

<sup>1688</sup> Cette mission de contrôle des juridictions a lieu, selon le calendrier prévu par le Vice-président du Conseil d'État et selon un calendrier imprévu quand une situation l'exige. La mission peut mener des études sur des thèmes communs qui intéressent plusieurs juridictions et même exercer une mission de contrôle plus ciblée sur une juridiction dont l'action a, par exemple, conduit l'État à être condamné pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice.

**414. La nature du contrôle de validité.** La nature du contrôle du contrat processuel collectif est nécessairement différente selon que le contrôle porte sur une convention de droit ou de droit souple. En cas de doute sur la régularité du protocole de droit souple, un contrôle administratif pourrait également avoir lieu. Ce contrôle serait utile et protecteur des justiciables, dès lors que même le contrat collectif de droit souple est susceptible d'influencer fortement et de manière pernicieuse le comportement processuel de ses destinataires, mettant ainsi en danger des garanties procédurales sans juste motif<sup>1689</sup>.

Concernant la convention collective de droit dur, les conditions de sa validité et de son contrôle peuvent être définies au regard du texte conférant une habilitation normative spéciale. Les signataires ne doivent pas aller au-delà de leur pouvoir. Par exemple, les entités chargées du contrôle vérifieraient que les signataires n'ont pas excédé le champ d'application de l'expérimentation processuelle (objet, durée) et que les modalités de mise en œuvre de l'expérimentation décidées par les parties selon la loi ne contredisent aucune règle fondamentale de procédure. La procédure de contrôle pourrait aussi être proactive et suggérer les modifications nécessaires ou d'agrément en proposant aux signataires des normes de procédure compte tenu de ce qui se fait dans les autres ressorts.

Lorsque la convention découle d'une habilitation normative plus générale, autorisant la conclusion de protocole par principe, le contrôle devrait être plus poussé. Les organes du contrôle devraient vérifier que l'adoption de l'acte est justifiée (optimisation processuelle nécessaire), que la collégialité de sa formation a été respectée et qu'elle ne se heurte pas aux principes processuels essentiels.

**415. La publicité du contrat collectif.** La publicité est la phase finale de l'élaboration des contrats collectifs de procédure. Un texte de droit objectif qui n'est pas accessible au public et qui ne peut pas être connu de ses destinataires ne mérite pas le statut de source du droit. Cela contrevient à la raison même et, plus techniquement, à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi<sup>1690</sup>. La publicité des contrats collectifs est

---

<sup>1689</sup> Par ex., une convention collective qui prévoit, à peine de recevabilité de la demande, que pour tout type d'action en justice, les parties doivent fournir la preuve d'une tentative d'au moins deux réunions de conciliation antérieure à la saisine du juge, serait de nature à influencer de manière pernicieuse les comportements des parties et du juge.

<sup>1690</sup> C. constit., DC, 28 avr. 2005, n° 2005-514, §14 : « qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

actuellement très insuffisante. Elle se fait, principalement, par le biais de plusieurs canaux internes, propres à la communauté de chaque signataire. Ainsi, l'existence d'une convention collective est signalée par une publication dans les bulletins des barreaux, sur les sites intranet de chaque barreau et sur les sites/blogs de certains avocats particulièrement impliqués. La diffusion se réalise également par voie de communication directe entre les magistrats concernés par le protocole, mais aussi par le dépôt de l'acte sur les serveurs informatiques des juridictions, ainsi que sur l'intranet de la justice. La diffusion interne tend à s'améliorer, notamment au sein des juridictions de l'ordre judiciaire, car un « GOOGLE » des bonnes pratiques a été créé au sein de l'intranet du ministère de la Justice<sup>1691</sup>.

Il arrive que la convention soit publiée sur le site internet public de la juridiction, du barreau ou du greffe (commercial). De manière plus originale, les protocoles peuvent être signalés sur les comptes TWITTER des acteurs de la justice<sup>1692</sup>. Quant aux justiciables, ils peuvent toujours se livrer à une quête du protocole applicable dans leur ressort, en menant une prospection aléatoire sur les moteurs de recherche en ligne, sans être sûrs de découvrir si l'acte trouvé est toujours en vigueur...<sup>1693</sup> Hormis quelques-uns, bien relayés sur le site de certains acteurs, notamment le barreau de PARIS<sup>1694</sup>, les protocoles restent souvent cachés, donc inconnus et peu appliqués<sup>1695</sup>.

Une fois que chaque contrat collectif est adopté localement et, si besoin, au niveau national par les services compétents, il devrait être publié et diffusé au niveau local, par les canaux de diffusion propres à chaque communauté signataire<sup>1696</sup>, mais également, et surtout, au niveau national, sur le site internet des instances administratives (IGJ, CE), celui des juridictions et sur le site du gouvernement Légifrance.

Une convention de droit dur qui n'est pas publiée ne devrait pas être effective et contraignante. Sans être de droit dur, une convention de droit souple qui n'est pas publiée aura nécessairement moins de légitimité et restera peu connue et donc inappliquée, même des professionnels qui souvent ignorent son contenu ou ne prennent pas la peine de le consulter.

---

<sup>1691</sup> Ministère de la Justice, « Bonnes pratiques : lancement d'un espace intranet », 18 mars 2021, v. sur [justice.gouv.fr](http://justice.gouv.fr).

<sup>1692</sup> C. BLERY, « Protocoles de procédure », *op. cit.*, n° 411.41.

<sup>1693</sup> *Ibid.*

<sup>1694</sup> <https://www.avocatparis.org/documentations/procedure-civile>.

<sup>1695</sup> L. MAYER, « La maîtrise du procès par les parties au regard de la jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 59, n° 11.

<sup>1696</sup> Ce qui est déjà le cas : Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de TROYES entre le tribunal de commerce de TROYES, l'ordre des avocats et le greffe, signée le 8 septembre 2016, titre 3 : « de l'information des justiciables » : « Les parties signataires considèrent que tout justiciable et tout avocat doit, avant d'engager une procédure devant le tribunal de commerce de TROYES, pouvoir connaître facilement les dispositions de la présente convention », d'autres protocoles prévoyant également la diffusion aux magistrats et avocats, par le biais des « écoles » respectives.

À l'occasion d'une procédure, les parties et leurs représentants devraient aussi être informés de la présence d'un protocole de procédure dans le ressort. Une mention sur un des courriers du greffe déjà existant, tel qu'un courrier de convocation à la première audience, permettrait de renseigner sur l'existence d'un protocole, son caractère contraignant ou non, ainsi que sa localisation formelle qui doit être facilement accessible aux acteurs du procès. Le protocole pourrait être inopposable à la partie n'ayant pas reçu une telle information, à moins qu'elle ne soit représentée par un avocat du ressort.



**416. Conclusion du chapitre.** *Le contrat processuel n'est pas reconnu dans l'ordre juridique de sorte qu'un droit positif afférent est inexistant. Il convient alors de légiférer sur la formation du contrat processuel pour proposer un socle commun à tous les contrats processuels spéciaux déjà codifiés et à venir.*

En premier lieu, la faculté de conclure un contrat processuel doit reposer sur l'orientation processuelle au niveau individuel et collectif. Le principe d'orientation processuelle guide les cocontractants dans l'organisation de la procédure. Il leur impose de considérer l'opportunité de conclure un contrat processuel aux fins d'envisager le cadre procédural idoine (pour traiter un conflit ou établir le cadre procédural du ressort).

En deuxième lieu, si une clause générale d'aménagement de procédure était insérée dans les codes, la faculté d'organiser par contrat individuel la conduite des procès serait totalement libérée pour les acteurs d'un conflit en particulier. Il est plus judicieux, au début, d'ouvrir seulement certains pans des procédures à l'aménagement des parties. Il s'agit de poursuivre le mouvement des réformes actuelles qui sont relatives aux contrats organisant le cadre de l'action en justice et, de plus en plus, le déroulement des débats et de l'instance. L'ouverture progressive du champ de la contractualisation authentique par la loi pourrait être accompagnée, concernant certains pans de la procédure, d'une vérification préalable du juge chargé de contrôler l'aménagement envisagé et sa conformité au droit supérieur. Concernant les contrats processuels collectifs, certains doivent être élevés au rang de droit dur. Les autres doivent subsister au rang de droit souple, mais, dotés d'une force d'influence certaine, ils ne sont pas moins effectifs que les actes contraignants. S'agissant des accords collectifs contraignants, la faculté d'aménagement des pouvoirs publics devrait être limitée aux contrats collectifs dits expérimentaux et aux contrats d'optimisation procédurale, dont la conclusion doit être objectivement justifiée.

En troisième lieu, après avoir délimité le domaine du contrat processuel, celui-ci doit être réglementé par le droit positif. Les conditions de validité légale du contrat ont dû être précisées. Ainsi, les acteurs du procès et de la justice doivent justifier d'une capacité juridique pour modérer le cours des procédures par voie de contrat. Les acteurs d'un procès ont déjà le plus souvent une capacité juridique. En revanche, en matière de contrat collectif, une habilitation générale et spéciale doit être confiée aux acteurs locaux de la justice, principalement la juridiction et le barreau.

En quatrième lieu, le consentement des parties au contrat processuel doit être protégé. Cette protection repose sur le mécanisme de l'obligation précontractuelle d'information en matière de contrat individuel et sur la négociation collective en matière de contrats collectifs. La protection du consentement favorisera l'effectivité et l'efficacité des contrats processuels dont le contenu ne peut se heurter à des règles d'ordre public ou à des règles impératives fondamentales, telles que les garanties et principes directeurs des procès.

En cinquième et dernier lieu, la formation du contrat processuel doit répondre à des conditions de forme. Le contrat individuel doit être écrit, à peine de validité, et le contrat collectif doit être négocié, puis soumis à un organe administratif pour validation (l'Inspection générale de la justice ou le Conseil d'État), avant d'être publié.

**417. Conclusion du titre.** Afin de vérifier si le contrat processuel pouvait être intégré dans l'ordre juridique, il a fallu examiner sa double validité matérielle et positive (légitimité + légalité). L'étude de sa légitimité endogène dévoile que certains contrats processuels sont autorisés par les textes ou conclus spontanément, dans le but d'améliorer le fonctionnement du service public de la justice. La légitimité du contrat serait limitée si elle se cantonnait à satisfaire une justice en manque de moyens. Toutefois, il ressort de l'étude que les contrats processuels permettent de définir une justice procédurale sur-mesure, pour satisfaire le besoin et le désir de justice des acteurs du conflit. L'étude de la légitimité exogène révèle que le contrat individuel et le contrat collectif sont plus ou moins utiles selon que la procédure étatique est plus ou moins souple ou rigide. Ils peuvent se combiner pour proposer des voies procédurales variées, le contrat individuel n'étant pas exclusif du contrat collectif.

Le contrat processuel peut être vu comme un instrument d'équilibre procédural : selon l'usage qui en est fait, il permet d'aboutir à un modèle de procès plus ou moins contractualisé, garantissant la bonne administration de la justice ainsi que la qualité de la justice attendue. Pourtant, le système français est cloisonné dans un modèle de procès encore très impératif qui ne laisse pas de place au contrat, alors que sa légitimité a été éprouvée. La reconnaissance du contrat processuel dans l'ordre juridique devrait donc être envisagée au sein des codes de procédure et des codes portant sur le fonctionnement de l'institution judiciaire, qui ne peuvent plus, sauf à renier la Réforme en cours depuis vingt ans, se contenter de proposer des outils consensuels disparates. Une faculté générale d'aménagement des procédures par voie de contrat doit être reconnue par le droit étatique.

La reconnaissance opérée ne doit pas renvoyer au droit du contrat civil, inadapté pour régir le contrat processuel, car ce dernier prévoit des normes qui ne concernent pas l'échange économique. Le droit des actes de procédure apparaît également inadapté pour encadrer le contrat processuel, car il protège avant tout le destinataire de l'acte de procédure dans un procès particulier. Ainsi, la reconnaissance du contrat dans l'ordre juridique implique de définir un droit commun du contrat processuel, régissant sa formation et son exécution.

L'étude de la validité positive du contrat processuel laisse entrevoir que l'inconnu règne en la matière puisque le droit positif reconnaît seulement quelques accords processuels, mais pas *le* contrat processuel. Le contrat processuel n'est pas un instrument normatif reconnu dans l'ordre juridique. Ainsi, des doutes demeurent sur sa procédure de formation et un cadre normatif textuel y afférent doit être bâti. La faculté de conclure un contrat processuel doit reposer sur un principe directeur qui est l'orientation processuelle, au niveau individuel, pour l'organisation

d'un procès particulier et, au niveau collectif, pour la gestion de tous les procès. Des règles techniques doivent également être déclinées pour envisager concrètement l'aménagement contractuel de la procédure.

D'abord, la possibilité de contracter doit être clairement établie. En matière de contrat individuel, si la consécration d'une faculté générale d'aménagement n'est pas envisagée, des pans résiduels de la procédure peuvent être limitativement ouverts à la convention des parties. Des pans intermédiaires, soumis à la vérification préalable du juge, pourraient être ouverts de manière plus restrictive. En matière de contrat collectif contraignant, des conditions strictes doivent être posées pour encadrer la faculté d'aménager le cadre procédural local, pour les contrats expérimentaux et d'autres justifiant une action « choc » au sein du ressort. Les contrats collectifs qui restent à l'état de droit souple peuvent également être encadrés, compte tenu de leur force d'influence.

Ensuite, les conditions classiques de validité du contrat doivent être précisées. Les acteurs du procès et de la justice doivent justifier d'une capacité juridique pour modeler le cours des procédures par voie de convention. Pour le contrat processuel individuel, cela ne pose pas vraiment de problème, la capacité juridique découlant de la personnalité juridique. En revanche, concernant le contrat collectif, la capacité fait écho au pouvoir des acteurs de la justice de prendre des actes réglementaires. En l'absence de disposition formelle les y autorisant, les contrats collectifs ne peuvent pas être contraignants. Il devient donc utile de doter les acteurs de la justice d'une telle faculté.

Rien ne protège le consentement donné par les parties au contrat processuel. En matière de contrat individuel, nous proposons d'imposer une obligation précontractuelle d'information processuelle qui permettrait aux parties de prendre conscience de leur choix procédural. En matière de contrat collectif, la conclusion de protocole repose sur la négociation processuelle qui est effective en pratique et doit être préservée. La protection du consentement doit permettre de parvenir au meilleur contenu processuel possible qui ne doit pas être illicite. Or, il s'agit là d'une des plus grandes incertitudes tenant au déploiement du contrat processuel. L'objet de l'aménagement procédural licite est incertain, hormis quelques contrats processuels autorisés par les codes, de manière très marginale. Une « clause générale » de procédure devrait être codifiée pour autoriser la modification de l'organisation du procès par voie de contrat.

La formation du contrat processuel doit répondre à des conditions de forme. Le contrat individuel doit être écrit, à peine de validité, et le contrat collectif doit être négocié, puis soumis à un organe administratif pour validation (l'Inspection générale de la justice ou le Conseil d'État), avant d'être publié, afin que chaque acteur d'un procès puisse en avoir connaissance.

Tous les éléments de formation du contrat processuel sont incertains, de sorte que son intégration dans l'ordre juridique processuel est illusoire en l'état. Une réforme de procédure est donc nécessaire pour encadrer la faculté d'aménager le procès et tous les éléments de validité de l'acte (capacité, consentement, forme). Dans ce cas, les contrats processuels légalement formés pourront générer les effets juridiques escomptés.



## Titre 2 - Les effets juridiques des contrats processuels

Le contrat processuel est supposé objectivement valide dès qu'il est formé au regard des règles qui encadrent sa formation. Le contrat peut donc produire les effets de droit escomptés. Ses effets juridiques sont classiques et se conçoivent traditionnellement comme l'effet obligatoire et l'effet relatif du contrat. D'abord, le contrat processuel n'est certes pas réductible à des obligations, mais il demeure contraignant dans son ensemble<sup>1697</sup>. Son contenu normatif est censé être obligatoire en ce qu'il offre une situation juridique nouvelle supposée valide. Ensuite, le contrat processuel génère un effet relatif. L'acte juridique ne peut pas être contraignant pour les tiers qui ne peuvent pas être forcés d'en exécuter le contenu. En revanche, l'existence d'une nouvelle situation normative doit être respectée par ceux qui sont étrangers au contrat : ils ne doivent pas empêcher sa survivance, mais peuvent s'en prévaloir si la situation normative créée atteint leur sphère juridique. L'effet obligatoire et l'effet relatif des contrats processuels individuels (chapitre 1) et collectifs (chapitre 2) ne s'apprécient pas aisément et sont différents de ceux du contrat substantiel.

---

<sup>1697</sup> J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, « Droit civil. Les obligations », t.1, « L'acte juridique », *op. cit.*, p. 397, n° 376 : « c'est tout l'ensemble de la substance du contrat, et non pas seulement les obligations *stricto sensu* engendrées par l'accord de volontés, qui fait l'objet de l'engagement contractuel et se trouve par là même soumis à un statut d'irrévocabilité ou, plus largement, de contrainte ». Pour eux, la force obligatoire s'attache aux obligations quand l'effet de contrainte s'applique de manière générale à « tout le contenu du contrat, obligations et modalités diverses d'aménagement de la relation contractuelle ».





## **Chapitre 1 - Les effets du contrat processuel individuel**

L'effet obligatoire du contrat processuel individuel repose sur le respect de la situation normative que les parties ont définie et qui constitue le nouveau modèle de référence pour leur action. Le contrat devient la loi en vigueur pour ceux qui y sont soumis. La parole donnée (l'obligatorité) ne doit pas être confondue avec le respect contraint de cette parole (la force obligatoire)<sup>1698</sup>. Autrement dit, la définition du cadre contractuel ne doit pas être confondue avec la contrainte de l'ordre juridique qui s'y attache. Plus précisément, la force obligatoire, que l'on peut appeler force de contrainte, est la sanction du respect du contenu normatif par le Droit, au travers de l'office du juge. Seront étudiés, respectivement, la force obligatoire du contrat processuel individuel (section 1) et l'effet relatif, qui limite son application aux seules parties à l'acte (section 2).

### **Section 1 - La force obligatoire du contrat processuel individuel**

**418. L'objet de la force obligatoire du contrat processuel.** La force obligatoire représente la justiciabilité du contrat en ce qu'un organe d'application du droit, le juge en l'occurrence, doit garantir le respect des prescriptions contractuelles. La parole donnée doit conduire à éviter que la procédure se poursuive selon d'autres formes processuelles que celles prévues par le contrat des parties au conflit. Les contrats processuels ne contiennent généralement pas d'obligations. La lecture du contrat processuel en termes de créance et de dette n'est donc pas adaptée. Par conséquent, garantir la prescription contractuelle n'est pas aussi évident que pour un contrat de droit substantiel articulé autour d'un lien d'obligations. Toutefois, la contrainte juridique du contrat processuel doit être assurée et elle repose sur la capacité de l'ordre juridique à faire appliquer les stipulations qu'il contient.

Il est opportun de dissocier les contrats qui durent dans le temps de ceux qui sont fugaces et se réalisent en un trait de temps. Les premiers sont des contrats qui impliquent des actions prolongées des parties dans le temps procédural. Elles doivent agir conformément aux prescriptions contractuelles pour leur donner vie ainsi qu'une pleine effectivité (par exemple, le contrat d'arbitrage, la mise en état et l'enquête conventionnelles). Pour les contrats processuels

---

<sup>1698</sup> La confusion est pernicieuse pour le champ de notre étude, car elle conduit à considérer qu'un acte dépourvu de force obligatoire n'est pas un acte existant, alors qu'il est toujours obligatoire au sens où il constitue la loi de ceux qui y sont/s'y croient soumis.

plus instantanés, les parties doivent simplement respecter le cadre processuel établi, les effets s'étant déjà réalisés dans un laps de temps infime après la formation de l'acte (par exemple le retrait du rôle). Les contrats qui nécessitent la réalisation de prestations par les parties pour être pleinement efficaces sont essentiellement des accords de substitution processuelle. Les autres contrats dont les effets se réalisent en un trait de temps sont le plus souvent de simples accords de dérivation processuelle. Il convient de distinguer les moyens destinés à garantir le respect des normes processuelles (§1), de la sanction proprement dite de l'inexécution contractuelle (§2), pour ces contrats plus ou moins instantanés ou durables.

### **§ 1 - Les moyens de garantir la force obligatoire du contrat processuel**

**419. Le moment du respect des dispositions contractuelles.** Le respect des dispositions contractuelles de nature processuelle est principalement assuré par des mécanismes procéduraux. La sanction du Droit intervient dans le plan processuel pour éviter que le processus de résolution du conflit ne soit pas celui décidé d'un commun accord par les parties. Les mécanismes qui assurent le respect des contrats processuels interviennent donc, en principe, *a posteriori*, pour corriger l'action des parties au conflit qui n'ont pas suivi le cadre contractuellement défini. L'exécution forcée d'un contrat processuel par voie d'action en vue d'obtenir son exécution est donc assez rare. Pour être plus précis, il convient de montrer que les mécanismes qui assurent le respect des dispositions contractuelles peuvent varier lorsqu'un juge est déjà saisi ou non d'un conflit substantiel (II) et selon que le contrat sur la procédure est ou non un contrat de substitution ou de dérivation processuelles, instantané ou à exécution prolongée (I).

#### **I - La force obligatoire des contrats de substitution et de dérivation processuelles**

La force obligatoire du contrat individuel processuel varie selon que le contrat est de substitution processuelle ou de dérivation processuelle, les premiers étant destinés à éviter la saisine du juge étatique, alors que les autres modifient plus ou moins fortement le déroulement de tous les processus de règlement du conflit substantiel.

## A - Le caractère obligatoire des contrats de substitution processuelle

**420. La force obligatoire des accords de substitution processuelle.** L'objectif de ces contrats est d'éviter la saisine du juge en adoptant un accord de principe sur le déclenchement d'une procédure alternative pour régler un litige. L'évitement pur et simple de la saisine du juge n'est rendu possible que si les parties respectent le contrat qui permet de l'esquiver. Pour assurer la contrainte juridique de ces accords, les mécanismes en vigueur prévoient que le juge saisi en contravention de la convention peut être amené à mettre fin à la procédure commencée devant lui, lorsque celui qui subit l'inexécution le lui demande. Dans ce cas, le juge agit conformément à la volonté des parties et constate que l'une d'elles l'a saisi à tort.

**421. Le moyen de défense procédural utilisé par les juges.** C'est en soulevant un moyen de défense procédural que la partie qui subit le non-respect du contrat processuel agit pour assurer sa contrainte. L'essentiel de la jurisprudence récente se trouve en procédure civile. Depuis l'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 14 février 2003<sup>1699</sup>, il est constant que l'absence de mise en œuvre d'une clause de conciliation préalable obligatoire à la saisine du juge est susceptible d'offrir le bénéfice d'une fin de non-recevoir au défendeur floué. Le moyen de défense soulevé n'est donc pas une exception de procédure, voire un sursis à statuer ainsi que la doctrine et la jurisprudence ont pu l'envisager<sup>1700</sup>. La sanction envisagée est l'irrecevabilité de la demande pour défaut du droit d'agir.

Au contraire, le respect de la convention d'arbitrage est le plus souvent assuré grâce au défendeur qui peut soulever une exception d'incompétence<sup>1701</sup> ou, plutôt, une exception de procédure *sui generis*<sup>1702</sup>.

**422. Le mécanisme procédural proposé.** En matière de contrat de substitution processuelle, l'objectif est d'éviter le juge, sans toucher nécessairement au droit d'agir comme le permet un contrat de dérivation processuelle ayant pour objet de raccourcir le délai de prescription (C. civ., art. 2254). La fin de non-recevoir qui protège l'exécution de certains accords de substitution est

---

<sup>1699</sup> H. CROZE, « La clause instituant un préalable obligatoire de conciliation crée une fin de non-recevoir », *Procédures*, n° 4, avr. 2003, comm. 96.

<sup>1700</sup> P. ANCEL, M. COTTIN, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *op. cit.* : « Du point de vue du droit processuel, la doctrine oscillait entre plusieurs sanctions possibles : si pour les uns, la violation d'une clause de conciliation ou de médiation préalable pouvait justifier une fin de non-recevoir, pour les autres, elle ne pouvait donner lieu qu'à une exception de procédure, voire, dans le prolongement de cette dernière, à un simple sursis à statuer ».

<sup>1701</sup> Pour un ex. récent, v. Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 4 juill. 2018, n° 17-22103 et avant, 23 janv. 2007, n° 06-10652.

<sup>1702</sup> La 2<sup>ème</sup> chambre préférant rester plus neutre et parler d'exception de procédure, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 22 nov. 2001, n° 99-21662, E. LOQUIN, « L'exception d'incompétence du juge étatique tirée de l'existence d'une clause compromissoire est une exception de procédure et non une fin de non-recevoir », *RTD com.*, 2002, p. 406.

moins cohérente si l'on s'attache à l'objet même du contrat processuel, la norme qu'il génère, en vertu de l'intérêt mis en œuvre. L'intérêt et la norme portés par un contrat de conciliation ou de médiation n'ont pas pour objet d'aménager directement l'existence du droit d'agir, ni même d'ailleurs la manière de le mettre en œuvre. Ainsi, la convention de conciliation ou de médiation ne retire en rien le droit d'agir, elle ne le paralyse pas non plus. Les conséquences sur le droit d'agir et son exercice ne sont que la traduction visible des effets processuels indirects de la norme de procédure établie, qui consiste à choisir un nouveau processus de règlement du conflit en lieu et place du juge étatique.

C'est d'abord la procédure qui est atteinte avant l'intérêt à agir ou le pouvoir juridictionnel du juge de mettre fin au conflit, celui-ci ayant d'ailleurs le pouvoir de juger que la clause n'est pas efficace et, le cas échéant, de statuer sur les demandes. En effet, l'objet de l'accord de conciliation/médiation est d'imposer la mise en œuvre d'une voie de règlement du litige alternative, le droit d'agir n'étant pas l'objet de tels accords, bien qu'il soit indirectement heurté. Porter le regard sur l'action en justice peut être utile pour établir une classification des accords, mais ce regard est trop éloigné pour apprécier de manière précise le remède à l'inexécution de cet accord. La clause de conciliation ou de médiation tend donc à prévoir que la première procédure qui peut être exclusivement mise en œuvre est une conciliation ou une médiation. Lorsque le juge étatique est saisi, la procédure devant lui devrait être considérée comme impossible et donc irrégulière, s'agissant d'un processus qui n'est pas celui prévu par les parties. Le moyen de défense procédurale devrait donc être logiquement une exception de procédure, et non une fin de non-recevoir.

De la même manière, en cas de saisine du juge en contravention avec une clause d'arbitrage, le défendeur ne soulève pas une fin de non-recevoir, ni même peut-être une exception d'incompétence, mais seulement une exception de procédure<sup>1703</sup>. L'hésitation entre les deux moyens de défense provient du fait que les auteurs ont réfléchi sur les conséquences juridiques de l'objet de la norme contractuelle, avant le contenu de l'objet même. La convention d'arbitrage empêche-t-elle l'incompétence du juge étatique ou lui ôte-t-elle son pouvoir juridictionnel ? Il faudrait commencer par rappeler qu'une telle convention impose tout

---

<sup>1703</sup> G. SANSONE, « Entre l'arbitre et le juge étatique, un simple partage de compétence ? », *op. cit.* : « De l'exception d'incompétence, la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation semble revenir à l'exception de procédure, dans la ligne de conduite de la 2<sup>ème</sup> chambre, alors que certains auteurs estiment que la clause compromissoire retire au juge son pouvoir de juger et devrait donc faire l'objet, si on les suit, d'une fin de non-recevoir. Une fois de plus, c'est moins l'objet de la norme contractuelle que son impact sur le procès qui est, à tort pris en considération », à propos de Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mai 2020, n° 18-25966 : « Vu l'article 74 du code de procédure civile : L'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire est régie par les dispositions qui gouvernent les exceptions de procédure ».

simplement un arbitrage, c'est-à-dire une procédure différente du règlement juridictionnel étatique. La procédure étatique est donc elle aussi irrégulière, sans besoin de constater que le juge saisi est incompétent, la compétence étant la répartition administrative des litiges entre juridictions étatiques. Les parties n'envisagent pas non plus directement de retirer au juge étatique son pouvoir juridictionnel, mais entendent en confier un au tribunal arbitral. La fin de non-recevoir est encore moins plausible, car la recevabilité de l'action en justice peut être examinée devant le tribunal arbitral devant lequel l'action doit être naturellement portée.

La voie de substitution processuelle crée une nouvelle voie procédurale choisie par les parties. Ainsi, lorsque le processus de résolution du conflit commence sans qu'il soit celui choisi par les parties, il est irrégulier. C'est donc bien un problème de régularité de la procédure, sanctionnée en matière civile par l'exception de procédure, dont les hypothèses ne sont pas limitativement prévues par les textes<sup>1704</sup>. En matière administrative, le non-respect du contrat processuel de substitution sera sanctionné par l'irrecevabilité de la requête, étant précisé que l'irrecevabilité en matière administrative sanctionne tantôt le défaut de forme, tantôt le droit d'agir. En matière pénale, en revanche, l'exception de nullité de l'acte de procédure devrait être préférée. C'est ce qu'il faut comprendre à la suite de l'arrêt du 20 novembre 2007 dans lequel le juge du fond avait annulé la citation en justice alors que la procédure de composition pénale était en cours<sup>1705</sup>. Tout dépend donc des moyens de procédure à disposition des acteurs de chaque procès, avec tous les doutes qu'ils comprennent : que sanctionnent-ils et de quelle manière ?<sup>1706</sup>.

## B - Le caractère obligatoire des contrats de dérivation processuelle

**423. L'effet obligatoire des accords de dérivation.** La dérivation processuelle consiste à modifier momentanément le cours de la voie processuelle choisie, qu'elle soit étatique ou non. Les accords de dérivation sont souvent des accords fugaces qui ne nécessitent pas d'action particulière des parties pour leur exécution, mais qui impliquent que l'agissement processuel des contractants demeure conforme à leurs prescriptions. Par exemple, le seul contrat sur le retrait du rôle, sans condition, s'auto-exécute en un trait de temps ; il n'y a rien à faire pour que

---

<sup>1704</sup> J. THERON, « Moyens de défense - généralités », *Jcl Proc. civ.*, fasc. n° 600-30, s., 2018 : « D'une part, les exceptions de procédure sont définies par leurs effets, de la sorte, il est possible d'y ranger toute cause susceptible de produire ces mêmes effets », v. *spéc.* n° 121 : « le code de procédure civile énonce plusieurs cas d'exceptions de procédure. Mais cette liste n'est pas limitative il existe des cas jurisprudentiels ».

<sup>1705</sup> Cass. crim., 20 nov. 2007, n° 07-82808.

<sup>1706</sup> J-P. BROUILLAUD, « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », *D.*, 1996, p. 98.

ses dispositions prennent vie et le juge le rendra effectif par voie d'ordonnance dès que les parties l'en auront informé. L'affaire pourra être réenrôlée lorsqu'une des parties le décide unilatéralement, sauf à exiger expressément que la cause du retrait ait pris fin. En matière de convention sur la compétence, l'attribution du litige à un autre juge, en raison de la matière ou du lieu, intervient dès que l'accord est conclu, les parties devant alors saisir le juge conformément à leur prescription, quitte à ce que le défendeur formule un déclinatoire de compétence s'il souhaite contester la saisine du juge. Ainsi, contrairement aux contrats de substitution processuelle, il n'y a souvent pas d'action procédurale et matérielle particulièrement attendue pour que l'accord soit exécuté (les parties ne doivent pas agir activement pour constituer un tribunal arbitral, désigner un médiateur ou se rendre à la première séance de conciliation, par exemple). En effet, dans les contrats de substitution processuelle, sans l'action volontaire des parties, le contrat ne peut pas pleinement produire les effets attendus.

Pour les accords processuels de dérivation dont l'exécution est instantanée, les mécanismes de procédure qui existent suffisent donc à corriger les manquements constatés : l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur et la décision du juge qui constitue l'acte de saisine de la juridiction compétente assurent l'application de la clause de compétence territoriale (CPC, art. 48 et 81) ; si l'objet du litige fixé par la requête conjointe des parties n'a pas été respecté, alors la demande nouvelle est irrecevable (CPC, art. 57 et 122). Ces mécanismes sont à eux seuls suffisants. Il ne s'agit pas de forcer l'une ou l'autre des parties à agir conformément au contrat, mais d'assurer le respect des stipulations fixées quand elles ont été bafouées, ou le seront.

Le respect des accords processuels de dérivation est en revanche beaucoup moins efficace, lorsque le juge n'est pas déjà saisi. Le respect de ces accords est encore plus incertain quand ils sont moins fugaces que ceux précédemment évoqués, car ils impliquent des actions volontaires des parties pour être effectifs, par exemple, organiser la mise en état du conflit (en dehors ou devant le juge). Le plus souvent, les prestations attendues qui ne sont pas régulièrement effectuées nuiront principalement à leur auteur qui en avait la charge. Cependant, quand il s'agit de forcer une prestation attendue par l'autre partie, les moyens pour préserver l'efficacité du contrat sont actuellement insuffisants, bien que le jeu des normes de procédure puisse être correctement utilisé.

Par exemple, une mise en état conventionnelle implique plusieurs actions matérielles des parties. Elles peuvent très simplement prévoir un calendrier de procédure. Lorsque cette mise en état intervient en dehors du juge, la partie qui s'abstient de respecter le calendrier de

procédure peut difficilement faire l'objet d'une sanction, bien qu'elle puisse retarder ou empêcher l'affaire d'être mise en état d'être jugée, ce qui donnera lieu à un complément d'information devant le juge saisi. En revanche, la mise en état conventionnelle devant le juge déjà saisi est différente. Le juge chargé de surveiller l'exécution du contrat de procédure (le juge de la mise en état en procédure écrite, par exemple) pourrait utiliser les moyens dont il dispose habituellement, comme la clôture de l'instruction à l'égard d'une partie défaillante ou la radiation du rôle, si l'inexécution du calendrier provient du demandeur et, si les parties l'ont prévue, l'irrecevabilité des conclusions.

Il s'agit là d'outils de procédure déjà existants à la disposition du juge et des parties, mais ils peuvent ne pas suffire pour sécuriser le processus contractuel et lui donner la crédibilité nécessaire.

## **II - Le respect du contrat processuel par le juge**

Il convient de distinguer les cas dans lesquels l'acte est passé ou non en dehors du juge saisi et selon que ce dernier surveille et fait respecter l'application des stipulations contractuelles. Sans mécanisme correcteur particulier le prévoyant, le respect des normes contractuelles de procédure apparaît alors plus difficile lorsque le contrat est passé en dehors du juge et ne concerne pas le déroulement du processus étatique dont il est le garant. Il devrait être possible de saisir un tiers impartial pour obtenir l'exécution forcée du contrat processuel, ou une sanction de nature contractuelle tirée de son inexécution. En l'état du droit positif, cela soulève de nombreux doutes eu égard aux règles qui s'attachent aux différents processus.

**424. Le contrat processuel et le juge saisi.** Quand le contrat processuel est passé devant le juge saisi et qu'il doit en prendre acte, il y a beaucoup moins de suspens sur les risques de son inefficacité. Lorsque l'inexécution fait seulement grief à la partie qui n'exécute pas le contrat, le juge peut passer outre et trancher le litige, si besoin, en utilisant les moyens de procédure à sa disposition. Imaginons que les parties aient conclu un contrat grâce auquel elles ont décidé de fixer, dès le premier jeu de conclusions, l'ensemble des moyens de droit au soutien de leur prétention. Le juge pourrait alors régulièrement ne pas tenir compte d'un nouveau moyen de droit évoqué dans des prétentions ultérieures et ce, peu importe que l'autre partie se prévale ou non de son caractère irrecevable.

En revanche, quand il s'agit de faire avancer la procédure dans l'intérêt de l'autre partie ou dans l'intérêt commun des deux, le juge devrait pouvoir ordonner toute mesure adéquate se

substituant à l'action matérielle attendue, enjoindre à l'une d'elles de se conformer au contrat, sinon sanctionner le comportement en application des outils de procédure à sa disposition, ou de ceux contractuellement définis par les parties. Tout dépend du type de contrat et des normes posées<sup>1707</sup>. Prenons l'exemple du contrat par lequel les co-contractants ont convenu de mettre en œuvre une mesure d'instruction et que l'un d'eux refuse de suivre la procédure de désignation du tiers envisagée. Le juge pourrait alors passer outre et désigner lui-même le technicien pour que la mesure d'instruction conventionnelle soit efficace.

**425. Le contrat processuel hors la présence du juge.** Lorsque l'accord n'est pas passé devant le juge saisi, l'efficacité de l'accord est plus douteuse. Sans mécanisme juridique particulier, comme en arbitrage où un juge d'appui peut être saisi pour garantir le déroulement du processus arbitral en cas d'inaction d'un litigant, il est difficile de garantir une exécution positive conforme aux stipulations, ou de sanctionner leur non-respect par une action corrective.

L'existence d'un juge d'appui se développe en matière de modes amiables où son recours peut être envisagé par les parties lorsqu'elles ne se mettent pas d'accord sur le déroulement du processus (CJA, art. L. 213-5). En matière de convention de procédure participative, un juge d'appui de la procédure pourrait également exister. Le code de procédure civile dispose que les parties peuvent saisir le juge dans le cadre de la procédure participative de mise en état aux fins de statuer sur un incident (CPC, art. 1555 5°). Ce texte très incertain sur la notion d'incident, rend d'autant plus inefficace la saisine d'un juge d'appui : les parties doivent le saisir par requête conjointe, la saisine unilatérale mettant fin au processus participatif<sup>1708</sup>.

En toute hypothèse, un juge pourrait être compétent pour ordonner l'accomplissement de la stipulation contractuelle par le débiteur récalcitrant, sous peine d'astreinte, ou se substituer à lui pour l'exécution conforme de la prestation attendue, à l'instar de l'arbitrage (désignation d'un arbitre). La saisine du juge (s'il n'est pas déjà saisi) constituerait dans tous les cas un facteur de ralentissement de la résolution du conflit.

**426. L'exécution du contrat en nature empêchée.** L'essence et les règles de certains processus empêchent de concevoir l'exécution du contrat processuel en nature. Il peut y avoir

---

<sup>1707</sup> Le défendeur potentiel d'un procès n'aurait aucun intérêt à saisir un juge pour prononcer l'exécution forcée de la clause de compétence territoriale à l'encontre du demandeur qui n'a pas encore agi.

<sup>1708</sup> N. FRICERO, « Procédure participative de recherche d'un accord et de mise en état », *Rép. proc. civ.*, 2020, n° 84 : « elles devront saisir conjointement le juge pour que la mise en état participative continue à produire ses effets, après que le juge aura statué sur l'incident. Le terme "incident" est suffisamment compréhensif pour viser toute difficulté (on peut imaginer une difficulté dans le cadre des mesures d'instruction) ».



des prestations qui n'ont pas lieu d'être forcées quand elles impliquent une action trop personnelle d'une partie au contrat processuel, par exemple, se rendre à une réunion de conciliation. Cela n'est pas forcément préjudiciable à la partie qui n'est pas à l'origine de l'inexécution, dès lors que les acteurs du conflit n'ont pas plus amplement détaillé le processus de conciliation. Toutefois, imaginons un contrat de médiation imposant aux parties trois séances de médiation au minimum. Forcer, par la voie judiciaire, une partie récalcitrante à se rendre à une troisième séance de médiation est délicat. En effet, cela implique une action trop personnelle de sa part, alors qu'un des principes fondamentaux de la médiation prévoit le droit des parties de se dédire du processus à tout moment. Ce n'est donc que lorsque le juge constate une inexécution illégitime ou abusive que l'exécution forcée sous astreinte est la bienvenue. Il est donc parfois vain d'envisager la saisine du juge quand l'accord processuel n'est pas respecté, d'autant plus lorsque les parties peuvent se libérer spontanément et unilatéralement du processus dans lequel elles se sont engagées.

En outre, les mécanismes de défense processuels sont très insuffisants pour prévenir l'inexécution contractuelle. Par exemple, la procédure participative de résolution du litige ou de mise en état (contrat tantôt de substitution, tantôt de dérivation) ne sera pas crédible tant que l'inexécution des stipulations contractuelles entraînera seulement la résiliation du contrat, ce qui autorisera, par voie de conséquence, la saisine du juge ou la poursuite de la procédure devant lui, s'il est déjà saisi (CPC, art. 1555 4°). Le jeu de l'amiable perturbe ici les règles fondamentales de tout contrat et son caractère contraignant.

L'inexécution du contrat processuel n'est généralement pas sanctionnée par une condamnation forcée à exécuter le contrat, ou par équivalent, mais uniquement par des moyens processuels qui permettent d'assurer l'exécution en nature de ce contrat.

L'inexécution du contrat processuel impliquant une prestation immédiate, retardée ou qui se prolonge dans le temps doit être sanctionnée de façon plus importante que par de simples mécanismes destinés à assurer son exécution en nature. Les contrats plus sommaires dont l'exécution est instantanée ne devraient pas être sanctionnés outre mesure. Par exemple, le défendeur qui formule une demande nouvelle, malgré la requête conjointe qui fige l'objet du litige, ne devrait pas être condamné au-delà du caractère irrecevable de sa demande, à moins qu'il n'agisse de manière abusive ou déloyale et à condition que cela ait pu causer un préjudice à l'adversaire.

Dans d'autres cas, le non-respect des normes d'un contrat pourrait conduire la partie qui subit l'inexécution des stipulations contractuelles à demander au juge, de manière plus offensive, la condamnation de l'autre partie à exécuter sous astreinte la charge de procédure attendue<sup>1709</sup>. Le juge pourrait également être saisi pour pallier l'inaction procédurale en prenant une mesure permettant la poursuite du règlement contractuel du conflit. Celui qui subit l'inexécution pourrait également obtenir des dommages et intérêts en cas de préjudice établi en lien avec l'inexécution. Tout dépend de l'objet de la norme bafouée, selon qu'elle permet de satisfaire les intérêts de celui qui doit agir, les intérêts de l'autre partie, ou leurs intérêts communs à l'avancement de la procédure<sup>1710</sup>.

## § 2 - Le préjudice de l'inexécution contractuelle en matière processuelle

**427. L'impossible responsabilité contractuelle en matière processuelle.** Il est régulièrement affirmé qu'il serait impossible d'engager la responsabilité de celui qui est tenu d'exécuter un engagement contractuel de procédure. Par exemple, le non-respect des contrats processuels de substitution (arbitrage, conciliation) ne doit pas s'analyser en une obligation de faire - saisir exclusivement le tribunal arbitral ou un conciliateur - ou de ne pas faire - ne pas saisir le juge -, le manquement constaté étant alors insusceptible de donner lieu à des dommages et intérêts<sup>1711</sup>. La doctrine prétend habituellement que la convention d'arbitrage impose tout simplement une nouvelle procédure, dont l'exécution est garantie en nature par des principes processuels (incompétence du juge étatique, principe compétence-compétence du tribunal arbitral, constitution du tribunal arbitral garantie par le juge d'appui)<sup>1712</sup>.

---

<sup>1709</sup> Cela fait écho à la pratique de l'*anti-suit injunction* dans certains pays qui, pour faire respecter la convention d'arbitrage, ou la compétence étatique, interdisent l'une des parties de saisir ou de continuer la procédure devant une juridiction étatique ou le tribunal arbitral, v. S. CLAVEL, « *Anti-suit injunctions* et arbitrage », *Rev. arb.* 2001, p. 669.

<sup>1710</sup> On peut illustrer cela avec le contrat des parties qui décideraient du nombre de conclusions et de la date de leur remise, avant d'établir d'un commun accord la date de clôture. La partie ayant déposé toutes ses conclusions n'aurait pas d'intérêt à solliciter du juge saisi qu'il condamne l'autre partie qui n'a pas déposé son dernier jeu d'écritures à le faire.

<sup>1711</sup> P. ANCEL, M. COTTIN, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *op. cit.*, à propos de la clause de conciliation : « L'octroi de dommages et intérêts n'aurait pas ici été inconcevable : le refus de participer à la procédure de conciliation est en soi un manquement caractérisé à une obligation née du contrat, et l'autre partie peut se plaindre d'un préjudice. Même s'il n'est pas certain que la médiation aurait abouti à un accord, à tout le moins la partie qui voulait mettre en œuvre la procédure peut-elle se plaindre de la perte d'une chance d'avoir évité le procès - lequel, on le sait, a un coût qu'il est possible de chiffrer. On pouvait cependant estimer une telle sanction irréaliste, au moins dans le cas où celui qui a refusé de se prêter à la conciliation gagne finalement son procès. Quant à l'exécution forcée directe de la clause de médiation, elle n'était pas sérieusement envisageable. La seule exécution forcée véritable, en effet, aurait été que la mise en place de l'organe de médiation puisse se faire contre le gré de la partie récalcitrante. Or il était plus que douteux qu'on puisse étendre par analogie à la médiation la disposition de l'article 1444 du nouveau code de procédure civile prévoyant l'intervention du juge pour régler les difficultés de constitution du tribunal arbitral ».

<sup>1712</sup> E. GAILLARD, « Arbitrage commercial international - convention d'arbitrage - effets - droit commun et droit conventionnel », *Jcl Dr. international*, fasc. n° 706, 2014, n° 8 : « Une convention d'arbitrage dont la violation ne pourrait donner lieu qu'à des dommages-intérêts n'aurait qu'une portée très réduite. On voit mal en effet comment on pourrait apprécier le dommage résultant, pour une partie, du fait qu'elle n'a pu porter le litige devant des arbitres du commerce international (...). En revanche, à elle seule, la perte d'une chance de voir le litige trouver une issue favorable devant des arbitres n'est guère

La Cour de cassation a récemment affirmé que : « Le défaut d’accomplissement d’une charge de la procédure par la partie à laquelle elle incombe ne constitue pas, en l’absence d’abus, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur. Il n’encourt d’autres sanctions que celles prévues par les règles procédurales applicables à l’instance en cause<sup>1713</sup> ». En effet, il est considéré que la charge ou l’obligation procédurale nuit seulement à celui qui ne l’exécute pas, sur le plan procédural. Cette affirmation doit être tempérée. Assez juste dans une conception du procès impératif qui ressurgit (en raison de la prise d’actes et de comportements unilatéraux imposés par le droit sous peine de sanction), cette vision des choses est insuffisante en matière de modèle de procès mixte contractualisé que nous avons proposé (modèle mi-impératif, mi-contractuel). En effet, lorsque la procédure avance par le jeu des normes contractuelles, le droit d’une partie peut avoir pour support la mise en œuvre de la charge procédurale de l’adversaire. Les charges inexécutées peuvent ainsi nuire à d’autres que celui chargé de les exécuter (c’est l’hypothèse déjà évoquée dans laquelle la mauvaise volonté d’une partie de participer à la mesure d’instruction définie d’un commun accord nuit aussi à l’autre, l’affaire n’étant pas mise en état d’être jugée par voie de convention).

D’une part, il convient de souligner que le contrat processuel qui ne génère pas de liens d’obligations peut demeurer inexécuté<sup>1714</sup>. Le manquement contractuel (la faute contractuelle) peut donc définitivement être constaté. Si les contrats processuels sont amenés à se développer, il est opportun d’assurer leur effectivité.

D’autre part, le problème n’est pas celui du manquement, la faute contractuelle, mais celui du préjudice probablement né. Or, le préjudice est difficile à démontrer et à chiffrer en matière processuelle, ce que la doctrine n’a pas manqué de souligner. Pourtant, même le non-respect de

---

quantifiable. Dès lors que les juges étatiques d’un État quelconque ont retenu leur compétence pour trancher le fond du litige, toute appréciation du préjudice en termes de réparation par équivalent passerait par une impossible - et indécente - comparaison entre les mérites respectifs de la justice arbitrale et de la justice étatique. Il n’est donc guère possible d’attacher une valeur monétaire au fait de ne pas avoir été en mesure de faire trancher un litige par des arbitres (...). Il en va différemment des coûts engendrés par la nécessité d’avoir à se défendre devant une juridiction étatique incompétente du fait de l’existence d’une convention d’arbitrage. Ces coûts pourraient être mis, par les arbitres, compétents pour connaître des litiges relatifs à l’exécution de la convention d’arbitrage, à la charge de la partie qui a transgressé son obligation de soumettre le litige à l’arbitrage, occasionnant ainsi des frais à la charge de son cocontractant ; mais il est vrai ce serait alors la sanction de la violation de l’obligation négative de ne pas saisir les juridictions étatiques qui serait en cause (...). Aussi, seule l’exécution en nature est-elle satisfaisante pour les parties. (...). Cette solution n’a cependant pas toujours été retenue. En droit romain, la convention d’arbitrage n’était pas sanctionnée en nature et une partie pouvait s’en dégager, même après que la sentence ait été rendue, en payant la *poena* stipulée au compromis ».

<sup>1713</sup> Il faut préciser qu’elle énonce ce principe sous le fondement de la responsabilité délictuelle lorsque l’accomplissement ou le défaut d’accomplissement d’une charge de procédure pourrait causer un dommage à autrui, l’adversaire à l’instance, par exemple, amené à engager des frais de procédure et subissant une procédure abusive et dilatoire, v. Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 27 mai 2021, n° 19-23898, note N. HOFFSCHIR, « La précision du régime des charges processuelles », *DALLOZ Actualité*, 7 juin 2021 : « C’est la première fois à notre connaissance que la Cour de cassation entreprend esquisser un régime juridique des charges processuelles (...). Il est généralement dit de la charge processuelle qu’il s’agit d’"une nécessité imposée par la loi au titulaire d’un droit dans la mise en œuvre de celui-ci" (...) dont le "non-accomplissement constitue non pas un fait illicite, mais un fait dommageable, que sa propre carence inflige, comme une sorte d’auto-sanction, à celui qui ne l’assume pas" ».

<sup>1714</sup> Le code nous dit que la convention de procédure participative prend fin, notamment par « l’inexécution par l’une des parties, de la convention » (CPC, art. 1555 4°).

contrats qui ne comportent pas d'obligations (promesse unilatérale de contrat / contrat-cadre) peut être juridiquement sanctionné (C. civ., art. 1124 et 1111). Le préjudice subi est avant tout d'ordre processuel, en ce que le schéma de procédure déterminé d'un commun accord ne sera pas respecté, mais ce préjudice peut être évalué et indemnisé.

**428. Les remèdes possibles à l'inexécution du contrat processuel.** La faute du cocontractant, caractérisée par le non-respect de certaines stipulations contractuelles, pourrait donner lieu à la mise en œuvre de mécanismes de responsabilité contractuelle. Les mécanismes de responsabilité contractuelle doivent être étudiés à l'aune des intérêts processuels affectés de celui qui subit l'inexécution. Puisque le non-respect du contrat processuel est susceptible d'être constaté par un juge, des sanctions par équivalent pourraient donc être instaurées. Ces sanctions sont de deux ordres. La première concerne les parties entre elles (I), quand la seconde concerne le préjudice causé par le cocontractant à l'origine de l'inexécution, sur le service public de la justice (II).

### **I - Le dommage causé au cocontractant**

**429. L'incertitude du préjudice processuel.** La question se pose en premier lieu en ce qui concerne les contrats de substitution processuelle. Le préjudice évident repose sur la perte de temps et d'argent pour le cocontractant qui s'est finalement retrouvé attrait devant la juridiction étatique alors qu'il est manifeste qu'une autre voie procédurale alternative aurait dû impérativement être mise en œuvre. La partie en position de défendeur aura engagé des frais à l'occasion d'un procès, ce qui constitue un préjudice qui peut être réparé par la condamnation aux dépens et l'octroi d'une indemnité sur le fondement de l'article 700 du CPC en matière civile, ou L. 761-1 en matière administrative. La clause contractuelle de condamnation au paiement des frais de la procédure non compris dans les dépens serait un premier outil dissuasif. Ce serait un premier pas vers une sanction automatique de l'inexécution contractuelle en matière procédurale.

Parfois, le préjudice peut dépasser les frais de procédure exposés. Par exemple, l'abus du droit d'agir (CPC, art. 32-1<sup>1715</sup>) peut donner lieu à la réparation d'un préjudice subi, lorsque le plaideur a dû attendre de longues années avant de se voir reconnaître dans son bon droit<sup>1716</sup> ou

---

<sup>1715</sup> G. COURTIEU, « Abus du droit d'agir en justice », *Jcl Code civil*, 2022.

<sup>1716</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 13 déc. 1994, n° 92-20780.

lorsqu'il a subi un acharnement judiciaire marqué par un esprit de revanche dénué de toute objectivité<sup>1717</sup>.

En outre, la perte de chance de régler le litige par voie de contrat substantiel pourrait être démontrée dans l'hypothèse où la voie procédurale choisie implique l'entente et la découverte d'un accord pour régler le litige. Pour que la perte de chance soit caractérisée, il faut que le processus contractuellement défini ne soit pas mis en œuvre par la seule volonté de l'adversaire et que la décision mettant fin au conflit soit moins favorable que ne l'aurait été l'accord. La perte de chance est donc difficilement évaluable et chiffrable.

Par nature, *in abstracto*, il n'existe manifestement pas d'autres préjudices, mais tout dépend de la procédure et du cas d'espèce. En guise d'exemple, la confidentialité propre à l'arbitrage (qui implique une confidentialité du litige) est bafouée lorsque le juge étatique est saisi, ce qui peut caractériser un préjudice chiffrable, notamment lorsqu'une société attraitée à tort devant l'institution judiciaire perd un marché, en raison du conflit découvert par un futur cocontractant.

En second lieu, en matière de contrat de dérivation processuelle, la notion de préjudice n'est pas plus facile à caractériser. En effet, les hypothèses d'inexécution contractuelle concernant le retrait du rôle semblent illusoires. En revanche, imaginons que les parties décident de confier une mesure d'instruction judiciaire à un technicien. La faute de la partie qui empêcherait le technicien de remplir sa mission avec succès pourrait donner lieu à une condamnation au paiement des frais du tiers. Cependant, le préjudice généré est encore plus grand en ce qu'une perte de temps est caractérisée et que la preuve n'est toujours pas découverte. Tout dépend donc de la prestation attendue et des conséquences de son inexécution, sur la procédure et sur les droits substantiels des parties.

Dans certaines matières, comme la procédure pénale, les sanctions du non-respect de l'accord devraient au moins être de nature processuelle. Elles seraient générales ou propres à chaque accord. Par exemple, si la personne poursuivie et le ministère public définissent d'un commun accord la liste des témoins au cours de la procédure criminelle, la seule sanction possible pour la partie qui souhaiterait en appeler d'autres devrait être l'impossibilité de les faire citer. Quand le ministère public saisit le juge étatique alors que le mis en cause a donné son accord pour une composition pénale, les moyens de procédure en vigueur suffiront également pour faire

---

<sup>1717</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 janv. 2007, n° 05-10098.

prononcer la nullité de la citation ultérieure irrégulière. Toutefois, à supposer que les accords se développent en matière pénale, le mis en cause et l'État devraient pouvoir engager leur responsabilité s'ils bafouent grossièrement ou de manière dolosive leurs engagements contractuels. Il s'agit là encore de crédibiliser les processus contractuels. Le non-respect de la confidentialité d'une enquête conventionnelle pourrait être de nature à causer un préjudice au mis en cause, lorsque le ministère public agit en justice sur la base de pièces obtenues au cours de cette enquête, mais qui ne faisaient pas partie du périmètre contractuel organisant la découverte des faits attendus pour les infractions fixées.

**430. La caractérisation du préjudice processuel.** Toute partie a un intérêt à régler le litige suivant la manière convenue. Or, cet intérêt est lésé par l'inexécution du contrat résultant du manquement de l'adversaire. En ce sens, le préjudice processuel peut être établi. Il représente tout dommage qui empêche de pouvoir régler définitivement le litige substantiel conformément à ce que les parties au contrat ont prescrit. Il ne s'assimile pas au manquement contractuel, mais il porte sur l'impossibilité définitive de régler le conflit conformément à ce qui a été décidé par voie de contrat.

Il peut être aisément caractérisé selon les cas, le plus dur étant de le chiffrer. Il convient de rappeler que les principes de la responsabilité civile imposent au juge qui constate un préjudice de le chiffrer<sup>1718</sup>. La réparation du préjudice processuel est d'autant plus envisageable qu'une partie de la doctrine confère à la responsabilité contractuelle une fonction d'exécution par équivalent, l'inexécution contractuelle se suffisant à elle-même pour caractériser un préjudice<sup>1719</sup>.

En effet, certains préjudices sont plus ou moins facilement évaluables en argent, même quand ils ne constituent pas immédiatement un manque à gagner pécuniaire (préjudice moral ou au préjudice environnemental, par exemple). Malgré tout, ce sont des préjudices réparables et évalués en argent quand ils sont caractérisés. Parfois, le préjudice est dit nécessaire. Par exemple, la rupture injustifiée d'un contrat de travail génère un préjudice dont l'évaluation peut osciller selon le barème dit MACRON.

**431. L'évaluation conventionnelle du préjudice.** Pour éviter tout problème de chiffrage, ce qui constitue la difficulté essentielle dans le préjudice processuel, le droit pourrait prévoir la faculté pour les parties d'envisager un montant de condamnation forfaitaire ne devant pas être

---

<sup>1718</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 6 févr. 2002, n° 00-10543.

<sup>1719</sup> H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », *Rép. dr. civil*, 2018, n° 433, s.

disproportionné par rapport à la valeur du litige d'ordre substantiel (un pourcentage maximum de la valeur des demandes ou de la perte évitée par l'action en justice). Le mécanisme ne peut pas être celui de la clause pénale qui permet seulement de sanctionner l'inexécution des obligations, puisque les contrats processuels n'en comportent pas (C. civ., art. 1231-5). En revanche, un mécanisme similaire nommé « clause de réparation processuelle » serait le bienvenu. Ce mécanisme comminatoire et sanctionnateur garantirait l'exécution des contrats. Il éviterait d'avoir à saisir le juge pour statuer sur la responsabilité d'une partie, la seule inexécution du contrat processuel suffisant à obtenir le montant de la sanction convenue.

## **II - Le dommage causé à l'État**

**432. L'amende civile.** Le cocontractant qui subit l'inexécution de l'autre est la principale victime. Vu le contexte de justice actuel et l'ambition de promouvoir la contractualisation du procès afin de réduire l'activité judiciaire, le service public de la justice subit un préjudice dès qu'il est saisi à tort sur des questions substantielles ou processuelles qui ne lui auraient pas été soumises si le contrat processuel avait été correctement exécuté. Ce préjudice résulte de l'affectation injustifiée des moyens humains et matériels au règlement d'un litige substantiel ou procédural qui n'aurait pas dû avoir lieu. En outre, la surcharge inutile des stocks de la juridiction saisie à tort nuit à la mission régaliennne qui est de délivrer la meilleure justice possible aux individus.

L'absence d'exécution conforme du contrat processuel peut donc générer un dérangement fautif de l'institution juridictionnelle. Par exemple, l'État subit un préjudice quand un juge est saisi d'un litige qui rentre manifestement dans le champ d'application d'une convention d'arbitrage ou, plus simplement, quand le litige ayant fait l'objet d'une convention de procédure participative revient devant lui sans avoir été mis en état d'être jugé en raison de l'inexécution dolosive d'une partie. Il ne s'agit pas de condamner à tout va, l'amende civile étant un mécanisme devant être manié avec prudence<sup>1720</sup>. Seuls les comportements dolosifs devraient être sanctionnés en matière de non-respect du contrat processuel.

L'amende civile déjà en vigueur en cas de recours abusif constituerait donc ce moyen comminatoire et sanctionnateur adapté aux cas de l'inexécution du contrat processuel (CPC, art. 31-2 et CJA, art. R. 741-12). En matière civile et administrative, le montant maximum de

---

<sup>1720</sup> Y. STRICKLER, A. VARNEK, « Procédure civile », 11<sup>ème</sup> éd., *Bruylant*, 2022, p. 122, n° 170.

l'amende a été rehaussé à 10.000 €. Il pourrait être demain augmenté, voire exprimé par tranche et en pourcentage afin d'être plus dissuasif.

Le dérangement du service public de la justice doit résulter de la faute d'une partie au conflit. En matière administrative, le caractère abusif du recours est généralement tiré de la mauvaise foi du requérant qui résulte de l'objet du recours, l'habitude chicanière, le manque de sérieux des moyens développés, la saisine d'une juridiction manifestement incompétente<sup>1721</sup>.

Par conséquent, l'amende civile serait un bon moyen d'assurer la préservation des contrats processuels. Par exemple, le demandeur/requérant qui saisit une juridiction manifestement incompétente eu égard à la convention sur la compétence peut être condamné à une telle amende. Cet outil serait redoutable, dès lors que le juge pourrait se saisir d'office d'une telle voie de condamnation<sup>1722</sup>.

## **Section 2 - L'effet relatif du contrat processuel individuel**

**433. Le cadre de l'effet obligatoire.** Le contrat substantiel ne crée d'obligations qu'entre les parties. La substance de cette règle propre aux contrats civils s'applique aussi pour les actes qui ne produisent pas d'obligations. Les effets du contrat processuel ne concernent que les parties (ses créateurs), qui sont les seules intéressées à son exécution. Les tiers doivent tout de même respecter le changement de situation juridique intervenu entre les parties au contrat, mais ils peuvent aussi s'en prévaloir.

En matière de contrat processuel individuel, la question des tiers peut se poser avec acuité en ce que le contrat est susceptible de rayonner sur l'entourage des parties en conflit. La question se pose alors de savoir qui est soumis au contrat processuel. L'arbitrage et les clauses de compétence sont éclairants à ce sujet<sup>1723</sup>.

**434. L'exemple des clauses d'arbitrage.** Le contrat d'arbitrage peut avoir des effets envers d'autres personnes que celles qui l'ont conclu, car elles sont intéressées à la résolution du conflit substantiel. On évoque usuellement la circulation de la convention d'arbitrage dans les chaînes

---

<sup>1721</sup> V. HAIM, « Frais de justice », *Rép. contentieux admin.*, 2019, n° 231, s., évoquant ainsi le recours contre une décision administrative qui n'existe pas, l'absence d'intérêt à agir, l'absence de motivation raisonnablement pertinente, des moyens tous inopérants, une requête non motivée, une méconnaissance de l'autorité de la chose jugée ; v. CE, 5 juill. 2013, n° 55500.

<sup>1722</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 3 sept. 2015, n° 14-11676, note H. CROZE, *Procédures*, 2015, 316.

<sup>1723</sup> D. MAZEAUD, « Le rayonnement des clauses processuelles », *D.*, 2014, p. 121.



de contrats et le rayonnement de la clause d'arbitrage à l'égard des tiers, notamment dans des groupes de sociétés et des groupes de contrats<sup>1724</sup>.

La théorie de l'accessoire qui suit le principal permet de justifier que, dans les chaînes de contrats translatifs de propriété, la clause d'arbitrage suit le droit substantiel cédé<sup>1725</sup>.

En dehors du cas des suites de contrats, les questions tenant à l'application de la clause compromissoire à une situation juridique heurtant d'autres personnes que ses signataires gravitent autour de l'exécution du contrat substantiel. La Cour de cassation a ainsi pu décider que « les effets de la clause d'arbitrage international s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter<sup>1726</sup>. Dans ce cas, la participation au contrat substantiel fait présumer la connaissance de la clause compromissoire par le tiers, pouvant toujours démontrer que tel n'était pas le cas<sup>1727</sup>.

En dehors de ces hypothèses où le tiers a nécessairement eu connaissance de la convention processuelle, le contrat de procédure ne peut en principe modifier la situation du tiers que s'il l'accepte. C'est la règle désormais posée par l'article 2061 du code civil. Ainsi, la clause doit avoir été acceptée à la partie à laquelle on l'oppose, à moins qu'elle n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.

**435. Les clauses attributives de juridiction.** Sans rentrer dans les considérations de droit international, la jurisprudence concernant les clauses attributives de juridiction est plus sévère que pour les clauses compromissoires. La clause de compétence n'est efficace envers le tiers que s'il l'accepte<sup>1728</sup>. La jurisprudence est abondante en droit du transport. Concernant les contrats de transport maritime, la clause n'a d'effet à l'égard du destinataire que s'il l'accepte, l'accomplissement sans réserve du connaissement n'étant pas suffisant<sup>1729</sup>. La jurisprudence a pu également refuser le rayonnement de la clause insérée dans un contrat de transport quand elle figurait dans la lettre de voiture qui ne faisait pas partie de l'économie générale du

---

<sup>1724</sup> C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », 2<sup>ème</sup> éd., *LGDJ*, 2019, p. 245.

<sup>1725</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 févr. 2001, n° 98-20776 : « dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause », puis, peu important le caractère homogène ou hétérogène de la chaîne, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007, n° 04-20842, note E. LOQUIN, « De la transmission et de l'extension de la clause compromissoire : un "grand arrêt" de la première chambre civile de la Cour de cassation », *RTD com.*, 2007, p. 667. V. en doctrine, C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », *op. cit.*, p. 258, n° 212.

<sup>1726</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007, n° 04-20842.

<sup>1727</sup> P. STOFFEL-MUNCK, « La nouvelle clause compromissoire dans les groupes de contrats », *Cah. arb.*, 1<sup>er</sup> janv. 2017, n° 1, p. 47.

<sup>1728</sup> Cass. com., 4 mars 2014, n° 13-15846.

<sup>1729</sup> Cass. com., 8 déc. 1998, n° 96-17913.

contrat<sup>1730</sup>. L'objectif est de protéger le consentement du tiers qui n'a pas eu connaissance du contrat processuel au moment de sa formation<sup>1731</sup> et qui peut y être soumis ultérieurement.

En droit positif interne, lorsque la clause de compétence n'est pas opposable aux tiers, il est possible de passer outre cette convention en permettant au demandeur d'attirer l'ensemble des défendeurs devant la juridiction où l'un d'eux a son domicile, lorsque la demande est indivisible et qu'elle risque de conduire à des solutions contraires<sup>1732</sup>.

Parfois, au contraire, la compétence peut ne pas se poser pour le tiers appelé à l'instance, malgré une clause attributive de juridiction. En application de l'article 333 du code de procédure civile, il subira la juridiction choisie par les parties, même s'il se prévaut lui-même d'une clause attributive de compétence territoriale (à moins qu'il ne s'agisse d'une convention d'arbitrage ou d'un litige d'ordre international<sup>1733</sup>).

**436. L'effet relatif des conventions pénales.** En matière pénale, les contrats processuels, si l'on veut bien admettre leur existence, ne sont pas toujours profitables aux tiers. Par exemple, en matière de convention judiciaire d'intérêt public, les accords processuels n'affectent que la personne morale concernée. Elle ne concerne pas une autre personne morale, ni même les personnes physiques dirigeantes, ni toutes celles susceptibles d'être inquiétées à la suite d'une enquête interne ou judiciaire, et ce à regret<sup>1734</sup>.

De même, le contrat processuel pénal ne peut pas empêcher le commencement d'une procédure de sanction d'une autre nature, comme une procédure de sanction administrative dont l'objet est différent. Le contrat processuel n'est donc pas opposable à l'administration.

**437. Le mécanisme de l'effet relatif des contrats processuels.** Le contrat processuel ne devrait pas, en principe, produire d'effets à l'encontre d'un tiers, à moins qu'il ne succède aux droits et obligations de la partie l'ayant initialement acceptée. Ainsi, en cas de cession de contrat (C. civ., art. 1216), le nouveau créancier pourrait se voir contraint de respecter une clause attributive de compétence ou se voir opposer une clause de prescription.

---

<sup>1730</sup> Cass. com., 10 mars 2009, n° 07-19447.

<sup>1731</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 oct. 2015, n° 10-20111 ; D. BUREAU, « De la transmission d'une clause attributive de juridiction dans une chaîne de contrats », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 710, à propos de l'arrêt *Refcomp*, CJUE, 7 févr. 2013, n° C-543/10.

<sup>1732</sup> Cass. com., 13 févr. 2019, n° 18-11199.

<sup>1733</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2004, n° 01-13903, note R. PERROT, « Garantie incidente : compétence territoriale en matière internationale ou intercommunautaire », *RTD civ.*, 2004, p. 553.

<sup>1734</sup> Ce qui pose d'ailleurs problème : B. CAZENEUVE, B. VAN GAVER, A. MENNUCCI, « Justice pénale négociée : quels rapports entre la responsabilité des entreprises et celle des dirigeants ? », *DALLOZ Actualité*, 26 mars 2021.

Les exceptions à ce principe résultent le plus souvent de considérations d'ordre substantiel (rapports juridiques de fond), ou contractuel, quant à la préservation du consentement du tiers à la convention : les contrats de procédure sont habituellement opposables aux tiers, dès lors qu'ils sont intéressés/impliqués à la modification de la situation juridique de fond (le tiers participe à l'exécution du rapport de droit substantiel, il a nécessairement connaissance de la convention de procédure), ou quand ils acceptent de s'y soumettre.

La soumission automatique du tiers au contrat processuel ne doit donc être exigée que lorsque cela apparaît nécessaire, en vue d'assurer une cohérence processuelle, et qu'elle ne devient pas démesurément préjudiciable pour toutes les parties en conflit. Par exemple, il est peu opportun d'envisager que le tiers qui intervient à l'instance civile de manière forcée doive subir l'accord des parties qui ont décidé que le juge statuerait en amiable compositeur. Une application distributive de cet accord par le juge est également difficile à concevoir, même si l'équité peut conduire à l'application des règles de droit. Dans ce cas, à moins que le tiers ne l'accepte, le contrat processuel devrait être considéré comme inefficace à l'égard des parties et du tiers, et le juge devrait statuer en droit.

Dans de nombreux cas où l'acte entre en confrontation avec les intérêts d'un tiers<sup>1735</sup>, le contrat processuel devrait être considéré comme non opposable aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance et ne l'ont donc pas accepté. La variable d'ajustement devrait être la faculté pour les tiers de faire valoir leurs droits en justice. Lorsque le contrat n'y porte pas une atteinte démesurée, il pourrait être considéré comme opposable aux tiers devant en subir les effets. Dans tous les cas, ceux-ci pourraient de toute façon, s'ils le souhaitent, y adhérer postérieurement, comme une option de procédure. Hormis l'arbitrage, ces problèmes restent rares, à l'heure actuelle, où le contrat processuel est trop peu développé.

---

<sup>1735</sup> C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, « Droit de l'arbitrage interne et international », *op. cit.*, p. 249, n° 203 évoquant l'hypothèse courante du cautionnement.



**438. Conclusion du chapitre.** Le contrat processuel est doté d'un effet obligatoire et d'un effet relatif. L'effet obligatoire du contrat processuel est essentiellement garanti par des mécanismes de défense processuels, ce qui est insuffisant pour préserver son efficacité et accroître sa crédibilité comme source du droit. Les moyens d'obtenir l'exécution forcée et de sanctionner l'inexécution contractuelle manquent, car les accords ne sont pas dotés d'un régime juridique contractuel spécifique et sont éloignés des actes civils. Le contrat processuel n'apparaît donc pas crédible sur la scène juridique. Il est aisé pour les parties de s'en libérer, ce qui n'est pas de nature à promouvoir la contractualisation du procès. Cela est flagrant avec la convention de procédure participative, qui est l'un des symboles de la progression de la contractualisation authentique.

Le cocontractant dont les intérêts processuels sont heurtés par l'inexécution du contrat pourrait donc d'abord utiliser tous les moyens processuels à sa disposition pour empêcher la poursuite du règlement du conflit qui n'est pas conforme à ce qui a été convenu. Il pourrait ensuite, de manière plus offensive, solliciter une exécution en nature du contrat et mettre en demeure celui qui n'agit pas de s'exécuter, sous astreinte, en saisissant le juge pour l'y contraindre. Il devrait être aussi possible de saisir la justice pour pallier l'inexécution d'un co-contractant, en demandant au juge de prendre une mesure de substitution qui rende possible la poursuite du règlement contractuel du conflit (la désignation d'un tiers par exemple). La partie subissant l'inexécution aurait aussi le choix d'obtenir réparation du préjudice résultant de l'impossibilité de régler le litige selon les termes convenus, au moyen de la mise en œuvre d'une clause de réparation processuelle proportionnée aux enjeux du litige. Enfin, la saisine abusive de l'institution judiciaire en violation manifeste du contrat processuel peut être constitutive d'un préjudice autorisant le juge à prononcer une amende civile à l'encontre du contractant fautif.

En outre, le contrat processuel individuel a un effet relatif en ce qu'il ne modifie que la situation juridique des parties qui l'ont conclu. Toutefois, il se peut que l'intérêt des tiers se heurte aux intérêts juridiques des cocontractants. Le rayonnement du contrat processuel le rend opposable aux tiers, notamment quand ils participent à l'exécution du rapport de droit substantiel, à moins que l'application du contrat ne cause une atteinte démesurée à leur faculté de faire valoir leur droit en justice. Les tiers attirés au litige peuvent toujours accepter le contrat processuel pour s'en prévaloir.



## **Chapitre 2 - Les effets du contrat processuel collectif**

Comme tout contrat, les accords processuels collectifs ont un effet obligatoire et relatif. Cependant, à la différence du contrat individuel de droit substantiel qui engendre des obligations et des situations juridiques subjectives entre les parties, les conventions collectives de procédure sont, à l'image de la loi, créatrices de normes de droit objectives, à destination d'autres personnes que celles qui les ont édictées. L'effet obligatoire se manifeste d'abord par la force contraignante attachée aux stipulations qui lient les signataires des conventions de procédure entre eux. L'effet obligatoire se manifeste ensuite et surtout par la force de contrainte attachée aux effets de droit réglementaires produits par le contrat collectif de procédure. Il faut dissocier la part obligatoire du contrat pour les parties et la part obligatoire pour les tiers à la convention, ces derniers étant les principaux destinataires des normes de procédure créées (section 1). Les stipulations qui concernent directement les signataires des contrats de procédure portent des effets de droit obligationnels ou simplement obligatoires. Les dispositions qui concernent les destinataires des énoncés normatifs de procédure sont obligatoires, mais le plus souvent conçues comme dépourvues de force contraignante selon la doctrine majoritaire, hormis quelques rares exceptions et certitudes légales. Ainsi, l'effet relatif du contrat processuel prend une dimension particulière (section 2).

### **Section 1 - Le caractère obligatoire des contrats collectifs de procédure**

**439. La mesure de l'effet obligatoire des contrats collectifs.** Les contrats processuels sont obligatoires dans la mesure où, dès leur édicition, ils deviennent une manière de procéder qui ne devrait pas être ignorée des destinataires, compte tenu des auteurs de la norme, dotés d'une autorité morale et juridique pour régir les institutions ou entités qu'ils dirigent. En outre, tout contrat collectif processuel a une vocation intrinsèque : c'est d'être effectivement appliqué par leurs destinataires, qui ne sont pas les signataires, mais les acteurs des procédures particulières dans le ressort. Toutefois, seuls quelques contrats collectifs prévus par la loi ont une force de contrainte évidente, dès leur édicition (CPP, art. A. 53-9 par exemple).

**440. La contrainte juridique des contrats collectifs.** Le caractère contraignant des contrats collectifs se manifeste par l'emprise étatique. L'État accepte alors, ou non, que ces contrats

soient sanctionnés parmi les normes qui composent l'ordre juridique processuel. La force de contrainte peut résulter de deux grands processus normatifs qui sont des pistes à explorer pour développer les contrats processuels collectifs. Il convient de distinguer la force obligatoire *ex ante* et *ex post* (§1). Cependant, la plupart des protocoles de procédure conclus de nos jours ne sont pas dotés d'une force de contrainte évidente prévue par la loi. Ils sont alors soumis aux aléas juridictionnels, les juges du fond et les juges des cours suprêmes décidant au cas par cas s'ils peuvent être ou non contraignants (§2). D'où la nécessité de renforcer cela par un texte de loi précisant que les protocoles peuvent être juridiquement sanctionnés. Même si les protocoles n'ont pas de force de contrainte, nombreux sont ceux qui sont dotés d'une force d'influence à ne pas négliger, car les protocoles sont alors appliqués spontanément (§3).

## § 1 – La contrainte juridique légale

**441. L'habilitation normative *ex ante* et *ex post*.** Les normes des conventions collectives de procédure peuvent obtenir l'onction de la force contraignante étatique lorsque la loi délègue aux signataires la faculté de les prendre pour un contenu déterminé. La loi prévoit ainsi que la convention collective de procédure aura une force contraignante *per se*, immédiatement, dès le lendemain de sa publication<sup>1736</sup>. En cas de non-respect, le juge sanctionnera le comportement des acteurs du procès qui ne serait pas conforme aux règles contractuelles.

Ce processus d'habilitation normative peut être tempéré par l'exigence d'une validation du contrat processuel par une autorité administrative. Dans ce cas, le contrat processuel ne devient contraignant qu'après la décision de l'autorité administrative et une publicité lui donnant pleine efficacité<sup>1737</sup>.

---

<sup>1736</sup> En droit de l'habitation, par exemple, des contrats collectifs peuvent être passés entre organisations de bailleurs et organisations de locataires. Ces accords conclus au niveau national ou régional ont pour but de réglementer des secteurs locatifs particuliers (habitations à loyer modéré) et ont des dispositions les plus diverses (suppléments de loyers, maîtrise des charges récupérables, etc.). L'article 41 ter de la L. 86-1290 du 23 déc. 1986, encore modifié récemment par la L. 2018-1021 du 23 nov. 2018, dispose que « les accords ainsi conclus s'imposent aux organisations signataires et aux adhérents de ces organisations » (Cass. civ., 3<sup>ème</sup>, 28 juin 2000, n° 97-21684).

<sup>1737</sup> D. 28 déc. 2005, art. 88 et sa modification par le D. du 2 mai 2008 : ce n'est pas l'arrêté du ministre qui donne une force contraignante à l'accord collectif après la vérification de ses conditions de validité. L'arrêté liste seulement les juridictions dans lesquelles les dispositions du code de procédure s'appliquent de manière anticipée parce qu'une convention de procédure a été prise dans leur ressort. L'arrêté leur donne une certaine valeur réglementaire bien que ce soit la convention de procédure locale qui conditionne la prise de l'arrêté ; en matière sociale, des contrats collectifs peuvent être élargis ou étendus par un arrêté ministériel, « Lamy négociation collective », *Wolterkluwers*, 2018, n° 621 : « L'extension et l'élargissement sont des mécanismes complémentaires. L'extension d'une convention ou d'un accord collectif de travail le rend obligatoire pour tous les employeurs (et salariés) compris dans son champ d'application, peu important qu'ils ne soient ni signataires de l'accord, ni membres d'une organisation signataire. Une fois étendu(e), un accord ou une convention peut être élargi(e). L'élargissement rend les dispositions d'une convention ou d'un accord étendu applicables aux entreprises et salariés relevant d'un autre champ d'application géographique ou d'un autre secteur professionnel dépourvu de disposition conventionnelle », v. aussi, L. 86-1290, art. 41 ter al. 4.



Quand le contrat processuel est contraignant *per se*, il se peut que la loi confie aux parties au procès la faculté de s'opposer au cadre contractuel pour une instance en particulier. Les parties ne doivent donc pas s'y opposer pour que le protocole produise les effets estimés.

Le contrat collectif de procédure peut, sinon, devenir contraignant, au coup par coup, lorsque la loi autorise les acteurs du procès à l'accepter, ce qui suppose d'adhérer en bloc à son contenu<sup>1738</sup> ou d'en fondre tout ou partie dans des dispositions contractuelles individuelles sur-mesure. L'adhésion est dans ce cas une manifestation de volonté. L'adhésion peut être véritable<sup>1739</sup> ou utilisée dans un sens très large<sup>1740</sup>. En matière processuelle, l'adhésion authentique n'existe pas<sup>1741</sup>. L'option constitue seulement une manifestation de volonté d'accepter unilatéralement ou d'un commun accord, par avance, ou une fois le litige né, les dispositions du contrat collectif. Cela suppose que les parties en conflit aient un droit unilatéral d'option, ou qu'ils puissent intégrer les dispositions collectives dans un contrat processuel individuel<sup>1742</sup>. Il s'agit en somme de contractualiser à titre individuel les dispositions du contrat collectif. À titre de comparaison, en arbitrage, l'option est consensuelle quand les parties conviennent de soumettre la résolution de leur litige à un règlement de procédure, en tout ou partie, que l'arbitrage soit institutionnel ou *ad hoc*<sup>1743</sup>.

En l'absence de cadre juridique régissant l'exécution des protocoles de procédure, la plupart ne rentre pas dans ces catégories d'habilitation normative. Les protocoles n'ont pas, en soi, ou de

---

<sup>1738</sup> Certains protocoles prévoient déjà le consentement des parties, v. A. CAILLEMER DU FERRAGE, « L'accès aux chambres : compétences et contentieux. Un point de vue de praticien », *RLDA*, supplément au n° 152, 1<sup>er</sup> oct. 2019 : « Les protocoles sont *optionnels* : leur application n'est pas commandée par la désignation de la chambre internationale. Les parties doivent convenir à la première audience de mise en état de son application. À défaut d'accord, la chambre conserve l'affaire et fait application des règles du droit commun et de la procédure civile non aménagée ».

<sup>1739</sup> La première touche au champ d'application de l'acte juridique collectif et se manifeste par la volonté de faire partie d'une nouvelle communauté d'intérêts. Adhérer signifie originellement « être aux côtés de quelqu'un », « être attaché à ». C'est donc un lien humain intersubjectif qui se dessine par l'adhésion à la communauté et qui ne se confond pas avec la volonté qui l'exprime.

<sup>1740</sup> C'est l'acceptation de l'acte par son destinataire au moyen d'une option, pour bénéficier d'un droit applicable choisi ou subi. L'adhésion peut être vue partout quand il s'agit de la comprendre comme une manifestation de volonté d'opter. Il y a pourtant des abus de langage. Un salarié n'opte pas pour la convention collective de travail en devenant salarié de l'entreprise. L'application du cadre conventionnel découle d'un contrat de travail individuel qui la déclenche de plein droit. En revanche, dans le contrat d'assurance négocié avec le souscripteur (employeur, banque, association sportive ou de loisirs), ce premier s'engage unilatéralement envers les adhérents à proposer un type de police d'assurance dont le contenu favorable à ces derniers a été convenu à l'avance entre l'assureur et lui. L'adhérent n'a plus qu'à manifester sa volonté d'en bénéficier en exerçant son droit d'option (C. assur., art. L. 145-1).

<sup>1741</sup> L'option pourrait exister si, par exemple, une association de défense de consommateurs concluait, avec le barreau et la juridiction, une convention collective en matière d'action collective, les justiciables pouvant ensuite, adhérer à l'action exercée.

<sup>1742</sup> En réalité, l'avenir des protocoles de procédure pourrait être en partie celui-là et reposer sur l'adhésion des destinataires avant le commencement d'un procès. Cela impliquerait une forte coopération des parties et ne trouverait à s'appliquer que pour quelques protocoles en particulier.

<sup>1743</sup> Le contrat passé avec l'institution d'arbitrage consiste à avoir recours à ce genre d'organisation qui gère le déroulement de la procédure (en vertu d'un règlement d'arbitrage). Les parties adhèrent alors à son règlement édicté en amont. Dans l'arbitrage *ad hoc*, les parties peuvent encore valablement convenir expressément de soumettre le processus arbitral à une loi d'arbitrage établie par une institution d'arbitrage. Ici, le règlement de procédure est un modèle de règlement décidé unilatéralement par l'institution et contractualisé par les litigants pour leur propre procès.

manière dérivée, une force obligatoire. Une dernière hypothèse pour obtenir la force de contrainte doit être examinée. Elle relève d'une justiciabilité directe. La loi ne prévoit rien sur le sort des protocoles collectifs de procédure, mais, après leur (in)application (in)volontaire, en cas de litige, le juge sanctionne le non-respect de leurs dispositions dans le cadre de l'espèce qui lui est soumise. Il l'applique directement, au visa de sa décision, ou de manière plus incidente. Le contrat collectif est enfermé dans une dimension intermédiaire, entre le droit souple et le droit dur, en position d'incertitude juridique et en passe de devenir contraignant. La justiciabilité des protocoles est d'autant plus manifeste quand les juges tirent de leur contenu une sanction de procédure, car la norme qu'ils contiennent n'a pas été respectée. Dans une moindre mesure, le contrat peut simplement influencer sur les comportements de procédure et le sens des décisions de justice qui statuent sur des conflits processuels en conformité avec le protocole, sans que leur application directe soit révélée<sup>1744</sup>.

## § 2 - La justiciabilité des contrats processuels collectifs

Le contrat collectif qui tire une force contraignante de la loi qui l'érige s'appliquera avec certitude. En matière de communication par voie électronique, dans le cadre de la procédure pénale<sup>1745</sup>, les juridictions du fond et la Cour de cassation ont, sans la moindre hésitation, pris en compte l'existence ou l'absence de protocole de procédure au fondement de leur décision. À compter du décret n° 2007-1620, la transmission par voie électronique des actes de procédure par les avocats listés aux articles D. 591 et D. 592 CPP fut conditionnée à l'édiction d'un protocole passé entre une juridiction et un ordre des avocats concernés. La Cour de cassation a ainsi veillé au respect du contenu des contrats collectifs<sup>1746</sup>. En l'absence de protocole, il était impossible de se prévaloir de la CPVE qui n'était donc pas ouverte au sein de la juridiction<sup>1747</sup>.

---

<sup>1744</sup> Ils sont en quelque sorte des motifs des motifs de la décision de justice quand les juges ne se fondent pas dessus pour trancher un problème de procédure. Ils guident la solution, en ce qu'ils permettent d'interpréter la loi de procédure floue ou insuffisante, sans que l'application du protocole soit expressément affirmée.

<sup>1745</sup> R. RODRIGUEZ, « La communication par voie électronique en matière pénale », *op. cit.*

<sup>1746</sup> Cass. crim., 2 mars 2010, n° 09-85124 et 11 déc. 2013, n° 13-84319.

<sup>1747</sup> J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Prescription et plainte avec constitution de partie civile par télécopie », *AJ pénal*, 2010, p. 342, note sous Cass. crim., 2 mars 2010, n° 09-85124, à propos de la date de réception tardive par le juge d'instruction d'une plainte avec constitution de partie civile ne pouvant être attestée que par la mention du greffier, et pas par voie électronique, en l'absence de protocole (même si, en l'espèce, la télécopie n'est pas un moyen de communication électronique) ; A. MARON, M. HAAS, « Bien lire le "Bulletin du bâtonnier" », *Dr. pén.* n° 5, mai 2010, comm. 65 ; C. BLERY, « Un mémoire transmis par RPVA au soutien d'un appel est-il recevable ? », *Gaz. Pal.*, 17 mai 2016, n° 18, p. 75, à propos du mémoire déposé par l'avocat du mis en examen devant le président de la chambre de l'instruction, irrecevable car non signé et transmis par RPVA ; Cass. crim., 21 sept. 2016, n° 16-82635, un protocole de procédure avait semble-t-il été passé entre la cour d'appel de GRENOBLE et le barreau, mais l'avocat n'avait pas signé le mémoire envoyé via RPVA de sorte qu'il n'avait pas été pris en considération ; P. DE COMBLES DE NAYVES, « Irrecevabilité de l'authentification électronique », *AJ pénal*, 2017, p. 86 ; Cass. crim., 14 nov. 2017, n° 16-86663, G. ROUSSEL, « Élément de preuve envoyé par courriel et respect du contradictoire », *AJ pénal*, 2018, p. 98 ; L. PRIOU-ALIBERT, « Des modalités de communication des pièces en matière pénale », *DALLOZ Actualité*, 13 déc. 2017.

Corrélativement, dès qu'un protocole de procédure est passé, il s'instaure dans le paysage normatif et les juges ne peuvent plus l'éluider<sup>1748</sup>.

Le contrat collectif qui ne tire pas sa force obligatoire de la loi est source d'incertitudes, le rôle du juge devenant fondamental pour faire jouer la force obligatoire de l'acte. Les cours d'appel visent de manière directe ou indirecte les protocoles de procédure (I), alors que la Cour de cassation refuse que les conventions conclues en matière électronique passent outre les dispositions impératives (II).

## **I - La justiciabilité aléatoire des contrats collectifs civils par le juge du fond**

La plupart des décisions rendues au fond l'ont été en matière de communication par voie électronique, les protocoles de procédure y trouvant une terre fertile, leur contenu étant composé de nombreuses normes processuelles nouvelles<sup>1749</sup>.

**442. Le caractère aléatoire de la force contraignante des contrats collectifs de communication par voie électronique (CPVE).** La force contraignante des protocoles de procédure en matière de CPVE est longtemps demeurée aléatoire, même si le débat est clos pour certains.

Au début, les protocoles semblaient être obligatoires dès qu'ils reposaient sur l'article 88 du décret de 2005. Une fois que l'expérimentation s'est achevée en 2009, la contrainte des protocoles de procédure est devenue plus incertaine, car ils ne reposaient plus sur une base textuelle, si ce n'est sur la convention nationale de communication par voie électronique conclue entre le CNB et la Chancellerie (qui est un acte réglementaire établissant un cadre judiciaire). Plusieurs litiges de procédure ont occupé les prétoires à ce sujet.

---

<sup>1748</sup> A. MARON, M. HAAS, « Les protocoles sont arrivés », *Dr. pén.*, n° 2, févr. 2014, comm. 30, note sous Cass. crim., 11 déc. 2013, n°13-84319 ; R. RODRIGUEZ, « La communication par voie électronique en matière pénale », *op. cit.*, n° 14 : « Le protocole initial ne prévoyait pas la communication électronique de la demande d'audition prévue à l'article 82-1 CPP, mais il l'autorisait après l'entrée en vigueur de l'avenant ».

<sup>1749</sup> C. BLERY, « RPVA : pourquoi pas le droit alors qu'il y a les tuyaux », *DALLOZ Actualité*, 14 sept. 2018.

Le contrat collectif sur la communication par voie électronique a tantôt été une aide à la prise des motifs, de manière plus<sup>1750</sup> ou moins<sup>1751</sup> explicite, tantôt le fondement de la solution<sup>1752</sup>, après une interprétation plus ou moins poussée du droit applicable<sup>1753</sup>, ce qui a conduit certains auteurs à s'insurger contre l'application judiciaire grandissante des protocoles<sup>1754</sup>.

Un contentieux s'est développé sur le fait de savoir de quelle manière les acteurs du procès devaient manifester leur consentement à la communication des actes de procédure par voie électronique. L'article 748-2 du code de procédure civile créé en 2005, puis entré en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2009, disposait à l'origine que « Le destinataire des envois, remises et notifications mentionnés à l'article 748-1 doit consentir expressément à l'utilisation de la voie électronique ». Il se posait la question de savoir si l'avocat destinataire de l'acte avait expressément consenti à la notification électronique de cet acte de procédure. De nombreux protocoles de procédure ont pu servir de fondement juridique aux décisions de cours d'appel pour interpréter, parfois *contra legem*, les dispositions de l'article 748-2. Certains protocoles disposaient que le consentement à la communication par voie électronique était présumé du fait de l'adhésion au réseau privé virtuel avocats (RPVA)<sup>1755</sup>. Ainsi, nombreuses ont été les

---

<sup>1750</sup> CA, VERSAILLES, 16<sup>ème</sup> ch., 26 Mai 2016, n° 15/07370 : « Il n'est pas inutile dans ce cas de se référer aux protocoles de procédure sur la communication électronique signés dans le cadre des ressorts des cours d'appel. La convention signée le 31 août 2015 entre la cour d'appel de VERSAILLES d'une part et les barreaux du ressort de la cour d'appel de VERSAILLES ainsi que le barreau de PARIS, applicable à la présente instance engagée par déclaration du 23 octobre 2015, cite (...) une liste en dix points des services ComCi CA/e-barreau par types d'actes et pièces, qui ne vise ni les requêtes émanant des parties, ni les ordonnances rendues sur ces requêtes par les juridictions civiles ».

<sup>1751</sup> CA, LYON, 2<sup>ème</sup> ch. A, 12 Mai 2015, n° 14/04903 : « les conventions signées entre le barreau et la Cour d'appel prévoient les hypothèses de défaillance des systèmes de communication électronique, une procédure d'alerte et une attestation établie par le Conseil national des barreaux qui établit l'origine du dysfonctionnement et sa durée ».

<sup>1752</sup> CA, LYON, 8<sup>ème</sup> ch., 30 oct. 2012, n° 11/08437 : « Nonobstant toutes considérations tenant à d'éventuelles erreurs d'orientation des conclusions entre les différentes chambres de la cour, il convient bien de dire et juger que l'indication de la chambre à laquelle l'affaire est attribuée est une condition essentielle de la recevabilité des conclusions. En cela la cour vise l'annexe 1 article 5 paragraphe f au protocole sur la mise en œuvre de la communication électronique entre les avocats et les chambres civiles de la cour d'appel de LYON sur l'échange dématérialisé des conclusions, qui fait expressément référence à l'envoi impératif par les avocats des conclusions à la bonne adresse électronique correspondant à chaque chambre de la cour. Or, présentement les conclusions déposées dans l'intérêt de la société ALC Lunetterie 7 mai 2012 à la 8<sup>ème</sup> chambre de la cour doivent être considérées comme tardives comme déposées plus de deux mois après les conclusions de l'appelante » ; CA, PARIS, 5 juin 2013, n° 13/01843, la caducité étant prononcée, car l'appelant n'a pas respecté la démarche prévue dans la convention de procédure permettant de prouver qu'il n'a pas reçu l'avis du greffe ; v. aussi CA, RENNES, 4<sup>ème</sup> ch., 5 janv. n° 16/00922 ; CA, VERSAILLES, 17 nov. 2011 : « Considérant que la déclaration d'appel, parce qu'elle ne respecte pas la forme exigée par l'arrêté du 23 décembre 2010, et par le protocole d'accord du 30 novembre 2010, se trouve privée d'effet » ; CA, RENNES, 22 juill. 2016, n° 15/05251 : « La déclaration d'appel par voie de la communication électronique, adressée le 16 juin 2015 au greffe, n'était pas conforme au protocole mis en place avec le barreau de NANTES. Le message a été refusé et l'expéditeur en a été immédiatement informé. Or, il n'a adressé sa déclaration d'appel par lettre recommandée que le 25 juin 2015, soit après l'expiration du délai d'un mois ayant commencé à courir le 21 mai 2015. En conséquence, l'appel est irrecevable car interjeté hors délai » ; CA, REIMS, 11 nov. 2012 : « Considérant qu'il est constant que Monsieur François X... n'a pas utilisé la procédure prévue par la convention et n'établit aucun incident de fonctionnement du RPVA, que ses conclusions notifiées sur support papier le 11 juillet 2012, ne l'ont pas été valablement au sens de l'article 906 du code de procédure civile ».

<sup>1753</sup> CA, AIX-EN-PROVENCE, 22 mars 2018, n° 17/14621.

<sup>1754</sup> H. CROZE : « Irrecevabilité des conclusions pour violation d'une convention de procédure », *op. cit.*, : « C'est évidemment inadmissible ».

<sup>1755</sup> C. Cass., Rapport T. VASSEUR, à propos de la demande d'avis n° 13-70005, *spéc.* II.2.2 ; avis de l'avocat général M. MUCCHIELLI, p. 11 : « Certaines précisent que l'adhésion de l'avocat au RPVA vaut consentement exprès, au sens de l'article 748-2, à la voie électronique (RIOM, POITIERS), ou qu'elle le fait présumer ou qu'elle le rend sans objet (TOULOUSE) », p. 3 :

juridictions qui se sont fondées sur la convention locale pour dire que l'avocat avait nécessairement entendu respecter ses dispositions qui prévoyaient que l'adhésion au RPVA était présumée dès qu'il y avait inscription au réseau. D'autres conventions précisait que les avocats s'engageaient à transmettre « systématiquement et exclusivement » tous les actes de procédure, et particulièrement les conclusions, par voie électronique<sup>1756</sup>. Dès lors qu'il s'agissait d'une obligation générale de communiquer les actes par voie électronique, il fallait en conclure, pour certains auteurs, que les avocats étaient nécessairement supposés avoir accepté ce mode de notification entre eux<sup>1757</sup>. La juridiction parisienne affirmait, sans détour, que l'adhésion au RPVA emportait consentement à la CPVE<sup>1758</sup> et la juridiction de CHAMBERY exposait, en se fondant directement sur le protocole, que ce dernier avait pour objet l'élargissement de la CPVE à tout acte de la procédure, même ceux pour lesquels aucun texte n'en prévoyait la possibilité ou n'y obligeait les parties au conflit<sup>1759</sup>. Les cours d'appel de BORDEAUX et TOULOUSE, puis d'autres juridictions<sup>1760</sup>, ont pu donner des solutions différentes sur la question du consentement. La cour d'appel de BORDEAUX, contrairement aux moyens des parties, ne s'est pas fondée sur la convention de procédure locale pour rendre sa décision<sup>1761</sup>, prenant ainsi le contrepied de l'ordonnance du conseiller de la mise en état<sup>1762</sup>. Les juges

---

« D'autres, tout en reprenant l'argumentation relative aux conséquences de l'adhésion au RPVA, mentionnent aussi les effets de la convention passée entre la cour d'appel et les barreaux de son ressort (RIOM, ROUEN, ORLÉANS et PAU, ces deux dernières précisant que la convention s'impose aux membres du barreau) » ; Avenant n° 2 à la convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de LYON en date du 26 novembre 2012 qui dispose à l'article 4 b qu' « En adhérant au réseau privé virtuel avocats et en devenant attributaire d'une adresse personnelle et sécurisée, chaque avocat inscrit auprès de l'ordre des avocats de LYON est présumé avoir accepté de consentir à l'utilisation de la communication par voie électronique pour la notification des actes de procédures devant le tribunal de commerce de LYON ».

<sup>1756</sup> Avis de l'avocat général M. MUCHIELLI, *op. cit.*, p. 3 : « certaines, comme celle de la cour d'appel de LYON, semblent comporter une obligation pour l'avocat de transmettre systématiquement et exclusivement les actes et documents au moyen d'un courrier électronique, en particulier les conclusions. D'autres (celles de RIOM, TOULOUSE) mentionnent expressément, en des formulations différentes, que l'adhésion au RPVA de l'avocat »

<sup>1757</sup> *Ibid.*, p. 12 : « Plusieurs d'entre elles prescrivent à l'avocat de recourir à ce procédé (ROUEN, BASSE-TERRE, PAU, LYON dont la convention prévoit que la transmission par voie électronique des conclusions vaut notification) ».

<sup>1758</sup> CA, PARIS, 21 mars 2013, n° 12/23442.

<sup>1759</sup> CA, CHAMBERY, 2<sup>ème</sup> ch., 30 janv. 2014, n° 13/00667 : « Ainsi, selon convention du 17 mars 2009 modifiée par avenant du 18 janvier 2012, l'ordre des avocats du Barreau d'ALBERTVILLE et le Tribunal de Grande Instance d'ALBERTVILLE ont convenu d'étendre le système RPVA (réseau privé virtuel avocat) pour permettre d'englober notamment tous les actes échangés entre avocats. Par correspondance du 2 février 2012, monsieur I, écrivait à tous les avocats de ce barreau » pour les informer.

<sup>1760</sup> Rapport T. VASSEUR, *op. cit.*, n° I.2.3 : « À la mi-juillet 2013, la consultation de la base JURICA permettait de recenser une quinzaine d'arrêts de cours d'appel statuant sur l'une des questions formulées dans la demande d'avis ».

<sup>1761</sup> CA, BORDEAUX, 5 mars 2012, n° 11/049681, le consentement de l'avocat est présumé du seul fait qu'il a adhéré au RPVA et en devenant attributaire d'une adresse personnelle, la convention nationale Chancellerie CNB ne s'opposant pas à la signification des jugements par voie électronique, qui n'est qu'une simple faculté ; H. CROZE, « L'adhésion au RPVA vaut consentement à l'utilisation de la communication électronique », *JCP G.*, n° 14, 2 avr. 2012, 406, évoquant toutefois : « en l'espèce la notification électronique du jugement, dont appel, n'était imposée par aucune disposition législative ou réglementaire spéciale. Elle était une pratique prévue par la convention souscrite entre l'ordre des avocats de BORDEAUX et le tribunal de grande instance de BORDEAUX et c'est de l'adhésion à cette convention (par le détour du RPVA) que la cour aquitaine déduit le consentement de l'avocat destinataire à la notification électronique du jugement ».

<sup>1762</sup> CA, BORDEAUX, 1<sup>ère</sup> ch., section A, ordonnance du 23 nov. 2011, n° 11/04968 : « En l'occurrence, si le représentant de la SCI LACOSTE ARGONNE s'est engagé, en s'inscrivant au RPVA (réseau privé virtuel avocats) à respecter la convention souscrite entre l'ordre des avocats de BORDEAUX et le tribunal de grande instance de BORDEAUX et, par conséquent, "à transmettre systématiquement et exclusivement au moyen d'un courrier électronique l'ensemble des actes et documents produits dans le cadre de la mise en état", c'est seulement dans le cadre régi par cette convention qui est celui de la mise en état. Cette adhésion

toulousains ont quant à eux décidé que seul l'accord exprès de l'avocat pouvait justifier le recours à la communication par voie électronique facultative en matière de notification des conclusions entre avocats<sup>1763</sup>. Aucun protocole de procédure n'était signé entre la cour d'appel de TOULOUSE et l'ordre des avocats, ce qui, selon le conseil de l'appelant, empêchait de transposer le raisonnement tenu à BORDEAUX quelques mois plus tôt<sup>1764</sup>.

Ces premières décisions dévoilent les problèmes liés à l'effet obligatoire des protocoles de procédure en la matière. Les décisions des autres cours sont plus explicites quant à la justiciabilité des contrats collectifs de procédure en matière de CPVE. Par exemple, la cour d'appel d'ORLEANS juge que « Les dispositions de cette convention, qui fait la loi des parties, s'imposent à tous les membres du barreau concerné<sup>1765</sup> ». Ainsi, soit un protocole est conclu<sup>1766</sup>, soit il ne l'est pas<sup>1767</sup>, et selon les cas, les accords peuvent/doivent ou non être passés par voie électronique. La cour d'appel de PAU, dotée d'une convention locale à compter du 10 mai 2012, alors qu'elle ne faisait pas partie des cours tests listées par l'arrêté du 18 avril 2012, a jugé « que signée par l'ensemble des bâtonniers du ressort de la cour [elle] s'impose à l'ensemble des avocats dudit ressort en sorte qu'à compter de son entrée en vigueur, il n'est pas nécessaire de recueillir l'accord préalable de l'avocat de la partie adverse pour procéder à une notification des conclusions par voie électronique qui peut donc valablement constituer le point de départ du délai pour conclure visé à l'article 909 du code de procédure civile<sup>1768</sup> ».

---

ne peut pas lui être opposée comme la justification de ce qu'il ait expressément consenti à l'utilisation de la voie électronique pour la signification des jugements à avocats » ;

<sup>1763</sup> CA, TOULOUSE, 3<sup>ème</sup> ch., 1<sup>ère</sup> sect., 4 déc. 2012, n°12/04955.

<sup>1764</sup> C. BLERY, « Pas d'acceptation tacite de la communication électronique pour l'avocat toulousain adhérent au RPVA ! », *JCP G.*, n° 4, 21 janv. 2013, 69 : « la cour toulousaine - certes sans le dire expressément - fait sien l'argument de l'appelant selon lequel "la pratique suivie par les magistrats de la cour d'appel de TOULOUSE est contraire à celle suivie par la cour d'appel de BORDEAUX, qui dispose, contrairement à celle de TOULOUSE, d'une convention entre l'ordre des avocats et la cour"... Où l'on retrouve la "balkanisation" (selon le mot du professeur H. CROZE) de la justice française et la tendance des juridictions à s'ériger en législateur - par la signature de protocoles ou la revendication d'une pratique coutumière comme ici ».

<sup>1765</sup> CA, ORLEANS, ch. civ., 7 janv. 2013, n° 12/03319 : « à ce jour, la notification des actes entre avocats peut s'effectuer (...) par la voie électronique, en application des dispositions des arrêtés du 18 avril 2012 et du 10 septembre 2012, dans le ressort d'un certain nombre de cours d'appel limitativement énumérées, dont la cour d'appel d'ORLEANS ne fait pas partie ; que la notification peut, toutefois, s'effectuer aussi par voie électronique, lorsque, comme en l'espèce, une convention passée entre la cour d'appel et les membres du barreau local le prévoit, une telle convention entrant dans les prévisions de l'article 748-1 du code de procédure civile, qui prévoit la possibilité "de dispositions spéciales imposant l'usage de ce mode de communication" (...). Que cette convention ne constitue pas un simple accord de principe, mais prévoit un ensemble de dispositions techniques précises, organisant la mise en œuvre de la communication et de la transmission des actes et pièces de procédure ».

<sup>1766</sup> CA, LIMOGES, ch. civ., 22 août 2013, n° 13/00390 : « l'avocat, qui choisit de s'inscrire à COMCI CA et COMCI TGI s'oblige par avance à respecter tant les obligations résultant de la convention nationale que de toute convention locale qui pourrait être signée entre les juridictions et son ordre en application de la convention nationale ; que cette inscription vaut dès lors consentement expresse, au sens de l'article 748-2 du code de procédure civile, aux stipulations de ces conventions ». Selon la cour, la convention locale est en vigueur, car elle n'a pas été dénoncée par l'un des avocats du barreau selon les formes prévues à l'article 15 du décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat.

<sup>1767</sup> CA, BASSE-TERRE, 1<sup>ère</sup> ch. civ. 25 févr. 2013, n° 12/01700 : l'avocat des appelants ne faisait pas partie de la liste des cabinets d'avocats pilotes spécialement désignés par la convention de procédure entre la cour et l'ordre des avocats de la GUADELOUPE pour tester la communication électronique ; CA, MONTPELLIER, 5<sup>ème</sup> ch., sect. A, 30 oct. 2014, n° 13/04550, l'avocat de l'appelant étant rattaché au barreau de TOULOUSE, il était soumis à la convention du ressort de la cour d'appel de TOULOUSE et aurait dû expressément consentir à la communication électronique pour les actes passés devant la cour d'appel de MONTPELLIER.

<sup>1768</sup> CA, PAU, 1<sup>ère</sup> ch., 19 mars 2013, n° 12/04158.

**443. La justiciabilité des autres protocoles de procédure civile.** Pour des hypothèses qui concernent plus globalement la procédure d'appel, les protocoles de procédure ont été utilisés comme fondement juridique dans plusieurs décisions, afin de juger que le demandeur n'avait pas déposé, le jour de l'audience, son dossier de plaidoirie, sans en être dispensé<sup>1769</sup>. Les juges du fond ont pu aussi affirmer que les écritures et pièces devaient être communiquées quarante-huit heures au plus tard avant la clôture de l'instruction, toute communication tardive constituant une violation du principe du contradictoire<sup>1770</sup>.

Les cours d'appel ont tout aussi bien décidé d'appliquer les protocoles, après les avoir interprétés<sup>1771</sup>, que de les mettre à l'écart, comme étant contraires à un texte supérieur<sup>1772</sup>. Les juridictions de fond rappellent assez facilement le contenu des protocoles, voire leur acceptation de principe par les parties, comme s'ils constituaient le cadre procédural en vigueur<sup>1773</sup>.

Une ordonnance rendue par le président et le vice-président de la juridiction prud'homale de GRASSE mérite d'être signalée. Elle a ordonné le « renvoi » (le retour) de plusieurs affaires devant le bureau de la conciliation de la section commerce du conseil de prud'hommes, alors que ce dernier les avait dirigées devant la formation de jugement. Les chefs de juridiction ont

---

<sup>1769</sup> CA, LIMOGES, 6 nov. 2014, n° 12/01227.

<sup>1770</sup> CA, RENNES, 6<sup>ème</sup> ch. B, 16 Mai 2017, n° 15/01758.

<sup>1771</sup> CA, SAINT-DENIS DE LA RÉUNION, ch. soc. 19 sept. 2018, n° 18/280 : « La société VAUCELLE qui soutient avoir respecté le délai pour signifier sa déclaration d'appel dans le mois de l'avis du greffe adressé le 30 mars 2017 en invoquant le protocole conclu entre la cour d'appel de SAINT-DENIS et les barreaux du ressort le 12 juin 2014 ne saurait, par le biais d'une interprétation, rajouter à ce protocole qui ne comporte aucune disposition particulière qui emporterait, en dérogeant aux délais impératifs prévus par les articles 908 et 911 susvisés, un report du point de départ, alors qu'il ne fait que prévoir les modalités de l'avis adressé par le greffe sans modifier le délai de 4 mois prévu par les textes légaux. Ainsi la date de l'envoi par le greffe de l'avis d'avoïr à signifier la déclaration d'appel à l'intimé n'ayant pas constitué avocat est sans incidence sur le point de départ du délai dans lequel doivent être signifiées les conclusions d'appel ».

<sup>1772</sup> CA, PARIS, pôle 4, 4<sup>ème</sup> ch., n° 13/14097 : « la convention conclue entre la cour d'appel de PARIS et les ordres des avocats des barreaux du ressort de cette cour le 13 décembre 2011 n'a pas pour objet de suppléer aux lacunes des dispositions réglementaires ou de les compléter, mais seulement d'organiser les modalités de mise en œuvre organisationnelle de la communication électronique et d'assurer la sécurité et la confidentialité des informations transmises ».

<sup>1773</sup> CA, PARIS, ch. com. 3 juin 2020, n° 19/07621 : « Les parties ont donné leur accord pour appliquer le protocole de procédure applicable devant cette chambre » ; CA, PARIS, pôle 5, 16<sup>ème</sup> ch., 30 juin 2020, n° 19/09729 : « Les parties ont été avisées le 29 mai 2020 que la décision serait rendue, conformément au calendrier fixé dans le cadre du protocole de procédure applicable devant la chambre commerciale internationale, le 30 juin 2020 par les juges susmentionnés » ; CA, LYON, 1<sup>ère</sup> ch. A, 21 févr. 2019, n° 18/07163 : « le manquement allégué de la cour d'appel à ses obligations conventionnelles découlant du protocole sus visé ne saurait avoir pour conséquence la recevabilité des conclusions tardives des appelants et la régularisation de la procédure en contravention avec les dispositions du décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 » ; TGI, PARIS, 3<sup>ème</sup> ch., 2<sup>ème</sup> sec., 13 mai 2016, n° 15/12435 : « renvoie l'affaire à l'audience de mise en état du 20 octobre 2016 à 10 heures pour conclusions impératives en défense avant le 20 septembre 2016 (lesquelles, conformément au protocole de procédure civile signé le 11 juillet 2012 entre le président du tribunal de grande instance de PARIS, l'ordre des avocats du barreau de PARIS et le procureur de la République près le tribunal de grande instance de PARIS, doivent être synthétiques » ; TGI, PARIS, 3<sup>ème</sup> ch., 1<sup>ère</sup> sec., 14 mars 2013, n° 08/17176 : « si cette demande est tardive et irrespectueuse de la convention de concentration des écritures conclue entre le tribunal de grande instance de PARIS et le barreau des avocats de PARIS, il n'en demeure pas moins qu'elle est en lien direct avec le présent litige et que la société RHODIA OPERATIONS a pu y répondre dans des écritures postérieures de sorte que la fin de non-recevoir soulevée par elle sera rejetée comme mal fondée ».

manifestement voulu « sanctionner » le non-respect du schéma de procédure prescrit par la convention, alors que son contenu allait plus loin que les dispositions du code du travail<sup>1774</sup>.

Les protocoles guident souvent l'action des juges qui statuent sur un conflit de procédure, même s'ils ne sont pas visés dans les motifs de la décision<sup>1775</sup>. Le protocole est donc souvent susceptible de constituer un modèle idéal de procédure, même quand il ne prévoit pas de sanction de procédure automatique.

## II - La justiciabilité limitée des protocoles selon la Cour de cassation

**444. La position incertaine de la Cour de cassation.** Si pour une partie de la doctrine, c'est chose faite, à notre sens, la Cour de cassation ne s'est jamais expressément prononcée sur la validité et les effets réglementaires des protocoles de procédure, alors qu'ils sont de plus en plus invoqués à hauteur d'appel et de cassation<sup>1776</sup>. La Cour de cassation a manqué plusieurs occasions de se prononcer sur les effets des protocoles<sup>1777</sup>, notamment lorsqu'elle a été saisie pour avis concernant l'adhésion présumée de l'avocat au RPVA, quelques mois après s'être déjà prononcée sur la question du consentement à la communication par voie électronique. Trois questions ont été posées, la deuxième portant sur la possibilité pour la convention de procédure de passer outre le consentement individuel de l'avocat à la communication par voie électronique qui devait être exprès et non implicite ou tacite<sup>1778</sup>. La Cour de cassation a toutefois rendu un avis lapidaire sans pour autant préciser la valeur des protocoles<sup>1779</sup>.

---

<sup>1774</sup> Une charte passée avec l'ordre des avocats le 29 juin 2010 prévoyait que le bureau de la conciliation devait orienter l'affaire vers des « audiences de suivi de dossiers » (que le code du travail ne connaît pas spécialement) confiées au bureau du jugement. Les chefs de juridiction ont constaté « que les termes de la charte applicable aux affaires pendantes n'ont pas été respectés » et ont ordonné « que le greffier envoie à l'ensemble des parties une convocation rectificative à l'audience de suivi des dossiers (...) aux fins de mise en état des affaires visées », v. « Le droit ouvrier », déc. 2013, n° 785, p. 748, note D. BOULMIER.

<sup>1775</sup> CA, RENNES, 23 janv. 2018, n° 16/04234 : la cour a noté que la perte d'une pièce ensevelie parmi toutes les autres dans le désordre ne serait pas arrivée si la partie alléguant le document du géomètre avait respecté les « préconisations résultant de la convention conclue entre la cour d'appel et les avocats au visa de l'article 912 alinéa 3 du code de procédure civile et rappelées à l'avis de calendrier de mise en état adressé aux avocats des parties le 16 mai 2017, préconisations sans effets contraignants, mais précisément destinées à prévenir la difficulté à laquelle la cour s'est en l'occurrence heurtée ».

<sup>1776</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2021, n° 20-12303, à propos de la pratique du dépôt du dossier à l'audience d'une procédure orale.

<sup>1777</sup> CA, CAEN, 31 oct. 2013, n° 13/02084, ayant refusé des conclusions de l'appelant à défaut de référence du numéro de rôle communiqué, censuré par Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 24 sept. 2015, n° 14-20212, note H. HERMAN, *Gaz. Pal.*, 22 déc. 2015, n° 356, p. 33 ; Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 26 juin 2014, 13-20868, le second moyen de cassation était articulé autour de quatre branches dont les 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> reprochaient à la cour d'appel d'avoir violé l'article 1134 du code civil et la convention collective ; CA, BORDEAUX, 8 avr. 2014, n° 13/05737, « le premier juge a prononcé la caducité de l'assignation délivrée (...) au motif que le placement d'une assignation par voie électronique n'est pour l'heure pas admis devant ce tribunal », validé par Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 15 oct. 2015, n° 14-22355.

<sup>1778</sup> « L'adhésion au RPVA de l'avocat destinataire ou la signature d'une convention entre la juridiction et l'ordre des avocats peuvent-elles pallier l'absence de consentement exprès prévu par l'article 748-2 du code de procédure civile » ?

<sup>1779</sup> La cour a opté pour l'expansion des nouvelles technologies dans le procès, en conformité avec le contenu de la convention nationale révisée en 2013 et les conventions locales : « l'adhésion d'un avocat au "réseau privé virtuel avocat" (RPVA) emporte nécessairement consentement de sa part à recevoir la notification d'actes de procédure par la voie électronique », note C. LHERMITTE, *Gaz. Pal.*, n° 257, 14 sept. 2013.



La Cour s'est en revanche prononcée à propos des seuls protocoles de communication électronique, par deux décisions des 19 octobre 2017 et 1<sup>er</sup> mars 2018. À la suite de ces décisions, la doctrine a pu dire que le sort des protocoles était scellé. Ils n'auraient aucune valeur, ne produiraient aucune règle de droit dur et n'engageraient que ceux qui s'y pensent tenus ; ils resteraient à l'état de droit souple<sup>1780</sup>. Il convient toutefois de relativiser. L'évidence des deux censures de la cour d'appel (RENNES) qui s'est fondée sur le protocole local de procédure ne coule pas de source. Le flou qui règne en la matière est issu d'un énorme décalage entre le contenu des décrets, les nombreux arrêtés d'application, les conventions locales et l'état de la technique opérationnelle dans les juridictions.

**445. L'arrêt du 19 octobre 2017<sup>1781</sup>.** Dans cette décision, la Cour de cassation a censuré l'arrêt de la cour d'appel ayant validé le refus du greffe d'enregistrer la déclaration d'appel et prononcé l'irrecevabilité de l'appel formé hors délai<sup>1782</sup>. La Cour de cassation a censuré le raisonnement sur le moyen pris en sa troisième branche qui contestait le caractère contraignant du protocole. Elle s'est fondée sur les articles 748-1, 748-3 et 748-6 du code de procédure civile et sur l'article 1 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 en décidant que le protocole était dépourvu de force obligatoire, à tout le moins, ne créait pas d'obligations à la charge des avocats. En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, la déclaration d'appel et les pièces qui lui sont associées peuvent être régulièrement adressées au greffe de la cour d'appel par la voie électronique suivant les seules conditions techniques fixées par l'arrêté susvisé<sup>1783</sup>. Faut-il en déduire, que la régularité ne s'apprécie pas conformément au protocole local ?

---

<sup>1780</sup> C. BLERY, « Rejet, par la Cour de cassation, d'un droit dur "protocolaire" », *D.*, 2017, p. 2353 : « au-delà des questions de représentativité et d'accessibilité, c'est surtout la question de leur force contraignante qui a focalisé l'inquiétude des avocats, notamment dans un contexte d'émergence de protocoles renforçant les exigences issues du code de procédure civile (nouveaux délais, nouvelles formalités) » ; N. HOFFSCHIR, « Première réponse de la Cour de cassation sur le caractère contraignant des protocoles de procédure », *Gaz. Pal.*, 6 févr. 2018, n° 5, p. 60 : « À suivre l'arrêt, les protocoles de procédure sont donc destinés à demeurer du droit mou, du droit sans sanction procédurale tout du moins. Est-ce à dire qu'ils sont dépourvus de toute utilité ? Nous ne le pensons pas pour plusieurs raisons » ; G. SANSONE, « Les protocoles d'accords n'obligent que ceux qui les respectent », *Essentiel de droit de l'immobilier et urbanisme*, 1<sup>er</sup> déc. 2017, n° 11, p. 1.

<sup>1781</sup> C. Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, n° 16-24234.

<sup>1782</sup> D'après l'arrêt d'appel, le message portant la déclaration électronique d'appel n'était pas un message structuré au format XML, permettant de lire automatiquement les données inscrites dans ce message alors que la convention locale de procédure imposait cela (comme l'arrêté en vigueur) et prévoyait une réponse automatique de l'application du greffe ayant informé l'appelant que son acte ne pouvait pas être enregistré et donc être doté d'un numéro de déclaration d'appel et de répertoire général. Le seul fondement juridique sur lequel reposait la décision d'appel était le protocole de procédure appuyé du message de refus du greffe. Le demandeur au pourvoi détaillait un moyen pris en dix branches. Pour celles qui nous intéressent (3 à 5), il convient de relever que le demandeur considérait que la convention de procédure, selon qu'elle était un acte privé ou administratif, était dépourvue de force obligatoire, ne pouvait créer des obligations à la charge des avocats et était illégal.

<sup>1783</sup> Solution de principe déjà établie par Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 10 nov. 2016, 14-25631, note C. BLERY, *D.*, 2016, p. 2502.

Il faut relativiser la portée de cette décision. La Cour de cassation ne se prononce pas expressément sur le sort des protocoles. En effet, il paraissait difficile de valider sèchement le raisonnement des magistrats de la cour d'appel pour plusieurs raisons (qui ne concernent pas la question de l'effet (non) contraignant des protocoles). En premier lieu, valider l'arrêt d'appel aurait eu pour conséquence de contredire la jurisprudence fraîchement antérieure de la Cour sur la réception valide de l'acte de procédure, peu importe le contenu de l'accusé de réception<sup>1784</sup>. En second lieu, il paraissait difficile de valider le raisonnement de la cour d'appel sachant que les parties n'ont pas été en mesure de discuter de la régularité de l'envoi électronique eu égard aux dispositions de la convention de procédure qui, apparemment, n'était pas produite aux débats<sup>1785</sup>. Or, valider la décision de la cour d'appel sans examiner la conformité de la convention locale au droit étatique aurait permis de donner un blanc-seing aux protocoles de communication par voie électronique. Pourtant, la censure énoncée par la Cour ne peut laisser croire, par un raisonnement *a contrario*, que tout protocole de procédure est dénué de « valeur ». Si la régularité du protocole peut être discutée (habilitation normative, champ d'application de la communication électronique), les dispositions de la convention sur lesquelles les juges d'appel se sont fondés ne sont pas différentes de celles exigées par l'arrêt du 5 mai 2010 dont les articles 2 et 3 exigent aussi que la déclaration d'appel soit transmise par un message structuré de données pouvant être lues et mises en forme par l'application WINCICA<sup>1786</sup>.

En troisième et dernier lieu, rejeter le pourvoi aurait suscité des répercussions incontrôlées à propos des sanctions liées au non-respect des règles techniques issues du protocole de procédure<sup>1787</sup>, alors que la Cour ne s'était même pas prononcée à ce sujet en dehors de toute convention<sup>1788</sup>. La validation de l'arrêt d'appel aurait sans doute conduit aux conséquences

---

<sup>1784</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 24 sept. 2015, n° 14-20212, 7 janv. 2016, n° 14-2887 et 20 avr. 2017 n° 16-14694 : le message est valablement transmis, même à la suite de l'émission d'un message de retour accusant cette réception, sans qu'il ne faille tenir compte de ce que ce message porte le refus d'enregistrer l'acte, car il ne serait pas conforme aux normes techniques.

<sup>1785</sup> Les deux premières branches du pourvoi considèrent que le moyen soulevé devant les juges du fond tiré de l'irrégularité de la déclaration d'appel à la convention collective de procédure n'était pas dans le débat.

<sup>1786</sup> La cour d'appel de RENNES explique que : « Ce message a été refusé, le jour même, au motif qu'il n'était pas conforme aux exigences de la convention relative à la communication électronique ("sans le message structuré, votre enregistrement ne pourra aboutir », v. art. 2 de l'arrêt du 5 mai 2010 : « Le message de données relatif à l'envoi d'un acte de procédure remis par la voie électronique est constitué d'un fichier au format XML destiné à faire l'objet d'un traitement automatisé par une application informatique du destinataire ».

<sup>1787</sup> C. BLERY, « Irrecevabilité des irrecevabilité-greffes : ça va mieux en le disant », *JCP G.*, 2015, 1125, évoquant diverses sanctions de l'acte de procédure qui n'est pas formé en conformité avec les règles techniques, entre irrecevabilité de l'acte, l'irrecevabilité-greffe, l'inexistence matérielle (v. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 24 sept. 2015, n° 13-28017).

<sup>1788</sup> Pourtant, nombreuses sont les conventions qui prévoient qu'en l'absence de fichier XML, l'acte (souvent l'acte introductif d'instance) n'est pas enregistré par le greffe : « Avenant "toutes procédures de référés" » au TGI de LYON signé le 12 juill. 2012, *op. cit.* : « l'inscription ne sera enregistrée qu'après vérification par le greffe de la conformité du fichier structuré avec l'acte de saisine. Dans la négative l'enregistrement n'est pas validé et l'avocat reçoit un message en ce sens. La procédure ne peut être considérée comme enrôlée ».

inverses et la doctrine et la pratique auraient considéré que ces protocoles étaient inévitablement une nouvelle source de droit dur<sup>1789</sup>.

Au final, la Cour de cassation a voulu éviter toutes ces questions sensibles en distillant des éléments de réponse établis dans sa jurisprudence antérieure en matière de communication électronique (visant les arrêtés techniques<sup>1790</sup>) et en matière d'expropriation<sup>1791</sup>.

**446. L'arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2018<sup>1792</sup>.** Cette décision concerne l'appel d'un jugement d'orientation ayant prononcé la vente forcée de l'immeuble<sup>1793</sup>. En cassation, il s'est posé la question de savoir si les conclusions remises par RPVA contrevenaient à la disposition de la convention de procédure locale et si l'écrit transmis par ce réseau devait être signifié aux débiteurs n'ayant pas constitué. La banque créancière forma un moyen en quatre branches, dans lesquelles il n'est aucunement question de la validité ou des effets de la convention de communication électronique. La Cour de cassation a rendu sa décision, de manière très lapidaire, au visa des articles R. 311-6 du CPCE, 748-1 du CPC et 1<sup>er</sup> de l'arrêt du 7 avril 2009 relatif à la communication électronique devant les tribunaux de grande instance<sup>1794</sup>. Elle censure la cour d'appel par une décision conforme à sa lignée jurisprudentielle en matière de communication par voie électronique : tant qu'un arrêté technique la rend possible et que les tuyaux sont effectivement ouverts en pratique, il n'y a pas lieu d'exclure la communication par voie électronique des actes de procédure.

---

<sup>1789</sup> N. HOFSCHIR, « Première réponse de la Cour de cassation sur le caractère contraignant des protocoles de procédure », *op. cit.*, dont l'avis est moins tranché : « c'eut été un petit bouleversement de la procédure civile dont les conséquences auraient été difficiles à mesurer car, contrairement aux accords collectifs conclus entre salariés et employeurs, rien n'est dit ni du domaine de ces conventions ni des modalités de leur conclusion ».

<sup>1790</sup> Depuis déjà plusieurs décisions, les arrêtés techniques, pourtant très critiqués, constituaient le fondement juridique de la communication électronique, la Cour précisant que la communication était possible ou impossible selon que des arrêtés étaient pris ou non : Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 6 juill. 2017, n° 17-01695, à propos de la requête en récusation transmise électroniquement au premier président de la cour d'appel et 7 sept. 2017, n° 16-21756 à propos de la notification du jugement entre avocats, v. C. BLERY, « Déclaration d'appel et notification du jugement par RPVA : le code, rien que le code », *DALLOZ Actualité*, 19 sept. 2017.

<sup>1791</sup> La Cour a trouvé plus sécurisant de reproduire l'attendu de principe d'une de ces décisions du 10 nov. 2016. Dans deux décisions elles se fondaient sur l'arrêt du 5 mai 2010 permettant de former une déclaration d'appel par voie électronique, mais pas le dépôt des conclusions (en l'occurrence ici le mémoire), Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 10 nov. 2016, n° 14-25631 et n° 15-25431.

<sup>1792</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> mars 2018, n° 16-25462.

<sup>1793</sup> Le créancier intimé a sollicité par conclusions, remises par voie électronique, le report de la date de l'audience. La cour d'appel a prononcé la caducité du commandement valant saisie immobilière en considérant que la demande de report de l'audience de vente forcée communiquée par RPVA au service de greffe n'était pas autorisée par la communication électronique en vigueur devant le TGI de LORIENT qui n'incluait pas dans son périmètre la procédure des saisies immobilières. Le message portant les conclusions, bien que reçu au greffe, n'avait jamais été transmis au juge de l'exécution, le créancier étant considéré comme n'ayant finalement remis aucune demande de report d'audience. Elle a jugé que l'écrit remis au greffe par le réseau privé virtuel ne pouvait valoir conclusions, puisque n'ayant pas été signifié aux débiteurs qui n'avaient pas encore constitué.

<sup>1794</sup> CPCE, art. R. 311-6, qui exige que toute demande incidente, dont pourrait faire partie la demande de report de l'audience, soit formée par conclusions déposées au greffe (remise physique), ce, tant que la communication électronique n'est pas rendue obligatoire. Or, la convention locale n'exposait pas que la procédure des saisies immobilières faisait partie du champ des procédures soumises à la communication électronique, ce que relève la cour d'appel.

Avec cet arrêt, les auteurs<sup>1795</sup> ont estimé que la Cour de cassation poursuivait sa jurisprudence forgée le 19 octobre 2017 ayant refusé toute valeur aux protocoles de procédure. Cette assertion doit elle aussi être fortement tempérée, sachant que la Cour ne s'est pas non plus ici explicitement prononcée sur le sort des conventions et que seules les conventions électroniques étaient concernées.

Ces décisions sont les affres du décalage entre la norme<sup>1796</sup> et la technologie<sup>1797</sup>. Même s'ils ont été considérés comme étant conclus en dehors des dispositions de l'article 88 du décret du 28 décembre 2005, les protocoles de procédure ont accompagné la progression de la communication par voie électronique dans les juridictions. Nombreuses sont les conventions qui ont autorisé la CPVE à certaines chambres ou certains contentieux et qui, par avenant, l'ont progressivement étendue. Cependant, si les protocoles ne le prévoyaient pas, c'est que, sans doute, les tuyaux n'étaient pas ouverts ou que les greffes n'étaient pas encore organisés ou complètement opérationnels pour le faire. Dès que cela fut possible, ou presque, les protocoles n'ont toutefois pas été immédiatement modifiés<sup>1798</sup>.

**447. L'arrêt du 26 septembre 2019<sup>1799</sup>.** Ce n'est que le 26 septembre 2019 que la Cour de cassation est venue partiellement empêcher l'efficacité des dispositions des conventions de

---

<sup>1795</sup> C. BLERY, « Le protocole, le juge de l'exécution et la communication par voie électronique », *op. cit.* ; C. BRENNER, « Communication électronique et saisie immobilière », *Gaz. Pal.*, 19 juin 2018, n° 22, p. 49, « L'erreur était patente : ces "conventions", "chartes" ou "protocoles" qui fleurissent aujourd'hui en procédure civile à raison de l'engouement contemporain pour la "soft-law" n'ont, sur le plan juridique, aucune valeur normative ; les "bons usages" qu'ils consignent ne peuvent obliger juridiquement : si ces "conventions" sont susceptibles de donner un cadre aux pratiques locales et peuvent à ce titre s'avérer contraignants en fait, elles tirent leur seule force de la soumission volontaire des intéressés à leurs prescriptions, sans pouvoir déroger aux règles de droit positif que leurs auteurs n'ont aucune habilitation à contredire ou amender ».

<sup>1796</sup> N. FRICERO, « Procédure civile », *D.*, 2018, p. 692, *spéc.* n° 11 ; A. du 20 mai 2020 relatif à la communication par voie électronique en matière civile devant les cours d'appel.

<sup>1797</sup> C. BLERY, « Le protocole, le juge de l'exécution et la communication par voie électronique », *op. cit.*, qui encourageait déjà à la refonte des arrêts techniques.

<sup>1798</sup> Depuis l'introduction de la communication électronique, les protocoles de procédure ont permis de tester progressivement la communication électronique dans certaines chambres et pour certains actes de procédure. Combien de protocoles de procédure n'incluaient pas les procédures JAF ou les procédures de saisies immobilières et ont fini par le faire ? Au moment des faits de l'arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2018, la technique semblait avoir pris le pas sur le droit, la généralisation de la communication électronique étant déjà quasiment achevée : Avenant au protocole de procédure civile du 11 juill. 2012 concernant la consultation dématérialisée du cahier des conditions de vente immobilière signé le 11 janv. 2019 entre la juridiction et le barreau parisiens : « un avenant signé le 16 mars 2017 a étendu la communication électronique aux procédures de saisies immobilières fondées sur les articles L. 311-1 et suivants du code des procédures civiles d'exécution », Avenant au protocole de procédure du 11 juill. 2012, signé le 20 avril 2015 entre le bâtonnier de l'ordre des avocats et le président du TGI de PARIS : l'objet de l'avenant est « de permettre aux avocats inscrits à e-barreau de saisir le tribunal de grande instance de PARIS dans les procédures écrites contentieuses devant la chambre de la famille en entrant dans le circuit de la mise en état », Avenant toutes procédures de référés de PARIS signé le 12 juill. 2012, *op. cit.*, qui étend la communication électronique à tous les référés devant le tribunal de grande instance de LYON, à l'exclusion des procédures de référés d'heure à heure.

<sup>1799</sup> Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 26 sept. 2019, n° 18-14708.

communication électronique<sup>1800</sup>. Le recours en annulation d'une sentence arbitrale porté devant une cour d'appel doit-il nécessairement être transmis par voie électronique en vertu de l'article 1495 CPC qui opère un renvoi à l'article 930-1 du même code ? La cour d'appel de DOUAI a, le 17 mars 2016, admis la recevabilité du recours en annulation réalisé par voie papier et la Cour de cassation a cassé sans renvoi au visa des deux articles énoncés. La cour d'appel a énoncé que ni l'arrêté du 30 mars 2011 consolidé, ni la convention de procédure passée entre la juridiction et le barreau le 10 janvier 2013, qui donnaient une énumération précise des actes de procédure devant faire l'objet d'une remise et d'une transmission par voie électronique, ne mentionnaient le recours en annulation en matière d'arbitrage<sup>1801</sup>. La Cour de cassation répond que l'article 930-1 CPC s'impose, via l'article 1495 CPC, et il ne peut y être dérogé par voie de convention collective de procédure détaillant les modalités de la CPVE, notamment en restreignant son champ d'application. Là, c'est clair, l'avancée de la communication électronique obligatoire ne peut être stoppée par voie de disposition contractuelle collective. Pour dire que le support papier rendait le recours en annulation recevable, la cassation intervient sur la première, la deuxième et la quatrième branche du premier moyen, le point de droit le plus complexe portant sur l'impossibilité de mentionner le « recours en annulation » dans la déclaration d'appel étant directement balayé<sup>1802</sup>. Toutefois, dans cet arrêt, la Cour de cassation exprime l'idée principale qu'il est impossible de déroger à l'article 930-1 d'ordre public en matière de CPVE. Toute convention de procédure collective n'est donc pas dénuée de valeur. Cet arrêt est finalement une bonne chose, car les conventions de procédure ont perdu leur fonction initiale expérimentale et n'ont en principe plus lieu d'être concernant le champ d'application de la communication par voie électronique : « Cauchemar pour les praticiens, la

---

<sup>1800</sup> C. BLERY, « Le protocole, le recours en annulation et la communication par voie électronique », *DALLOZ Actualité*, 2 oct. 2019 ; L. WEILLER, « Recevabilité du recours en annulation : le RPVA s'impose ! », *JCP G.*, n° 47, 18 nov. 2019, 1185.

<sup>1801</sup> La Cour s'appuie en outre sur une « correspondance du 22 septembre 2014 du président de la commission Intranet et nouvelles technologies du Conseil national des barreaux qui confirme que les tables de la Chancellerie en l'état d'utilisation de la plate-forme e-barreau ne prévoient pas la mention de "recours en annulation d'une sentence arbitrale" et qu'il n'existe à ce jour aucune mention permettant d'identifier dans le cadre d'un tel recours un "demandeur au recours" ou un "défendeur au recours" ».

<sup>1802</sup> La troisième branche considère qu'il n'y a pas d'impossibilité de transmettre l'acte par voie électronique pour cause étrangère, alors que la cour d'appel a dit qu'il n'existait aucun formulaire informatique prévu pour le recours en annulation. Elle est balayée rapidement, car la cour d'appel a jugé que le recours en annulation ne rentrait pas dans le champ de la communication électronique. Il n'y avait donc pas lieu de se demander si une cause étrangère justifiait qu'on ne puisse pas utiliser le mode de communication qui n'était pas imposé. Malgré tout, il s'agissait de procéder non pas au forçage, mais à l'adaptation du RPVA qui ne contenait pas, à l'époque, de case recours en annulation ; D. BENSUADE, « Le RPVA et le bon sens sont-ils conciliables ? », *Gaz. Pal.*, 19 nov. 2019, n° 40, p. 25 ; pour des précédents jurisprudentiels devant des cours d'appel, O. POMIES, « Arbitrage et RPVA : mariage délicat ! », *Gaz. Pal.*, 22 sept. 2015, n° 265, p. 13 ; CA, PARIS, pôle 1, 1<sup>ère</sup> ch., 8 oct. 2019, n° 19/02239 : « La seule circonstance que le conseil de AREAS ait enregistré son acte sous l'onglet informatique "déclaration d'appel", plutôt que sous celui "autres recours à la diligence des parties" ne saurait, sans qu'il soit porté une atteinte disproportionnée au droit au recours, être sanctionnée par une irrecevabilité, dès lors qu'il résultait clairement des mentions relatives à l'objet de l'acte que la volonté de AREAS était d'introduire un recours en annulation ».

communication électronique obligatoire est aussi un chaos réglementaire et jurisprudentiel<sup>1803</sup> ».

### § 3 - La force d'influence des contrats collectifs de procédure

Les protocoles de procédure ont une justiciabilité qui demeure incertaine, malgré des dispositions contractuelles sur la communication par voie électronique laissées inappliquées, car contraires aux dispositions réglementaires. Les protocoles sont parfois appliqués par les juges du fond, au soutien de leur décision, ou de manière insidieuse, comme motif de leurs motivations. Même s'ils ne sont pas sanctionnés directement par les juges, les protocoles revêtent une force d'influence certaine quand ils apparaissent aux destinataires comme un ensemble de normes justes et utiles. Dans ce cas, les protocoles ne sont pas dotés de contrainte juridique, mais cela n'empêche pas qu'ils puissent être exempts de tout contrôle juridictionnel. La différence entre les conventions collectives de droit souple et les conventions collectives de droit dur est que leur effectivité et leur efficacité ne sont pas les mêmes. Les premières seront effectives parce que leurs destinataires le veulent bien<sup>1804</sup>. Les secondes le seront, car la loi l'impose. Ensemble, elles font partie d'un même tout, les normes processuelles locales<sup>1805</sup>. La puissance du droit souple repose sur sa capacité à influencer les destinataires des normes produites pour que ceux-ci agissent en conformité (I). Cette force d'influence peut être redoutable en ce qu'elle conduit les individus à agir spontanément. Le droit souple doté d'une force d'influence tend à se rapprocher du droit dur en ce qu'il peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel en matière administrative. Si les protocoles de droit souple sont effectifs (II), ils devraient aussi pouvoir faire l'objet d'un contrôle de légalité.

#### I – La notion de force d'influence

**448. Le contrôle du droit souple en droit administratif.** Avec les jurisprudences FAIRVESTA et NUMERICABLE, le Conseil d'État a donné une très forte importance au droit souple en ouvrant leur contestation par la voie du recours en excès de pouvoir. Le Conseil considère que « les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités

<sup>1803</sup> H. CROZE, « Communication électronique », *Procédures*, nov. 2018, n° 11, comm. 321.

<sup>1804</sup> C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires » in « Le droit souple », *op. cit.*, p. 93, n° 1.

<sup>1805</sup> CE, « Le droit souple », *op. cit.*, p. 56, n° 1.3.1 : « Si chacun s'accorde sur les caractéristiques essentielles des instruments dits de droit souple et reconnaît leur effectivité, y-a-t-il vraiment un intérêt à discuter de leur appartenance au droit ? ». Le droit est droit car une source pose des énoncés juridiques dont les auteurs espèrent qu'ils seront effectivement appliqués.

de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès pouvoir (...) [par un recours] introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent<sup>1806</sup> ». Il admet « désormais la possibilité de former, dans certaines conditions, des recours pour excès de pouvoir contre des "actes" (...) qui s'apparentent à du droit souple et ne remplissent donc pas les critères traditionnels de la décision faisant grief<sup>1807</sup> ». Ce sont les effets d'un acte non contraignant ou sa force d'influence qui ont permis, dans un premier temps, de déterminer la recevabilité du recours en annulation formé contre des actes de droit souple<sup>1808</sup>.

Cela n'est pas choquant. Bien que le droit souple ne soit pas du droit dur, il s'en rapproche souvent, par sa formalisation et sa structure. Il oriente, sans contraindre, mais il peut produire des effets ayant une telle influence que les normes générées et volontairement suivies méritent de subir un examen similaire à celui de la légalité imposé pour le droit dur<sup>1809</sup>. Le droit souple met en œuvre la même dynamique normative que le droit dur, les deux ayant, par principe, l'ambition de produire un modèle de référence pour guider le comportement des

---

<sup>1806</sup> CE, 21 mars 2016, n° 368082, *Société FAIRVESTA International GMBH* et n° 390023, *Société NC NUMERICABLE*.

<sup>1807</sup> L. DUTHELLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Un recours souple pour le droit souple », *AJDA*, 2016, p. 717 ; le Conseil d'État avait déjà ouvert le contrôle de légalité d'avis ou de recommandation de bonnes pratiques. Pour ces dernières, il appliquait la jurisprudence DUVIGNERES en matière de circulaire selon que la bonne pratique était ou non impérative.

<sup>1808</sup> F. LOMBARD, « Les "lignes directrices" des autorités de régulation peuvent désormais faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir », *RTD com.*, 2018, p. 67, à propos de CE 13 déc. 2017, n° 401799, 401830, 401912, *SA BOUYGUES Télécom et a.*, concernant les lignes directrices de L'ARCEP : « C'est ainsi la considération des effets d'un acte qui doit déterminer la recevabilité du recours pour excès de pouvoir et non sa nature. Partant, un acte apparemment non normatif, qui n'est pas même conçu par son auteur comme l'obligeant ou obligeant autrui (un administré) peut être soumis au contrôle du juge s'il produit des "effets notables, notamment de nature économique" ou a "pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles" il s'adresse. C'est ainsi à travers la perception qu'un administré peut avoir d'un acte et non à travers la conception que son auteur en adopte que s'apprécie l'opportunité d'ouvrir ou non la voie du recours pour excès de pouvoir » ; pour un examen précis des faits, v. S. VON COESTER, « Les communiqués », *RFDA*, 2016, p. 497.

<sup>1809</sup> CE, communiqué de presse relatif aux décisions du 21 mars 2016, exposant que la possibilité de contester un acte administratif devant le juge est en principe soumise à la condition qu'il produise des effets juridiques (on comprend actes producteurs « de droit ou d'obligation juridique » et donc apparemment des actes faisant grief au sens traditionnel du terme). Seuls les actes qui bouleversent suffisamment l'ordonnement juridique et la situation des administrés (des actes en général prescriptifs et contraignants) peuvent être contestés, v. P. DEUMIER, « Quand le droit souple rencontre le juge dur » *RTD civ.*, 2016, p. 571 : « Le critère de l'absence de création de droits ou d'obligations pour les destinataires est celui qui appelle le moins de discussion (...). Or, c'est précisément cette absence de caractère juridiquement obligatoire qui le tient en principe à l'abri du recours pour excès de pouvoir. En effet, ce dernier est ouvert contre les décisions faisant grief, qui sont traditionnellement définies par la modification de l'ordonnement juridique qu'implique une décision créant des droits ou des obligations ».

destinataires<sup>1810</sup>. C'était déjà le cas avec les circulaires et les lignes directrices de l'administration<sup>1811</sup>.

Les effets juridiques de l'acte à contrôler sont appréciés de manière objective en ce qu'ils modélisent les façons de se comporter<sup>1812</sup>. Tout dépend ensuite de la capacité de ses effets à produire les résultats juridiques attendus. La force d'influence dépend de nombreux facteurs, celui de l'émetteur de la norme étant fondamental, selon qu'il dispose ou non d'une autorité et d'une force de persuasion pour que les comportements attendus se réalisent<sup>1813</sup>.

Les critères des effets notables et de l'influence dégagés par le Conseil d'État ont été précisés et fusionnés dans l'arrêt LE PEN<sup>1814</sup> : tout acte ayant des effets notables aurait forcément une certaine force influence. De la sorte, le Conseil d'État a fini par fondre<sup>1815</sup> ses jurisprudences pourtant bien établies sur les directives et les circulaires, avec sa jurisprudence naissante sur les actes de droit souple<sup>1816</sup>. En 2020, celui-ci affirme désormais que « Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices<sup>1817</sup> ».

---

<sup>1810</sup> Le Conseil d'État a ainsi admis par la suite qu'une fiche de bon usage d'un médicament élaborée par la Haute autorité de santé était de nature à modifier les comportements des praticiens, des pharmaciens et des patients (CE, 19 juill. 2017, n° 399766, *Société MENARINI FRANCE et autres*). Idem pour les lignes directrices relatives au partage de réseaux mobiles, adoptées par l'ARCEP qui a pour objet de guider les opérateurs dans la conclusion de leurs accords de partage des réseaux mobiles (CE, 13 déc. 2017, n° 401799, 401830, 401912, *Société BOUYGUES Télécom et autres*).

<sup>1811</sup> CE, « Le droit souple », *op. cit.*, p. 161 : « S'agissant des lignes directrices, le sens de la jurisprudence *Crédit foncier de FRANCE* est que toute autorité investie d'un pouvoir de décision individuelle impliquant l'exercice d'une appréciation est compétente, sans qu'un texte particulier ait à le prévoir, pour définir les orientations générales selon lesquelles elle compte exercer son pouvoir » ; il faut noter que le Conseil d'État avait, avant les arrêts de 2016, déjà ouvert le recours pour excès de pouvoir au « faux » droit souple, le droit produit par les autorités de régulation de manière impérative et générale ou par des prescriptions individuelles, par délégation de la loi, v. N. CHIFFLOT, « Conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir », *op. cit.* ;

<sup>1812</sup> J. MOUCHETTE, « La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes », *LGDJ*, 2019.

<sup>1813</sup> L. DE FONTENELLE, « La notion d'"influence" dans le recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2018, p. 312.

<sup>1814</sup> CE, 19 juill. 2019, n° 426389, *Mme LE PEN*, concl. A. ILJIC, *RFDA*, 2019, p. 851.

<sup>1815</sup> L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Un recours souple pour le droit souple », *op. cit.*, la fusion était envisageable, en ce que l'ouverture d'un recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit l'a été d'abord pour les seules sources issues des AAI : « Il y a fort à parier, en outre, que ce recours ne restera pas limité à de telles autorités : on voit mal ce qui pourrait justifier, en droit, que les actes de droit souple des établissements publics, des collectivités territoriales, d'une direction d'administration centrale échappent à tout contrôle du juge si ceux des autorités de régulation y sont soumis ».

<sup>1816</sup> M.-C. DE MONTECLER, « Les jurisprudences FAIRVESTA, DUVIGNERES et Crédit foncier de FRANCE fusionnent », *AIDA*, 2020, p. 1196 ; F. MELLERAY « Les documents de portée générale de l'administration », *RFDA*, 2020, p. 801 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « Un nouveau "recours GISTI" contre les lignes directrices ? » *JCP A.*, 22 juin 2020, n° 25, act. 351.

<sup>1817</sup> CE, 12 juin 2020, *Groupe d'information et de soutien des immigré(e)s*, n° 418142 : « il appartient au juge d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité du document en tenant compte de la nature et des caractéristiques de celui-ci ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité dont il émane. Le recours formé à son encontre doit être accueilli notamment



La construction du droit au recours contre les actes de droit souple se précise ainsi au fur et à mesure, même concernant les notes du garde des Sceaux<sup>1818</sup>. Ces solutions ont nécessairement des répercussions sur la théorie des sources du droit qui se brouillent un peu plus<sup>1819</sup>. Des actes normatifs incitatifs émergent de plus en plus et produisent des effets de droit, *de facto*, sans contrainte issue de l'ordre juridique étatique. En fait, c'est parce qu'ils peuvent être plus effectifs que le droit dur que leur contrôle est opportun, et cela afin d'éviter que le droit souple ouvre la porte à l'arbitraire<sup>1820</sup>, d'autant plus quand il provient d'une administration qui jouit d'une autorité morale et qui agit volontairement en dehors de son pouvoir réglementaire. Nul doute qu'en matière de justice, les juridictions et les ordres des avocats sont des *administrations* ayant une mission de service public et une autorité morale leur permettant de prendre des actes qui auront des effets notables sur les magistrats, les avocats et les acteurs du conflit, ce qui conduit *in fine* à faire grief.

**449. La force d'influence des contrats collectifs de procédure.** Les conventions collectives de procédure ont pour ambition de modeler les comportements de procédure. Sans étude empirique, il est difficile de mesurer la force d'influence effective de ces conventions. Heureusement, les effets notables produits s'apprécient, selon le Conseil d'État, de manière abstraite (les effets potentiels) sur les destinataires médiats et immédiats de la norme. Et, en matière de procédure, les protocoles ont des effets et une portée flagrante, s'ils sont correctement diffusés. Il est envisageable d'évaluer les leviers de l'effectivité (les ressorts de l'effectivité) qui représentent les raisons conduisant les acteurs des procédures à appliquer les normes des protocoles volontairement.

---

s'il fixe une règle nouvelle entachée d'incompétence, si l'interprétation du droit positif qu'il comporte en méconnaît le sens et la portée ou s'il est pris en vue de la mise en œuvre d'une règle contraire à une norme juridique supérieure » ; v. CE, 7 juill. 2021, n° 438712, note D. DI FRANCESCO, « La "fermeture" du recours pour excès de pouvoir contre le refus d'abroger un acte de droit souple » *JCP A.*, n° 51-52, 20 déc. 2021, p. 2390.

<sup>1818</sup> CE, 21 juin 2021, *Société FORSETI*, n° 428321, note E. MAUPIN, « Une note du garde des Sceaux sur l'accès aux décisions de justice est susceptible de recours », *DALLOZ Actualité*, 25 juin 2021 ; P. DEUMIER, « Les circulaires et le droit souple », *RTD civ.*, 2021, p. 613 ; et déjà CE, 24 mars 2021, *Association française du jeu en ligne*, n° 431786, note E. MAUPIN, « Contrôle d'un acte de droit souple de l'Autorité nationale des jeux », *DALLOZ Actualité*, 6 avr. 2021.

<sup>1819</sup> P. DEUMIER, « Quand le droit souple rencontre le juge dur », *op. cit.* : « que le juge reconnaisse la juridicité de normes informelles ou qu'il élargisse son office à des normes non juridiques, le risque est une dilution progressive de la spécificité de la norme juridique dans l'ensemble des systèmes normatifs, le rapport au juge ne permettant plus de donner un critère ».

<sup>1820</sup> T. PERROUD, « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de *soft law* des autorités de régulation », *JCP G.*, n° 22, 30 mai 2016, 623 : « C'est heureux d'autant que certains auteurs commençaient à s'inquiéter de l'utilisation de ces pouvoirs par les agences », tentées d'utiliser la *soft law* pour échapper à leur domaine de compétence et au carcan procédural encadrant l'exercice de leur pouvoir de réglementation.

## II - Les leviers de l'effectivité des contrats collectifs de procédure

**450. Effet juridique et effectivité.** L'effet juridique est un énoncé adopté pour guider les comportements juridiques des individus. L'effectivité est l'entrée en vigueur de l'énoncé juridique, sa capacité à devenir modèle de référence pour l'action des individus. Dans une dimension plus sociologique, c'est l'application concrète de l'énoncé par les agents du droit. Il est question de réception du droit par ces derniers. La force contraignante est la force de la puissance publique attachée à l'énoncé juridique susceptible d'être pris en compte par une autorité juridictionnelle ou administrative. La force d'influence concentre tous les facteurs de toute nature qui poussent les agents du droit à agir en conformité avec des normes de droit, notamment quand elles sont dépourvues de contrainte juridique, avec plus ou moins d'évidence<sup>1821</sup>. Il s'agit de réfléchir sur tout ce qui peut constituer un levier de l'effectivité des contrats collectifs de procédure<sup>1822</sup>.

La plupart des conventions collectives de procédure font l'objet d'une diffusion timorée, pour ne pas dire inexistante, si ce n'est auprès des membres des professions représentées. Pour être effectives, ces conventions devraient être rendues publiques et diffusées. En outre, toutes les conventions collectives de procédure ne jouissent peut-être pas d'une même ferveur pratique suivant chaque destinataire. Leur application est donc très aléatoire et incertaine<sup>1823</sup>.

**451. Les facteurs de l'effectivité.** Les facteurs susceptibles de constituer une amélioration pour la réception du droit souple<sup>1824</sup> sont de deux sortes. Les facteurs positifs de l'effectivité portent sur l'intérêt des destinataires de la norme à la recevoir et à l'utiliser volontairement, conformément à leurs ambitions juridiques. Les facteurs négatifs se comprennent sous la forme

---

<sup>1821</sup> F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, *etc.* : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.*, 1995, p. 509 : « Le droit mou n'est donc pas condamné à une ineffectivité en raison de son caractère non contraignant ».

<sup>1822</sup> P. DEUMIER, « Quand le droit souple rencontre le juge dur », *op. cit.* : « les ressorts d'effectivité du droit souple, qui sont d'ailleurs plus nombreux (l'imitation, le suivisme, le risque réputationnel, le respect d'une autorité morale ou d'une expertise, *etc.*) ».

<sup>1823</sup> J.-S. BAZILLE, « Chambres commerciales internationales. Deux ans après leur création : bilan et perspectives dans un contexte remanié », *JCP G.*, n° 25, 22 juin 2020, doct. 769 : « Deux ans après la signature de ces protocoles, la jurisprudence de la chambre internationale de la cour d'appel de PARIS (CCIP-CA) rassure par sa qualité indéniable sur le fond (en matière de droit international privé, et de recours en annulation de sentence arbitrale internationale qui relèvent de sa compétence depuis le début de l'année 2019), comme sur la forme (via un effort manifeste de clarté et de pédagogie dans la rédaction de ses arrêts) ».

<sup>1824</sup> M. LAROUE, « Les codes de conduite, sources du droit », *op. cit.*, p. 290, n° 205 : « c'est la raison pour laquelle il est opté pour une présentation fondée sur la dimension négative ou positive des leviers d'effectivité. En d'autres termes, ceux-ci sont exposés selon qu'ils relèvent d'une stratégie d'évitement ou d'une stratégie plus proactive et utilitariste. Ainsi, l'effectivité des codes de conduite est commandée par les conséquences dissuasives de leur non-respect et la recherche d'une démarche de conformité ».

interrogative : les destinataires sont-ils perdants s'ils n'appliquent pas le droit souple ? Autrement dit, agir conformément aux normes posées serait analysé comme plus avantageux que de s'en écarter : l'étude du Conseil d'État considère que l'effectivité du droit souple se trouverait renforcée par l'« ombre portée » de la sanction.

Parmi ces leviers, positifs et négatifs, il est permis de distinguer plus précisément ceux qui tiennent à la qualité de la norme processuelle produite dans le ressort dans lequel elle s'applique et ceux qui tiennent aux facteurs extérieurs à la norme elle-même. Ces leviers supposent que les accords processuels remplissent des conditions minimales de validité et d'effectivité. Il ne faut donc pas considérer la publicité et la diffusion des protocoles comme un levier de leur effectivité, à l'inverse de la promotion que pourraient en faire les signataires ou même la doctrine processuelle.

**452. Les leviers tenant à la qualité de la norme.** Ces leviers conduisent à rechercher une norme utile et juste<sup>1825</sup>, ce qui représente, pour le professeur GHESTIN, les fondements de la force obligatoire du contrat<sup>1826</sup>. Pour apprécier ces différents leviers, il faut les mesurer au regard des fonctions normatives des protocoles selon qu'ils ont pour fonction d'expérimenter le droit, le promouvoir quand il est en détresse, le préciser quand il est incomplet et l'optimiser quand son rendement qualitatif et quantitatif est insuffisant.

Le sentiment d'utilité et de justice est propre à chaque destinataire potentiel des contrats collectifs de procédure. Il s'agit pour eux de jauger si la norme peut être profitable, c'est-à-dire, s'il convient qu'elle soit appliquée en lieu et place d'une autre norme, si elle constitue l'interprétation la plus adaptée au cas d'espèce et, dans tous les cas, si son application ne contrevient pas à d'autres dispositions qu'ils estiment impératives et fondamentales, telles que celles qui établissent les principes directeurs du procès. Les caractères d'utilité et de justice sont appréciés *in concreto* par le destinataire médiat et immédiat de la norme, bien que la norme pose un modèle *in abstracto*.

Par exemple, le protocole qui impose à l'expert de délivrer un pré-rapport et accorde un délai aux parties pour répondre sera souvent jugé utile et juste, bénéfique pour la découverte des faits, puis du droit applicable, tout en garantissant plus de contradictoire, alors que la loi ne l'impose nullement, bien au contraire (CPC, art. 282).

---

<sup>1825</sup> L'utilité est aussi un facteur qui justifie le recours au droit souple, ce qui diffère de l'utilité pour les destinataires d'y avoir recours, CE, « Le droit souple », *op.cit.*, p. 135, n° 3.1, le droit souple étant utile eu égard à ses fonctions de substitution au droit dur, de préparation au droit dur, d'accompagnement du droit dur, et d'alternative pérenne au droit dur.

<sup>1826</sup> J. GHESTIN, « La notion de contrat », *op. cit.*

Lorsqu'un protocole promeut les modes amiables en détaillant leur processus, il émet un signal normatif en montrant que, dans son ressort, les modes amiables de règlement des différends sont considérés comme une justice parfois plus adaptée que la justice étatique et qu'il y a lieu de les prendre en considération.

Plus la norme de procédure qui interprète les dispositions légales est utile aux acteurs du conflit, plus elle sera suivie. Tout est question de degrés, l'utilité et le juste dépendant des considérations d'ordre psychologique des agents du droit.

**453. Les leviers tenant au contexte normatif.** Les leviers contextuels tiennent à la procédure d'édiction de la norme. Ces leviers sont essentiellement organiques et concernent l'auteur de la norme et son destinataire immédiat chargé d'en assurer l'application conforme. Les auteurs des conventions collectives sont habituellement les chefs de juridictions, bâtonniers et autres représentants des professions concernées de la justice. Ils ont au moins une autorité qui justifie que les membres de la profession qui sont *représentés* par eux leur fassent confiance et adoptent les comportements processuels établis pour la localité.

Les représentants de ces professions jouissent ainsi d'une autorité morale qui justifie l'application des dispositions. Le levier naturel est donc en quelque sorte celui de la légitimité de l'auteur de la norme qui bénéficie d'une autorité suffisante pour qu'il puisse définir les conduites processuelles dans le ressort.

En outre, faisant suite à ce levier d'ordre organique, les avocats sont, sans doute, plus prompts à agir conformément aux normes prescrites par le protocole face à un magistrat qui y attache une grande importance. De la sorte, l'avocat qui souhaite ne pas être mal vu par le juge bien informé des dispositions du contrat collectif sera naturellement enclin à respecter son contenu à la lettre. Imaginons par exemple que le protocole de procédure prévoie constamment le dépôt du dossier de plaidoirie (quand il n'est pas imposé par la loi) à une date avant l'audience. L'autorité morale du magistrat et l'autorité juridictionnelle qu'il détient sont de nature à créer une crainte révérencielle dans l'esprit des avocats qui ont donc tout intérêt à respecter le protocole. Mme le professeur MAYER fait justement remarquer que « l'avocat se sentira contraint de respecter le protocole de procédure, bien que celui-ci ne soit pas obligatoire<sup>1827</sup> ». La pression consisterait en la peur de conséquences extra-juridiques, comme la dégradation de l'image de l'avocat et son professionnalisme.

---

<sup>1827</sup> L. MAYER, « La maîtrise du procès par les parties et les contraintes procédurales », *op. cit.*, p. 61, n° 15, d'autant plus lorsque le juge peut le lui faire remarquer.

Cette perte de confiance et l'atteinte à l'image de l'avocat pourraient aller encore plus loin, en gageant que le juge passera plus de temps (ou beaucoup moins) sur des conclusions mal organisées, lorsque le dossier est technique et touffu, alors que le protocole avait pourtant, par exemple, encadré leur formalisme qui n'a pas été suivi. Le subconscient du juge pourrait même le conduire à être plus virulent dans la façon de juger envers la partie représentée dont l'avocat serait mauvais élève. Ce serait là, à l'excès, une influence regrettable des conventions collectives de procédure sur les procès. En revanche, un des leviers efficaces pourrait être, au moins en matière civile, la condamnation aux dépens et aux frais irrépétibles (CPC, art. 699 et 700)<sup>1828</sup>.

À l'heure actuelle où la force réglementaire des conventions collectives de procédure est incertaine, leur application peut dépendre de la bonne volonté du juge, de sorte, qu'il y a plus à perdre à ne pas la suivre qu'à s'y conformer, ce qui éviterait aux plaideurs de subir des sanctions de procédure inopinées pouvant en découler.

**454. La sanction des protocoles inscrits dans le règlement du barreau.** Par exemple, la convention collective de procédure sur la communication par voie électronique toulousaine a été intégrée dans le règlement disciplinaire de la profession<sup>1829</sup>. La possibilité d'inscrire les conventions collectives dans le règlement intérieur de certains barreaux dévoile une méthode employée pour les rendre contraignantes, qui doit être combattue. D'une part, cela revient à imposer à tout prix un moyen de rendre les protocoles contraignants, pour les seuls avocats ; d'autre part, ils sont applicables aux seuls avocats et non à leurs clients. Or, le droit procédural ne s'adresse pas aux avocats, mais aux parties qu'ils représentent.

Les conseils des ordres ont le pouvoir d'édicter un règlement intérieur au-delà de ce qui est prévu par le règlement intérieur national (RIN), mais ils doivent respecter les dispositions de la loi qui les habilite à le faire, et qui limitent leur pouvoir normatif à certaines normes touchant au bon fonctionnement du barreau<sup>1830</sup>, ce qui s'assimile au bon fonctionnement de la profession, et qui est donc étranger à la définition du cadre procédural local. Dans tous les cas, les règlements intérieurs ne doivent pas nuire au bon déroulement des procédures<sup>1831</sup>. Ils peuvent

---

<sup>1828</sup> CPP, art. 375, 475-1, 800-2 ; CJA, art. L. 761-1.

<sup>1829</sup> Rapport T. VASSEUR, *op. cit.*, I.2.2.1 : la convention de TOULOUSE de 2013 précise : « la présente convention rend sans objet à son égard l'exigence de l'accord exprès visé à l'article 748-2 du code de procédure civile. Cette convention instaure une obligation professionnelle qui sera inscrite dans le règlement intérieur de chaque barreau signataire et dont la violation pourrait être sanctionnée disciplinairement », v. II.2.3.4.2, pour le règlement intérieur du barreau de PARIS.

<sup>1830</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 févr. 1983, n° 82-11888.

<sup>1831</sup> J.-J. TAISNE, « La Déontologie de l'avocat », 11<sup>ème</sup> éd., DALLOZ, 2019, p. 40 : le bâtonnier DAMIEN précise que pour être licites, les obligations ajoutées aux textes ne doivent pas être de nature à nuire au bon déroulement des procédures et doivent toujours contenir une réserve permettant de passer outre » ; Rapport T. VASSEUR, *op. cit.* II. 2.3.4.2 : « il ne saurait être

en revanche imposer des obligations professionnelles aux avocats qui concernent la façon dont ils exercent leur fonction<sup>1832</sup> : il s'agit essentiellement de règles déontologiques.

Le non-respect d'une convention collective de procédure ne devrait donc pas être un manquement professionnel pouvant donner lieu à une sanction disciplinaire<sup>1833</sup>. En outre, cela conférerait aux conventions une force obligatoire indirecte faisant reposer sur les seuls avocats un sentiment d'obligatorité, qui ne peut être pareillement imposé aux juges, également chargés de contrôler l'application ou d'appliquer eux-mêmes les normes issues des protocoles. Au mieux, le non-respect du protocole par l'avocat devrait, en cas de faute et de préjudice caractérisés, engager sa responsabilité civile, mais rien de plus. L'inscription dans le règlement intérieur est alors un levier redoutable, qui est malheureusement injustifié et à sens unique.

**455. Les autres leviers de l'effectivité des protocoles de procédure.** D'autres leviers plus disparates existent aussi et se fondent dans des considérations plus subjectives, tels que le sentiment de responsabilisation et de fédération des acteurs de la justice au niveau local. Ce sont tous des acteurs intéressés à la bonne marche commune de la juridiction et à la qualité de la justice<sup>1834</sup>. Les protocoles sont conclus dans le but d'améliorer la justice d'un point de vue processuel, mais également d'un point de vue plus justicier. Ce faisant, chaque acteur du procès est gagnant en participant à l'amélioration du système judiciaire auquel il est quotidiennement confronté<sup>1835</sup>. Les conventions peuvent alors œuvrer à unifier les pratiques dans le ressort.

---

considéré que le règlement intérieur d'un barreau constitue une exception à l'exigence d'un consentement exprès car le règlement intérieur d'un barreau ne peut avoir pour objet de fixer une règle générale de procédure civile ».

<sup>1832</sup> Parfois, les dispositions déontologiques touchent de très près le procès, voire la bonne administration de la justice au niveau local, comme en matière de ventes de justice, mais les dispositions servent surtout à éviter les conflits d'intérêts. Les règlements intérieurs ont pour vocation de régler les questions d'ordre professionnel qui concernent généralement les relations entre l'avocat et l'ordre (adhésion à l'assurance de groupe, cotisations, consultations juridiques organisées sous l'égide de l'ordre, permanences pénales), qui touchent à l'organisation de l'ordre (modalités d'élection des membres du conseil de l'ordre), aux relations entre avocats (cessation de la collaboration, rétrocessions minimales d'honoraires, litiges entre avocats), sur le comportement éthique et la situation professionnelle d'un avocat (attitude aux audiences, mise en cause d'un magistrat, procédure collective à l'encontre d'un avocat du barreau), etc.

<sup>1833</sup> H. CROZE, « Irrecevabilité des conclusions pour violation d'une convention de procédure », *op. cit.* : « Une convention de procédure ne saurait créer une irrecevabilité (...). Elle peut tout au plus créer une obligation de faire à la charge des professionnels du droit qui en sont signataires par l'intermédiaire de ceux que l'on considérera ici comme leurs représentants naturels, soit leurs bâtonniers. Il est totalement illégal qu'elle prive les parties de leurs droits procéduraux sans le support d'aucun texte » ; N. FRICERO, « Procédure civile, janvier 2012 – décembre 2012 », *op. cit.* : « La signature du bâtonnier engage l'ordre des avocats et celle du président, la juridiction. La convention instaure une obligation professionnelle, dont la violation pourrait être sanctionnée disciplinairement, et engager la responsabilité professionnelle de l'avocat du barreau concerné » ; C. BLERY, G. HUVELIN, « Mais que fait la chancellerie ? », *op. cit.* : « En outre, la sanction du non-respect ne devrait pouvoir être une nullité, ni une irrecevabilité ; elle ne devrait être que disciplinaire ».

<sup>1834</sup> CE, « Le droit souple », *op. cit.*, p. 102 : « Quel meilleur moyen de se sentir responsable qu'en étant (...) appelé à définir soi-même le meilleur comportement de son activité ? ».

<sup>1835</sup> Avocat, juge, médiateur, conciliateur, association d'aide aux victimes, préfet, etc.

## **Section 2 - L'effet relatif du contrat processuel collectif**

Le contrat réglementaire a justement pour effet de produire des normes à destination des tiers qui ne sont pas auteurs de l'acte. Il ne s'agit toutefois pas d'une atteinte à l'effet relatif du contrat qui, par nature, à vocation à modifier le cadre juridique de destinataires indéterminés. Ainsi, l'effet relatif du contrat-loi se mesure d'abord, comme tout contrat, au niveau des engagements qui s'imposent aux signataires et aux normes qui sont dirigées vers des destinataires ciblés (§1). Il se mesure ensuite au regard de la faculté d'une personne qui y a intérêt, à contester son existence, comme tout acte réglementaire (§2).

### **§ 1 - La consistance de l'effet relatif du contrat-loi**

**456. Le double jeu de l'effet relatif du contrat collectif.** L'effet relatif du contrat processuel collectif joue à double niveau. D'abord, et cette question pose peu de problèmes, les dispositions contractuelles qui ne concernent que les signataires du protocole n'ont d'effets qu'entre ces premiers (normes relatives à la vie du contrat, engagements financiers, etc.). En revanche, et ensuite, bien plus délicate est la question de savoir si les protocoles de procédure jouent lorsque d'autres acteurs de la procédure, tels que les avocats, sont amenés à suivre les règles établies dans un ressort qui n'est pas le leur. En effet, le bâtonnier qui signe la convention de procédure locale ne représente pas l'avocat d'un autre barreau. La question n'est peut-être pas la bonne. En effet, les normes de procédure sont destinées à régir le cadre procédural des acteurs du conflit. Ce n'est que par voie de conséquence que les charges procédurales des acteurs de la procédure, comme les juges ou les avocats, sont modifiées. Lorsque le contrat collectif est contraignant, dès lors que l'action de procédure est exécutée dans le ressort de la juridiction, le protocole devrait s'appliquer, car le droit applicable est celui de la juridiction et non celui des acteurs de la procédure. De toute façon, lorsque la postulation est nécessaire, au moins l'un des avocats y est soumis. Lorsqu'elle ne l'est pas, l'avocat devrait s'enquérir des règles de procédure locales qui devraient lui être communiquées par son contradicteur ou le greffe, dans les meilleurs délais.

En outre, il convient d'ajouter que la justice n'est pas pareillement rendue sur l'ensemble du territoire, même sans protocole. En effet, les moyens humains et matériels ne sont pas les mêmes et les contentieux varient dans leur nombre et leurs difficultés, sur l'ensemble du territoire judiciaire. La durée des procédures n'est donc naturellement pas la même dans les

ressorts et la qualité de la justice varie par conséquent déjà d'une juridiction à l'autre<sup>1836</sup>. Les conventions de procédure peuvent renforcer ce creuset entre les territoires<sup>1837</sup> selon qu'elles existent ou non, qu'elles sont connues ou non, qu'elles envisagent des règles plus ou moins rigides, plus ou moins protectrices<sup>1838</sup>, d'où l'intérêt de les réglementer.

Les contrats collectifs obligatoires ou dotés d'une force d'influence importante, compte tenu des leviers de leur effectivité, devraient faire l'objet d'un contrôle après leur édicition, par tous ceux qui justifient d'un intérêt à obtenir leur disparition.

## § 2 - Le recours contre les protocoles de procédure

**457. Le recours contre les protocoles de procédure.** Les contrats collectifs obligatoires ou simplement dotés d'une force d'influence importante, compte tenu des leviers de leur effectivité, devraient pouvoir faire l'objet d'un contrôle *a posteriori*, par tous ceux qui justifient d'un intérêt à obtenir leur disparition. La question est envisagée au sein des développements sur l'effet relatif de ces conventions, car les principaux intéressés à la disparition de l'acte sont les tiers à ce contrat. Néanmoins, un litige entre signataires n'est pas impossible, mais demeure peu envisageable, sauf dans les cas où certaines obligations naissent de ces contrats où le patrimoine de l'État est engagé<sup>1839</sup>.

S'agissant d'un acte réglementaire, ce sont surtout les destinataires de ces normes qui devront bénéficier d'un recours contre les protocoles. En effet, si les protocoles doivent se développer et prendre une place normative importante, il convient, pour des raisons de sécurité juridique, de prévoir un système en vue de les dénoncer à titre principal, mais aussi à titre incident. Comme les actes administratifs, des moyens de légalité interne et externe pourraient être soulevés. L'acte qui n'est pas conclu par un signataire compétent serait, par exemple, aisément annulable ou mis à l'écart.

**458. Le recours à titre principal.** Les contrats collectifs pourraient faire l'objet d'un contrôle à titre principal. Il faut distinguer selon que l'acte a fait l'objet ou non d'une

---

<sup>1836</sup> Livret n° 4 des chantiers de la justice, « Adaptation du réseau des juridictions », D. RAIMBOURG, P. HOUILLOIN (dir.), janv. 2018.

<sup>1837</sup> En matière civile, et à l'excès, elles pourraient même entretenir un *forum shopping* interne et international, comme c'est le cas à propos de la convention parisienne sur les litiges internationaux en matière commerciale.

<sup>1838</sup> J. COMMAILLE, « Territoires de justice. Une sociologie politique de la carte judiciaire », *PUF*, 2000.

<sup>1839</sup> Dans ce cas, la juridiction compétente pourrait être le juge civil ou administratif dès lors que le patrimoine de l'État est engagé et qu'un litige survient entre plusieurs acteurs privés et/ou publics. Il est difficile d'imaginer l'existence d'un contentieux entre les signataires, dès lors que, la plupart du temps, les contrats collectifs ne comportent pas d'obligations, mais seulement des normes relatives à la vie du contrat : négociation, résiliation, diffusion, *etc.* En cas de litige, et dans cette hypothèse, l'organe compétent pourrait être L'IGJ ou le Conseil d'État selon le caractère judiciaire ou administratif de l'acte.



vérification de nature administrative par l'Inspection de la justice ou le Conseil d'État (mission d'inspection des juridictions), avant son édicton.

Quand un contrôle administratif du contrat collectif a eu lieu avant son entrée en vigueur, il est opportun de limiter le contrôle juridictionnel de la régularité de l'acte *a posteriori*. Seule une nullité manifeste devrait conduire à son annulation devant, soit la Cour de cassation<sup>1840</sup>, soit le Conseil d'État dans sa formation contentieuse.

Quand le contrat collectif n'a pas fait l'objet d'un contrôle antérieur avant son entrée en vigueur, un contrôle *a posteriori* serait ouvert, que l'acte soit contraignant, ou doté d'une force d'influence si élevée, qu'il parvient à modeler les comportements de procédure, de manière injustifiée<sup>1841</sup>. Dans ce cas, tout tiers au contrat y ayant intérêt (avocats et justiciables amenés à subir des normes susceptibles de leur faire grief) pourrait solliciter son annulation devant l'Inspection générale de la justice et le Conseil d'État (mission d'inspection), en premier ressort, puis devant la Cour de cassation et le Conseil d'État (formation contentieuse), en dernier ressort. L'annulation de l'acte ne serait pas rétroactive, mais jouerait pour l'avenir.

**459. Le recours à titre incident.** À titre incident, le contrat collectif potentiellement illicite pourrait être contesté devant le juge saisi à l'occasion d'un litige en particulier. Les normes du protocole contestées devraient alors être mises de côté lorsqu'il semble être affecté d'un vice de validité. Il s'agirait dans ce cas, pour celui qui s'en prévaut, de soulever une « exception de procédure », dès lors que l'application de la convention faisant grief est envisagée. Le juge pourrait également saisir les organes cités dans le précédent paragraphe pour avis sur la licéité de l'acte.

---

<sup>1840</sup> Étant souligné que le Conseil d'État a précisé que la Cour de cassation n'entrait pas dans le périmètre de contrôle de l'Inspection générale de la justice, CE, 23 mars 2018, Syndicat Force ouvrière magistrats et autres, n° 406066, s. : « L'article 2 du décret du 5 décembre 2016 portant création de l'inspection générale de la justice est annulé en tant qu'il inclut la Cour de cassation dans le champ de la mission permanente d'inspection, de contrôle, d'étude, de conseil et d'évaluation exercée par l'inspection générale de la justice ».

<sup>1841</sup> Il est compliqué de savoir quand l'acte est doté d'une force influence certaine. Potentiellement, ils le seraient tous, s'ils étaient édictés conformément au cadre normatif que nous avons proposé. Certains indices peuvent quand même être repérés : la publicité officielle de l'acte, l'application spontanée ou non par les juges, règles rappelées dans les différents avis du greffe ou du juge, règles invoquées par les avocats...



**460. Conclusion du chapitre.** L'effet obligatoire du contrat processuel collectif reste très incertain. C'est un accord collectif considéré par la doctrine comme étant dépourvu de sanction juridique. Pourtant, c'est un contrat-loi ayant vocation à trouver une application certaine pour ne pas rester lettre morte. La jurisprudence de fond demeure floue quant à sa justiciabilité, alors que la Cour de cassation précise que les protocoles de communication par voie électronique ne peuvent pas être contraires au droit hiérarchiquement supérieur, ce qui, jusque-là, apparaît assez justifié en l'absence de délégation réglementaire. La justiciabilité de ces contrats doit être renforcée par une norme étatique prévoyant leur effet contraignant, de manière générale ou spéciale. Certains contrats collectifs peuvent subsister à l'état de droit souple et jouir d'une réelle force d'influence. Ils devraient donc pouvoir être volontairement soumis aux mêmes règles que ceux de droit dur. Pour l'instant, vu leur mode d'élaboration, ils ne sont pas suffisamment dotés de la capacité à modeler les comportements de procédure.

Le contrat collectif peut prévoir des obligations à destination de ses signataires, mais il est principalement destiné à régir la conduite des acteurs du conflit qui mettent en œuvre la procédure dans le ressort. L'effet relatif du contrat processuel ne joue donc pas lorsqu'un acteur du procès extérieur au ressort participe à une procédure dans le ressort régi par le protocole. En effet, le pouvoir donné aux signataires n'est pas un pouvoir de représentation, mais un pouvoir normatif attribué dont ils jouissent en vertu de leur fonction, dans le but de modifier le cadre procédural local. La loi du for (du ressort) doit donc être la seule applicable. Tous les justiciables et les acteurs professionnels de la justice, même extérieurs, sont tenus de la suivre. Si le droit étatique envisage la reconnaissance concrète des protocoles, ces derniers, qu'ils soient de droit dur ou souple, devraient pouvoir faire l'objet à titre principal et selon les cas d'une contestation *a posteriori* devant les organes administratifs de contrôle (Inspection de la justice, mission d'inspection du Conseil d'État) ou devant les organes juridictionnels désignés (Cour de cassation, section du contentieux du Conseil d'État). À titre incident, tout protocole susceptible de faire grief devrait être écarté des débats par le juge saisi d'une « exception de procédure » en ce sens.



**461. Conclusion du titre.** Le contrat processuel, qu'il soit individuel ou collectif, est doté d'une force obligatoire et d'un effet relatif. Le contrat processuel jouit d'une force obligatoire particulière dont la sanction n'est pas assurée par des mécanismes contractuels, mais par des mécanismes processuels : l'application de la norme de procédure par un juge.

Cette application est assez certaine en matière de contrats processuels individuels connus tels que la convention d'arbitrage et la convention de médiation en matière civile dont l'efficacité est respectivement garantie par une exception de procédure et une fin de non-recevoir (ce qui n'est pas forcément cohérent). Elle l'est beaucoup moins concernant certains contrats dont les mécanismes juridiques apparaissent insuffisamment contraignants pour assurer leur développement crédible, tels que ceux récemment définis pour encadrer la procédure participative. En matière de contrats collectifs, la justiciabilité est incertaine à défaut de texte étatique offrant aux acteurs de la justice la faculté d'en conclure. Leur application est donc conditionnée à plusieurs facteurs fragiles, comme la nature du litige, la connaissance du protocole par les parties, la volonté de s'y soumettre, la croyance de son effet obligatoire, son utilité perçue par le juge et les avocats, *etc.*

Pour renforcer sa force obligatoire, le contrat individuel devrait être doté de mécanismes contractuels permettant d'assurer son exécution certaine, tels qu'une « clause pénale » processuelle et une amende civile lorsqu'un juge est saisi en contravention des dispositions du contrat manifestement valide et efficace. La faculté de conclure des contrats collectifs contraignants ou simplement dotés d'une force d'influence devrait également être prévue par le droit étatique, afin qu'ils ne restent pas lettre morte. Leurs dispositions seraient dans ce cas justiciables pour garantir leur exécution.

L'effet relatif qui s'attache au contrat processuel individuel est un effet relatif classique, impliquant qu'il ne joue qu'entre les personnes parties au conflit substantiel et qui l'ont accepté. En matière de contrat collectif, l'effet relatif est particulier, car le protocole a vocation à produire des effets de droit envers les acteurs du conflit, qui agissent seuls ou par voie de représentant dans le ressort dans lequel ce protocole produit ses effets. Le mécanisme n'est pas celui de la représentation des acteurs du conflit, mais d'un pouvoir attribué aux signataires. En cela, tout contrat collectif produit ses effets dans le ressort pour lequel il est édicté, même si le représentant d'une partie (avocat) provient d'un barreau extérieur qui n'est pas signataire. Pour assurer la sécurité juridique tout en développant le contrat collectif, celui-ci devrait faire l'objet d'une voie de contestation principale ou incidente, par tous ceux y ayant intérêt.



**462. Conclusion de la partie.** La validité et l'efficacité du contrat processuel ont été définies. En premier lieu, la validité est double. Le contrat processuel est doté d'une validité matérielle eu égard à sa légitimité endogène et exogène. En effet, son essor permet de dynamiser l'administration de la justice et d'améliorer la qualité de la justice procédurale et substantielle. Il assure l'équilibre procédural recherché par les pouvoirs publics. Ce contrat mérite alors d'être développé dans notre droit qui le tolère plus à la marge qu'il ne l'intègre dans l'ordre juridique processuel. *Le* contrat processuel n'est pas reconnu en droit positif, bien que ce dernier envisage *plusieurs* accords et conventions processuels dotés de régimes propres. Afin d'assurer son développement dans un modèle de procès dit mixte intégré (contrat et règles étatiques étant sur un pied d'égalité), le contrat processuel devait être encadré dans sa formation et ses effets. C'est en bâtissant un droit du contrat processuel que la contractualisation authentique dévoilera le contrat comme mode d'organisation des procès, à côté des règles impératives qui prescrivent des comportements unilatéraux de procédure. Il s'agissait donc de forger sa validité positive. Seul un droit du contrat processuel, détaché du contrat civil ou administratif et qui ne se confond pas avec le droit formel des actes du procès est susceptible d'assurer la promotion efficace de la contractualisation authentique recherchée. Dans sa formation, le consentement donné au contrat processuel doit être préservé afin de garantir sa validité et son efficacité. En effet, le contrat processuel repose sur un principe d'orientation processuelle qui impose à ses auteurs d'envisager la meilleure voie procédurale pour organiser le conflit individuel ou l'ensemble des conflits dans le ressort. Concernant le contrat individuel, le consentement peut être protégé par une obligation d'information processuelle dont le non-respect doit être sanctionné en cas de préjudice subi, au-delà des simples mécanismes de défense procédurale en vigueur. Le contrat processuel collectif repose quant à lui sur la négociation de procédure locale. Pour que le contrat soit parfaitement intégré dans l'ordre juridique processuel, le champ de la contractualisation authentique doit être clairement délimité, de manière générale ou spéciale, afin que l'objet du consentement ne soit pas illicite. La liberté contractuelle ne peut justifier tout contrat processuel, lequel ne doit pas se heurter à des dispositions impératives ou d'ordre public. Il est donc nécessaire de prévoir des pans de procédure aménageables, de manière progressive. Le contrat processuel doit également remplir des conditions de forme. Le contrat individuel doit être écrit et le contrat processuel collectif doit suivre une procédure de formation propre au contrat-loi avant d'être publié et diffusé aux acteurs du procès qui devront l'appliquer.

En second lieu, une fois que le contrat processuel est correctement formé, son efficacité juridique doit être préservée. Le contrat processuel est doté d'un effet obligatoire trop léger

empêchant son développement certain. Le contrat individuel doit être doté de mécanismes de défense contractuels comme l'injonction d'exécuter, la clause de réparation processuelle et l'amende civile, alors que le contrat collectif doit être vu comme étant le droit applicable dans le ressort, susceptible d'être contesté en cas d'illicéité devant les organes définis comme compétents.



## CONCLUSION GÉNÉRALE

**463. Objet de la démonstration.** La contractualisation n'est pas un phénomène nouveau. Révélé à l'orée du XXI<sup>ème</sup> siècle, ce mouvement d'invasion du « contrat » dans le droit du procès ne cesse de progresser jusqu'à envahir des procédures par nature rétives à l'aménagement consensuel. Face au constat de l'essor manifeste des mécanismes contractuels dans les procédures de règlement des différends, la présente thèse a eu pour objet de vérifier si le contrat pouvait devenir un instrument normatif permettant d'organiser la conduite des procès. L'étude de droit processuel a révélé que le couple contrat-procès ne constituait pas une alliance impossible, mais pouvait être bénéfique dans un modèle juridique où contrat et règles étatiques sont coordonnés.

**464. Point de départ de l'étude.** Le point de départ de l'étude est la contractualisation du procès. C'est le phénomène qui révèle l'invasion du discours contractuel dans le procès. Ce phénomène repose sur l'apparence de contrat et l'apparence d'effets de droit processuel. En effet, la contractualisation est fondée sur la puissance qui s'attache à l'essence contractuelle repérée sur les terres du procès (le consensus, la négociation, l'accord). L'apparence de contrat s'accroît avec facilité dans ce milieu processuel qui lui est traditionnellement hostile. Par conséquent, le simple consensus et le « vrai contrat » sont tous les deux manifestement producteurs de normes processuelles. Le champ de la contractualisation et la capacité des accords à régir les rapports de droit procédural sont alors des plus incertains. Pour déjouer ces doutes, il a fallu réfuter cette apparence de contractualisation qui pouvait s'avérer réelle ou trompeuse.

**465. Réfutation du mythe contractuel et construction de la notion de contrat processuel.** La première partie de la thèse a donc eu pour objet de substituer le réel à l'apparence en recherchant l'existence du contrat en droit processuel. En effet, la présence du contrat en droit processuel est incertaine compte tenu des difficultés à définir les traits essentiels du contrat qui sont l'« accord des volontés » et des « effets de droit ». Les nombreuses théories contractualistes qui s'entremêlent perturbent la conception du contrat. Elles sont tantôt plus subjectives, tantôt plus objectives, c'est-à-dire peu ou fortement détachées du pouvoir de la volonté de créer une situation de droit subjective et substantielle. Par voie de conséquence, les incertitudes tenant à la notion de contrat multiplient les doutes sur l'existence du contrat en

droit processuel. Pire, en raisonnant sur les théories générales du contrat plus ou moins détachées de la volonté, certains accords manifestement processuels sont tantôt qualifiés de contrats, tantôt d'actes unilatéraux croisés. Ils génèrent tout aussi bien des effets processuels comme de simples conséquences juridiques sur le procès.

L'analyse du contrat dans le domaine processuel est également complexe en raison de la fonction habituellement attachée au contrat civil, instrument économique d'échange de valeurs entre patrimoines. La lecture contractuelle des accords processuels est complexifiée compte tenu de la difficulté de leur appliquer, même *mutatis mutandis*, le droit du contrat civil qui ne leur sied pas vraiment. En effet, le contrat substantiel est une figure bien éloignée de celle des accords qui organisent la conduite des procès : le retrait du rôle, la procédure de composition pénale, la clause de compétence en droit administratif, le protocole de procédure entre le barreau et le tribunal de commerce, pour ne puiser que quelques exemples parmi tous les accords du *continuum* contractuel ; tous ces accords n'ont pas vocation à régir des liens patrimoniaux, l'objet n'étant pas un service ni même une chose, mais le cadre du règlement du litige.

Il fut donc nécessaire de déjouer les charmes de la contractualisation qui semblaient enivrer tous les pans des procès en recherchant l'existence de la notion de contrat processuel. Pour cela, il fallut stabiliser la notion de contrat et envisager la transposition d'une notion plus stable en droit du procès. L'essence même du contrat - l'accord des volontés - a été consolidée au moyen de l'intérêt juridique à lier. Il s'agit, dans un domaine juridique où le contrat demeure très mal connu, de vérifier la posture juridique des auteurs d'un accord créateur de droit. Si la posture juridique est tournée vers la protection d'un seul centre d'intérêts, alors l'acte ne peut pas être contractuel, bien qu'il y ait une entente entre deux volontés manifestement créatrices d'effets et de conséquences juridiques. En revanche, si la posture adoptée témoigne d'un intérêt juridique ne pouvant être valorisé seul (c'est-à-dire lorsque deux intérêts de même nature ne peuvent être exaucés de manière dissociée), alors l'accord des volontés générant une norme traduit l'existence d'un contrat. Ainsi, le contrat processuel a été défini comme la liaison d'intérêts processuels scellés par l'accord des volontés et satisfaits par une norme de même nature qu'ils ont impulsée.

Il a fallu ensuite définir ce qui, dans la liaison des intérêts et la norme générée, pouvait être de nature processuelle. Autrement dit, qu'est-ce qui fait qu'un acte juridique contractuel est processuel ? Pour rechercher la coloration processuelle de l'acte juridique, il a fallu dissocier

trois plans juridiques qui communiquent entre eux et dans lesquels des contrats sont conclus pour modeler le déroulement des procès : le plan substantiel, le plan procédural et le plan judiciaire.

Les contrats substantiels contiennent tout ce qui a trait au litige, les contrats procéduraux, ce qui a trait à la résolution formelle du litige et les contrats judiciaires, ce qui a trait à l'organisation et au fonctionnement du service public de la justice. Après avoir dressé ce triptyque, nous en avons conclu que seuls les contrats qui aménagent la situation juridique sur le plan procédural sont de nature processuelle. Les autres contrats qui ne produisent pas de norme de procédure, mais qui peuvent, par voie de conséquence, avoir une influence sur la situation juridique processuelle, ne sont que des contrats substantiels ou judiciaires à fin (ou potentialité) processuelle.

Dès lors que les intérêts juridiques à lier sont de nature processuelle, l'existence d'un contrat régissant le procès apparaît sur la scène juridique. L'accord des volontés fige la rencontre des intérêts à sceller et la norme procédurale les exauce. Cette notion de contrat processuel a permis de déjouer le mythe de la contractualisation du procès. Grâce à elle, beaucoup de contrats qui appartenaient au phénomène contractuel illusoire ont pu être exclus. Par exemple, la transaction, que la doctrine considère comme « le noyau dur » de la contractualisation, n'est pas pourvue d'un cœur processuel. En effet, cet acte est un simple contrat à fin processuelle, en ce que les intérêts à valoriser sont d'ordre substantiel, bien que les normes générées, d'ordre substantiel également, produisent des conséquences processuelles.

La réfutation du mythe contractuel permet d'y voir plus clair dans le maquis normatif de plus en plus consensuel, en vue de construire, sur des bases solides, un cadre formel pour la contractualisation authentique qui existe bel et bien.

**466. L'existence d'un contrat processuel parmi les actes juridiques processuels.** La définition du contrat processuel ainsi posée conduit à le recentrer au sein de la catégorie de l'acte juridique processuel. Elle comprend le contrat processuel individuel, qui aménage la situation juridique procédurale des acteurs du conflit qui l'ont conclu, et le contrat processuel collectif, fruit de la négociation collective des acteurs locaux de la justice, dans le but de réorganiser de manière générale et abstraite le cadre procédural applicable dans le ressort. Ces deux catégories de contrat forment, ensemble, la contractualisation authentique du procès, laquelle contient des actes qui touchent au cadre relatif à l'action en justice, à l'instance et au jugement.

Les contrats processuels individuels sont présents en toute matière, bien qu'ils ne soient pas qualifiés comme tels. Ils sont très résiduels, voire inexistants en procédure pénale, mais bien plus nombreux en procédure civile et administrative contentieuse. Les contrats processuels individuels méritent de s'accroître en procédure pénale, en amont du contrat sur la peine et au cours de certaines instances, aux fins de cadrer les phases de mise en état. Ils devraient être mieux encadrés en contentieux civil et administratif où ils prolifèrent de manière désorganisée. L'essor des contrats collectifs est constant en matière civile et pénale. Il se fait plus rare en contentieux administratif, la procédure étant bien plus encadrée grâce au caractère inquisitorial des règles qui organisent l'office du juge et des parties. Toutefois, il a été démontré que le déploiement du contrat collectif dans des procédures ultra-rigides n'était pas impossible.

**467. La normativité des contrats processuels.** Le contrat processuel ne pouvait pas demeurer au stade de réalité théorique et devait être doté d'une normativité certaine révélant son aptitude à régir les comportements de procédure en concurrence avec le droit étatique. Avant d'envisager son intégration dans l'ordre juridique, il convenait donc de vérifier si la notion construite avait une réelle utilité en droit positif eu égard aux nombreux « accords » processuels qui se développent inévitablement compte tenu des politiques publiques de la justice contemporaine. En effet, puisque le procès devient de plus en plus consensuel, le contrat était susceptible de devenir une source du droit au côté de l'acte juridique unilatéral. Il a été démontré que le contrat processuel est pourvu d'une normativité juridique qui lui est propre. Dans une conception renouvelée des sources du droit, son utilité se mesure au regard de ses fonctions normatives. Le contrat processuel entre ainsi en concurrence avec le droit étatique procédural, car tous deux prescrivent des normes permettant de régler la même situation de procédure. Ce contrat opère une distraction normative en ce qu'il s'intercale entre la loi et le comportement final de procédure.

**468. Les fonctions des contrats processuels.** Le contrat processuel est doté de plusieurs fonctions normatives qui témoignent de l'intérêt d'envisager son passage dans l'ordre juridique. Le contrat individuel assure l'ineffectivité du cadre procédural étatique quand le contrat collectif envisage, tout aussi bien son ineffectivité, que son effectivité, ainsi que l'amélioration de son efficacité et de son efficience.

Le contrat processuel individuel permet de laisser la loi de procédure inappliquée : c'est une fonction de substitution procédurale et une fonction de dérivation procédurale qui sont à l'œuvre. La première permet aux parties de conclure un contrat qui constitue le point de départ

d'un mode de résolution du différend quand la deuxième leur permet d'aménager le cours du mode de résolution envisagé, qu'il soit étatique ou non.

Le contrat processuel collectif envisage quatre fonctions plus spéciales qui se rapportent à l'amélioration du droit étatique : la fonction expérimentale (expérimenter les règles de procédure), la fonction de promotion (promouvoir les règles optionnelles de procédure), la fonction circulaire (expliquer les règles de procédure) et la fonction d'optimisation (rendre les règles de procédure efficaces).

Le contrat processuel peut alors exister en droit positif, car il est doté d'une normativité pure. C'est un instrument juridique qui, au regard des fonctions qu'il porte, organise les procès. Toutefois, actuellement, le contrat processuel n'est pas un instrument juridique à la pleine disposition des parties au conflit substantiel et des acteurs locaux de la justice. Le droit positif du procès ne connaît pas *le* contrat processuel, mais seulement *quelques* « accords » ou *des* « contrats » processuels, sans qualification ni régime juridique unifiés. Au regard de son utilité normative certaine, il y avait donc lieu d'envisager le passage du contrat processuel dans le monde sensible, la pratique, c'est-à-dire dans l'ordre juridique processuel.

**469. Le contrat intégré dans l'ordre juridique processuel.** Afin que le contrat processuel puisse être considéré comme un outil à la disposition des acteurs du conflit ou de la justice au niveau local pour organiser les procès, il est apparu nécessaire de constater sa validité et son efficacité juridiques. Pour être rattaché à l'ordre juridique, le contrat processuel devait donc d'abord passer le test de la validité normative. Celle-ci est double : la validité matérielle, dite légitimité, est distincte de la validité positive, dite légalité. De la première découle en principe la seconde.

**470. La validité matérielle du contrat processuel.** La validité matérielle conduit à apprécier la légitimité du contrat processuel, qui elle-même est double. Elle est appréciée d'un point de vue endogène et exogène.

D'abord, tout contrat est par nature plus ou moins conforme à l'œuvre de justice. Aujourd'hui, le contrat processuel est légitime aux yeux des pouvoirs publics, car il participe marginalement au maintien de l'efficacité du système de justice. Même si l'administration de la justice n'est pas une fin en soi, et que le contrat processuel permet *in fine* de répondre à la demande de justice, cette première légitimité politique est insuffisante pour reconnaître le contrat comme source du droit processuel. En revanche, le contrat mérite d'être consacré dans les codes en ce

qu'il constitue un moyen de satisfaire le désir de justice propre à tout un chacun. Le contrat processuel est donc mis non seulement au service de la bonne administration de la justice, mais également au service de la qualité procédurale et substantielle. Le contrat processuel est donc une œuvre de justice, au sens philosophique du terme, car il participe à la réalisation du juste comme vertu, pris comme la satisfaction des attentes juridiques, économiques et sociales, spécifiques à tout agent du droit, dans la limite de l'ordre public.

Ensuite, le contrat processuel est un outil normatif qui se comprend au regard de la rigidité des normes étatiques de procédure et qui conduit aussi bien à encadrer plus strictement les processus de résolution des conflits qu'à les assouplir, à la guise des ambitions juridiques, économiques et sociales des acteurs du conflit et de la justice. Contrat individuel et contrat collectif peuvent même être combinés pour offrir le plus grand nombre d'options procédurales dans notre système de justice plurielle. Le contrat processuel assure l'équilibre procédural souhaité par les pouvoirs publics, selon que le modèle de procès envisagé est un modèle impératif (absence de contrat processuel), mixte (actes unilatéraux imposés avec faculté de conclure un contrat processuel) ou contractuel (contrat processuel envisagé avant le procès étatique).

En FRANCE, le droit positif procédural en vigueur relate l'existence d'un modèle de procès plutôt impératif, voire mixte externalisé, le contrat étant toléré, sous forme d'accords processuels disparates qui ne touchent que très modérément l'office procédural du juge et des parties pour la conduite des procédures étatiques. Le modèle de procès français est tiraillé entre la recherche d'une meilleure justice procédurale et substantielle et le maintien d'une justice institutionnelle en état de fonctionnement. Pour cela, des outils contractuels externes aux procédures étatiques se développent volontiers. L'heure est à la déjudiciarisation et non à l'aménagement sur mesure des procédures judiciaires (au sens de justice étatique). Les contrats processuels individuels sont amenés à se développer pour accroître une contractualisation externe, le fonctionnement de la justice ne permettant pas d'envisager des procédures à la carte, qui répondent le plus précisément possible aux exigences du justiciable, afin de satisfaire leur désir de justice. La culture du chiffre et du *new public management* est à l'œuvre, appuyée par des procédures étatiques « prêt-à-porter » suffisamment rigides pour garantir l'absorption du stock d'affaires des juridictions. Cependant, vu l'accroissement paradoxal du consensus dans toutes les procédures, il serait bienvenu d'adapter le droit étatique en vue de créer un cadre normatif régulant l'aménagement contractuel, au moins externe. Ce déploiement de contrats externes à l'institution judiciaire mériterait d'être réalisé en considérant, sur un pied d'égalité,

le règlement contractuel et le règlement impératif étatique. Il ne s'agit que d'accepter la tendance contractualiste en replaçant, au minimum, au début des codes, l'ensemble des contrats de dérivation processuelle pouvant exister (médiation, conciliation et arbitrage principalement). La faculté d'aménager ainsi le procès doit donc être laissée aux acteurs du conflit, surtout en matière civile et administrative. En matière pénale, les accords processuels se développent également. C'est une preuve de ce que l'aménagement de la procédure y est envisageable, qu'il s'agisse d'organiser la découverte des faits, le cadre procédural des poursuites et le cours de l'instance.

Le contrat collectif de procédure vit une existence plus sauvage, car il se développe spontanément en marge des normes étatiques. Or, s'il est juste et utile, le contrat processuel collectif peut légitimement faire partie des sources du droit processuel. C'est un outil qui, doté de fonctions normatives, est facteur d'amélioration du système public de la justice et des procédures. Il peut même se combiner avec le contrat processuel individuel, les parties au conflit devenant alors proactives dans le choix du cadre normatif qui règlera leur litige (le cadre conventionnel collectif ou le cadre étatique).

Au vu de sa légitimité, qui oscille entre meilleure justice procédurale et substantielle et système de justice plus performant, le contrat de procédure mérite donc d'être rattaché à l'ordre juridique processuel en définissant un régime juridique qui lui est propre. Le rattachement aux règles déjà existantes du contrat substantiel ou des actes des procès n'est pas adapté. Le contrat substantiel encadre les situations subjectives tournées vers le transfert de valeurs patrimoniales, quand les règles des actes du procès sont cantonnées à la forme des actes. En outre, définir un caractère hybride, partagé entre droit de fond (contrat civil) et droit de forme (actes du procès) empêcherait de reconnaître le contrat processuel comme un acte à part entière au sein du plan juridique processuel.

Sans règles particulières formelles prévues par les lois et règlements, un cadre étatique sur-mesure a dû être défini pour superviser le contrat processuel individuel et collectif.

**471. La validité positive du contrat processuel.** Le contrat processuel est un acte conforme à la justice matérielle et peut donc intégrer les codes de procédure et d'administration de la justice judiciaire et administrative. L'absence de régime du contrat processuel conduit une partie de la doctrine à le disqualifier en simple accord du procès, son existence inavouée et son efficacité incertaine lui causant grief. Une validité formelle a dû être dessinée afin d'encadrer sa formation, puis son exécution.

Le contrat processuel découle d'abord d'un principe directeur du/des procès qui est latent depuis trop longtemps et gagnerait à éclore en droit positif. Il recouvre toutes les valeurs processuelles qui tendent à émerger, sans être codifiées, telles que la loyauté, la célérité ou la proportionnalité dans la gestion des procédures. Ce principe nommé principe d'orientation processuelle s'impose aux acteurs du conflit et de la justice. Il implique de définir, de manière consensuelle, la meilleure façon de procéder en envisageant notamment le recours au contrat processuel. De ce principe découle la faculté d'aménager la procédure de résolution du différend par voie de contrat individuel et collectif.

Des règles plus techniques prennent ensuite le relai pour encadrer la formation et l'efficacité des contrats processuels. Il s'agit plus classiquement de déterminer la capacité des parties au contrat, leur consentement et la licéité du contenu contractuel.

En matière processuelle, où le contrat est inconnu, les conditions de formation de l'acte juridique sont souvent problématiques. Il a donc fallu les consolider. Il en résulte que les parties au conflit ont la capacité juridique de conclure des contrats processuels, quand les acteurs de la justice ont un pouvoir presque naturel d'aménager le cadre local de procédure.

Le contrat processuel ne peut être formé que si le consentement des parties à la convention est libre et éclairé. En matière de contrat individuel, la préservation de l'information processuelle est la clé de voûte de l'aménagement conventionnel du procès. L'obligation d'information processuelle permet à chaque acteur du conflit d'être mis en mesure de connaître ses droits et devoirs processuels. La charge et la teneur de cette obligation varient selon le moment de la conclusion du contrat et la qualité des parties. Le contrat collectif processuel repose quant à lui sur la négociation processuelle qui est le fondement même de son existence et de son efficacité.

Le contenu du contrat processuel est indéterminé, car les règles du procès ne régissent pas le contrat sur la procédure. Le contrat processuel individuel ne doit pas être contraire à l'ordre public processuel, bien qu'il puisse définir des règles qui se substituent aux règles impératives. Le champ de l'aménagement procédural est en réalité un choix de politique publique qui dépend du modèle de procès envisagé plus ou moins contractuel. Reconnaître progressivement le contrat processuel en droit du procès implique de ne pas ouvrir les vannes de l'aménagement conventionnel trop subitement. La reconnaissance d'une clause générale de procédure ne serait pas déraisonnable s'agissant des contrats de substitution et de dérivation processuelles hors le juge. En revanche, concernant les contrats de dérivation processuelle, conclus à l'occasion



d'une procédure étatique, il convient, au départ, de limiter le domaine de la contractualisation authentique aux pans de la procédure qui sont de plus en plus soumis aux jeux des accords entre les parties au conflit. Ces pans sont principalement le traitement de la matière litigieuse (fait et droit : instruction du litige) et les accords sur le déroulement de l'instance, à condition qu'ils soient manifestement de nature à réduire le champ de l'activité judiciaire et juridictionnelle (accords sur l'absence d'audience, par exemple) ou faciliter le travail du juge (tel qu'un calendrier de procédure adapté à chaque affaire). Le contrat processuel collectif est affublé des mêmes doutes. S'il est contraignant dans les hypothèses admises (contrats sur l'expérimentation et l'optimisation processuelles), il ne devrait pas prévoir des normes qui dépassent le cadre de l'habilitation normative confiée par la loi à ses signataires.

La forme du contrat processuel n'est pas libre. Le contrat processuel individuel est passé par écrit. Le contrat collectif est négocié avant d'être conclu par écrit. Le caractère réglementaire qui découle du contrat collectif de procédure implique une vérification *a priori* de sa validité devant des institutions indépendantes dotées de fonctions administratives (Inspection générale de la justice - mission d'inspection des juridictions du Conseil d'État). Une fois que le contrat collectif aura été vérifié par les organes précités, puis publié, il deviendra contraignant. La norme de procédure étatique peut également prévoir la faculté de conclure des protocoles qui ne sont pas contraignants, afin de renforcer leur légitimité, tout en autorisant le contrôle administratif à leur égard, compte tenu de leur force d'influence.

**472. L'exécution du contrat processuel.** Une fois que le contrat processuel est valablement formé, son exécution doit être assurée. Le contrat processuel est doté d'une efficacité relative, comme tout contrat. En principe, il n'est obligatoire (contraignant) qu'à l'égard des seuls destinataires. Le contrat individuel ne peut contraindre d'autres acteurs du conflit, à moins qu'ils ne l'acceptent, ou que la situation substantielle ou processuelle le justifie. Le contrat collectif est par nature un contrat destiné à régir la situation juridique d'autres personnes que ceux qui l'ont conclu. Il a vocation à s'appliquer aux acteurs d'un conflit particulier, dans le ressort dans lequel il a été conclu.

À défaut de reconnaissance dans l'ordre juridique étatique, les contrats processuels individuels et collectifs jouissent d'une efficacité très limitée. Les moyens de garantir l'exécution du contrat individuel sont insuffisants. Quant aux contrats collectifs, la question du caractère contraignant demeure en suspens. Ainsi, pour sécuriser l'exécution des contrats individuels processuels, ces contrats doivent être dotés d'une plus grande force obligatoire. Il s'agit d'abord de prévoir une

faculté de les contester, si mince soit-elle, en cas de défaut de consentement, d'absence d'écrit ou d'objet illicite. Il s'agit ensuite de prévoir la faculté pour les parties d'envisager une clause de responsabilité procédurale, à l'image de la clause pénale sanctionnant le non-respect des stipulations contractuelles. La principale raison d'être de ce mécanisme repose sur l'évaluation compliquée du préjudice subi résultant du non-respect d'une norme qui n'est pas obligationnelle. L'autre sanction envisagée est une amende civile. En effet, le co-contractant qui ne respecte pas les dispositions contractuelles de procédure peut, dans certains cas, causer un préjudice au système de justice. L'institution judiciaire doit être mise en mesure d'obtenir une compensation pour le temps consacré à traiter un conflit au fond et un conflit de procédure tirés de l'inexécution contractuelle. En effet de tels conflits n'auraient jamais dû lui être soumis.

Pour garantir l'efficacité des contrats processuels collectifs, la reconnaissance de leur caractère obligatoire et la prévisibilité d'une sanction du droit par le juge chargé d'appliquer les règles de procédure en vigueur au niveau local traduiraient déjà une évolution suffisante. En effet, beaucoup de contrats collectifs restent dans l'ombre du droit, car la doctrine les considère comme une compilation de bonnes pratiques. Cela n'a d'ailleurs plus de sens dès lors que même le droit souple peut être doté d'une force d'influence modelant les comportements de procédure, de manière plus efficace que le droit dur. La sanction par le juge des dispositions conventionnelles signifie que ce dernier peut caractériser l'inapplication de la norme de procédure et en tirer les conséquences juridiques qui en découlent, telle qu'une sanction de procédure, si elle a été prévue. En cas de doute manifeste sur la validité des contrats collectifs non vérifiés par un organe administratif, le juge l'écartera des débats. La nullité du contrat peut être demandée à titre principal par ceux qui y ont intérêt devant la Cour de cassation ou une chambre de la section du contentieux du Conseil d'État, même si le protocole reste au stade de droit souple, mais doté d'une telle force d'influence qu'il soit bienvenu d'en contrôler la régularité.

**473. Réponse à la question posée.** Le contrat processuel valablement formé et dont l'exécution est garantie constitue un instrument normatif de qualité pour organiser la conduite du procès (civil, pénal et administratif). Il convient d'accepter le changement de modèle de procès amorcé et de définir un cadre étatique pour le promouvoir et le réglementer.

**474. Domaine de la contractualisation authentique.** Le système mixte intégré semble le plus adapté<sup>1842</sup>. Il devra par la suite évoluer (champ de l'aménagement contractuel) une fois que l'encadrement du procès par voie de contrat sera rentré dans les mœurs et que la technologie, qui en accompagnera l'essor, sera suffisamment développée dans chaque procédure. Le procès, complètement aménagé par le contrat processuel numérique, n'est pas pour demain, mais il est impératif de s'y préparer efficacement. Les réformes législatives et réglementaires envisagées doivent donc d'abord prévoir la faculté de conclure un contrat processuel. Ensuite, le champ contractuel doit être délimité plus ou moins strictement. Enfin, le régime du contrat processuel doit être précisé, de sa formation aux garanties qui entourent son exécution et sa disparition anticipée.

**475. Localisation formelle du cadre contractuel étatique.** Pour que les normes relatives au contrat processuel puissent constituer un socle normatif fiable aux fins de réguler les aménagements consensuels des parties au procès, elles doivent trouver une place au sein de l'article préliminaire du code de procédure pénale dans un « IV » ; en matière civile, et administrative, elles doivent être respectivement insérées dans un article liminaire et dans un article L. 12 qui doivent émerger. La formation et la vie du contrat processuel collectif doivent être précisées au même article L. 12 du code de justice administrative et dans un article L. 111-15 du code de l'organisation judiciaire en matière civile et pénale. Diverses dispositions au sein des codes peuvent ensuite venir ouvrir ou fermer expressément le champ du contrat processuel à tel ou tel mécanisme de procédure, voire alléger ou durcir ses conditions de formation et sa force contraignante. Il s'agira là d'un cadre spécial du contrat processuel qui devra s'accorder au cadre général proposé dans l'annexe qui suit.

---

<sup>1842</sup> V. *supra* n° 321, s.



## ANNEXE

Les réformes textuelles suivantes sont proposées :

### Article liminaire du code de procédure civile :

I. Les parties ont le devoir d'envisager la meilleure voie procédurale pour le règlement du litige. Elles peuvent conclure un contrat processuel individuel pour définir le cadre procédural du règlement du litige hors le juge.

Elles peuvent également conclure un contrat processuel individuel devant le juge, pour fixer le fait et le droit, ainsi que le déroulement de l'instance et l'office du juge, dans les cas spécialement ouverts par les textes. Les parties peuvent conclure tout contrat processuel qui n'est pas spécialement autorisé par les textes, avec l'accord du juge, qui vérifie l'existence de leur consentement et la conformité aux principes d'ordre public du procès. La décision du juge est insusceptible de tout recours.

À peine de nullité de l'acte, le contrat processuel est écrit, sauf lorsque la loi prévoit qu'il peut être conclu de manière consensuelle. Il peut être signé électroniquement. Il respecte, le cas échéant, les règles propres à l'acte de procédure qui le contient.

Le contrat processuel doit être formé de manière libre et éclairée. Quand le litige n'est pas né, les parties se doivent mutuellement une obligation d'information sur les droits et devoirs processuels qui découlent de leur engagement, à moins qu'elles ne se fassent légitimement confiance. Une fois le litige né, le demandeur ou celui qui propose le contrat doit, au moment sa formation, informer l'autre partie des conséquences juridiques qui découlent de l'engagement. En cas de déséquilibre significatif entre les parties, celle en position de force éclaire l'autre sur les conséquences juridiques de l'aménagement contractuel. Toute partie peut solliciter des informations sur les conséquences de son engagement auprès de l'autre, qui y répond dans un délai raisonnable. À défaut de sollicitation, l'information donnée est présumée suffisante. L'information porte au moins sur les conséquences du contrat en lien avec l'accès au juge évincé, même provisoirement.

Le contrat prend fin, si les parties le décident d'un commun accord, au besoin par une clause de rétractation ou de dédit, s'il est définitivement exécuté, s'il est résolu dans les cas et formes prévus par les parties ou à la suite de l'inexécution constatée par le juge, ou s'il est annulé en l'absence de consentement suffisamment libre et éclairé.

Les parties sont tenues d'exécuter le contrat processuel. En cas d'inexécution, le juge peut en tirer toutes les conséquences procédurales adéquates prévues par la loi ou le contrat. La partie qui subit l'inexécution peut, en outre, saisir le juge aux fins de faire condamner l'autre sous astreinte à l'exécuter. Les parties peuvent également stipuler une clause de responsabilité pour définir le montant de l'indemnisation due à la partie qui subit l'inexécution du contrat. Le juge peut d'office la modérer ou l'augmenter si elle manifestement excessive ou dérisoire, eu égard à la valeur du litige. Lorsque l'institution judiciaire est manifestement saisie d'un litige en contravention avec le contrat de procédure, le juge peut prononcer une amende civile dans les conditions prévues à l'article 32-1.

II. Les acteurs de la justice ont le devoir d'envisager le meilleur cadre procédural dans leur ressort. La juridiction, le barreau, les associations de médiateurs, les chambres régionales de commissaires de justice, les chambres départementales des notaires et les compagnies d'experts judiciaires, notamment, ont la faculté de conclure un contrat processuel collectif afin de régir l'ensemble des procédures dans leur ressort.

Le contrat de procédure est contraignant lorsque la loi le prévoit, quand il est conclu en vue d'assurer une expérimentation de procédure étatique ou quand la situation de la juridiction, mesurée par des éléments objectifs chiffrés, justifie d'optimiser le traitement procédural des litiges dans le ressort.

Pour chaque procès, le greffe informe, le plus tôt possible, les parties ou les avocats de l'existence d'un contrat collectif de procédure applicable.

Le contrat collectif demeure non contraignant dans les autres cas. Néanmoins, les acteurs du conflit peuvent, par la voie d'un contrat processuel individuel, rendre contraignant tout ou partie des dispositions du contrat collectif du ressort.

Le contrat est négocié, formé, puis exécuté dans les conditions prévues à l'article L. 111-15 du code de l'organisation judiciaire.

L'inexécution du contrat collectif contraignant peut donner lieu à l'application de l'article 32-1. Le juge saisi met à l'écart les dispositions du contrat collectif manifestement illicite.

#### Article préliminaire du code de procédure pénale :

« (...) ».

IV. 1° Le ministère public et toute personne suspectée peuvent, d'un commun accord, envisager la meilleure voie procédurale pour le traitement de l'infraction.

Le ministère public et la personne suspectée peuvent conclure un contrat processuel individuel pour définir le cadre procédural du traitement de l'infraction en recueillant, si un texte l'exige, l'assentiment de la victime. Ce contrat processuel peut porter sur la découverte et la révélation volontaire des faits, sur les procédures alternatives aux poursuites, sur les voies de saisine de la juridiction, sur le déroulement de l'instance, avec l'accord préalable du juge saisi et dans tous les cas spécialement ouverts par la loi.

2° Le contrat processuel doit être formé de manière libre et éclairée. Le ministère public est tenu de délivrer à la personne suspectée les informations nécessaires en lien avec les conséquences juridiques de son engagement, dont certaines conduisent à ne pas recourir au juge et mettre à l'écart les garanties procédurales afférentes. Le défaut d'information donne lieu à l'annulation du contrat et aux actes successifs qui en découlent lorsqu'il est établi que, si elle avait été régulièrement informée, la personne suspectée, assistée le cas échéant de son conseil, n'aurait pas contracté. Le défaut de communication des informations imposées par les textes fait présumer le défaut de consentement.

La remise en cause abusive du contrat processuel peut donner lieu à une amende civile dont le montant est fixé par le juge et ne peut excéder 10.000 €.

Le contrat processuel est formé par écrit, à peine de nullité de l'acte. Il peut être conclu électroniquement.

Les parties sont tenues d'exécuter le contrat processuel, à moins que l'une d'elles ne se soit rétractée dans un délai de dix jours suivant sa formation. En cas d'inexécution, le juge peut en tirer toutes les conséquences procédurales adéquates. La partie qui subit l'inexécution peut saisir le juge de la liberté et de la détention, ou le juge déjà saisi, aux fins de faire condamner l'autre sous astreinte à s'exécuter, quand cela est possible, ou en demander la résolution avec dommage et intérêts en cas de faute équipollente au dol.

3° Le ministère public et toute personne condamnée peuvent, d'un commun accord, et dans les cas ouverts par la loi, organiser le cadre procédural de l'aménagement de la peine prononcée. La formation et l'exécution du contrat processuel sont régies par les dispositions prévues au 2°.

4° Les acteurs de la justice ont le devoir d'envisager le meilleur cadre procédural dans leur ressort. La juridiction, le barreau, les personnes mentionnées à l'article R. 15-33-30, les services de police et de gendarmerie, les chambres régionales des commissaires de justice et les

compagnies d'experts judiciaires, notamment, ont la faculté de conclure un contrat processuel collectif afin d'adapter le cadre des procédures dans leur ressort.

Le contrat collectif de procédure est contraignant lorsque la loi le prévoit ou quand il est conclu en vue d'assurer une expérimentation de procédure étatique ou quand la situation de la juridiction, mesurée par des éléments objectifs chiffrés, justifie d'optimiser le traitement procédural des litiges dans le ressort.

Pour chaque procédure, l'officier de police judiciaire, le greffe de la juridiction, ou toute autre personne compétente, informe, dès que possible, la personne mise en cause et son avocat, des normes locales en vigueur dans le ressort.

Le contrat collectif demeure non contraignant dans les autres cas. Néanmoins, le ministère public et la personne mise en cause peuvent, dans le cadre d'un contrat processuel individuel prévu au 1°, rendre contraignant tout ou partie des dispositions du contrat collectif du ressort.

Le contrat est négocié, formé, puis exécuté dans les conditions prévues à l'article L. 111-15 du code de l'organisation judiciaire.

Le juge saisi écarte les dispositions du contrat collectif manifestement illicites.

Article L. 111-15 du code de l'organisation judiciaire :

I. Les acteurs locaux de la justice, mentionnés aux articles liminaire du code de procédure civile et préliminaire du code de procédure pénale, peuvent négocier des contrats collectifs de procédure pour encadrer le règlement des conflits dans leur ressort.

Chaque acteur local de la justice concerné par l'édition d'un contrat de procédure nomme, dans la mesure du possible, trois représentants, chargés d'élaborer d'un commun accord les normes du contrat de procédure dans le ressort. Le groupe de travail définit le processus d'élaboration de la norme, notamment le cadre de la négociation collective et, s'il le souhaite, la présentation du projet de contrat aux membres des acteurs locaux concernés.

II. Sauf disposition contraire, le contrat contraignant est soumis pour validation à l'Inspection générale de la justice qui vérifie, dans les plus brefs délais, le pouvoir des acteurs locaux de la justice pour l'adopter, leur consentement et le respect des négociations processuelles.

Le contrat non contraignant mentionne dans son préambule qu'il ne peut faire l'objet d'une sanction étatique par le juge. Il peut tout de même faire l'objet d'une validation spontanée par l'Inspection de la justice.



Une fois que le contrat collectif est formé et le cas échéant, validé par l'Inspection générale de la justice, il est publié sur le site du gouvernement Légifrance, communiqué et présenté aux membres de chaque profession concernée par le biais des canaux de diffusion propres aux acteurs locaux de la justice et, dans chaque procédure, aux justiciables.

III. La contestation de la régularité du contrat collectif validé par l'Inspection générale de la justice est soumise à la Cour de cassation qui peut suspendre son exécution le temps de se prononcer sur sa disparition ou sa réfaction nécessaire. Elle statue dans les plus brefs délais.

Article L. 12 du code de justice administrative :

I. Les parties ont le devoir d'envisager la meilleure voie procédurale pour le règlement du litige. Elles peuvent conclure un contrat processuel individuel pour définir le cadre procédural du règlement du litige hors le juge.

Elles peuvent également conclure un contrat processuel individuel devant le juge pour déterminer le fait et le droit, le déroulement de l'instance, les mesures d'instruction et l'office du juge dans les cas spécialement ouverts par les textes. Les parties peuvent conclure un contrat processuel qui n'est pas spécialement ouvert par les textes, avec l'accord du juge, qui vérifie l'existence du consentement et la conformité aux principes d'ordre public du procès. La décision du juge est insusceptible de tout recours.

À peine de nullité de l'acte, le contrat processuel est écrit, sauf lorsque la loi prévoit qu'il peut être conclu de manière consensuelle. Il peut être signé électroniquement. Il respecte, le cas échéant, les règles propres à l'acte de procédure qui le contient.

Le contrat processuel doit être formé de manière libre et éclairée. Si le litige n'est pas né, les personnes morales de droit public s'informent mutuellement, au jour de la formation de l'acte, des droits et devoirs processuels qui découlent de leur engagement. Une fois le litige né, le requérant ou celui qui propose le contrat informe, au moment de sa conclusion, l'autre partie des conséquences juridiques qui découlent de l'engagement. En cas de contrat processuel conclu avec l'administration, cette dernière informe la personne privée de ses droits et devoirs processuels qui découlent de son engagement. La personne privée peut solliciter des informations sur les conséquences de son engagement, l'administration devant y répondre dans un délai raisonnable. À défaut de sollicitation, l'information donnée est présumée suffisante. L'information porte au moins sur les conséquences du contrat en lien avec l'accès au juge évincé ou retardé.

Le contrat prend fin si les parties le décident d'un commun accord, au besoin par une clause de rétractation ou de dédit, s'il est définitivement exécuté, s'il est résolu dans les cas et formes prévus par les parties ou à la suite de l'inexécution constatée par le juge, ou s'il est annulé en l'absence de consentement suffisamment libre et éclairé.

Les parties sont tenues d'exécuter le contrat processuel. En cas d'inexécution, le juge peut en tirer toutes les conséquences procédurales adéquates prévues par la loi ou le contrat. La partie qui subit l'inexécution peut saisir le juge aux fins de faire condamner l'autre sous astreinte. Elles peuvent également stipuler une clause de responsabilité pour définir le montant de l'indemnisation due à la partie qui subit l'inexécution du contrat. Le juge peut d'office la modérer ou l'augmenter, si elle manifestement excessive ou dérisoire. Lorsqu'une juridiction administrative est manifestement saisie d'un litige en contravention avec le contrat de procédure, le juge peut prononcer une amende civile dans les conditions de l'article 741-12.

II. Les acteurs locaux de la justice, notamment la juridiction et le barreau, ont le devoir d'envisager le meilleur cadre procédural dans leur ressort. Ils peuvent négocier des contrats collectifs de procédure pour encadrer le règlement des conflits.

Chaque acteur local de la justice concerné par le contrat de procédure nomme, dans la mesure du possible, trois représentants chargés d'élaborer d'un commun accord les normes du contrat de procédure dans le ressort. Le groupe de travail définit le processus d'élaboration de la norme, notamment le cadre de la négociation collective et, s'il le souhaite, la présentation du projet de contrat aux membres des acteurs locaux concernés.

Le contrat de procédure est contraignant lorsque la loi le prévoit, quand il est conclu en vue d'assurer une expérimentation de procédure étatique ou quand la situation de la juridiction, mesurée par des éléments objectifs chiffrés, justifie d'optimiser le traitement procédural des litiges dans le ressort. Le contrat collectif demeure non contraignant dans les autres cas. Néanmoins, les acteurs du conflit peuvent, par la voie d'un contrat processuel individuel, rendre contraignant tout ou partie des dispositions du contrat collectif du ressort.

Sauf disposition contraire, le contrat contraignant est soumis pour validation à la mission d'inspection des juridictions administratives du Conseil d'État qui vérifie, dans les plus brefs délais, le pouvoir des acteurs locaux de la justice pour l'adopter, leur consentement et le respect des négociations processuelles.

Le contrat non contraignant mentionne dans son préambule qu'il ne peut faire l'objet d'une sanction étatique. Il peut toutefois faire l'objet d'une validation spontanée par la mission d'inspection du Conseil d'État.

Une fois que le contrat collectif est formé et le cas échéant, validé par la mission d'inspection des juridictions administratives du Conseil d'État, il est publié sur le site du gouvernement Légifrance, communiqué et présenté aux membres de chaque profession concernée par le biais des canaux de diffusion propres aux acteurs locaux de la justice et, dans chaque procédure, aux justiciables.

Pour chaque procès, le greffe informe, le plus tôt possible, les parties ou les avocats de l'existence d'un contrat collectif de procédure applicable. L'inexécution du contrat collectif contraignant peut donner lieu à l'application de l'article 741-12.

Le juge saisi écarte les dispositions du contrat collectif non validé par la mission d'inspection des juridictions administratives du Conseil d'État et qui est manifestement illicite. La contestation de la régularité du contrat collectif contraignant validé par la mission d'inspection est soumise à la section du contentieux du Conseil d'État qui statue dans les plus brefs délais sur sa disparition ou sa réfaction, cette dernière pouvant décider d'en suspendre l'application jusqu'à sa décision.



## **BIBLIOGRAPHIE**

### **OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX**

**C. ALBIGES**

« Introduction au droit », 7<sup>ème</sup> éd., *Larcier*, 2021

**S. AMRANI-MEKKI, Y. STRICKLER**

« Procédure civile », *PUF*, 2014

**P. ANCEL**

« Droit des obligations », 2<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2020

**J-L. AUBERT, F. COLLART-DUTILLEUL**

« Le contrat. Droit des obligations », 5<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2017

**J-L. AUBERT, E. SAVAUX**

« Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », 18<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2020

**C. AUBRY, C. RAU**

« Cours de droit civil français », t. 4, 5<sup>ème</sup> éd., *Imprimerie et librairie générale de jurisprudence*, 1902

**G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS**

« Droit du travail », 35<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2022

**L. BORE, J. BORE**

« La cassation en matière pénale », *DALLOZ*, 2017

**J. BOULEZ**

« Expertises judiciaires », 18<sup>ème</sup> éd., *Encyclopédies Delmas*, 2018

**B. BOULOC**

« Procédure pénale », 28<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2021

**A. BENABENT**

« Droit des obligations », 19<sup>ème</sup> éd., *LGDJ*, 2021

**A. BERGEAUD-WETTERWALD, E. BONIS, Y. CAPDEPON**

« Procédure civile », *Éditions CUVAS*, 2017

**J-L. BERGEL**

« Théorie générale du droit », 5<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2012

**S. BORTOLUZZI et alii.,**

« Règles de la profession d'avocat », 17<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2022

**R. CABRILLAC**

- « Droit des obligations », 14<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2020

- « Introduction générale au droit », 14<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2021

**L. CADIET, E. JEULAND**

« Droit judiciaire privé », 11<sup>ème</sup> éd., *LexisNexis*, 2020

**L. CADJET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI**

« Théorie générale du procès », 3<sup>ème</sup> éd., *PUF*, 2020

**J-M. CARBASSE**

« Histoire du droit pénal et de la justice criminelle », *PUF*, 3<sup>ème</sup> éd., 2014

**J. CARBONNIER**

- « Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur », 10<sup>ème</sup> éd., *LGDJ*, 2001

- « Droit civil », vol. 1. « Introduction, la famille, l'enfant le couple », *PUF*, 2004

**A. CASTALDO, Y. MAUSEN**

« Introduction historique au droit », 5<sup>ème</sup> éd., 2019

**F. CHABAS, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD**

« Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit », 12<sup>ème</sup> éd., *MONTCHRESTIEN*, rééd., 2000

**C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD**

« Procédure civile », *DALLOZ*, 35<sup>ème</sup> éd., 2020

**J. CHEVALLIER**

« L'État post-moderne », 5<sup>ème</sup> éd., *Droit et société*, 2017

**P. CHRETIEN, N. CHIFFLOT, M. TOURBE**

« Droit administratif », 17<sup>ème</sup> éd., *Sirey*, 2020

**S. CLAVEL**

« Droit international privé », 6<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2021

**G. CORNU, J. FOYER**

« Procédure civile », 3<sup>ème</sup> éd., *PUF*, 1996

**G. COUCHEZ, X. LAGARDE**

« Procédure civile », 17<sup>ème</sup> éd., *Sirey*, 2014

**H. CROZE, H. MOREL, O. FRADIN**

« Procédure civile », 4<sup>ème</sup> éd., *LexisNexis*, 2008

**P. DELEBECQUE, F. COLLART-DUTILLEUL**

« Contrats civils et commerciaux », 11<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2019

**M. DELMAS-MARTY**

« Le relatif et l'universel », *SEUIL*, 2005

**P. DEUMIER**

« Introduction générale au droit », 6<sup>ème</sup> éd., 2021, *LGDJ*

**J. DOMAT**

« Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et *legum delectus* », t. 1, *Etienne Ganeau*, 1735

**M. DOUENCE, M. AZAVANT**

« Institutions juridictionnelles », 5<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2021

**L. DUGUIT**

- « Traité de droit constitutionnel », t. 3, « La théorie générale de l'État », 2<sup>ème</sup> éd., *E. DE BOCCARD*, 1921

- « Traité de droit constitutionnel », t. 1 « La règle de droit - le problème de l'État », 3<sup>ème</sup> éd., 1927, *Ancienne Librairie FONTEMOING*

**M. FABRE-MAGNAN**

« Droit des obligations 1 - Contrat et engagement unilatéral », 6<sup>ème</sup> éd., *PUF*, 2021

**J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX**

« Droit civil. Les obligations », t.1, « L'acte juridique », 17<sup>ème</sup> éd., *Sirey*, 2022

**N. FRICERO et alii.**

« Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD), 3<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2017

**T. GARE, C. GINESTET**

« Droit pénal. Procédure pénale », 13<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2021

**J. GHESTIN, H. BARBIER**

« Traité de droit civil. Introduction générale », t. 1, 5<sup>ème</sup> éd., *LGDJ*, 2018

**P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA**

« Traité de droit administratif », t. 2, *DALLOZ*, 2011

**S. GUINCHARD et alii.**

« Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable », 11<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2021

**H. GUILLAUME, G. DUREAU, F. SILVENT**

« Gestion publique. L'État et la performance », *Presses Sciences Po et DALLOZ*, 2002

**S. GUINCHARD, A. VARINARD, T. DEBARD**

« Institutions juridictionnelles », 16<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2021

**J. HERON, T. LE BARS, K. SALHI**

« Droit judiciaire privé », *LGDJ*, 7<sup>ème</sup> éd., 2019

**J. HILAIRE**

« Adages et maximes du droit français », 2<sup>ème</sup> éd., 2015, *DALLOZ*

**H. HOEPFFNER**

« Droit des contrats administratifs », 2<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2019

**D. HOUTCIEFF**

« Droit des contrats », 6<sup>ème</sup> éd., *Bruylant*, 2021

**P. JESTAZ**

« Le droit », 11<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2021

**E. JEULAND**

« Droit processuel général », 4<sup>ème</sup> éd., *LGDJ*, 2018

**F. JULIEN-LAFFERRIERE**

« Pratique du contentieux administratif », *DALLOZ*, 2018

**M. LATINA, G. CHANTEPIE**

« Le nouveau droit des obligations » 2<sup>ème</sup> éd., *Dalloz*, 2018

**Y. LEQUETTE, F. TERRE, P. SIMLER, F. CHENEDE**  
« Droit civil. Les obligations », 12<sup>ème</sup> éd. *DALLOZ*, 2018

**F. LICHERE**  
« Droit des contrats publics », 3<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2020

**P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK**  
« Droit des obligations », 11<sup>ème</sup> éd., *LGDJ*, 2020

**B. MATHIEU**  
« La loi », 3<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2010

**F. MELIN-SOUCRAMANIEN, P. PACTET**  
« Droit constitutionnel », 40<sup>ème</sup> éd., *Sirey*, 2021

**L. MICHOU**  
« La notion de personnalité morale », t. 1, *LGDJ*, 1932

**E. MILLARD**  
« Théorie générale du droit », 2<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2022

**H. MOTULSKY**  
- « Écrits, Études et notes sur l'arbitrage », *DALLOZ*, 1974  
- « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », *DALLOZ*, rééd., 2002  
- « Écrits. Études et notes de procédure civile », *DALLOZ*, rééd., 2009

**M. PLANIOL, G. RIPERT**  
« Traité élémentaire de droit civil » tome II, *Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence*, 1931

**P. PEDRON, J-P DUROCHE**  
« Droit pénitentiaire », 4<sup>ème</sup> éd. *VUIBERT*, 2019

**A. PERRIN**  
« Contentieux administratif », 2<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2021

**E-N. PIGEAU**  
« Introduction à la procédure civile », *EBERHART*, 1811

**B. PONS**  
« Contrat de transaction - Solutions transactionnelles », *DALLOZ*, 2013

**R-J. POTHIER**  
« Traité des obligations » rééd., *DALLOZ*, 2011

**J. PRADEL**  
« Droit pénal général », 22<sup>ème</sup> éd., *Éditions CUVAS*, 2019

**J-B. RACINE**  
« Droit de l'arbitrage », *PUF*, 2016

**J-C. RICCI, F. LOMBARD**  
« Droit administratif des obligations », 1<sup>ère</sup> éd., *Sirey*, 2018

**L. RICHER, F. LICHERE**  
« Droit des contrats administratifs », 12<sup>ème</sup> éd., *LGDJ*, 2021



**J. ROCHFELD**

« Les grandes notions du droit privé », *PUF*, 2013

**M-C. ROUAULT**

« Droit administratif et institutions administratives », 6<sup>ème</sup> éd., *Bruylant*, 2020

**P. ROUBIER**

« Théorie générale du droit », *DALLOZ*, rééd., 2005

**R. ROUQUETTE**

« Petit traité du procès administratif », 9<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2020

**B. SEILLER, M. GUYOMAR**

« Contentieux administratif », 6<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2021

**C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT**

« Droit de l'arbitrage interne et international », 2<sup>ème</sup> éd., *LGDJ*, 2019

**Y. STRICKLER, A. VARNEK**

« Procédure civile », 11<sup>ème</sup> éd., *Bruylant*, 2022

**J-J. TAISNE**

« La Déontologie de l'avocat », 11<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2019

**F. TERRE, N. MOLFESSIS,**

« Introduction générale au droit », 13<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2021

**F. TERRE, D. FENOUILLET**

« Droit civil. Les personnes », 8<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2012

**M. TROPER**

« La philosophie du droit, *PUF*, 5<sup>ème</sup> éd., 2018

**M. UBAUD-BERGERON**

« Droit des contrats administratifs », 4<sup>ème</sup> éd., *LexisNexis*, 2022

**H. VIZIOZ**

« Études de procédure », *DALLOZ*, rééd., 2011

**J. WALINE**

« Droit administratif », 28<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2020

**F. ZENATI-CASTAING, T. REVET**

« Cours de droit civil. Contrats », 1<sup>ère</sup> éd., *PUF*, 2014

## THÈSES ET MONOGRAPHIES

**I. ACLOMBESSI**

« Le substantiel dans l'appréciation du droit d'agir », thèse, PARIS, 2019

**N. ALIPRANTIS**

« La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes », *LGDJ*, 1980

**D. BAILLEUL**

« L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français », *LGDJ*, 2002

**S. BARRY**

« Le droit du bénéficiaire d'avant-contrats », thèse, TOULOUSE, 2019

**L. BERTHIER**

« La qualité de la justice », thèse, LIMOGES, 2011

**C. BLERY**

« L'efficacité substantielle des jugements civils », *LGDJ*, 2000

**C. BOISMAIN**

« Les contrats relationnels », thèse, NANTES, 2004

**M. BOUCARON-NARDETTO**

« Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage », *PUAM*, 2013

**M-E. BOURSIER**

« Le principe de loyauté en droit processuel », *DALLOZ*, 2003

**L. BOYER**

« La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif », *Recueil Sirey*, 1947

**S-M. CABON**

« La négociation en matière pénale », *LGDJ*, 2016

**R. CABRILLAC**

« L'acte juridique conjonctif », *LGDJ*, 1990

**Y. CAPDEPON**

« Essai d'une théorie générale des droits de la défense », *DALLOZ*, 2013

**J-M. CARBASSE, G. LEYTE**

« L'État royal, XII<sup>ème</sup> - XVIII<sup>ème</sup> siècle. Une anthologie », *PUF*, 2004

**R. CARRE DE MALBERG**

« Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français », t. 2, *Éditions du CNRS*, 1920-1922

**N. CAYROL**

« Les actes ayant pour objet l'action en justice », *Economica*, 2001

**L. CHARBONNEL**

« La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat », thèse, AVIGNON, 2010

**F. CHENEDE**

« Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations », *Economica*, 2008

**D. CHOLET**

« La célérité de la procédure en droit processuel », *LGDJ*, 2006

**A-S. CHRETIEN**

« Contrat et action en justice », thèse, NANTES, 2000

**F. CLEMENT**

« L'acte juridique irrégulier efficace. Contribution à la théorie de l'acte juridique », thèse, PARIS, 2017

**J. COMMAILLE**

« Territoires de justice. Une sociologie politique de la carte judiciaire », *PUF*, 2000

**P. COLLET**

« L'acte coercitif en procédure pénale », *Éditions Panthéon-Assas*, 2018

**D. DE BECHILLON**

« Qu'est-ce qu'une règle de droit », *Éditions Odile JACOB*, 1997

**M. DE FONTMICHEL**

« Le faible et l'arbitrage », *Economica*, 2013

**B. DE LUYNES DE FUMICHON**

« Histoire de la médiation », *Médias et Médiations*, 2016

**B. DELCROS**

« L'unité de la personnalité juridique de l'État », *LGDJ*, 1976

**J. DELVALLEE**

« La collégialité en droit des sociétés », *DALLOZ*, 2019

**E. DEIRMENDJIAN**

« La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile », thèse, TOULON, 2012

**S. DIABATE**

« Les procédures contractuelles », thèse, PARIS, 2021

**P. DIDIER**

« De la représentation en droit privé », *LGDJ*, 2000

**R. DIJOUX**

« La contractualisation des droits fondamentaux », *L'Harmattan*, 2012

**V. D. DO**

« Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français », thèse, AIX-MARSEILLE, 2004

**M. DOCHY**

« La dématérialisation des actes du procès civil », thèse, *DALLOZ*, 2021

**F. DREIFUSS-NETTER**

« Les manifestations de volonté abdicatives », *LGDJ*, 1985

**P. DEUMIER**

« Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit », *Economica*, 2002

**R. ENCINAS DE MUÑAGORRI**

« L'acte unilatéral entre les parties au contrat », *LGDJ*, 1996

**A. ENGEL-CREACH**

« Les contrats judiciairement formés », *Economica*, 2002

**J. EXBRAYAT**

« La contractualisation en droit des personnes », thèse, TOULOUSE, 2018

**M. FABRE-MAGNAN**

« De l'obligation d'information dans les contrats », *LGDJ*, rééd., 2014

**A. DENIS-FATOME**

« Apparence et contrat », *LGDJ*, 2004

**Y. FERKANE**

« L'accord collectif de travail », *DALLOZ*, 2017

**O. FLIPO-BOUCHAARA**

« Le lien contractuel », thèse, ORLEANS, 2001

**G. FOREST**

« Essai sur la notion d'obligation », *DALLOZ*, 2012

**C. SEVELY-FOURNIE**

« Essai sur l'acte juridique extinctif », *DALLOZ*, 2010

**B. FRELETEAU**

« Devoir et incombance en matière contractuelle », *LGDJ*, 2017

**E. GAILLARD**

« La notion de pouvoir en droit privé », *Economica*, 1985

**D. GALBOIS**

« La notion de contrat : esquisse d'une théorie juridique », thèse, *LGDJ*, 2020

**A. GARAPON, J. LASSEGUE**

« Justice digitale », PUF, 2018

**F. GENY**

« Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique », t. 1 et t. 2, rééd, *LGDJ*, 1919

**S. GERRY-VERNIERES**

« Les "petites" sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes », *LGDJ*, 2012

**T. GOUJON-BETHAN**

« L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle », *LGDJ*, 2021

**Y. GUENZOU,**

« La notion d'accord en droit privé », *LGDJ*, 2009

**S. GUILLEMARD, S. MENETREY**

« Comprendre la procédure civile québécoise », *Éditions Yvon BLAIS*, 2011

**J-F. HAMELIN**

« Le contrat alliance », *Economica*, 2010

**J. HAUSER**

« Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique », *LGDJ*, 1971

**M. HAURIOU**

« Principes de droit public », *DALLOZ*, rééd., 2010

**S. HOURSON**

« Les conventions d'administration », *LGDJ*, 2014

**E. JEULAND**

« Théorie relationniste du droit », *LGDJ*, 2016

**J. JOLY-HURARD**

« Conciliation et médiation judiciaires », *PUAM*, 2012

**Y. JOSEPH-RATINEAU**

« La privatisation de la répression pénale », thèse, AIX-MARSEILLE, 2013

**M. LAROUER**

« Les codes de conduite, sources du droit », *DALLOZ*, 2018

**P. LAURENT**

« Contrat et droit pénal », thèse, Aix-MARSEILLE, 2001

**S. LEQUETTE**

« Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat », *Economica*, 2012

**R. LIBCHABER**

« L'ordre juridique et le discours du droit », *LGDJ*, 2013

**P. LOKIEC**

« Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé du rapport contractuel », *LGDJ*, 2004

**F. MALBOSC-CANTEGRIL**

« Essai sur l'acte juridique conjonctif », thèse, TOULOUSE, 1991

**J. MARTIN DE LA MOUTTE**

« L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil », *Sirey*, 1951

**E. MAUPOINT**

« Le contrat judiciaire », thèse, PARIS, 1911

**L. MAYER**

« Actes du procès et théorie de l'acte juridique », *IRJS*, 2009

**M. EMANE MEYO**

« La norme facultative », thèse, ORLEANS, 2016

**C. MIANSONI**

« Les modes de poursuite devant les juridictions pénales », thèse, PARIS, 2018

**J. MIGUET**

« Immutabilité et évolution du litige », *LGDJ*, 1977

**V. MONTEILLET**

« La contractualisation du droit de l'environnement », *DALLOZ*, 2017

**J. MOUCHETTE**

« La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes », *LGDJ*, 2019

**Y. MULLER**

« Le contrat judiciaire », thèse, PARIS, 1995

**F. OST, M. VAN DE KERCHOVE**

« De la pyramide au réseau », *Presses de l'Université de SAINT-LOUIS*, 2010

**S. OUSMANOU**

« Les conventions relatives au procès contribution à l'étude de la contractualisation de la justice », thèse, RENNES, 1997

**A-L. PASTRE-BOYER**

« L'acte juridique collectif en droit privé français. Contribution à la classification des actes juridiques », *PUAM*, 2006

**J-B. PERRIER**

« La transaction en matière pénale », *LGDJ*, 2014

**E. PETIT**

« La mission de conciliation du juge : réflexions sur l'office du juge », thèse, NANTES, 2006

**X. PIN**

« Le consentement en matière pénale », *LGDJ*, 2002

**C. POLI**

« L'unité fondamentale des accords amiables », thèse, AIX-MARSEILLE, 2018

**A-L. PONSARD**

« La transaction administrative », thèse, PARIS 2015

**A. POSEZ**

« L'inexistence du contrat », thèse, PARIS, 2010

**A. RABAGNY**

« L'image juridique du monde », *PUF*, 2003

**G. RIPERT**

« Les forces créatrices du droit », *LGDJ*, rééd., 1994

**M. REVERCHON-BILLOT**

« La question litigieuse en matière contractuelle », *DALLOZ*, 2017

**J-F. ROBERGE**

« La justice participative », *Éditions Yvons Blais*, 2017

**J. ROCHAT**

« L'amitié en droit privé », *PUAM*, 2018

**P. ROUBIER**

« Droits subjectifs et situations juridiques », *DALLOZ*, rééd., 2005

**G. ROUHETTE**

« Contribution à l'étude critique de la notion de contrat », thèse, PARIS, 1965

**G. ROUJOU DE BOUBEE**

« Essai sur l'acte juridique collectif », *LGDJ*, 1961

**G. SANSONE**

« Les sanctions en procédure civile », thèse, AIX-MARSEILLE, 2019

**R. SCABORO**

« Les conventions relatives à la preuve », thèse, TOULOUSE, 2013

**C. SEVELY-FOURNIE**

« Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé », *DALLOZ*, 2010

**M. STORCK**

« Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », *LGDJ*, 1982

**A. TANI**

« L'ordre public et le droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français », thèse, TOULOUSE, 2018

**B. THULLIER**

« L'autorisation. Étude de droit privé », *LGDJ*, 1996

**S. TORRICELLI-CHRIFI**

« La pratique notariale, source du droit », *Deffrénois*, 2015

**M. TOUCHAIS**

« La règle impérative », thèse, PARIS, 2019

**M. VILLEY**

« Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit », *DALLOZ*, 2001

**V. WESTER-OUISSE**

« Convention et juridiction pénale », thèse, NANTES, 1999

**G. WICKER**

« Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique », *LGDJ*, 1997

## DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES

**D. ALLAND, S. RIALS (dir.)**

« Dictionnaire de la culture juridique », *PUF*, 2003

**C. AMBROISE-CASTEROT**

« Aveu », *Rép. dr. pén et proc. pén.*, 2020

**H. BOUCARD**

« Responsabilité contractuelle », *Rép. dr. civil*, 2022

**L. BLOCH**

« Assurances terrestres », *Jcl Resp. civ. et assurances*, fasc. n°11-20, 2022

**L. CADIET (dir.)**

- « Dictionnaire de la justice », *PUF*, 2004

- « Clauses relatives au litige », *Jcl Contrats - Distribution*, fasc. n° 190, 2016

**R. CARIO**

« Justice restaurative », *Rép. dr. pén et proc. pén.*, 2022

**N. CAYROL**

« Procédure devant le tribunal de grande instance », *Rép. proc. civ.*, 2019

**D. CHOLET**

« Assistance et représentation en justice », *Rép. proc. civ.*, 2021

**G. CORNU (dir.)**

« Vocabulaire juridique », 14<sup>ème</sup> éd., *PUF*, 2022

**G. COURTIEU**

« Abus du droit d'agir en justice », *Jcl Code civil*, 2022

**E. DE LEIRIS**

« Communication électronique », *Rép. proc. civ.*, 2021

**G. DEHARO**

« Contrat judiciaire », *Rép. proc. civ.*, 2019

**P. DELVOLVE**

« Conseil d'État », *Rép. contentieux admin.*, 2020

**M. DOCHY**

« Communication électronique en matière civile », *JCL Procédures formulaire*, fasc. n° 10, 2021

**P. FOUCHARD**

« Arbitrage commercial international - sources », *Jcl Droit international*, fasc. n° 702, 1993

**N. FRICERO**

- « Acquiescement », *Jcl. Proc. civ.*, fasc. n° 800-45, 2018

- « Désistement », *Jcl. Proc. civ.*, fasc. n° 800-40, 2021

- « Parties à l'instance d'appel - Appellant. Intimé », *Jcl. Proc. civ.*, fasc. n° 900-65, 2021

- « Procédure participative de recherche d'un accord et de mise en état », *Rép. proc. civ.*, 2020

**E. GAILLARD**

« Arbitrage commercial international - convention d'arbitrage - effets - droit commun et droit conventionnel », *Jcl Dr. international*, fasc. n° 706, 2014

**N. GERBAY**

« Jugements susceptibles ou non d'appel », *Jcl. Proc. civ.*, fasc. n° 900-60, 2021

**S. GUINCHARD, T. DEBARD**

« Lexique des termes juridiques », 29<sup>ème</sup> éd., *DALLOZ*, 2021

**V. HAIM**

« Frais de justice », *Rép. contentieux admin.*, 2019



**J. HILAIRE**

« Dictionnaire de culture juridique », *PUF*, 2003

**D. HOUTCIEFF**

« Renonciation », *Rép. dr. civ.*, 2021

**F. JULIENNE**

« Transaction-Notion », *Jcl Civil*, fasc. n° 10, 2017

**M. LATINA**

« Contrat : généralités - notion de contrat », *Rép. dr. civ.*, 2021

**G. Le CHATELIER**

« Transaction », *Rép. contentieux admin.*, 2019

**J-J. LEMOULAND, G. PIETTE, J. HAUSER**

« Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. dr. civ.*, 2021

**S. LEQUETTE, C. BRENNER**

« Acte juridique », *Rép. dr. civ.*, 2019

**E. LOQUIN**

« Conventions d'arbitrage, conditions de fond. Litige arbitrable », *Jcl Proc. civ.*, fasc. 1800-50, 2021

« Arbitrage - aperçu historique - aperçu de droit comparé », *Jcl Proc. civ.*, fasc. n° 1010, 2015

**G. MAUGAIN**

« Acte de procédure », *Rép. proc. civ.*, 2022

**F. MOLINS**

« Ministère public », *Rép. dr. pén. et proc. pén.*, 2020

**B. MOREAU et alii**

« Arbitrage en droit interne », *Rép. dr. civ.*, 2019

**S. NADAL**

« Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective », *Rép. dr. trav.*, 2020

**G. PEISER**

« Incidents de procédure », *Rép. contentieux admin.*, 2018

**J-B. PERRIER**

« Médiation pénale », *Rép. dr. pén. et proc. pén.*, 2021

**S. PIERRE-MAURICE**

« Requête conjointe », *Rép. proc. civ.*, 2019

**L-F. PIGNARRE**

« Convention d'arbitrage », *Rép. dr. civ.*, 2019

**S. POLLOT-PERUZZETTO**

« Médiation », *Rép. droit européen*, 2018

**M. REDON**

« Mesures d'instruction confiées à un technicien », *Rép. proc. civ.*, 2021

**M. REVERCHON-BILLOT**

« Transaction », *Rép. proc. civ.*, 2019

**B. SEILLER**

« Acte administratif : identification », *Rép. contentieux admin.*, 2020

**Y. STRICKLER**

- « Acquiescement », *Rép. proc. civ.*, 2021

- « Désistement », *Rép. proc. civ.*, 2020

**G. TEBOUL**

« Actes unilatéraux : États » *Rép. droit international*, 2016

**J. THERON**

« Moyens de défense - généralités », *Jcl Proc. civ.*, fasc. n° 600-30, 2021

**G. VACHET**

« Négociation. Convention et accord collectif - qualification, nature juridique », *Jcl Travail*, fasc. n° 1-30, 2022

**L. WEILLER**

« Principes directeurs du procès - la matière litigieuse, conciliation du principe dispositif et du principe de juridiction », *Rép. proc. civ.*, 2019

**G. WICKER, J-C. PAGNUCCO**

« Personne morale », *Rep. dr. civ.*, 2018

## ARTICLES – CHRONIQUES – NOTES

**H. ADIDA-CANAC**

« Actualité de l'inexistence des actes juridiques, Rapport de la C. Cass., 2004

**F. ALHAMA**

« Transaction et renonciation à l'exercice du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2017, p. 503

**E. ALLAIN**

« Des contrats d'objectifs pour réduire la durée des procédures », *DALLOZ Actualité*, 5 févr. 2007

**G. ALPA**

« Le contrat "individuel" et sa définition » *RIDC*, vol. 40, n° 2, avr.-juin 1988, p. 327

**F. ALT-MAES**

- « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *RSC*, 2002, p. 251

- « Vers une contractualisation du droit pénal » in « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation) », *Publications de l'université de ROUEN*, 2004, p. 49

**C. AMBROISE-CASTEROT**

« Le consentement en matière pénale » in « Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire », *Mél. J. PRADEL, Éditions CUJAS*, 2006, p. 29

**M. AMILHAT**

« Contractualisation, négociation, consensualisme : nouvelles approches du droit public », *RFDA*, 2018

**D. AMMAR**

« Preuve et vraisemblance », *RTD civ.*, 1993, p. 499

**S. AMRANI-MEKKI**

- « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.*, 5 juin 2008, n° 157, p. 2
- « Le principe de célérité », *RFAP*, 2008/1, n° 125, p. 43
- « L'avocat du 21<sup>ème</sup> siècle - Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats », *JCP G.*, n° 41, 5 oct. 2015, 1052
- « L'acte de procédure d'avocats, signe d'une nouvelle ère pour la procédure civile » in « Quarante ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile », C. BLERY, L. RASCHEL (dir.), *DALLOZ*, 2016, p. 17
- « L'acte de procédure d'avocat » in « 40 ans après... une nouvelle ère pour la procédure civile », C. BLERY, L. RASCHEL (dir.), *DALLOZ*, 2016, p. 17
- « La redéfinition des règles de procédure sous contrainte managériale », *Gaz. Pal.*, 30 août 2016, n° 29, p. 56
- « Existe-t-il un recours contre la décision d'homologation d'un accord amiable ? », *Gaz. Pal.*, 29 nov. 2016, n° 42, p. 59
- « L'appel en matière civile : en marche vers un nouvel équilibre procédural ? À propos du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile », *JCP G.*, n° 23, 5 juin 2017, doct. 659
- « Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire », *JCP G.*, supplément n° 13, 26 mars 2018, p. 63
- « Le sens de la déjudiciarisation », *JCP N.*, n° 14, 6 avr. 2018, p. 1150
- « Nouvelles réformes de procédure civile. Vous avez dit simplification ? », *JCP G.*, n° 3, 20 janv. 2020, doct. 75, n° 31
- « Noël du procédurier : la réforme est-elle vraiment un cadeau ? », *Gaz. Pal.*, 28 janv. 2020, n° 4, p. 68
- « Limitation aux seuls chefs du dispositif et non aux demandes formées » *Procédures*, n° 10, oct. 2020, comm. 16
- « Propos introductifs », *JCP G.*, supplément n° 7-8, 17 févr. 2021, p. 9 ;
- « Les conventions relatives au procès. Retour sur la notion de consentement » in « Les coutures du droit », Mél. P. THERY, *LGDJ, DALLOZ*, 2022

**P. AMSELEK**

- « Norme et loi », *APD*, n° 25, 1980, p. 94
- « Le rôle de la pratique dans la formation du droit : aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *Rev. dr. public*, 1983, p. 1471
- « Philosophie du droit et théorie des actes de langage » in « Théorie des actes de langage, éthique et droit », P. AMSELEK (dir.), *PUF*, 1986
- « L'acte juridique à travers la pensée de Charles EISENMANN », *APD*, n° 32, 1987, p. 305
- « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *RRJ*, 1999-1, p. 47
- « Les fonctions normatives ou catégories modales » in « L'architecture du droit », Mél. M. TROPER, *Economica*, 2006, p. 51
- « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques » sur [www.paul-amselek.com](http://www.paul-amselek.com)

**T. ANDRIEU**

« Chantiers de la justice : pour une nouvelle donne procédurale », *JCP G.*, supplément au n° 13, 26 mars 2018, p. 7

**F. ANCEL**

- « Quel juge pour le contrat au xxi<sup>ème</sup> siècle ? », *D.*, 2017, p. 721
- « La nouvelle chambre commerciale internationale de la cour d'appel de PARIS : quels enjeux procéduraux ? », *JCP G.*, supplément n° 14, 8 avr. 2019, p. 49
- « La chambre commerciale internationale de la cour d'appel de PARIS », *RDA*, n° 18, mai 2019, p. 14
- « L'accès aux chambres : compétences et contentieux. Les compétences de la CCIP-CA », *RLDA*, supplément au n° 152, 1<sup>er</sup> octobre 2019

**P. ANCEL**

- « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.*, 1996, p. 299
- « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.*, 1999, p. 771
- « Le "droit *in vivo*", ou plaider d'un membre de la "doctrine" pour la recherche juridique empirique » in « Libres propos sur les sources du droit », Mél. P. JESTAZ, *DALLOZ*, 2006, p. 13
- « Proposition de modification de l'article 1103 du Code civil : revenons à Domat ! », *RDC*, 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 1444, p. 166
- « Sur une approche nominaliste du contrat » in « *Liber Amicorum* », Mél. F. COLLART-DUTILLEUL, *DALLOZ*, 2017, p. 5

**P. ANCEL, M. COTTIN**

- « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *D.*, 2003, p. 1386

**H. APCHAIN**

- « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », *AJDA*, 2012, p. 857

**C. ARENS**

- « Préface », *RLDA*, n° 152, supplément, 1<sup>er</sup> oct. 2019

**J. ARROYO**

- « Transaction et renonciation à l'exercice du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2019, p. 1056

**A. ARTIAS, P. BARBIER**

- « Les conventions judiciaires d'intérêt public », *Cah dr. entreprise*, n° 1 janv. 2020, doss. 3

**D. ARTUS**

- « L'an II de la transaction administrative », *JCP A.*, 4 mars 2019, n° 9, 2061

**M. ATTAL**

- « Heurts et malheurs de la dématérialisation de la procédure d'appel », *JCP G.*, avr. 2013, 490
- « La personnalité des ordres professionnels » in « La personnalité juridique », X. BIOY (dir.), *Presses de l'Université de TOULOUSE*, 2013, p. 115

**E. AUBIN**

- « Le champ de la transaction s'étend aux litiges liés à la mise à la retraite pour invalidité », *AJFP*, 2020, p. 60

**A. AUDRERIE**

- « L'accès au droit du règlement amiable des différends en France. Pour une offre de justice lisible » in « Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité », L. CASAUX-LABRUNEE, J-F. ROBERGE (dir.), N. BELLOUBET, (préf.), *Lextenso Éditions*, 2018, p. 81

**A. AUDRERIE, V. GARCIA**

- « Contrat et procès : double "je" » in « Jeu (x) et droit » A. CHARPY, V. GARCIA, C. REVET, S. SEBAL (dir.), *Éditions L'Épitoge*, vol. XXIV, oct. 2019, p. 84

**B. AUGIER**

- « "Contrats de procédure" : attention, danger ! », *RPDS* n° 790 févr. 2011

**L. AYNES**

- « À propos de la force obligatoire du contrat », *RDC*, n° 1, p. 323, 1<sup>er</sup> déc. 2003

**F. BACHAND**

- « Les principes généraux de la justice civile et le nouveau code de procédure civile », *McGill Law Journal*, 2015, 60 : 2, p. 447

**I. BALENSI**

« L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.*, 1978, p. 58

**H. BARBIER**

- « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat », *RTD civ.*, 2013, p. 832

- « Un contrat nul car conclu avec une entité dépourvue de personnalité juridique peut faire l'objet d'un commencement d'exécution ! et même d'une ratification ! ! », *RTD civ.*, 2017, p. 647

- « Vers une interprétation stricte du champ des clauses de conciliation ou de médiation », *RTD civ.*, 2019, p. 578

**C. BARROIS DE SARIGNY**

« Désistement d'office : le Conseil d'État sanctionne l'usage abusif de la nouvelle procédure », *AJDA*, 2019, p. 1941

**S. BARRY**

« Détermination de la nature de l'obligation du promettant d'un pacte de préférence et élargissement de son champ d'action », *LPA*, 14 mars 2019

**H. BATIFFOL**

« La "crise du contrat" et sa portée », *APD*, 1968

**D. BAUER, P. MBANZOULOU**

« La justice restaurative constitue un "horizon d'apaisement" », *LPA*, 24 juin 2019, n° 125, p. 4

**J-S. BAZILLE**

« Chambres commerciales internationales. Deux ans après leur création : bilan et perspectives dans un contexte remanié », *JCP G.*, n° 25, 22 juin 2020, doct. 769

**G. BEAUSSONIE**

« Sauver l'environnement par le droit pénal ? », *Rsc*, 2021, p. 873

**K. BECKER**

« Plateformes de règlement de litiges décentralisées : vers une justice plus juste ?, *DALLOZ IP/IT*, 2022, p. 13

**J-M. BELORGEY**

« Deux RAPO pour le prix d'un », *AJDA*, 2016, p. 2185

**Y. BENHAMOU**

« Vers une inexorable privatisation de la justice, contribution à une étude critique de l'une des missions régaliennes de l'État », *D.*, 2003, p. 2771

**D. BENICHOU**

« L'efficacité au service de la justice pénale », *Gaz. Pal.*, 27 nov. 2007, n° 331, p. 33

**M. BENILLOUCHE**

« La censure constitutionnelle de la correctionnalisation judiciaire : une occasion manquée... », *D.*, 2013, p. 1219

**D. BENSUADE**

« Le RPVA et le bon sens sont-ils conciliables ? », *Gaz. Pal.*, 19 nov. 2019, n° 40, p. 25

**A. BERGEAUD-WETTERWALD**

« Vers un nouveau paradigme de la justice ? » in « Quelles mutations pour la justice pénale du XXI<sup>ème</sup> siècle ? », S. PELLE (dir.), p. 14

**B. BERGMANS**

« Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé, contribution à une théorie générale des contrats », *RRJ*, 1990, p. 411

**P. BERLIOZ**

« Droit souple ou droit dur, un (non) choix lourd de conséquences », *Rev. sociétés*, 2018, p. 644

**B. BERNABE**

« L'obsolescence programmée du juge ? Propos liminaires sur l'irruption de la justice amiable dans la justice judiciaire », *JCP G.*, suppl. n° 51, 17 déc. 2018, p. 16

**G. BERNARD-VINCENT**

« La médiation obligatoire en matière administrative », *JDA*, 2017, chron. 4

**S. BERNHEIM-DESVAUX**

« La clause de direction de procès », *CCC*, n° 4, avr. 2015, form. 4

**L. BERTHIER, J-P. JEAN**

in « Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur les enjeux contemporains de l'administration de la justice », L. CADIET, J-P. JEAN, H. PAULIAT (dir.), *IRJS*, 2014, p. 163

**P. BERTRAND**

« Une unité et un pôle transversal de médiation. Innovations et expérimentations à la cour d'appel de PAU » in « La médiation, expériences, évaluations et perspectives », colloque du 5 juill. 2018, Mission de recherche Droit et Justice, p. 41

**J-P BERTREL**

« Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com.*, 1996, p. 595

**I. BEYNEIX, L-C. LEMMET**

« La négociation des contrats », *RTD com.*, 2016, p. 1

**C. BIGLIA, L.P. SPINOSA**

« Le rôle de la conciliation en matière de procédure civile » in « Techniques de médiation et de conciliation », *Bulletin international des sciences sociales*, vol X, n° 4, 1958, p. 641

**T. BIGOT**

« Le Conseil d'État précise une nouvelle fois les règles de recours au désistement d'office », *DALLOZ Actualité*, 6 avr. 2020

**E. BINOCHÉ**

« Expertise et contractualisation : de nouvelles avancées », *D.*, 2007, p. 2380

**C. BLERY**

- « De la contractualisation à la réglementation unilatérale : dérive des protocoles de mise en état », *Procédures*, n° 2, févr. 2012, alerte 5

- « Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de BOBIGNY : un exemple à suivre ? » *JCP G.*, n° 42, 15 oct. 2012, 1109

- « Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de LYON : un exemple qui interroge », *JCP G.*, n° 50, 10 déc. 2012, 1357

- « Pas d'acceptation tacite de la communication électronique pour l'avocat toulousain adhérent au RPVA ! », *JCP G.*, n° 4, 21 janv. 2013, 6910 déc. 2012, 1357
- « Convention interbarreaux de la cour d'appel de TOULOUSE du 20 mars 2013 : et un protocole de plus ! », *Jcp G.*, 20 mai 2013, 556
- « Les métamorphoses des sources », *Gaz. Pal.*, 31 juill. 2014, n° 212, p. 178
- « Irrecevabilité des irrecevabilité-greffes : ça va mieux en le disant », *JCP G.*, 2015, 1125
- « Un mémoire transmis par RPVA au soutien d'un appel est-il recevable ? », *Gaz. Pal.*, 17 mai 2016, n° 18, p. 75
- « Les protocoles de procédure » in « La qualité de la norme », E. BONIS, V. MALABAT (dir.), *Mare & Martin*, 2016, p. 177
- « De l'obligation, pour les avocats, de dédier les conclusions au magistrat instructeur - Ou de l'obligation de "soigner leur copie" ! » *D.*, 2016, p. 1290
- « Rejet, par la Cour de cassation, d'un droit dur "protocolaire" », *D.*, 2017, p. 2353
- « Déclaration d'appel et notification du jugement par RPVA : le code, rien que le code », *DALLOZ Actualité*, 19 sept. 2017
- « La procédure civile : entre adaptations nécessaires et stabilité indispensable, un bien difficile équilibre... », *DALLOZ Actualité*, 17 oct. 2017
- « Les protocoles n'engagent que ceux qui les respectent ! », *DALLOZ Actualité*, 7 nov. 2017
- « Amélioration et simplification de la procédure civile : du bon et du moins bon », *DALLOZ Actualité*, 7 févr. 2018
- « Le protocole, le juge de l'exécution et la communication par voie électronique », *DALLOZ Actualité*, 13 mars 2018
- « RPVA : pourquoi pas le droit alors qu'il y a les tuyaux », *DALLOZ Actualité*, 14 sept. 2018
- « 1<sup>er</sup> septembre 2019 : communication par voie électronique obligatoire devant le TGI », *DALLOZ Actualité*, 2 sept. 2019
- « Le protocole, le recours en annulation et la communication par voie électronique », *DALLOZ Actualité*, 2 oct. 2019
- « Réforme de la procédure civile : prise de date d'audience devant le tribunal judiciaire », *DALLOZ Actualité*, 24 déc. 2019
- « Arrêté du 20 mai 2020 relatif à la CPVE en matière civile devant les cours d'appel : entre espoir et déception... », *DALLOZ Actualité*, 2 juin 2020
- « Protocoles de procédures » in « Droit et pratique de la procédure civile 2021-2022 », *DALLOZ*, 2021, p. 1096, n° 411, s.

#### **C. BLERY, G. HUVELIN**

- « Pourquoi des protocoles de procédure alors qu'il y a un code de procédure civile ? », *Gaz. Pal.*, 8 sept. 2012, n° 252, p. 9
- « Mais que fait la Chancellerie ? », *Gaz. Pal.*, 26 mars 2013, n° 85, p. 123

#### **C. BLERY, J-P. TEBOUL**

- « La communication électronique par voie procédurale, de la procédure avant tout ! », *JCP G.*, 2012, 1189
- « Instruction des affaires devant le tribunal de commerce. À propos du décret du 24 décembre 2012 (chap. IV) », *JCP G.*, n° 4, 21 janv. 2013, p. 67
- « Numérique et échanges procéduraux » in « Vers une procédure civile 2.0 », C. BLERY, L. RASCHEL (dir.), *LGDJ*, 2018, p. 9
- « Dématérialisation des procédures : saisine d'une juridiction par le Portail du justiciable », *DALLOZ Actualité*, 5 mars 2020

#### **P. BOILLAT, S. LEYENBERGER**

- « L'administration et l'évaluation du service public de la justice, vu du Conseil de l'Europe », *RFAP* 2008/1, n° 125, p. 55

**G. BOLARD**

« Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri MOTULSKY », *JCP G.*, n° 30, 28 juill. 1933, 3693

« Notre belle action en justice » in « De code en code », Mél. WIEDERKHER, *DALLOZ*, 2009, p. 17

**A. BOLZE**

- « Respect du principe du contradictoire par le juge civil », *DALLOZ Actualité*, 15 oct 2019

- « Recevabilité de la demande d'homologation d'un acte de liquidation présentée par un seul époux », *DALLOZ Actualité*, 3 mars 2020

**A. BONFLIS**

« Utilisation et évolution des contrats locaux de sécurité », *AJ collectivités territoriales*, 2010, p. 155

**G. BORENFREUND**

« Les syndicats bénéficiaires d'un accord collectif », *Dr. soc.*, 2001, p. 821

**J. BOSSAN**

« La dématérialisation de la procédure pénale », *D.*, 2012, p. 627

**J. BOSSAN, J. LHULLIER**

« Protocoles informatiques et administration coopérative de la justice » in « Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur les enjeux contemporains de l'administration de la justice », L. CADIET, J-P. JEAN, H. PAULIAT (dir.), *IRJS*, 2014, p. 207

**F. BOTTINI**

« L'impact du *new public management* sur la réforme territoriale », *RFDA*, 2015, p. 717

**J-F BOUDET**

« La grammaire Lolftienne », *RFDA*, 2015, p. 1215

**M-E. BOURSIER**

« Un nouveau principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats », *D.*, 2005, p. 2570

**S. BOUSSARD**

« Le déploiement des modes alternatifs au procès administratif. Le cas de la médiation administrative dans la loi de justice du XXI<sup>ème</sup> siècle » in « Les chimères de l'alternativité ? », Regards croisés sur les modes alternatifs de règlement des différends », S. AMRANI-MEKKI, G. DAVY, S. KERNIS, M. ROCCATI (dir.), *Mare & Martin*, 2018, p. 119

**C. BOYER-CAPELLE**

« Gestion des dossiers et qualité de la justice administrative », *RFAP*, 2016/2, n° 159, p. 727

**M. BRANDAC**

« L'action en justice, un droit fondamental » in Mél. R. PERROT, *DALLOZ*, 1996, p. 1

**E. BREEN**

« Les indicateurs de performance de la justice : un test pour la réforme des finances publiques » in « Évaluer la justice », E. BREEN (dir.), *PUF*, 2002, p. 25

**C. BRENNER**

« Communication électronique et saisie immobilière », *Gaz. Pal.*, 19 juin 2018, n° 22, p. 49

**J-P. BROUILLAUD**

- « Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées », *D.*, 1996, p. 98

- « Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire », *D.*, 1997, p. 234



**C. BROYELLE**

« Les récentes réformes du contentieux administratif : le décret JADE du 2 nov. 2016, *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2017, n° 1, p. 17

**P. BRUMET**

« Michel TROPER et la théorie générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits*, n° 37, 2003, p. 87

**G. BRUNAUX**

« La clause de non-recours », *CCC*, n° 7, juill. 2019, form. 7

**P. BRUNET**

« Michel TROPER et la "théorie" générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits*, n° 37, 2003/1, p. 87

**C-E. BUCHER**

« La clause aménageant la charge de la preuve », *CCC*, n° 5, mai 2018, form. 5

**D. BUREAU**

- « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 587

- « De la transmission d'une clause attributive de juridiction dans une chaîne de contrats », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 710

**S-M. CABON**

« Entre pragmatisme et idéalisme, quelle place pour la négociation en droit pénal fiscal ? », *Droit fiscal*, n° 11, 14 mars 2019, p. 199

**A. CABRAL**

« Les conventions sur la procédure en droit processuel brésilien », *RIDP*, vol. 68, n° 3, 2016, p. 629

**O. CACHARD**

« Les modes amiables de règlement des litiges en ordre de bataille », *RLDC*, n° 94, 1<sup>er</sup> juin 2012

**L. CADIET**

- « Le spectre de la société contentieuse » in « Droit civil, procédure, linguistique juridique », Mél. G. CORNU, *PUF*, 1994, p. 29

- « Une justice contractuelle, l'autre » in « Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle », *Lgdj*, 2001, p. 177

- « Les accords sur la juridiction dans le procès » in « Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends », P. ANCEL, M-C. RIVIER (dir.), *Economica*, 2001, p. 34

- « Droit judiciaire privé », *JCP G.*, 1<sup>er</sup> mai 2002, n° 18, doctr. 132

- « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès » in « Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques NORMAND », *Litec*, 2003, p. 71

- « L'effet processuel des clauses de médiation », *RDC*, 1 déc. 2003, n° 1, p. 182

- « Efficience versus équité » in « Mél. J. VAN COMPERNOLLE, *Bruylant*, 2004, p. 25

- « Construire ensemble des débats utiles » in « La procédure dans tous ses états », Mél. J. BUFFET, *LPA*, 2004, p. 99

- « Le modèle pour éviter le procès » in « Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle » T. REVET (dir.), *LGDJ*, 2005, p. 51

- « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », *RFAP*, 2008/1, n° 125, p. 133

- « Pour une justice économique efficiente en EUROPE. Introduction générale », *Gaz. Pal.*, 21 août 2008, n° 234, p. 10

- « La justice face aux défis du nombre et de la complexité », *Cah. Just.*, 2010/1, 746, p. 13

- « Propos introductifs : "faire lien" » in « La contractualisation de la production normative », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *DALLOZ*, 2008, p. 169

- « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies. Rapport de synthèse » *Procédures*, n° 4, avr. 2010, doss. 8, n° 30
- « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure » in « Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges », B. FRYDMAN, E. JEULAND (dir.), *DALLOZ*, 2011, p. 111
- « Liens d'obligation, liens du procès » in « Obligations, procès et droit savant », Mél. J. BEAUCHARD, *LGDJ*, 2013, p. 25
- « Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et la procédure pénale », *Cah. justice*, 2013, p. 63
- « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2015, n° 199, p. 10
- « Introduction à un cours de droit institutionnel de la justice » in « Humanisme et Justice », Mél. G. GIUDICELLI-DELAGE, *DALLOZ*, 2016
- « L'accès à la justice. Réflexion sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *D.*, 2017, p. 522
- « Le procès entre rigidité et flexibilité » in Mél. J. MESTRE, *LGDJ*, 2019, p. 217
- « La médiation, une justice sans juge ? » in « Liberté, justesse, autorité », Mél. L. AYNES, *LGDJ*, 2019, p. 70
- « Le développement de la procédure participative », *Procédures*, n° 3, mars 2020, étude 5, n° 2

**A. CAILLE, P. CHANIAL**

« Au commencement était la relation... mais après ? », *Revue du Mauss*, 2016/1, n° 47, p. 5

**A. CAILLEMER DU FERRAGE**

« L'accès aux chambres : compétences et contentieux. Un point de vue de praticien », *RLDA*, supplément au n° 152, 1<sup>er</sup> oct. 2019

**J. CAILLOSSE**

« Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration » in « Le droit contemporain des contrats », L. CADIET (dir.), *Economica*, 1987, p. 89

**E. CAMOUS**

« La politique de juridiction, nouvelle réalité d'une justice qui pense gestion et Performance », *Procédures*, n° 1, janv. 2018, étude 1

**G. CANIVET**

- « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé » in « Le juge entre deux millénaires », Mél. P. DRAI, *DALLOZ*, 2000, p. 243
- « Économie de la justice et procès équitable », *JCP G.*, n° 46, 14 nov. 2001, doct. 361
- « Comment concilier le respect des principes de qualité du procès équitable avec les flux d'affaires, dont sont saisies les juridictions ? » in « La qualité de la justice » M.-L. CAVROIS, H. DALLE et J.-P. JEAN (dir.), *La documentation française*, 2002, p. 213

**Y. CAPDEPON**

« Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ? », *Dr. pén.*, n° 9, sept. 2007, étude 15

**R. CARIO**

- « Les rencontres restauratives en matière pénale : de la théorie à l'expérimentation des RDV », *AJ pénal*, 2011, p. 294
- « De la victime oubliée... à la victime sacralisée ? », *AJ pénal*, 2009, p. 491
- « La justice restaurative : vers un inévitable consensus », *D.*, 2013, p. 1077
- « Justice pénale et justice restaurative : entre complémentarité et autonomie assumées », *AJ pénal*, 2017, p. 252

**R. CARIO, P. MBANZOULOU**

« Les rencontres détenus-victimes à la maison centrale de POISSY : un retour sur expérience », *ENAP*, n° 11, juill. 2011

**D. CARON, S. MENOTTI**

« Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2008, p. 109

**Y. CARTUYVELS**

« La justice pénale, entre pluralisme judiciaire et hégémonie managériale », in « Pluralisme juridique et effectivité du droit économique », L. BOY, J-B. RACINE, J-J. SUEUR (dir.), *LARCIER*, 2011, p. 455

**L. CASAUX-LABRUNEE**

« La culture du règlement amiable des différends. De la culture du procès à celle de l'entente » in « Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité », L. CASAUX-LABRUNEE, J-F. ROBERGE (dir.), N. BELLOUBET, (préf.), *Lextenso Éditions*, 2018, p. 39

**J. CASEY**

- « L'article 267 du code civil : d'une symphonie inachevée à une symphonie fantastique ? », *Gaz. Pal.*, 28 mai 2011, n° 148, p. 7

- « Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur », *AJ famille*, 2017, p. 18

**P. CASSIA**

« L'inquiétante justice administrative de demain », *D.*, 2016, p. 2475

**M. CARATINI**

« Le "contrat de procédure" : une illusion ? », *Gaz. Pal.*, 16 nov. 1985, n° 2, p. 639

**M-L. CAVROIS**

« L'administration des juridictions de l'ordre judiciaire en FRANCE », 10 mars 2007, [courdecassation.fr](http://courdecassation.fr)

**N. CAYROL**

- « Opposabilité et force obligatoire des clauses processuelles », *RDC*, 1<sup>er</sup> déc. 2014, n° 4, p. 704

- « Une clause de conciliation préalable s'oppose à l'émission directe d'un titre exécutoire », *RTD civ.*, 2020, p. 462

**B. CAZENEUVE, B. VAN GAVER, A. MENNUCCI**

« Justice pénale négociée : quels rapports entre la responsabilité des entreprises et celle des dirigeants ? », *DALLOZ Actualité*, 26 mars 2021

**J-P. CERE, P. REMILIEUX**

« De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le "plaider coupable" à la française », *AJ pénal*, 2003, p. 45

**V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD**

« Efficacité et énoncé de la norme » in « L'efficacité de l'acte normatif, nouvelle norme, nouvelles normativités », P. HAMMJE, L. JANICOT, S. NADAL (dir.), *Lextenso Éditions*, 2013, p. 63

**G. CHANTEPIE**

- « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, 1<sup>er</sup> juill. 2009, n° 3, p. 1233

- « La contractualisation du droit privé », *RFDA*, 2018, p. 10

**S. CHASSAGNARD-PINET**

- « Le e-règlement amiable des différends », *DALLOZ IP/IT*, 2017, p. 506

- « La réception du contrat d'adhésion dans la théorie du contrat avant l'entrée de la notion dans le code civil français » in « Le contrat d'adhésion : perspective franco-québécoise », *DALLOZ*, 2018, p. 7

**S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ**

« Le système juridique français à l'ère de la contractualisation » in « La contractualisation de la production normative », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *DALLOZ*, 2008

**F. CHENEDE**

- « Raymond SALEILLES, le contrat d'adhésion (1<sup>ère</sup> partie) », *RDC*, 1<sup>er</sup> janv. 2012, n° 1, p. 241
- « Raymond SALEILLES, le contrat d'adhésion (2<sup>ème</sup> partie) », *RDC*, 1<sup>er</sup> juill. 2012, n° 3, p. 1017
- « Hommage à Georges ROUHETTE » ASS. Henri CAPITANT (dir.), *DALLOZ*, 2014, p. 25
- « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.*, 2015, p. 1226
- « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G.*, n° 27, 4 juill. 2016, p. 776

**J. CHEVALLIER**

- « La juridicisation des préceptes managériaux » in « Politiques et management public », *Droit et management public*, 1993, vol. 11, n° 4, p. 111
- « Introduction générale » in « Les transformations de la régulation juridique », G. MARTIN (dir.), *LGDJ*, 1998, p. 21
- « Contractualisation(s) et action publique », *RFDA*, 2018

**N. CHIFFLOT**

- « Conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir », *Procédures*, n° 5, mai 2016, comm. 186
- « La médiation devant le juge administratif enfin dans les starting-blocks ! », *Procédures*, n° 6, juin 2017, alerte 18
- « Dans le contentieux administratif, modernisation rime avec restriction », *Procédures*, n° 7, juill. 2019, alerte 10

**D. CHOLET**

- « Les règles locales de procédure civile » in « Aux confins du droit », Mél. X. MARTIN, *LGDJ*, 2016
- « Institutions juridictionnelles et procédures : quelles frontières ? » in « Humanisme et justice », Mél. G. GIUDICCELLI-DELAGE, *DALLOZ*, 2016, p. 356

**F. CHOPIN**

« Vers un nouveau modèle de justice pénale » in « Sciences pénales & sciences criminologiques », Mél. R. GASSIN, *PUAM*, 2006, p. 134

**O. CLAUDE**

« L'enquête interne et la convention judiciaire d'intérêt public », *AJ pénal*, 2020, p. 564

**S. CLAVEL**

« *Anti-suit injunctions* et arbitrage », *Rev. arb.* 2001, p. 669

**T. CLAY**

- « Une erreur de codification dans le Code civil : les dispositions sur l'arbitrage » in « 1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir », *DALLOZ*, 2004, p. 693
- « La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le code civil », *JCP G.*, n° 16, 21 avr. 2014, doctr. 492
- « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI<sup>ème</sup> siècle », *JCP G.*, n° 48, 28 nov. 2016, doctr. 1295
- « La mise en état conventionnelle et la césure du procès », *JCP G.*, supplément n° 13, 26 mars 2018, p. 49
- « Après la crise, l'arbitrage pour tous », *Gaz. Pal.*, 21 juill. 2021, n° 27, p. 3

**L. CLUZEL**

« La promotion de la qualité dans les services publics, un précédent pour la justice ? » in « Évaluer la justice », E. BREEN (dir.), *PUF*, 2002, p. 53

**H. COLOMBET, A. GOUTTEFANGEAS**

« La qualité des décisions de justice. Quels critères ? », *Droit et société*, 2013/1, n° 83, p. 260

**J. COMBRET, N. BAILLON-WIRTZ**

« Réforme du droit de la famille, nouvelles procédures avec le décret du 23 février 2016 », *JCP N.*, n° 11, 18 mars 2016, 1098

**P. CONTE**

« La nature juridique des procédures “alternatives aux poursuites” : de l’action publique à l’action à fin publique » in « Sciences pénales & sciences criminologiques », Mél. R. GASSIN, *PUAM*, 2006, p. 189

**P. COSSALTER**

« Les modèles de contractualisation », *RFDA*, 2018, p. 15

**T. COUSTET**

« Un dispositif encore trop peu utilisé », *DALLOZ Actualité*, 12 juin 2019

**J. COUTURIER**

« Un meilleur dialogue entre avocats et magistrats pour une meilleure administration du recours », *Gaz. Pal.*, 31 oct. 2016, hors-série, n° 3, p. 54

**J-C. CROCQ**

« Du droit de la transaction au droit à la transaction en matière pénale : pour une recombinaison des procédures alternatives et simplifiées » *RSC*, 2015, p. 595

**F. CROUZATIER-DURAND**

« Réflexions sur le concept d’expérimentation législative », *RFDC*, 2003, p. 675

**H. CROZE**

- « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision » in « Justice et droits fondamentaux », Mél. J. NORMAND, *LITEC*, 2003, p. 125

- « Les procédures civiles gérées par les professionnels du droit » in « La justice civile au vingt et unième siècle », Mél. P. JULIEN, *Edilax*, 2003, p. 129

- « Le progrès technique de la procédure civile », *JCP G.*, 2009, I. 108

- « Une procédure bien sous tous les rapports », *Procédures*, 2010, rep. 9

- « L’adhésion au RPVA vaut consentement à l’utilisation de la communication électronique », *JCP G.*, n° 14, 2 avr. 2012, 406

- « NAPOLEON reviens, ils sont devenus fous ! », *Procédures*, n° 12, déc. 2012, repère 11

- « Irrecevabilité des conclusions pour violation d’une convention de procédure », *JCP G.*, n° 52, 1<sup>er</sup> déc. 2012, 1394

- « L’autre communication électronique procédurale », *Procédures*, n° 2, févr. 2014, rep. 2

- « Notion de procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge », *JCP G.*, 26 mai 2014, n° 21-22, 607

- « Communication électronique », *Procédures*, nov. 2018, n° 11, comm. 321

- « Procédure écrite ordinaire devant le tribunal judiciaire - essai d’archéologie juridique contemporaine », *Procédures*, n° 3, mars 2020, étude 6

**G. DAÏEF, G. POISSONNIER**

- « Les premiers pas prometteurs de la justice pénale négociée », *JCP G.*, n° 38, 17 sept. 2018, 592

- « CJIP avec AIRBUS : les derniers freins à l’autorévélation des faits levés », *Gaz. Pal.*, 24 mars 2020, n° 12, p. 24

**A. DANET**

« Procédure pénale et numérique : panorama 2019-2020 », *AJ pénal*, 2021, p. 142

**J. DANET**

« La notion de schéma d'orientation », *Cah. justice*, 2013/4, n° 4, p. 21

**J. DANET, S. GRUNVALD**

« Brèves remarques tirées d'une première évaluation de la composition pénale », *AJ pénal*, 2004, p. 196

**M. DANTI-JUAN**

« Le consentement et la sanction » in « La sanction du droit », Mél. P. COUVRAT, *PUF*, 2001, p. 367

**L. DARGENT**

« Déploiement en juridictions des nouvelles technologies », *DALLOZ Actualité*, 17 janv. 2008

**E. DAOUD**

« Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire : dispositions relatives à la procédure de jugement et à l'exécution des peines », *DALLOZ Actualité*, 1<sup>er</sup> févr. 2022

**A. DARSONVILLE**

« La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Dr. pén.*, n° 3, mars 2007

**D. DASSA-LE DEIST**

« La consécration d'une justice restaurative : une mesure nouvelle, mais pour restaurer quoi ? », *Gaz. Pal.*, 21 oct. 2014, p. 5

**M-C DAUBIGNEY**

« La marche vers la dématérialisation de la procédure pénale », *AJ pénal*, 2007, p. 460

**L. DE CARBONNIERES**

« Le style, la coutume et la règle romaine ou l'irrésistible affirmation de l'appel en matière criminelle sous les premiers VALOIS » in « Les cours d'appel, origines, histoire et enjeux contemporains », L. SOULA (dir.), *Presses universitaires de RENNES*, 2016

**D. DE BECHILLON**

« Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA*, 1<sup>er</sup> janv. 1992, n° 8, p. 15

**P. DE COMBLES DE NAYVES**

« Irrecevabilité de l'authentification électronique », *AJ pénal*, 2017, p. 86

**L. DE FONTENELLE**

« La notion d'"influence" dans le recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2018, p. 312

**M. DE FONTMICHEL**

- « L'insolvabilité du liquidateur face à l'efficacité de la convention d'arbitrage », *JCP G.*, n° 39, 26 sept. 2016, 1002

- « L'équilibre contractuel des clauses relatives au litige », *JCP G.*, n° 21-22, 27 mai 2019, doct. 583

**E. DE LACOSTE LAREYMONDIE**

« Office du juge administratif saisi d'une demande d'homologation d'un accord né d'une médiation », *AJDA*, 2019, p. 1296

**B. DE LAMY**

- « Procédure et procédé (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale) » in « Approche critique de la contractualisation », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *LGDJ*, 2008, p. 149
- « La transaction pénale n'est (toujours) pas (totale)ment pénale, *Rsc.*, 2017, p. 389
- « L'égalité devant la justice pénale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : à propos, notamment, de la nécessaire courbure d'un principe essentiel », *Cah. dr. constit.*, n° 4, avr. 2020

**F. DE LA VAISSIERE**

- « Quelques réflexions simples sur "le juge unique" », *Gaz. Pal.*, 6 janv. 2000, n° 6, p. 2

**P. DE MONTALIVET**

- « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cah. Cons. constit.*, n° 20, juin 2006

**M-C. DE MONTECLER**

- « Il ne faut pas cristalliser les moyens trop tôt », *AJDA*, 2020, p. 720
- « Les jurisprudences FAIRVESTA, DUVIGNERES et Crédit foncier de FRANCE fusionnent », *AJDA*, 2020, p. 1196

**M. DEGOFFE, E. JEULAND**

- « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification » in « Justice et droits fondamentaux », Mél. J. NORMAND, *LexisNexis*, 2003, p. 141

**G. DEHARO**

- « L'autorité de la chose transigée en matière civile », *Gaz. Pal.*, 1<sup>er</sup> déc. 2005, n° 335, p. 2
- « *Law et management* : l'influence des sciences de gestion sur la *juris dictio* », *Gaz. Pal.*, 17 mai 2014, n° 137, p. 15

**G. DEHARO, A. SAUVIAT**

- in « Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur les enjeux contemporains de l'administration de la justice », L. CADIET, J-P. JEAN, H. PAULIAT (dir.), *IRJS*, 2014, p. 183

**P-J. DELAGE**

- « De la bonne administration de la procédure de "plaider coupable" », *Dr. pén.*, n° 10, oct. 2008, étude 23

**C. DELLANGNOL**

- « Divorce sans juge : avocats et notaires amenés à collaborer », *Gaz. Pal.*, 9 oct. 2018, n° 34, p. 10

**P. DELEBECQUE**

- « Les renoncements à recours » in « Études offertes à P. SIMLER », *Litec, DALLOZ*, 2006, p. 563

**C. DELFORGE**

- « Le contrat aujourd'hui » in « Les sources du droit revisitées », vol. 2 « Normes internes et infraconstitutionnelles », I. HACHEZ et *alii* (dir.), *Presses de l'Université de SAINT-LOUIS*, 2012, p. 831

**X. DELPECH**

- « L'engagement moral peut être sanctionné juridiquement », *D.*, 2007, p. 442
- « Définition de l'arbitrage international », *D.*, 2007, p. 949
- « Arbitrage international : qualification d'ordre public », *D.*, 2013, p. 2785

**C. DENOIT-BENTEUX, C. EMMANUEL**

- « Convention de médiation avec avocats », *AJ fam.*, 2017, p. 573
- « Convention d'honoraires de médiateur », *AJ fam.*, 2017, p. 578

**R. DENOIX DE SAINT-MARC**

- « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003
- « Les contrats d'objectifs des cours administratives d'appel », *AJDA*, 2008, p. 1246

**V. DEPADT-SEBAG**

- « Les conventions sur la preuve » in « La preuve », C. PUIGELIER, (dir.), *Economica*, 2004

**J. DEPREZ**

- « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », *RRJ*, 1997-3, p. 79

**S. DERLANGE**

- « L'essor des téléprocédures judiciaires en FRANCE et à l'étranger : vers la justice de demain », *JCP G.*, n° 51-52, 17 déc. 2008, doct. 224

**V. DERVIEUX**

- « Le nouveau rôle du parquet en cas de violences conjugales, l'expérience du parquet de Pontoise », *AJ pénal*, 2014, p. 212

**Y. DESDEVICES**

- « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables », *D.*, 2000, p. 284, n° 14

**P. DEUMIER**

- « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD civ.*, 2009, p. 77
- « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets » in « Le droit souple », CE (dir.), 2013
- « *Opt-in et opt-out* », *RDC*, 1<sup>er</sup> oct. 2007, n° 4, p. 1462
- « Quand le droit souple rencontre le juge dur » *RTD civ.*, 2016, p. 571

**S. DEYGAS**

- « Généralisation de l'instruction des contentieux administratif par le système Télérecours », *Procédures*, n° 2, févr. 2013, comm. 56
- « La généralisation de Télérecours dès le 1<sup>er</sup> janvier 2017 », *Procédures*, 1<sup>er</sup> janv. 2017, n° 1, p. 33
- « Les circulaires et le droit souple », *RTD civ.*, 2021, p. 613

**E. DI BERNARDO**

- « La natura contrattuale della *litiscontestatio* classica e la teoria del contratto giudiziario gli albori della concezione pubblicistica del processo e della funzione sociale dell'agiustizia », *Vergentis*, 7, déc. 2018, p. 147

**D. DI FRANCESCO**

- « La "fermouverture" du recours pour excès de pouvoir contre le refus d'abroger un acte de droit souple » *JCP A.*, n° 51-52, 20 déc. 2021, p. 2390

**P. DIDIER**

- « Le consentement sans l'échange : contrat de société » in « L'échange des consentements », M-A. FRISON-ROCHE (dir.), *RJ. Com.*, n° 11 spécial, nov. 1995, p. 74
- « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G.*, n° 20-21, 16 mai 2016, p. 580

**F. DIDIER JUNIOR**

- « *Negocios juridicos procesales atipicos en el nuevo codigo procesal civil brasileño* », *Internal Journal of procedural law*, vol. 7, 2017, p. 39



**G. DIDIER, G. SABATER**

« Dématérialisation des procédures : “une révolution culturelle est nécessaire” », *JCP G.*, n° 8, 20 févr. 2008

**J. DIETENHOEFFER**

- « Homologation d'un avenant transactionnel conclu à la suite d'une médiation à l'initiative des parties » *Contrats et Marchés publics*, n° 11, nov. 2019, comm. 354

- « Homologation d'un avenant transactionnel conclu à l'issue d'une médiation », *Contrats et Marchés publics*, n° 3, mars 2020, comm. 99

**N. DISSAUX**

« Les mystères du contrat cadre », *AJ contrat*, 2017, p. 104

**M. DOBKINE**

« La transaction en matière pénale », *D.*, 1994, p. 137

**J. DODGE**

« *The limits of procedural private ordering* », *Virginia Law Review*, vol. 97 : 4, 2011, p. 723

**M. DOLIVEUX**

« Réforme des alternatives procédurales : de (grands) petits pas vers un nouvel équilibre de la procédure pénale ? », *Gaz. Pal.*, 3 sept. 2019, n° 29, p. 71

**X. DOMINO**

« Innovations : la médiation et l'action collective en droit administratif », *RFDA*, 2017, p. 1672

**B. DONDERO**

« Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.*, 2017, p. 532

**T. DOUVILLE**

« Les pouvoirs du juge du divorce en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux après l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *Gaz. Pal.*, 19 nov. 2015, n° 323, p. 4

**A. DOUVRELEUR**

« La mise en place d'une politique pénale régionale de lutte contre les violences familiales : l'exemple de la région parisienne », *AJ famille*, 2013, p. 291

**R. DRAGO**

« Le droit de l'expérimentation » in « L'avenir du droit », Mél. F. TERRE, *DALLOZ, PUF, JCL*, 1999

**A. DUFOUR**

« La théorie des sources du droit dans l'école de droit historique » in « Droits de l'homme, droit naturel et histoire », *PUF*, 1991, p. 258

**O. DUFOUR**

- « Cour d'appel de paris : avocats et magistrats tentent de remédier à l'asphyxie des chambres sociales », *LPA*, 17 nov. 1997, n° 138, p. 3

- « Exposé fait à l'EFB le 18 octobre 2001 » in « L'articulation du débat oral dans le contrat de procédure », *Gaz. Pal.*, 15 déc. 2001, n° 349, p. 39

- « L'Union syndicale des magistrats demande une pause législative ! », *LPA*, 24 oct. 2003, n° 213, p. 4

- « PARIS à la conquête du contentieux commercial international », *Gaz. Pal.*, 13 févr. 2018, n° 6, p. 5

**P. DUFOURQ**

« Justice négociée : les enseignements de la convention judiciaire d'intérêt public Airbus », *DALLOZ Actualité*, 18 févr. 2020

**P. DUPICHOT**

« Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC*, 1<sup>er</sup> mars 2013, n° 1, p. 387

**P. DURAND**

« Le dualisme de la convention collective », *RTD civ.*, 1939, p. 367

**L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET**

« Un recours souple pour le droit souple », *AJDA*, 2016, p. 717

**J. EL AHDAB, K. FAN, R. STACKPOOL-MOORE**

« Un point (de vue) actuel sur l'arbitrage en CHINE et à HONG KONG : toujours un pays, deux systèmes », *Rev. arb.*, 2014-4, p. 831

**S. ELLIE**

« Les conditions de l'homologation d'un accord issu d'une médiation », *JCP A.*, 8 oct. 2018, n° 40, 224

**R. ENCINAS DE MUNAGORRI**

- « KELSEN et la théorie générale du contrat », *Actualité de KELSEN en FRANCE*, 2001

- « Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs », *RTD civ.*, 2004, p. 594

**B. ENGLISH**

« "On respecte toutes les règles de la médiation et de l'arbitrage" », *LPA*, 4 juin 2019, n° 111, p. 4

**P. ESTOUP**

- « Le contrat de procédure en appel », *D.*, 12 sept. 1985, chr. n° XX-XIV

- « Le contrat de procédure : Illusions et réalités », *Gaz. Pal.*, 12 déc. 1985, n° 2, doct., p. 680

**M. FABRE-MAGNAN**

- « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1995, p. 85

- « L'engagement du promettant : engagement au contrat préparatoire », 1<sup>er</sup> avr. 2012, *RDC*, n° 2, p. 633

**J. FAGET**

« Les "accommodements raisonnables" de la médiation pénale », *RSC*, 2009, p. 981

**C. FARDET**

« La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général », *AJDA*, 2000, p. 115

**G. FARJAT**

« Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée » in « Les transformations de la régulation juridique », J. CLAM, G. MARTIN (dir.), 1998, *LGDJ, MSH, REDS*

**A. FAVREAU**

« Justice distribuée par une blockchain et procédure civile », *DALLOZ IP/IT*, 2022, p. 24

**J-M. FAVRET**

« La "bonne administration de la justice" administrative », *RFDA*, 2004, p. 943

**D. FENOUILLET**

- « Propos introductifs » in « Droit et morale », D. FENOUILLET, D. BUREAU, F. DRUMMOND (dir.), *DALLOZ*, 2011, p. 1

- « La contractualisation de la famille » in « Contrat ou institution : un enjeu de société » B. BASDEVANT (dir.), *LGDJ*, 2004, p. 105

**B. FERRARI**

« Pas de recours contre la décision d'ouverture de la liquidation judiciaire simplifiée », *DALLOZ Actualité*, note sous Cass. com., 2 juin 2021, n° 19-25556

**C. FLEURIOT**

« Justice restaurative : "il fallait informer et rassurer les magistrats" », *DALLOZ actualité*, 21 mars 2017

**F. FRECHEDE**

« Les maisons de justice », *Droit et ville*, 1<sup>er</sup> juin 1994, p. 130

**P. FOUCHARD**

« L'arbitrage judiciaire » in « Études P. BELLET, *Litec*, 1991

**M. FOULON, Y. STRICKLER**

« Accords et force exécutoire en FRANCE », *Gaz. Pal.*, 3 sept. 2013, n° 246

**J. FOYER**

« L'expérimentation des réformes de la justice » in « Réforme de la justice, réforme de l'état », L. RICHER, L. CADIET (dir.), *PUF*, 2003, p. 122

**N. FRICERO**

- « Une justice efficace et de qualité pour 800 millions d'europeens, c'est possible ! À propos du rapport de la CEPEJ du 20 septembre 2012 », *JCP G.*, n° 40, 1<sup>er</sup> oct. 2012, 1031

- « Procédure civile », *D.*, 2013, p. 269

- « L'efficacité et la qualité de la justice à l'aune de la crise économique », *JCP G.*, n° 43, 20 oct. 2014, 1068

- « Le paradoxe des clauses de règlement amiable », *D.*, 2015, p. 607

- « L'état du droit positif de la médiation judiciaire », *Les annonces de la SEINE*, 10 juin 2015, n° 21

- « L'appel nouveau est arrivé ! » *DALLOZ Actualité*, 12 mai 2017

- « Procédure civile », *D.*, 2018, p. 692

- « La médiation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in « La médiation civile : alternative ou étape du procès », A. LEBORGNE (dir.), 2018, *PUAM*, p. 275

- « Procédure civile », *D.*, 2022, p. 625

**N. FRICERO, D. COURET**

« Les conventions et contrats de procédure » in « La procédure civile du 21<sup>ème</sup> siècle : du cadre au contrat » AAPPE (dir.), colloque du 3 oct. 2014, PARIS, p. 65, sur aappe.fr

**N. FRICERO, C. VIENNOT**

« Procédure et administration de la justice. Double regard » in « Procédure civile et Procédure pénale. Unité et diversité ? », S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Bruylant*, 2014

**M-A. FRISON-ROCHE**

- « La philosophie du procès, propos introductif » in « Le procès », *APD*, n° 39, 1994

- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573

**B. FRYDMAN**

« L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice » in « La qualité des décisions de justice », *Éditions du conseil de l'EUROPE*, 2007, [www.coe.int](http://www.coe.int)

**O. GABARDA**

« L'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 1<sup>er</sup> janv. 2006, n° 1, p. 153

**S. GABORIAU**

« Déjudiciarisation et administration de la justice - Promouvoir la "juridiversité" », *LPA*, 14 juin 2012, n° 119, p. 3

**P-Y. GAHDOUN**

« Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Cah. Conseil constit.*, n° 31, mars 2011

**E. GAILLARD**

« Conclusion. L'avenir des chambres commerciales internationales de Paris », *RLDA*, n° 152, 1<sup>er</sup> oct. 2019

**C. GALLOY**

« Les nouvelles chambres internationales », *Affiches parisiennes*, 20 juill. 2018

**D. GANANCIA**

« Enjeux et perspective de la médiation au tribunal de grande instance de PARIS », *Gaz. Pal.*, 28 mai 2011, n° 148, p. 14

**A. GARAPON**

- « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? », *D.*, 1997, p. 69  
- « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G.*, n° 1-2, 9 janv. 2017, doctr. 31

**S. GARAYOT**

« Le droit à un procès civil équitable à l'aune des nouvelles technologies », *Procédures*, n° 4, avr. 2010, doss. 2

**V. GARCIA**

- « Les pulsations de la procédure civile (entre tachycardie et bradycardie) » in « Les rythmes de production du droit », M. NICOD (dir.), *PUT, Lextenso Editions*, 2016, p. 214  
- « Bref essai processuel sur le désir de justice » in « Désir(s) et droit », S. HORTALA, C. HASSOUN, A. CHARPY, V. GARCIA (dir.), *Presses universitaires de TOULOUSE*, 2018  
- « L'arbitre conciliateur - Améliorer la qualité de l'arbitrage par la conciliation » in « Pour un droit du règlement amiable des différends - Des défis à relever pour une justice de qualité », L. CASAUX-LABRUNEE, J-F. ROBERGE (dir.), N. BELLOUBET, (préf.), *Lextenso Éditions*, 2018, p. 303  
- « La vente de gré à gré en matière de saisie immobilière depuis la loi du 23 mars 2019 », *CJAMP*, 2019-2

**R. GASSIN**

« Les mesures d'administration judiciaire en procédure pénale » in « Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel », Mél. S. GUINCHARD, *DALLOZ*, 2010, p. 951

**A. GAUDEMMENT, A. DILL**

« Convention judiciaire d'intérêt public : une première particulière », *Jcp G.*, n° 51, 18 déc. 2017, 1331

**A. GAUDEMMENT, N. LENOIR**

« Corruption internationale. L'espoir placé dans la convention judiciaire d'intérêt public est-il en passe de devenir réalité ? », *JCP E.*, n° 40, 4 oct. 2018, 1495

**J. GAUDEMET**

« Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'"obligation" dans le droit de la Rome Antique » in « L'obligation », *APD*, n° 44, 2000, p. 19

**S. GAUDEMET**

« Le notariat à l'heure des chartes de bonnes pratiques » *Deffrénois*, n° 23, 15 déc. 2012

**Y. GAUDEMET**

« La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? » in « Réforme de la justice, réforme de l'État », L. RICHER, L. CADIET (dir.), *PUF*, 2003, p. 212

**M. GERMAIN**

« La contractualisation du droit des sociétés » in « Regard sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966 », I. URBAIN-PARLEANI (dir.), *DALLOZ*, 2018, p. 33

**S. GERRY-VERNIERES**

« Délimitations : les figures du "petit" droit » in « La qualité de la norme », E. BONIS, V. MALABAT (dir.), *Mare & Martin*, 2016, p. 95

**E. GHERARDI**

« Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales », *RFDA*, 1999, p. 905

**J. GHESTIN**

« La notion de contrat », *D.*, 1990, p. 7

**M. GIACOPELLI**

- « Les procédures alternatives aux poursuites. Essai d'une théorie générale », *RSC*, 2012, p. 506

- « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », *AJ pénal*, 2014, p. 448

**J-L. GILLET**

« Contractualisation de la justice » in « Les évolutions du droit : contractualisation et procéduralisation », C. PIGACHE (dir.), *Publications de l'Université de ROUEN*, 2002, p. 83

**B. GORCHS-GELZER**

- « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *Rev. arb.*, 2008, n° 1

- « L'actualité législative de la conciliation dans les juridictions » in « Conciliation judiciaire et conciliation de justice à la cour d'appel de PARIS », Colloque organisé par la cour d'appel de PARIS et l'ENM, mars 2016

- « Transaction : fallait-il légaliser les concessions réciproques » in « Un droit en perpétuel mouvement », *Mél. G. PIGNARRE, LGDJ*, 2018, p. 443

**J. GOSSA**

« Les blockchains et smart contracts pour les juristes », *DALLOZ IP/IT*, 2018, p. 393

**Y. GOUTAL**

« Médiation, une réforme aux pieds d'argile », *AJ collectivités territoriales*, 2017, p. 427

**P. GRANET**

« Protocole de procédure civile - les bonnes pratiques devant le tribunal de grande instance de PARIS » *JCP G.*, n° 24, 11 juin 2008, act. 400

**C. GRZEGORCZYK**

« Le rôle du performatif dans le langage du droit », *APD*, n° 14, 1974, p. 229

**H. GUETTARD**

« De la justice productiviste », *Gaz. Pal.*, 11 janv. 2014, n° 11, p. 9

**F. GUIOMARD, M. GREVY**

« "Réforme" de la juridiction prud'homale : du rapport LACABARATS au projet de loi MACRON », *Rev. dr. travail*, 2015

**E. GUIGOU**

« La justice au service du citoyen » in « Le service public de la justice », *Éditions Odile JACOB*, 1998

**Q. GUIGUET-SCHIELE**

- « Clause de non-recours et contribution aux charges du mariage », *DALLOZ Actualité*, 18 juin 2020

- « L'homologation d'une convention de divorce et le droit de changer d'avis », *DALLOZ Actualité*, 22 juin 2021

**M. GUILLAUME-HOFNUNG, F. VERT**

« Construire la confiance entre justice et médiation », *Gaz. Pal.*, 22 déc. 2015, n° 356, p. 9

**S. GUILLEMARD, J. PLAMONDON**

« L'alinéa 3 de l'article premier du code de procédure civile du QUEBEC : une formule de style ? », *International Journal of Procedural Law*, vol. 7, 2017, n° 1, p. 63

**S. GUINCHARD**

« Le rapport d'obligation dans la théorie du procès » in « Obligations, procès et droit savant », Mél. J. BEAUCHARD, *Faculté de droit et des sciences sociales de POITIERS, LGDJ*, 2013, p. 355

**I. HACHEZ**

- « Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law” », *RIEJ*, 2010/2, vol. 65, p. 1

- « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa ? » in « Les sources du droit revisitées », vol. 4 « Théorie des sources du droit », I. HACHEZ et *alii* (dir.), *Presses de l'Université Saint-Louis*, 2011, p. 51

**K. HAERI, V. MUNOZ-PONS**

« Lutte contre la corruption : les nouveaux enjeux du dialogue entre les juges et les régulateurs », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 16, janv. 2019, p. 10

**R. HAIK, S. POISSON**

« Des mots, toujours des mots (1000), mais de moyens... », *DALLOZ Actualité*, 1<sup>er</sup> octobre 2021

**S. HARDOUIN**

« La transformation numérique au service de la justice », *JCP G.*, n° 50, 10 déc. 2018, doctr. 1321

**J. HAUSER**

- « Le juge homologateur en droit de la famille » in « Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends », P. ANCEL, M-C. RIVIER (dir.), *Economica*, 2001, p. 114

- « Liquidation-partage après divorce : controverses et précisions » *RTD civ.*, 2013, p. 96

**P. HEBRAUD**

« L'acte juridictionnel et la classification des contentieux », *Académie de législation de TOULOUSE*, 1949, n° 14, p. 16

**J. HEDERER**

« Un an d'expérimentation de la composition pénale dans un tribunal de grande instance », *AJ pénal*, 2003, p. 53

**J. HERON**

Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé », *Droits*, 1987, n° 7, p. 85

**N. HOFFSCHIR**

- « Première réponse de la Cour de cassation sur le caractère contraignant des protocoles de procédure », *Gaz. Pal.*, 6 févr. 2018, n° 5, p. 60

- « Le juge est tenu de répondre aux demandes de rabat de la clôture », *DALLOZ Actualité*, 15 avr. 2021
- « La précision du régime des charges processuelles », *DALLOZ Actualité*, 7 juin 2021
- « Le recours pour excès de pouvoir s'infiltrer dans les mesures d'administration judiciaire », *DALLOZ Actualité*, 17 janv. 2022

**B. HOLLEAUX**

« La médiation à la cour d'appel de Paris », *SSL*, n° 1706, 18 janv. 2016

**S. HOURSON**

- « Pour l'élaboration d'une catégorie infra-contractuelle : les conventions d'administration, *Droit et gestion des collectivités territoriales*, t. n° 33, 2013, p. 745
- « La justice administrative 2.1 », *Dr. admin.*, n° 1, janv. 2017, alerte 1

**C. HUGON**

« Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *LPA*, 11 déc. 2003, n° 247, p. 4

**A. HUKKELAAS GAUSTAD, M-A. NICOLAS**

« La convention judiciaire d'intérêt public. Quelles compatibilités entre intérêt public de la Société et intérêt privé des sociétés », *Cah. dr. entreprise*, n° 2, mars 2017, doss. 9

**C. HUSSON-TROCHAIN et B. MAUROY**

« La conférence de consensus "sur les bonnes pratiques judiciaires de l'expertise civile" », *Rev. Experts*, 2007, n° 75, p. 10

**P. JACQUES**

« De la distinction des genres : contrat légalement formé et législation contractuellement présentée », *RTD civ.*, 2007, p. 503

**C. JALLAMION**

« Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire », *Gaz. Pal.*, 17 janv. 2009, n° 17, p. 3

**L. JANICOT**

« L'homologation : vers une justice administrative gracieuse » *Revue du droit public*, 1<sup>er</sup> juill. 2007, p. 907

**P. JANUEL**

- « La médiation : étude sur un dispositif privilégié par le législateur », *DALLOZ Actualité*, 14 mai 2018
- « L'échec de la tentative de médiation familiale obligatoire », *DALLOZ Actualité*, 8 févr. 2021

**C. JARROSSON**

- « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.*, 1997, p. 267
- « Les jeux du contrat et du procès : esquisse » in « Philosophie du droit et droit économique », Mél. G. FARJAT, Éd. *FRISON-ROCHE*, 1999, p. 25
- « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2001, p. 5
- « La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? » in « Réforme de la justice, réforme de l'État », L. RICHER, L. CADIET (dir.), *PUF*, 2003

**A. JEAMMAUD**

« La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, p. 99

**A. JEAMMAUD, E. SERVERIN**

« Évaluer le droit », *D.*, 1992, p. 263

**J-P. JEAN**

« Le chantier ouvert des réformes de la justice », *RFAP*, 2008/1, n° 125, p. 7

**J-P. JEAN, H. PAULIAT**

« L'administration de la justice en EUROPE et l'évaluation de sa qualité », *D.*, 2005, p. 598

**J-P. JEAN, D. SALAS**

« Culture judiciaire et culture administrative », *RFAP* 2008/1, n° 125, p. 5

**P. JESTAZ**

- « Source délicieuse », *RTD civ.*, 1993, p. 73

- « Une révolution “inaperçue”. À propos de l'acte juridique », *RTD civ.*, 2014, p. 67

**E. JEULAND**

- « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.*, 2003, p. 455, n° 30

- « Sur le lien de droit », *APD*, n° 55, 2012, p. 5

- « Le procès comme opération juridique à trois personnes. Parcours germanique » in « *Liber Amicorum* », Mél. D. R. MARTIN, *LGDJ*, 2015, p. 253

- « Les actions interrogatoires en question », *JCP G.*, n° 26, 27 juin 2016, 737

**J. JORDA**

« Le juge administratif et les droits existants », *AJDA*, 2019, p. 1031

**Y. JOSEPH-RATINEAU**

« Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet », *D.*, 2008, p. 1035

**P. JULIEN**

« La mission de médiation conférée à un magistrat est exclusive de tout pouvoir juridictionnel », *D.*, 1992, p. 124

**P. JULIEN, N. FRICERO**

« Procédure civile », *D.*, 2005, p. 332

**F. JULIEN-LAFERRIERE**

« La contractualisation du service public » in *Contrat ou institutions : un enjeu de société*, B. BASDEVANT (dir.), *LGDJ*, 2004, p. 47

**M. JUSTON**

« Justice et médiation familiale », *Gaz. Pal.*, 28 oct. 2008, n° 302, p. 3

**M. KEBIR**

« Réforme de la procédure civile : promotion de la mise en état conventionnelle et extension des pouvoirs du JME », *DALLOZ Actualité*, 23 déc. 2019

**H. KENFACK**

« Vent de faveur sur la transaction ? », *AJDA*, 2004, p. 242

**F. KIEFFER**

« Distribution : office du juge de l'exécution, attention aux excès... de pouvoir », *DALLOZ Actualité*, 24 sept. 2020

**A. KIRRY, A. BISH**

« Deux insuffisances du mécanisme anti-corruption de la loi SAPIN II », *JCP E.*, n° 20, 17 mai 2018, p. 1252, n° 11



**J. KLEIN**

« Contrats sur la preuve : sur la portée de l'interdiction d'établir une présomption irréfragable », *RDC*, 2 juin 2018, n° 2, p. 205

**M. KROUTI, P. DUFOURQ**

« Décryptage des nouvelles lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public », *DALLOZ Actualité*, 12 juill. 2019

**T. LABATUT**

« L'arbitrage pour tous : est-ce possible ? », *LPA*, 31 déc. 2021, n° 7, p. 8

**R. LAFFLY**

« Dispositif des conclusions d'appel », *Procédures*, n° 11, nov. 2020, comm. 190

**S. LAFONT**

« L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.* 2000, p. 557

**P. LAGARDE**

« Loi applicable aux exclusions de garantie dans les ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 316

**X. LAGARDE**

- « Transaction et ordre public », *D.*, 2000, p. 217

- « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des conflits », *Rev. arb.* 2001, p. 423

**Y-M. LAITHIER**

« À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.*, 2006, p. 1003

**D. LAMETHE**

« L'innovation contractuelle », *D.*, 2008, p. 1152

**M. LAMOUREUX**

« Les limites des clauses de preuve », *RLDC*, n° 71, 1<sup>er</sup> mai 2010, p. 19

**B. LAPOUILLE**

« Une circulaire pour la mise en place des nouveaux contrats locaux de sécurité », *DALLOZ Actualité*, 5 janv. 2007

**M. LARTIGUE**

« Procédure pénale numérique : on avance », *Gaz. Pal.*, 2 juin 2020, n° 20, p. 5

**J. LASSERRE-CAPDEVILLE**

« Prescription et plainte avec constitution de partie civile par télécopie », *AJ pénal*, 2010, p. 342

**S. LATASTE**

- « Le protocole sur la mise en œuvre des principes de concentration des écritures est un guide de bonnes pratiques pour les avocats », *Gaz. Pal.*, 3 mars. 2012, n° 63, p. 5

- « L'harmonisation et l'accélération des procédures devant la cour militent en faveur d'un rôle accru du conseiller de la mise en état et d'une structuration des écritures », *Gaz. Pal.*, 31 oct. 2016, hors-série n° 3, p. 44

**M. LATINA**

« Retour sur l'inexistence et l'exception de nullité », *L'essentiel. Droit des contrats*, 2 mai 2017, n° 5, p. 4

**S. LAVRIC, C. MENABE, M. PELTIER-HENRY**

« Enjeux et perspectives de la correctionnalisation », *AJ pénal*, 2018, p. 188

**T. LE BARS**

« La théorie du fait constant », *JCP G.*, n° 44, 3 nov. 1999, doct. 178

**L. LE BESCOND DE COATPONT**

« Le nouveau visage de la transaction en droit civil », *AJ contrat*, 2018, p. 152

**G. LE CHATELIER**

- « De la possibilité de renoncer par transaction à l'exercice du recours pour excès de pouvoir », *AJ Collectivités Territoriales*, 2019, p. 469

- « L'obligation de conciliation préalable n'interdit pas à l'administration en cas d'échec d'émettre un titre exécutoire à l'encontre de son cocontractant »

**J-M. LE GARS**

« La juridiction administrative saisie par la médiation », *AJDA*, 2016, p. 2272

**T. LEBEHOT**

« Le cadre juridique de la médiation pénale », *AJ Pénal*, 2011, p. 216

**A. LEBORGNE**

« La médiation familiale : une voie d'apaisement des conflits familiaux », *RLDC*, 1<sup>er</sup> juin 2015, n° 132, p. 63

**F. LEBORGNE**

« Les aménagements conventionnels du procès », *RGDA*, 1<sup>er</sup> juill. 2010, n° 2010-3, p. 850

**C. LECOEUR**

« Le défaut d'accord préalable des parties : un exemple du dévoiement de la médiation judiciaire », *LPA*, 8 avr. 2016, n° 71, p. 9

**J. LEGER**

« La mobilisation des ressources humaines. Contrats d'objectifs et de moyens - dialogue de gestion » *in* « La modernisation de la justice administrative en France », M. PAILLET (dir.), *LARCIER*, 2010

**M. LEHOT**

« Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ*, 2003-4, p. 2235

**A. LEJEUNE**

« Justice institutionnelle, justice démocratique. Clercs et profanes : La Maison de justice et du droit comme révélateur de tensions entre des modèles politiques de justice », *Droit et société*, 1<sup>er</sup> mai 2007, p. 361

**S. LEQUETTE**

- « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », *D.*, 2016, p. 1148

- « La notion de contrat », *RTD civ.*, 2018, p. 541

**J. LEROY**

« L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable », *Gaz. Pal.*, 21 août 2014, n° 233

**Y. LEROY**

« La notion d'effectivité du droit », *Droit et société* 2011/3, n° 79, p. 715

**H. LETTELLIER**

« L'expertise et le droit de la famille : des clarifications utiles », *Gaz. Pal.*, 17 nov. 2012, n° 322, p. 21

**O. LEURENT**

« Avocats et magistrats doivent renouer avec le dialogue. 3 questions à Olivier LEURENT, directeur de l'École nationale de la magistrature », *JCP G.*, n° 41, 10 oct. 2016, 1090

**L. LEVENEUR**

- « Introduction » in « Contractualisation du droit de la famille », *Economica*, 2002, p. 1  
- « Un principe de validité, mais avec des limites », *CCC*, n° 3, mars 2018, comm. 40

**V. LEWANDOWSKI**

« Le contrat local de sécurité est-il un véritable contrat administratif ? », *Dr. Admin.*, n° 1, janv. 2002, chron. 2

**S. LEYENBERGER**

« Propos introductifs » in « La qualité des décisions de Justice », *Éditions du Conseil de l'EUROPE*, 2007, p. 5

**C. LHERMITTE**

- « Procédure d'appel : une mini réforme pour un maxi bazar procédural ? », *DALLOZ Actualité*, 3 mars 2022  
- « Demande d'infirmité dans le dispositif des conclusions : pas d'inventaire à la PREVERT ! », *Dalloz Actualité*, 12 mars 2022

**R. LIBCHABER**

« Réflexions sur les effets du contrat » in « Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit », Mél. J-L. AUBERT, *Dalloz*, 2005, p. 211

**A. LIENHARD**

« Conditions de validité d'une transaction moyennant remise de dette consentie en période suspecte », *D.*, 2001, p. 3119

**A-L. LIONNE-CLEMENT**

« La médiation familiale : déjudiciarisation ou contractualisation du droit de la famille - compte rendu de la conférence des universités d'été de l'école des avocats ALIENOR du 30 août 2014 », *Lexbase Hebdo édition privée*, n° 588, 23 oct. 2014

**B. LISSARAGUE**

- « Journées nationales d'études des avoués », *Gaz. Pal.*, 12 oct. 1985  
- « Art. 915 du nouveau code de procédure civile : le protocole versaillais au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Revue juridique D'ILE De FRANCE*, 1<sup>er</sup> août 1995, n° 38, p. 155

**F. LOMBARD**

« Les "lignes directrices" des autorités de régulation peuvent désormais faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir », *RTD com.*, 2018, p. 67

**P. LOKIEC**

« Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale » in « La contractualisation de la production normative », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *DALLOZ*, 2008, p. 95

**E. LOQUIN**

- « L'exception d'incompétence du juge étatique tirée de l'existence d'une clause compromissoire est une exception de procédure et non une fin de non-recevoir », *RTD com.*, 2002, p. 406

- « De la transmission et de l'extension de la clause compromissoire : un "grand arrêt" de la première chambre civile de la Cour de cassation », *RTD com.*, 2007, p. 667
- « L'incertain fondement de l'inopposabilité au salarié de la clause compromissoire dans les contrats de travail », *RTD com.*, 2021, p. 541

**D. LUCIANI-MIEN**

« La loi du 23 mars 2019 : le rendement procédural au détriment des droits du suspect », *RSC*, 2019, p. 765

**J-C. MAGENDIE**

« Le nouveau "contrat de procédure" civile. Objectifs, exigences et enjeux de la réforme parisienne », *Gaz. Pal.*, 5 avr. 2001, n° 95, p. 2

**P. MALAURIE**

« Le déclin du droit », *JCP G.*, n° 52, 27 déc. 2010, 1292

**N. MALLET-BRICOUT**

« Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi "Justice du XXI<sup>ème</sup> siècle" : un nouveau souffle », *RTD civ.*, 2017, p. 221

**J. MARCHAND-ARVRIER, P. DEUMIER**

« Expérimenter pour bien légiférer ? », *RDT*, 2014, p. 305

**A. MARON, M. HAAS**

- « Bien lire le "Bulletin du bâtonnier" », *Dr. pén.* n° 5, mai 2010, comm. 65
- « Les protocoles sont arrivés », *Dr. pén.*, n° 2, févr. 2014, comm. 30

**D. MARSHALL**

« L'impact de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) sur les juridictions » in « Une administration pour la justice », *RFAP*, 2008/1, n° 125, p. 121

**C. MAUGÛE**

« Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative : l'exemple des contrats locaux de sécurité », *AJDA*, 1999, p. 36

**E. MAUPIN**

- « Top départ pour Télérecours citoyen », *AJDA* 2018, p. 947
- « Contrôle d'un acte de droit souple de l'Autorité nationale des jeux », *DALLOZ Actualité*, 6 avr. 2021
- « Une note du garde des Sceaux sur l'accès aux décisions de justice est susceptible de recours », *DALLOZ Actualité*, 25 juin 2021

**L. MAYER**

- « La transaction, un contrat spécial ? », *RTD civ.*, 2014, p. 523
- « La maîtrise du procès par les parties et les contraintes procédurales » in « Le procès est-il encore la chose des parties », L. FLISE, E. JEULAND (dir.), *IRJS*, 2015, p. 51
- « Précisions sur le contrôle "léger" exercé par le juge homologateur d'une transaction », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2015, n° 167, p. 12
- « Il est urgent d'assouplir la procédure d'appel avec représentation obligatoire », *Gaz. Pal.*, hors-série n° 3, 2016, p. 40
- « Défense des "actions interrogatoires" introduites par la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.*, 29 nov. 2016, n° 42, p. 47

**P. MAYER**

« Office du juge dans la recherche de la teneur de la loi étrangère et régime de l'accord procédural », *Rev. crit. DIP*, 1998, p. 60

**D. MAZEAUD**

- « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 1<sup>er</sup> déc. 2003, n° 1, p. 295, n° 3
- « Le juge et le contrat, variations optimistes autour d'un couple illégitime » in « Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit », Mél. J-L. AUBERT, *DALLOZ*, 2005
- « Le rayonnement des clauses processuelles », *D.*, 2014, p. 121
- « La clause de conciliation à tout prix. Quiproquo sur l'admission des clauses portant sur le principe de la conciliation », *D.*, 2016, p. 2377
- « La place du juge en droit des contrats », *RDC*, 1<sup>er</sup> juin 2016, n° 2, p. 353

**N. MAZEAUD, M. SCUCCIMARRA, G. SEGUIN-JOURDAN**

« LYON impulse et expérimente la justice restaurative : un partenariat inédit entre avocats et magistrats », *JCP G.*, n° 24, 13 juin 2016, 702

**A. MIGNON COLOMBET**

« La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? » *AJ pénal*, 2017, p. 68

**A. MIGNON-COLOMBET, F. BUTHIAU**

« Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée. Punir, surveiller prévenir ? », *JCP G.*, n° 13, 25 mars 2013, doct. 359

**J. MIGUET**

« Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit » in « Mél. P. HEBRAUD », *Université des sciences sociales de TOULOUSE*, 1981, p. 567

**E. MILLARD**

- « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cah. Cons. constit.*, n° 2, janv. 2007
- « La hiérarchie des normes : une critique sur un fondement empiriste », *Les juristes et la hiérarchie des normes*, n° 21, 2013, p. 163

**A. MINET-LELEU**

« La médiation administrative », *Revue de droit public*, 1<sup>er</sup> sept. 2017, n° 5, p. 1191

**L. MINIATO**

- « L'introuvable principe de loyauté en droit processuel », *D.*, 2007, p. 1035
- « Rôle des parties et office du juge dans les modes amiables de règlement des différends » in « Pour un droit du règlement amiable des différends - Des défis à relever pour une justice de qualité », L. CASAUX-LABRUNEE, J-F. ROBERGE (dir.), N. BELLOUBET, (préf.), *Lextenso Éditions*, 2018, p. 121

**M. MEKKI**

- « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », *RDC*, 1<sup>er</sup> avr. 2006, n° 2 p. 297
- « Les incidences du mouvement de la contractualisation sur les fonctions du contrat » in « La contractualisation de la production normative », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *DALLOZ*, 2008
- « La gestion contractuelle du risque de la preuve (2<sup>ème</sup> partie) », *RDC*, 4 avr. 2009, n° 2, p. 4523
- « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.*, 2015, p. 816
- « Le contrat : entre liberté et solidarité », *Collège de FRANCE*, 2016, n° 16
- « La réforme du contrat des obligations : questions pratiques », *Gaz. Pal.*, 22 mars 2016, n° 12, p. 16
- « Réforme du droit des obligations : la représentation (C. civ., art. 1153 et s. nouv.) », *JCP N.*, n° 47, 25 nov. 2016, act. 1255
- « Le "citoyen au cœur du service public de la justice" : info ou intox ? », *Gaz. Pal.*, n° 43, 6 déc. 2016, p. 3
- « Le contrat, objet des *smart contracts* », *DALLOZ IP/IT*, 2018, p. 409
- « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la "haute définition" ! », *RDC*, 4 juin 2019, n° 7

**F. MELLERAY**

- « Brèves observations sur les “petites” sources du droit administratif », *AJDA*, 2019, p. 217

- « Les documents de portée générale de l'administration », *RFDA*, 2020, p. 801

**S. MERABET**

« La digitalisation pour une meilleure justice. À propos du plan d'action 2022-2025 de la CEPEJ », *JCP G.*, n° 1, 10 janv. 2022, p. 5

**J. MESTRE**

« L'évolution du contrat en droit privé français » in « L'évolution contemporaine du droit des contrats », Journées R. SAVATIER, *PUF*, 1986, p. 45

**N. MOLFESSIS**

« Les pratiques juridiques, source du droit des affaires - Introduction », *LPA*, 27 nov. 2003, n° 237, p. 4

**F. MOLINS**

« Les relations entre le ministère public et l'avocat », *Procédures*, n° 5, mai 2017, doss. 9

**S. MORACCHINI-ZEIDENBERG**

« La contractualisation du droit de la famille » *RTD civ.*, 2016, p. 773

**D. MOREAU**

« Faire face à l'augmentation continue des recours à moyens constants », *AJDA*, 2016, p. 2068

**H. MUIR WATT**

« Du contrat relationnel » in « La relativité du contrat », *LGDJ*, 2001, p. 169

**E. MULON**

« Précisions apportées aux pouvoirs du juge du divorce en matière de liquidation : les nouveaux articles 1108 et 1116 du code de procédure civile », *Gaz. Pal.*, 19 avr. 2016, n° 15, p. 44

**E. MULON, J. CASEY**

« La charte de PARIS est applicable », *Gaz. Pal.*, 24 nov. 2012, n° 329, p. 3

**E. NEGRON, S-C. BORIES, J. DA SILVA**

« A la recherche d'une justice perdue ? » *JCP G.*, n° 26, 26 juin 2017, 726

**E. NICOLAS**

« Le modèle-type de contrat, source de droit ? L'épreuve par la baguette du sourcier », *LPA*, 23 oct. 2012, n° 212, p. 3

**M-A. NICOLAS**

« Les lignes directrices du PNF et de l'AFA sur la mise en œuvre de la CJJP », *JCP E.*, n° 31-35, 1<sup>er</sup> août 2019, 533

**J. NORMAND**

- « Les facteurs d'accélération de la procédure civile » in « Le juge entre deux millénaires », Mél. P. DRAI, *DALLOZ*, 2000, p. 427

- « Le défi de l'urgence en droit processuel : le NCPC code modèle ou code à part ? » in « Le Nouveau code de procédure civile (1975-2005) », *Economica*, 2006, p. 183

**Y. NOUVEL**

« L'autorité de la chose jugée attachée à la transaction », *Procédures*, n° 8-9, août 2007, étude 18

**B. NURET**

« La médiation en droit public : d'une chimère à une obligation ? », *JCP A.*, 4 mars 2019, n° 9, 2060

**B. OPPETIT**

« L'engagement d'honneur », *D.*, 1979, p. 10

**F. OSMAN**

« Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.*, 1995, p. 509

**F. OST**

« La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *RIEJ*, 1984/1, vol. 12, p. 163 : « Par légitimité, nous entendons la conformité de la norme à des normes, valeurs ou principes extra-juridiques, de nature éthique »

**L. PAILLER**

« Les conventions sur les présomptions », *AJ contrat*, 2019, p. 378

**P. PAILLER**

« Une transaction inexécutée n'a pas autorité de la chose jugée », *D.*, 2012, p. 2577

**J. PAILLUSSEAU**

« Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.*, 1993, p. 705

**N. PANNIER**

« Les contrats locaux de sécurité et la politique de la ville », *RFAP* 2001/3, p. 127

**M. PARMENTIER**

« Personnalisation du rythme des affaires et rigidité des agendas » in « Le juge entre deux millénaires », Mél. P. DRAI., *DALLOZ*, 2000, p. 438

**H. PAULIAT**

- « L'administration de la justice dans les institutions françaises » in « L'éthique des gens de justice », S. GABORIAU, H. PAULIAT (dir.), *PULIM*, 2001, p. 75

- « Processus, procédures : à la recherche de la qualité de la justice... » in « Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action ? », J. HOAREAU et P. TEXIER (dir.), *PULIM*, 2006, p. 305

- « L'administration de la justice et la qualité des décisions de justice » in « La qualité des décisions de justice », *Éditions du Conseil de l'EUROPE*, 2007

- « Le modèle français d'administration de la justice : distinctions et convergences entre justice judiciaire et justice administrative », *RFAP*, 2008/1, n° 125, p. 93

- « Bonne administration de la justice, bonne justice ? », *JCP A.*, n° 4, 27 janv. 2014, act. 86

- « Introduction de la problématique d'ensemble » in « La place de l'autorité judiciaire dans les institutions », C. Cass. (dir.), *DALLOZ*, 2016, p. 64

**A. PELISSIER**

« Nature juridique de la renonciation consécutive à l'indemnisation du sinistre », *RGDA*, 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 3, p. 172

**S. PELLE**

« L'effacement du juge en matière pénale : inexorable évolution ou véritable mutation de notre justice pénale ? », *D.*, 2020, p. 1476, n° 4

**J. PELLERIN**

« La réforme de la procédure d'appel : nouveautés et vigilance ! », *Gaz. Pal.*, 23 mai 2017, n° 20, p. 13

**S. PELLET**

« Contrat d'adhésion et négociation » in « Le contrat d'adhésion : perspective franco-québécoise », *DALLOZ*, 2018, p. 67

**B. PEREIRA**

« Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ? », *D.*, 2005, p. 2041

**C. PERES**

« La réception du droit souple par les destinataires » in « Le droit souple », *DALLOZ*, 2009

**J-B. PERRIER**

- « Réflexions et perspectives sur la transaction en matière pénale », *AJ pénal* 2015, p. 474

- « Les juges d'appel face à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *JCP G.*, n° 24, 17 juin 2019, 637

- « La convention judiciaire pour les infractions environnementales : vers une compliance environnementale », *D.*, 2020, p. 396

**R. PERROT**

- Note sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 21 janv. 1981, n° 79-14037, *RTD civ.*, 1982, p. 469

- « Acquiescement à la demande. Nature juridique », *RTD civ.*, 2000, p. 57

- Note sous 24 nov. 1989, n° 88-18188, *RTD civ.*, 1990, p. 145

- « Plaidoiries devant un juge rapporteur et un conseiller "assistant" », *Procédures*, n° 3, mars 2004, comm. 48

- « Chose jugée. Sa relativité quant à la cause : qu'en reste-t-il ? », *RTD civ.*, 2006, p. 825

- Note sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 17 févr. 2011, n° 10-14863, *Procédures*, 2011, 165

- « Transaction : son homologation pour le rendre exécutoire », *RTD civ.*, 2011, p. 593

**T. PERROUD**

« Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de *soft law* des autorités de régulation », *JCP G.*, n° 22, 30 mai 2016, 623

**Y. PESQUEUX**

« le nouveau management public" (ou *new public management*) » *HAL-00510878*, 22 août 2010

**C. PICHE**

« Le "dialogue des parties et la vérité plurielle comme nouveau paradigme de la procédure civile Québécoise », *Mc Gill Law Journal*, 2017, 62 : 3, p. 901

**T. PIETTE-COUDOL**

« La dématérialisation des procédures : arrêté du 11 mai 2007 », *Dr. admin*, n° 10, oct. 2007, comm. 141

**X. PIN**

« La privatisation du procès pénal », *RSC*, 2002, p. 245

**G. POISSONNIER**

« Première convention judiciaire d'intérêt public entre le parquet national financier et une banque. Une révolution sans lendemain ? *JCP E.*, n° 7, 15 févr. 2018, 1088

**C. POMART**

« Les dispositions légales non-normatives : une invitation à penser la normativité en termes de continuum », *RRJ*, 2004-3, p. 1679

**O. POMIES**

« Arbitrage et RPVA : mariage délicat ! », *Gaz. Pal.*, 22 sept. 2015, n° 265, p. 13



**B. PONS**

« Le temps de la négociation transactionnelle face au temps de la procédure judiciaire : comment sécuriser des pourparlers avant l'introduction d'une instance ? », *Gaz. Pal.*, 28 févr. 2015, n° 59, p. 15

**J-M. PONTIER**

- « La responsabilité contractuelle de l'État dans ses relations avec les collectivités territoriales », *JCP A.*, n° 9, 25 févr. 2008, 2050

- « Les contrats de plan État-régions 2014-2020 », *JCP A.*, 22 avr. 2014, n° 16, 2118

**N. POSTEL**

« Contrat, coercition et institution : un regard d'économiste » in « Approche critique de la contractualisation », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *LGDJ*, 2007, p. 69

**J. PRADEL**

« Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité - apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite PERBEN II – première partie, *JCP G.*, n° 19, 5 mai 2004, doct. 132

**L. PRIOU-ALIBERT**

« Des modalités de communication des pièces en matière pénale », *DALLOZ Actualité*, 13 déc. 2017

**J-B. PROUVEZ**

« Efficacité, rapidité : un nouveau discours de la méthode pour le juge administratif d'appel », *Procédures*, n° 6, juin 2003, chron. 9

**F. POULET**

- « La justice administrative de demain selon les décrets du 2 novembre 2016 », *AJDA*, 2017, p. 279

- « Les rejets avant examen », *RFDA*, 2019, p. 676

**P. PUIG**

- « Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative » in « La contractualisation de la production normative », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *DALLOZ*, 2008, p. 285

- « L'avènement des sources optionnelles de droit », *RTD civ.*, 2012, p. 493

**G. RABUT-BONALDI**

« La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.*, 2015, p. 97

**J-B. RACINE**

« La technique de la passerelle en droit judiciaire privé » in « La justice civile au vingt et unième siècle », Mél. P. JULIEN, *Edilax*, 2003, p. 344

« La résolution amiable des différends en ligne ou la figure de l'algorithme médiateur », *D.*, 2018, p. 1700

**E. RASCHEL**

« Le consentement à la transaction en matière pénale », *AJ Pénal*, 2015, p. 463

**P. RAYNAUD**

« Le désistement d'instance, contribution à l'étude de la renonciation à un droit », *RTD Civ.*, 1942, p. 1

**A-C REGLIER**

« Qui ne dit mot ne consent pas », *Droit fam.*, n° 2, févr. 2015, comm. 27

**J-D REGNAULT**

« Composition pénale : l'exemple du tribunal de CAMBRAI », *AJ pénal*, 2003, p. 55

**M. REVERCHON-BILLOT**

« La justice participative : naissance d'un vrai concept », *RTD civ.*, 2021, p. 297  
« Les contrats de la justice participative », in « L'offre de réforme des contrats spéciaux », D. GANTSCHING et H. KASSOUL (dir.), *DALLOZ*, 2021, p. 263, s., évoquant les contrats sur le processus et les contrats sur l'accord de fin de conflit.

**T. REVET**

- « Le contrat-règles » in « Libre droit », Mél. P. LE TOURNEAU, *DALLOZ*, 2007, p. 925  
- « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC*, 31 mars 2015, n° 1, p. 199  
- « Les critères du contrat d'adhésion », *D.*, 2016, p. 1771  
- « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *RDC*, 4 juin 2019, n° 2, p. 106

**R. J. RHEE**

« *Toward procedural optionality : private ordering of public adjudication* », *New York University School of Law*, 84 (2), p. 514

**L. RICHER**

« La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 2003, p. 973

**J-F. ROBERGE**

- « Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement amiable », 2014, sur [coursuperieureduquebec.ca](http://coursuperieureduquebec.ca)  
- « Les défis d'une justice participative » in « Pour un droit du règlement amiable des différends », L. CASAUX, J-F. ROBERGE (dir.), *LGDJ*, 2018, p. 64

**J-F. ROBERGE, S. AXEL-LUC HOUNTOHOTEBÈ, E. GRAHOVIC**

« "L'article 1<sup>er</sup> du nouveau code de procédure civile du QUEBEC et l'obligation de considérer les modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture », *Revue Juridique THEMIS*, vol. 49, issue 2, 2015, p. 487

**J. ROBERT**

« La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, p. 117

**J-H. ROBERT**

« La honte réintégrative, moteur de la justice restaurative », *JCP G.*, n° 9, 2 mars 2015, doct. 273

**J. ROCHFLED**

- « Le PARE ou les virtualités du "contrat pédagogique" », *RDC*, 1<sup>er</sup> avr. 2005, n° 2, p. 257  
- « Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du "contrat pédagogique", 1<sup>er</sup> juill. 2006, *RDC*, n° 3, p. 665  
- « D'une nouvelle manifestation du contrat pédagogique ? Le contrat d'accueil et d'intégration », *RDC*, 1<sup>er</sup> avr. 2008, n° 2, p. 193

**R. RODRIGUEZ**

« La communication par voie électronique en matière pénale », *Procédures*, n° 10, oct. 2014, doss. 6

**B. ROLLAND**

« Où va la justice commerciale », *Procédures*, n° 1, janv. 2015, doss. 5

**A. ROSA**

« La contractualisation et le contribuable », *RFDA*, 2018, p. 236

**C. ROTHMAYR ALLISON**

« Le droit et l'administration de la justice face aux instruments managériaux », *Droit et société*, 1<sup>er</sup> juin 2013, n° 84

**G. ROUHETTE**

- « La définition du contrat et la méthode juridique française », *Droits*, n° 12, 1990, p. 59

- « Regards sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC*, 1<sup>er</sup> oct. 2007, n° 4, p. 1371, n° 30

**W. ROUMIER**

« Instauration d'un code de la justice pénale des mineurs », *Dr. pén.*, n° 10, oct. 2019, alerte 49

**G. ROYER**

« L'article préliminaire du code de procédure pénale, quand vient l'âge de la maturité », *D.*, 2006, p. 3045

**C. SAAS**

« De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC*, 2004, p. 827

**G. SABATER**

« Le décret n° 2007-1620 du 15 novembre 2007 modifiant le code de procédure pénale et relatif à l'utilisation des nouvelles technologies : l'égalité des armes entre la défense et l'accusation ? », *Communication commerce électronique*, n° 10, oct. 2008, alerte 100

**L. SAENKO**

« Première convention judiciaire d'intérêt public : HSBC face à l'Histoire », *RTD com.*, 2018, p. 530

**V. SAGANT**

« L'aménagement des peines dans la juridiction de Créteil », *Revue d'Histoire de la justice, des crimes et des peines*, 13 nov. 2013

**J. SAISON-DEMARS**

« Contractualisation et règlement des litiges administratifs », *RFDA*, 2018, p. 230

**D. SALLES**

« Variation autour de la codification : le "code" des *committimus* (1669) » in « Études offertes à J-L. HAROUËL », *Panthéon-Assas*, 2015

**P. SALVAGE**

« Le consentement en matière pénale », *RSC*, 1991, p. 699

**G. SANSONE**

- « Les protocoles d'accords n'obligent que ceux qui les respectent », *Essentiel de droit de l'immobilier et urbanisme*, 1<sup>er</sup> déc. 2017, n° 11, p. 1

- « Entre l'arbitre et le juge étatique, un simple partage de compétence », *DALLOZ Actualité*, 12 juin 2020

**J-M. SAUVE**

- « Les cours administratives d'appel, vingt ans après : un succès incontestable », *AJDA*, 2008, p. 1248  
Ouverture du colloque, « La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative », organisé à la Maison du barreau de PARIS le 17 juin 2015, Conseil d'État, Ordre des avocats de PARIS ET GEMME-FRANCE (dir.)

- « Diriger une juridiction : perspectives comparées », 20 juin 2017, ENM, conseil-etat.fr

**E. SAVAUX**

« La personnalité morale en procédure civile », *RTD civ.*, 1995, p. 1, n° 12

**S. SCEMLA**

- « Les lignes directrices du PNF et de L'AFA sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public en matière de corruption. La création de nouvelles conditions pour pouvoir bénéficier d'un accord », *Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, n° 4, août 2019, comm. 143

- « La décision US. v. *CONNOLLY* remet elle en cause l'étendue de la coopération avec les autorités de poursuite ? », *Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, n° 1, févr. 2020, comm. 44

**A. SERIAUX**

« La notion de contrat synallagmatique » in « Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle », Etudes offertes à J. GHESTIN, *LGDJ*, 2001, p. 787

**P. SERVAN-SCHREIBER**

« Collaboration et coopération dans le droit "global" », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 14 janvier 2018, p. 8

**E. SERVERIN**

« Introduction. Contexte et implicite de l'emploi du terme "contractualisation" » in « Approche critique de la contractualisation », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *LGDJ*, 2007, p. 95

**J. SIRINELLI**

« Le juge administratif et la nouvelle procédure de médiation. À propos du décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 », *JCP G.*, n° 19-20, 8 mai 2017, 520

**H. SLIM**

« Les effets procéduraux de la transaction » in « Un droit en perpétuel mouvement », Mél. G. PIGNARRE, *LGDJ*, 2018, p. 783

**R. SOCHON, M. DUCASSE**

« Les difficiles relations magistrats-avocats », *LPA*, 11 avr. 2018, n° 73, p. 4

**T. SOMMA**

« Mettre en œuvre les téléprocédures dans la juridiction administrative », 2003, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)

**J-M. SOMMER, L. LEROY-GISSIGNER, H. ADIDA-CANAC, O-L. BOUVIER**

« Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.*, 2011, p. 2150

**S. SONTAG**

« L'accès de l'avocat aux procédures dématérialisées », *AJ pénal*, 2011, p. 455

**L. K. SOSOE**

« La légitimité est-elle possible par la simple légalité ? », *Les cahiers de droit*, 42/3, 2001, p. 883

**F. STASIAK**

« La privatisation de la lutte contre la corruption », *Dr. pénal*, n° 6, juin 2019, doss. 2, n° 3

**P. STOFFEL-MUNCK**

« Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *D.*, 2007, p. 2839

« La nouvelle clause compromissoire dans les groupes de contrats », *Cah. arb.*, 1<sup>er</sup> janv. 2017, n° 1, p. 47

**Y. STRICKLER**

- « Modes alternatifs de règlement des différends - Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle », *Procédures*, n° 2, févr. 2017, étude 7
- « Les dispositions de procédure civile du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 », *Procédures*, n° 7, juill. 2017, étude 2
- « Effet de la transaction sur le droit d'agir », *Procédures*, n° 6, juin 2018, comm. 177
- « Justification des démarches préalables en vue de parvenir à une résolution amiable du litige », *JCP G.*, n° 26, 28 juin 2021, 707

**Y. STRICKLER, L. WEILLER**

- « Développer la culture du règlement alternatif des différends », *Procédures*, n° 6, juin 2019, étude 10

**C. TEITGEN-COLLY**

- « La contractualisation de la répression ? » in « Contrat ou institution : un enjeu de société », B. BASDEVANT (dir.), *LGDJ*, 2004, p. 58

**P. TERNEYRE**

- « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *AJDA*, 1998, p. 667

**F. TERRE**

- « Pitié pour les juristes », *RTD civ.*, 2002, p. 247

**F. TESSON**

- « Remarques sur l'évolution récente du contentieux administratif. Vers de nouveaux équilibres depuis 2014 ? », *Dr. administratif*, n° 12, déc. 2017, étude 17

**F.X. TESTU**

- « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G.*, n° 18, 5 mai 1993, doct. 3673

**J. THERON**

- « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.*, 2010, p. 2246
- « Le glaive et la balance » in « Les figures du procès au-delà des frontières », W. MASTOR, L. MINIATO, (dir.), *DALLOZ*, 2014, p. 7
- « Ordre et désordre dans la notion de partie », *RTD civ.*, 2014, p. 231
- « Le recul du juge : déjudiciarisation ou déjuridictionnalisation ? » in « L'avenir du procès civil », *JCP G.*, supplément n° 14, 8 avr. 2019, p. 44
- « *Less is more*. Esquisse d'une nouvelle procédure civile minimaliste », *JCP G.*, n° 18, 6 mai 2019, doct. 495.

**P. THERY**

- « La question des sources » in « De la commémoration d'un code à l'autre, 200 ans de procédure civile en FRANCE », *Litec*, 2006, p. 261
- « Les voies de recours contre le refus d'homologation d'une transaction par le tribunal administratif ou mieux vaut prévenir que guérir... », *RTD civ.*, 2006, p. 145
- « Le litige en droit judiciaire privé » in « Justices et droit du procès », Mél. S. GUINCHARD, *DALLOZ*, 2010, p. 856
- « À propos de l'effet processuel de la transaction : quand éteint-elle le litige ? », *RTD civ.*, 2013, p. 169
- « Homologation des transactions : quel contrôle du juge ? », *RTD civ.*, 2015, p. 695
- « "Pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile". Observations sur le rapport NALLET », *JCP G.*, n° 50, 9 déc. 2019, 1285

**C. THIBIERGE-GUELFUCCI**

- « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 357

- « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599
- « Sources du droit - sources de droit : une cartographie » in « Libres propos sur les sources du droit », Mél. P. JESTAZ, *DALLOZ*, 2006, p. 519
- « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, n° 51, 2008, p. 353
- « Conclusion » in « La force normative. Naissance d'un concept », C. THIBIERGE (dir.), *LGDJ*, 2009, p. 820

**J-B. THIERRY**

« La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, loi de réforme pour la justice numérique ? », *JCP G.*, n° 19, 13 mai 2019, doct. 524

**M. THOMAS**

« La pratique de la transaction en matière environnementale », *AJ pénal*, 2015, p. 473

**G. TIMSIT**

« La Régulation. La notion et le phénomène », *RFAP*, 2004/109, p. 5

**H. TOUSSAINT**

« La procédure de conciliation en République fédérale d'ALLEMAGNE, en SUISSE, en AUTRICHE, en SCANDINAVIE, en ANGLETERRE et aux ÉTATS-UNIS d'AMÉRIQUE » in « Techniques de médiation et de conciliation », *Bulletin international des sciences sociales*, vol X, n° 4, 1958, p. 654

**M. TOUZEIL-DIVINA**

« Un nouveau "recours GISTI" contre les lignes directrices ? » *JCP A.*, 22 juin 2020, n° 25, act. 351

**B. TRAVIER et R. GUICHARD**

« Les protocoles sur les écritures judiciaires - Justice coutumière ou justice moderne ? », *JCP G.*, n° 24, 11 juin 2012, 692

**R. TUDELA**

« Décret du 28 décembre 2005 : vers une contractualisation de la procédure civile ? », *Gaz. Pal.*, 28 mars 2006, n° 87, p. 13

**J-J. URVOAS**

« "Je découvre presque chaque jour un peu plus l'ampleur des difficultés" », *Gaz. Pal.*, 27 sept. 2016, n° 33, p. 9

**A. VALOTEAU**

« Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », *Dr. pén.* 2006, chron. 8, n° 14

**M. VAN DE KERCHOVE**

« Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? » in « La contractualisation de la production normative », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *DALLOZ*, 2008, p. 187

**M. VAN DE KERCHOVE, F. TULKENS**

« La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? » in « Droit négocié, droit imposé », P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Presses de l'Université de SAINT-LOUIS*, 1996, p. 529

**E. VERGES**

- « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », *JCP G.*, n° 17, 27 avr. 2016, 486
- « La procédure pénale à son point d'équilibre », *RSC*, 2016, p. 551
- « La procédure pénale hybride », *RSC*, 2017, p. 579

- « La procédure pénale technique (ou l'asphyxie procédurale) », *RSC*, 2019, p. 667

**M. VERICEL**

« La disparition de la justice de proximité », *D.*, 2019, p. 1772

**E. VERNY**

« Loi n° 2021-1729 et loi organique n° 2021-1728 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire », *AJ pénal*, 2022, p. 8

**P-Y. VERKINDT**

« Préface » in « Approche critique de la contractualisation », S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *LGDJ*, 2007, p. 7

**F. VERT**

- « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. Pal.*, 31 mai 2015, n° 31, p. 8

- « les projets pilotes de médiation : le cas de la cour d'appel de PARIS » in « Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits », *Larcier*, 2015, p. 781

- « Sortie de crise de la justice civile : la piste de la voie amiable », *DALLOZ Actualité*, 27 avr. 2020

**L. VEYRE**

- « Les listes de discussion entre magistrats : vers une nouvelle forme de création et d'unification de la jurisprudence ? », *JCP G.*, n° 27, 3 juill. 2017, p. 783

- « La clause de conciliation : un régime à perfectionner ! », *D.*, 2020, p. 1046

**C. VIGOUR**

« Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et société*, 2006/2, n° 63, p. 425

**G. VIRASSAMY**

« Preuve (en matière civile) », *JCP G.*, n° 46, 14 nov. 1990, II, 21576

**J. VOLFF**

« La composition pénale : un essai manqué », *Gaz. Pal.*, 28 mars 2000, n° 88, p. 2

**S. VON COESTER**

« Les communiqués », *RFDA*, 2016, p. 497

**X. VUITTON**

« Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », *RTD civ.*, 2019, p. 771

**L. WEILLER**

- « Renouveau des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire MOTULSKY », *D.*, 2006, p. 2135

- « Recevabilité du recours en annulation : le RPVA s'impose ! », *JCP G.*, n° 47, 18 nov. 2019, 1185

**G. WIEDERKEHR**

« Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires » in « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes juridiques », Mél. A. RIEG, *Bruylant*, 2000, p. 883

**G. WICKER**

- « L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif », 1<sup>er</sup> avr. 2012, *RDC*, n° 2, p. 649

- « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », *D.*, 2016, p. 1942

**A. WYVEKENS**

- « Justice de proximité et proximité de la justice. Les maisons de justice et du droit », *Droit et société*, 1<sup>er</sup> mars 1996, p. 363
- « Les politiques de sécurité : une magistrature sociale pour quelle proximité », *Droit et Société*, 2000, n° 44/45, p. 127

**A. ZARCA**

« Le consensualisme au service de l'homologation des transactions », *AJDA*, 2014, p. 1900

**F. ZENATI, F. TERRE**

« La "crise de la loi" », *APD*, n° 25, 1980, p. 17

## RAPPORTS DIVERS

**C. ARENS (dir.)**

« Le projet de juridiction », Rapport remis à la Direction des services judiciaires, juin 2015

**Assemblée nationale**

Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 956) relatif à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, J. BRUNHES (dir.), 25 juin 1998

**F. AGOSTINI, N. MOLFESSIS (dir.)**

Livret n° 3 des chantiers de la justice, « Amélioration et simplification de la procédure civile », janv. 2018

**J. BEAUME (dir.)**

« Rapport sur la procédure pénale » remis au garde des Sceaux, juill. 2014

**J. BEAUME, F. NATALI (dir.)**

Livret n° 2 des chantiers de la justice, « Amélioration et simplification de la procédure pénale », janv. 2020

**V. BOUSSARD (dir.)**

« L'évaluation de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO). Quand médier n'est pas remédier », Mission Droit et Justice, déc. 2020

**Club des juristes**

- « Pour une administration au service de la justice », L. CADIET (dir.), 2012
- « L'arbitrage en ligne », T. CLAY (dir.), 2019

**Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ)**

- « Administration et gestion des systèmes judiciaires en EUROPE », L. BERTHIER, H. PAULIAT (dir.), 2006
- « Manuel sur la qualité de la justice, *Court quality framework design (CQFD)* », K. GILBERG, (dir.), 2012
- « Guide des bonnes pratiques en matière d'exécution des décisions de justice », 10 et 11 déc. 2015
- « Mesurer la qualité de la justice », 2017
- « La digitalisation pour une meilleure justice », janv. 2022

**Commission Justice pénale et Droits de l'Homme**

« La mise en état des affaires pénales », *La documentation française*, 1991



### **Conseil d'État**

- « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », étude annuelle, 2008
- « Le droit souple », étude annuelle, 2013
- « Réflexions sur justice administrative de demain », étude, 2015

### **Conseil de l'EUROPE**

- « La qualité des décisions de justice », 2007

### **Conseil national des tribunaux de commerce**

- « Guide de l'instruction des affaires de contentieux devant le tribunal de commerce », août 2013

### **Cour de cassation**

- « Recommandations de bonnes pratiques juridictionnelles. Conférence de consensus. L'expertise judiciaire civile », 15-16 nov. 2007
- Rapport T. VASSEUR, à propos de la demande d'avis n° 13-70005
- « Volet filtrage des pourvoi, projet des textes », 14 mars 2018
- « La médiation devant la Cour de cassation », juill. 2021

### **Cour des Comptes**

- « Approche méthodologie des coûts de la justice. Enquête sur la mesure de l'activité et l'allocation des moyens », 2018
- « Point d'étape du plan de transformation numérique du ministère de la justice », janv. 2022

### **J-M. COULON (dir.)**

- « Réflexions et propositions sur la procédure civile », Rapport au garde des Sceaux, 1997

### **S. CIMAMONTI et J-B. PERRIER (dir.)**

- « Les enjeux de la déjudiciarisation », Mission de recherche Droit et justice, 2018

### **CRJP et OMIJ**

- « Mieux administrer la justice en interne et dans les pays du Conseil de l'Europe pour mieux juger (MAJICE) », L. CADIET et *alii* (dir.), 2012

### **P. DELMAS-GOYON (dir.)**

- « Le juge du XXI<sup>ème</sup> siècle », Rapport remis au garde des Sceaux, déc. 2013

### **S. GUINCHARD (dir.)**

- « L'ambition renouvelée d'une justice apaisée », Rapport au garde des Sceaux, 2008

### **HCJP**

- « Rapport sur les implications du *Brexit* dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale », H. MUIR WATT (dir.), janv. 2017
- « Préconisations sur la mise en place à PARIS de chambres spécialisées », mai 2017

### **IGSJ (devenue IGJ)**

- Rapport n° 22-15 sur le développement des modes amiables de règlement des différends, avr. 2015
- « Mission d'appui aux chefs de cour et à la DSJ, visant au diagnostic de l'état des stocks », nov. 2021

### **IHEJ**

- « La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI<sup>ème</sup> siècle », A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE, C. KADRI (dir.), mai 2013

### **Institut MONTAIGNE**

- « Justice : faites entrer le numérique », nov. 2017

**J-C. MAGENDIE (dir.)**

« Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès », Rapport au garde des Sceaux, 2004

**D. MARSHALL (dir.)**

« Les juridictions du XXI<sup>ème</sup> siècle », Rapport au garde des Sceaux, 2013

**Mission de recherche Droit et justice**

- « Une justice de proximité : la justice de paix (1790-1958) », 2002, J-G. PETIT (dir.)

- « La prise en compte de la notion de qualité dans la mesure de la performance judiciaire. La qualité une notion relationnelle », E. JEULAND (dir.), 2015

**D. PERBEN (dir.)**

Rapport de la mission relative à l'avenir de la profession d'avocat, juill. 2020

**D. RAIMBOURG, P. HOULLON (dir.)**

Livret n° 4 des chantiers de la justice, « Adaptation du réseau des juridictions », janv. 2018

**Sénat**

- « Cinq ans pour sauver la justice », P. BAS (dir), avr. 2017

- « Les procédures accélérées de jugement en matière pénale », Rapport du Sénat, F. ZOCCHETTO (dir.), n° 17, 12 oct. 2005, p. 80

**Université du MANS et CA Paris (dir.)**

« La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends », 25 mars 2021

**CONTRATS COLLECTIFS DE PROCEDURE RECENSÉS**

*Liste non exhaustive – Par ordre chronologique*

**Contrats collectifs civils**

***Contentieux civil général (Action en justice – Mise en état – Mesures d'instruction – Jugement)***

- Protocole relatif aux attributions de la chambre des urgences de la cour d'appel de PARIS signé entre le premier président VASSOGNE, le bâtonnier PETTITI et le président DAMPENON, pris en application du protocole de création de la chambre des urgences en vigueur le 12 avril 1976

- Protocole relatif à l'organisation de la mise en état à la cour d'appel de VERSAILLES, signé par le premier président de la cour d'appel et le président de la chambre des avoués, entré en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1986

- Protocole relatif à la mise en œuvre d'une nouvelle gestion des procédures au tribunal de grande instance de PARIS signé le 6 mars 2001 entre le président du TGI et le bâtonnier de l'ordre des avocats

- Convention entre le TGI de PARIS, l'ordre des avocats à la cour d'appel de PARIS et l'Union des compagnies d'experts de la cour d'appel de PARIS concernant la conduite et la gestion des expertises civiles, signée le 4 mai 2006

- Protocole relatif à l'amélioration de l'instruction des affaires civiles et à l'instauration des audiences de plaidoiries interactives signé le 22 décembre 2006 entre la cour d'appel de LYON, la chambre des avoués et les barreaux de BELLEY, BOURG-EN-BRESSE, LYON, MONTBRISON, ROANNE, SAINT-ÉTIENNE et VILLEFRANCHE-SUR-SAÔNE

- Protocole de procédure signé le 5 novembre 2008 par la directrice de greffe, le président de la chambre des avoués et le premier président de la cour d'appel de PARIS
- Convention entre la cour d'appel de PARIS, l'ordre des avocats à la cour d'appel de PARIS, les ordres des avocats des barreaux de BOBIGNY, CRETEIL, ÉVRY, MEAUX, MELUN, AUXERRE, FONTAINEBLEAU, SENS et l'Union des compagnies d'experts de la cour d'appel de PARIS concernant l'étape conclusive du rapport d'expertise en matière de procédure civile signée le 8 juin 2009
- Protocole relatif à la médiation civile entre le tribunal de grande instance de PARIS et l'ordre des avocats du barreau de PARIS signé le 14 décembre 2009
- Convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition de l'enfant entre le tribunal de grande instance PARIS et l'ordre des avocats du barreau de PARIS et en présence de la directrice de greffe, signée le 1<sup>er</sup> mars 2010
- Contrat de procédure entre le tribunal de commerce et le barreau de BORDEAUX signé le 21 juillet 2011
- Protocole entre la cour d'appel de PARIS et les ordres des avocats des barreaux de PARIS du VAL-DE-MARNE, de L'ESSONNE de MEAUX, de MELUN de FONTAINEBLEAU, de SENS sur la mise en œuvre des principes de concentration et de structuration des écritures, signé le 13 décembre 2011
- Protocole modifiant la convention du 26 juillet 2000 relative à l'organisation des audiences civiles de fond au tribunal d'instance de TOULOUSE, signé le 9 juillet 2012, entre la vice-présidente chargée de l'administration du tribunal de TOULOUSE, le directeur de greffe du tribunal d'instance, le bâtonnier de l'ordre des avocats et le président de la chambre départementale des huissiers de justice de la HAUTE-GARONNE
- Protocole de procédure civile du tribunal de grande instance de PARIS signé le 11 juillet 2012 entre la juridiction et le barreau
- Avenant toutes procédures de référés, signé le 2 juillet 2012 entre le TGI de LYON et l'ordre des avocats au barreau de LYON
- Protocole d'accord relatif à l'utilisation de l'agenda électronique devant le juge de l'exécution signé le 27 juin 2013 entre le président de la chambre départementale des huissiers de justice de PARIS, le bâtonnier de l'ordre des avocats de PARIS, et la présidente du tribunal de grande instance de PARIS
- Avenant au protocole de procédure du 11 juillet 2012, signé le 20 avril 2015 entre le bâtonnier de l'ordre des avocats et le président du TGI de PARIS
- Convention de mise en état civile harmonisée au sein des tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel de LIMOGES signée le 28 juin 2017
- Convention pour l'audition d'enfants devant le juge aux affaires familiales, signée le 29 novembre 2017 entre le TGI de CAYENNE et l'ordre des avocats au barreau de la GUYANE
- Convention de mise en état des affaires civiles de 10.000 € conclue le 4 mai 2021 dans le ressort de la cour d'appel de ROUEN avec le barreau de L'EURE

### ***Procédure de divorce, partages et règlement des régimes matrimoniaux***

- Convention relative au règlement des partages amiables et judiciaires entre le tribunal de grande instance de BOBIGNY, la Chambre des notaires de PARIS, SEINE-SAINT-DENIS et VAL-DE-MARNE et l'ordre des avocats au barreau de SEINE-SAINT-DENIS conclue le 8 décembre 2011

- Charte de PARIS sur la procédure de divorce et de règlement des régimes matrimoniaux signée le 6 juillet 2012 entre le bâtonnier de l'ordre des avocats de PARIS, la présidente du TGI de PARIS et le président de la chambre des notaires de PARIS

- Charte du VAL-DE-MARNE, procédure de divorce et règlement des régimes matrimoniaux entre le président du tribunal de grande instance de CRETEIL, l'ordre des avocats du VAL-DE-MARNE et la présidente de la Chambre interdépartementale des notaires de PARIS, signée le 25 juin 2014

- Charte relative à la liquidation des successions, entre le tribunal de grande instance de MONTPELLIER, l'ordre de avocats du barreau et la chambre des notaires de L'HERAULT signée le 9 octobre 2015

- Charte sur la bonne exécution des missions judiciaires confiées aux notaires, signée le 18 juin 2019 entre le président de la Chambre interdépartementale des notaires de PARIS, le président du TGI de PARIS, le procureur de la République financier, le procureur de la République et la directrice de greffe

### ***Instance commerciale***

- Convention de procédure au sein du tribunal de commerce de LYON en vigueur au 1<sup>er</sup> mai 1989

- Protocole entre le barreau de PARIS, le tribunal de commerce et le greffe, signé le 18 décembre 2009

- Célérité de la justice consulaire - procédure écrite et dispense de comparution, protocole conclu entre le tribunal de commerce de NANTERRE, son greffe et le barreau des HAUTS-DE-SEINE, le 1<sup>er</sup> février 2012

- Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de TOULOUSE, signée le 19 juin 2013 entre le président du tribunal, son greffe et le bâtonnier

- Charte du VAL-DE-MARNE, procédure de divorce et règlement des régimes matrimoniaux entre le président du tribunal de grande instance de CRETEIL, l'ordre des avocats du VAL-DE-MARNE et la présidente de la Chambre interdépartementale des notaires de PARIS, signée le 25 juin 2014

- Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de CAEN signé le 20 octobre 2014 entre le président et le bâtonnier de l'ordre

- Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de LYON, signée le 21 décembre 2015 entre le président du tribunal de commerce et l'ordre des avocats de SAINT-ÉTIENNE

- Protocole de procédure relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de CHERBOURG, signé le 13 janvier 2016 entre le président du tribunal et l'ordre des avocats

- Protocole entre le barreau de ROANNE, le tribunal de commerce et le greffe signé le 20 janvier 2016

- Convention générale au sein du tribunal de commerce signée le 29 juin 2016 entre le président du tribunal de TOULOUSE, l'ordre des avocats et le greffe du tribunal

- Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de TROYES, signée le 8 septembre 2016, entre le président du tribunal de commerce, le greffe, et le bâtonnier de l'ordre des avocats

- Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de TROYES conclue le 1<sup>er</sup> octobre 2016

- Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce d'AJACCIO signé le 3 avril 2017 entre le président du tribunal de commerce D'AJACCIO et l'ordre des avocats au barreau D'AJACCIO

- Convention de CARCASSONNE sur la procédure devant le tribunal de commerce signée entre le président et l'ordre des avocats le 7 décembre 2017
- Protocole relatif à la procédure devant la chambre internationale de la cour d'appel de PARIS signé le 7 février 2018 entre la cour d'appel de PARIS et l'ordre des avocats, en présence de la garde des Sceaux
- Protocole relatif à la procédure devant la chambre internationale du tribunal de commerce de PARIS signé le 7 février 2018 entre le tribunal de commerce de PARIS et l'ordre des avocats, en présence de la garde des Sceaux
- Convention relative au contentieux général devant le tribunal de commerce de NARBONNE signée le 9 décembre 2021 entre la juridiction et le barreau
- Avenant au protocole parisien du 18 déc. 2009 (remplaçant l'avenant du 16 janv. 2013), signé le 17 décembre 2021 entre le président du tribunal de commerce, le bâtonnier et le greffe du tribunal de commerce

### ***Instance prud'homale***

- Convention de mise en état au sein de la chambre sociale de la cour d'appel de PARIS conclue entre le premier président et le bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de PARIS, signée le 4 avril 1997
- Convention sur le départage dans le ressort du TGI de NANTERRE signée le 12 avril 2012
- Convention entre la cour d'appel de PARIS et le barreau de PARIS sur le traitement du contentieux social devant la cour d'appel signée le 28 mai 2015 entre la première présidente de la cour d'appel de PARIS, le procureur général de PARIS, la directrice de greffe et le bâtonnier de l'ordre des avocats de PARIS

### ***Communication par voie électronique***

- Protocole de communication électronique de LILLE, signé le 7 juin 2006, entre le bâtonnier, le greffier en chef et le président du TGI
- Annexe 1 au protocole de mise en œuvre de la communication électronique entre les avocats et les chambres civiles de la cour d'appel de LYON, signée le 9 janvier 2012 entre la cour d'appel de LYON, les ordres des avocats de LYON, SAINT-ÉTIENNE, L'AIN, ROANNE et VILLEFRANCHE-SUR-SAONE
- Avenant n° 2 de la Convention relative à la communication électronique pour les tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel de RENNES signé le 8 février 2017 entre le procureur général et le premier président de la cour d'appel de RENNES, les présidents des TGI, les procureurs de la République et les ordres des avocats de SAINT-BRIEUC, BREST, QUIMPER, RENNES, SAINT-MALO, NANTES, SAINT-NAZAIRE, LORIENT ET VANNES
- Convention relative à la communication électronique en matière civile devant les tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE entre la cour d'appel et les tribunaux et ordres des avocats d'AIX-EN-PROVENCE signée le 12 mai 2017
- Convention relative à la mise en état électronique d'affaires civiles avec représentation obligatoire signée entre la cour d'appel de VERSAILLES, les TGI de CHARTRES, NANTERRE, PONTOISE, VERSAILLES et les barreaux de CHARTRES, NANTERRE, PONTOISE, VERSAILLES, le 12 juin 2017

- Avenant au protocole de procédure civile du 11 juillet 2012 concernant la consultation dématérialisée du cahier des conditions de vente immobilière signé le 11 janvier 2019 entre la juridiction et le barreau parisien

### **MARD**

- Protocole relatif à la médiation familiale dans le ressort du TGI de CRETEIL, signé le 3 mars 2009
- Protocole relatif à la médiation civile entre le tribunal de grande instance de PARIS et l'ordre des avocats du barreau de PARIS signé le 14 décembre 2009
- Protocole relatif à la médiation civile passé entre le TGI de TOULOUSE et l'ordre des avocats au barreau, signé le 30 juin 2010
- Protocole relatif à la médiation civile passé entre le tribunal de commerce de TOULOUSE et l'ordre des avocats au barreau, signé le 23 juin 2011
- Protocole relatif à la médiation civile dans le tribunal de grande instance de METZ, signé le 6 septembre 2011
- Protocole relatif à la médiation civile passé entre la cour d'appel de TOULOUSE et l'ordre des avocats au barreau, signé le 16 septembre 2011
- Convention de procédure sur la conciliation devant le tribunal de commerce de TOULOUSE signée le 15 janvier 2015 entre le tribunal et l'ordre des avocats de TOULOUSE
- Charte de médiation familiale du TGI de Pontoise signée le 26 janvier 2015
- Protocole relatif à l'expérimentation de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire au TGI de PONTOISE signé le 11 juillet 2017
- Protocole relatif à l'expérimentation de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO) au tribunal de grande instance de MONTPELLIER signé le 29 octobre 2017

### **Contrats collectifs pénaux**

- Convention entre le tribunal de grande instance de PARIS, l'ordre des avocats à la cour d'appel de PARIS et l'Union des compagnies d'experts de la cour d'appel de PARIS concernant la conduite et la gestion des expertises pénales signée 27 juin 2007
- Convention de partenariat entre la CPAM des YVELINES et le TGI de VERSAILLES signée le 26 juin 2015 entre le président du tribunal, le procureur de la République, le directeur de la CPAM des YVELINES
- Protocole d'expérimentation d'une procédure simplifiée de gestion des appels en cause de la CPAM 74 devant les juridictions répressives, signé le 22 septembre 2015 entre la directrice de la CPAM 74, le bâtonnier de l'ordre des avocats D'ANNECY, le procureur de la République D'ANNECY et le président du TGI D'ANNECY
- Convention entre les tribunaux de grande instance de PARIS, NANTERRE, BOBIGNY, CRETEIL et ÉVRY et l'Ordre des avocats aux barreaux de PARIS, des HAUTS-DE-SEINE, de SEINE-SAINT-DENIS, du VAL-DE-MARNE, et de l'ESSONNE sur la délivrance des copies de pièces pénales signée le 9 février 2015 et en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2015

- Convention relative à la mise en œuvre de l'ordonnance de protection au sein du tribunal judiciaire de SENLIS signée le 14 octobre 2020 entre le président du tribunal judiciaire, le procureur de la République, la directrice de greffe, le bâtonnier de l'ordre des avocats au barreau de SENLIS, le président de la chambre départementale des huissiers de justice de L'OISE, le président de l'Association FRANCE Victimes, le commissaire de CREIL et les chefs d'escadron de gendarmerie de SENLIS et CHANTILLY
- Charte de bonnes pratiques relatives à la fluidité de l'audience correctionnelle, signée le 6 décembre 2019, entrée en vigueur au 6 janvier 2020, entre les juridictions du ressort de la cour d'appel de FORT-DE-FRANCE et le barreau de la MARTINIQUE
- Protocole local de mise en œuvre du bracelet anti-rapprochement signé le 6 janvier 2021 dans le ressort de MONTAUBAN
- Convention locale entre la chambre départementale des huissiers de justice de L' AISNE et le tribunal judiciaire de SAINT-QUENTIN relative aux modalités de signification dans le cadre du contentieux des ordonnances de protection signée en 2021
- Convention relative à la mise en œuvre de la procédure de rappel à l'ordre par le maire au sein du tribunal de DRAGUIGNAN conclue entre les maires et le parquet le 18 février 2021, sur le fondement de l'article L. 132-7 du code de la sécurité intérieure
- Convention entre la cour d'appel d'AGEN et les barreaux du ressort sur les calendriers de procédure et les aménagements de peine à la chambre des appels correctionnels signée le 21 mai 2021

### **Contrats collectifs administratifs**

- Convention conclue entre la cour administrative d'appel de PARIS, le tribunal administratif de MELUN et l'ordre des avocats de CRETEIL concernant l'utilisation de la communication électronique devant les juridictions administratives signée le 13 janvier 2014 entre le président de la cour administrative d'appel de PARIS, la présidente du tribunal administratif de MELUN, le bâtonnier de l'ordre des avocats de CRETEIL
- Convention relative à la mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des différends devant le tribunal administratif de LYON signée le 21 janvier 2015
- Convention relative à la mise en œuvre de la médiation dans le ressort du tribunal administratif de BESANÇON conclue le 31 octobre 2018
- Convention relative à la mise en œuvre de la médiation dans le ressort du tribunal administratif de MARSEILLE, entre le tribunal administratif de MARSEILLE et le barreau des HAUTES-ALPES, signée le 21 janvier 2019
- Convention relative à la mise en œuvre de la médiation dans le ressort du tribunal administratif de STRASBOURG signée le 5 avril 2019 entre la présidente de la CAA de NANCY, la présidente du TA de STRASBOURG, le président de la communauté d'agglomération de MULHOUSE, le maire et le bâtonnier du barreau de MULHOUSE





# INDEX

*Les numéros renvoient aux paragraphes*

## A

### **Accord :**

- À fin processuelle : n° 153, n° 156, s.
- « À la demande des parties » : n° 97, s.
- Accord de fin de conflit : n° 104, s. 154, s., 165, 167
- Accord factuel : n° 103, 108, s., 122
- Accord judiciairisé : n° 98, s.
- Accord juridictionnalisé : n° 104, s., 110
- Accord processuel : n° 41, 344
-  l ment essentiel du contrat : n° 24
- Sur la qualification juridique : n° 194

### **Acte juridique :**

- Acte du procès : n° 49, 66, s., 340
- Acte processuel : n° 75, 80, s., 148, s., 151, 330, 466
- Conjonctif : n° 63, 120, 149
- Demande en justice : n° 81
- Jugement : n° 81
- Notion : 29, s.

### **Action en justice :**

- Amende civile : n° 432
- Clause de transfert d'action : n° 45
- Contrat sur l'action en justice : n° 192, 198
- Demande en justice : n° 66 (NBP), n° 80
- Exercice de l'action en justice : n° 81

**Acquiescement** : n° 115, s.

### **Administration de la justice :**

- Bonne administration de la justice : n° 87
- Conventions sur l'administration de la justice : n° 169, s.
-  conomie de la justice : n° 274, s.
- Politique de juridiction : n° 376

**Alternatives aux poursuites** : n° 117

**Amiable composition** : n° 197

**Apparence contractuelle** : n° 13

**Apparence processuelle** : n° 13

**Arbitrage** : v. Modes alternatifs

**Assentiment processuel** : n° 40

### **Audience :**

- Accord sur l'absence d'audience : n° 40, 202, 301
- Audience rapporteur : n° 111

### **Autorisation :**

- Mécanismes processuels : n° 112, 113, 393
- Notion : n° 62

## B

**Bonnes pratiques** : n° 122, 301, 346, 385, 414

## C

**Calendrier de procédure** : n° 219, n° 297 (NBP), 423

### **Capacité juridique (de contracter) :**

- Notion : n° 359, s.

**Charge consensuelle** : n° 39, 41, 44

**Charge processuelle** : n° 39, 44, s.

**Charte de procédure** : n° 40

**Clause générale de procédure** : n° 200, 202, 322, 344

**Clauses** :

- Compétence : n° 191, 435
- Conciliation ou médiation : n° 181
- Concours à l'instance : n° 48 (NBP)
- Garantie à première demande : n° 165
- Non-recours : n° 46 (NBP)
- Pénale : n° 165,
- Preuve : n° 165,
- Résolutoire : n° 165
- Révélation de l'instance : n° 48 (NBP)
- Sur la loi applicable : n° 165
- Transfert d'action : n° 46

**Communication électronique** :

- Jurisprudence : 442, s.
- Nature des conventions collectives de : n° 173, s.
- Protocoles : n° 203, 218, 251, s., 442, s.

**Composition pénale** : n° 110, 166, s., 185, 422

**Conseils départementaux d'accès au droit** : n° 170

**Consentement** :

- Abdicatif : n° 40, 61
- Obligation d'information précontractuelle : n° 379
- Reféodalisation : n° 166
- Sanction de l'absence de : n° 383
- Substitutif : n° 40
- Vices du consentement : n° 332, 382

**Contractualisation** :

- Authentique vs. Illusoire : 15, 153, s., 176

- Continuum de la contractualisation : n° 12, 39
- Définition : n° 4, 5
- Forme : n° 10, 37
- Contractualisation illusoire : n° 13, 38
- Objet de la contractualisation du procès : n° 11, 176, s.
- Origines : n° 2, 3, 6
- Phénomène cyclique : n° 6
- *Stimuli* contractuels : n° 4

**Contrat** :

- (d') Adhésion : n° 386
- Acte d'autorité : n° 36
- Contrat administratif : n° 333, s.
- Contrat civil : n° 22, 43, 60
- Contrat échange : n° 34
- Contrat vs. Convention : n° 8à
- Contrat vs. Procès : n° 1
- Critique de la notion en droit processuel : n° 37
- Définition du contrat : n° 23, 64
- Données objectives et subjectives : n° 24, s., 29
- Essence dégradée du contrat : n° 4,5
- Existence du contrat : n° 19, 209, 327
- Intérêts égoïstes des co-contractants : n° 34
- Théorie générale (notion) : n° 22
- Théorie générale (choix d'une) : n° 50

**Contrat-cadre** :

- Accord-cadre : n° 41
- Terminologie : n° 44

**Contrat d'objectifs** : n° 47

**Contrat judiciaire** : n° 69, 70

**Contrat local de sécurité** : n° 171

**Contrat processuel** :

- Consentement (au) : n° 378, s.
- Consécration (dans l'ordre juridique) : n° 341
- Contenu licite : n° 388, s. 401, s.
- Contrat collectif : 150, 247, s.

- Contrat individuel : 150
- Caractère processuel : n° 75
- Définition : n° 147
- Effet relatif : n° 434, s.
- Exécution en nature : n° 425, s.
- Existence : n° 148, s.
- Externe : n° 314
- Fonction(s) normative(s) : n° 30, 227, 230
- Force obligatoire : n° 418, 422, s.
- Forme : n° 406, s.
- Interne : n° 315, s.
- Légitimité : n° 280, 301, 303
- Nullité : n° 383, 394
- Numérique : n° 320
- Responsabilité contractuelle : n° 427, 429
- Terminologie : n° 43, 182
- Type : n° 176, s.
- Validité matérielle : n° 275, s., 470
- Validité positive : n° 350, s., 441

#### **Contrats sur l'action en justice :**

- Contrats collectifs : n° 198
- Contrats individuels : n° 176, s.

#### **Contrats sur l'instance :**

- Contrats collectifs : n° 203
- Contrats individuels : n° 199, s.

#### **Contrats sur le jugement :**

- Contrats collectifs : n° 206
- Contrats individuels : n° 204, s.

#### **Convention collective (de travail) : n° 42, 129**

#### **Convention de procédure participative : n° 176, 200, 322, 342, 425**

#### **Convention judiciaire d'intérêt public : n° 110, 166, s., 187**

#### **Convention processuelle :**

- Acte d'administration processuelle : n° 42, 49, 66
- Acte de disposition processuelle : n° 42, 49, 66

- Terminologie : n° 20, 42,

#### **Consentement : n° 40, 117, 146**

#### **Conséquences processuelles : v. Effet de droit**

## **D**

#### **Demande (sollicitation de procédure) :**

- Demande de norme : n° 98, s.
- Acceptation de norme : n° 111

#### **Déjudiciarisation : n° 5, 277, s., 324, 470**

#### **Déjuridictionnalisation : n° 9**

#### **Désistement : n° 113, s.**

#### **Divorce : n° 110, 262**

#### **Droit(s) :**

- Auto-composition : n° 388
- Libre disposition : n° 388
- Droit comparé : n° 121, 342, s., 352
- Droit post-moderne : n° 2, s.
- Droit souple : n° 142, 221, 448, s., 451
- Droit judiciaire vs. Droit civil : n° 67, s., 329

#### **Droit processuel :**

- Notion : n° 11, s.
- Sources : n° 217
- Plan processuel : n° 78, s.

## **E**

#### **Effets de droit :**

- Conséquences processuelles : n° 49, 158, s.
- Effets du contrat : n° 33, 36, 224, s. 418, s.
- Normativité : n° 224

#### **Exception de procédure : n° 421**

**Expertise** : n° 268

## F

**Fin de non-recevoir** : n° 421, s.

**Fonctions normatives** :

- Circulaire (fonction) : n° 261, 404
- Concurrence normative : n° 229
- Dérivation (déviation) procédurale : n° 235, 239, 245, 423
- Expérimentation : 247, s., 347, 402,
- Fonctions générales : n° 226, s.,
- Fonctions spéciales : n° 235, s.

- Optimisation du droit dur : n° 265, s., 302, 347, 405
- Promotion du droit dur : n° 255, s., 403
- Régulation vs. Interprétation : n° 226
- Substitution procédurale : 235, 236, 244, 420

**Force obligatoire du contrat** : n° 418, s.

**Force d'influence du contrat** : n° 448, s.

## G

**Grief** : n° 72, s., 424, 448

## H

**Habilitation normative** : n° 441

**Homologation de l'acte** :

- Facultative : n° 104, s.
- Impérative : n° 107, s.

## I

**Intérêt juridique** :

- Concept : n° 55, s.

- Critique de la notion : n° 53, 54
- Définition : n° 55, 56
- Élément de définition du contrat : n° 52, 56
- Nature juridique : n° 56, 166
- Origine : n° 51
- Procédural : n° 83, 89, 94, s.
- Similarité des intérêts : n° 57
- Validité de l'acte : n° 51, 57

**Instance** :

- Contrat sur l'instance : n° 199, s., 266, s.

**Instruction** : n° 189, 200, s.

**Incombance processuelle** : n° 291, 354

## J

**Juge (rôle du juge)** : n° 297

**Jugement** :

- Contrat sur le jugement : n° 204, s.
- Homologation : v. Homologation de l'acte
- Notion : n° 81

**Justice** :

- Amiable : n° 287
- Besoin de justice : n° 284, 286
- Managériale : n° 275, s., 283
- Numérique : n° 320
- Performante : n° 277
- Prédicative : n° 288 (NBP)
- Proximité : n° 289
- Qualité (de la) : v. Qualité de la justice
- Restaurative : n° 260
- Valeurs (de la) : n° 287, s.

## L

**Lien de droit** :

- Absence de lien de droit : n° 60, 96, 116, s.
- Élément du contrat processuel : n° 76, s.

- Fondement de la contractualisation : n° 59
- Intérêts contractuels à lier : n° 56, 57, 58, 60, 64
- Lien processuel : n° 77, 118, s., n° 128, n° 133, s.

**Lien d'obligation** : n° 57

**Légitimité du contrat processuel** :

- Endogène : n° 275, s.
- Exogène : n° 293, s.

**LOLF** : n° 275

**Loyauté** : n° 350, s.

## M

**Maison de justice et du droit** : n° 169

**Mesures d'administration judiciaire** :

- Notion : n° 71, s.

**Mise en état** :

- Contrats sur la mise en état (mise en état conventionnelle) : n° 200, 266, s.

**Modes alternatifs de règlement des conflits/différends** :

- Alternatif (caractère) : n° 238
- Arbitrage : n° 245 (NBP), 331, 406, 421, s., 427, 434
- Conciliation : n° 177, s., 245, 257, s., 325, 380, 383, 422
- Contrat sur le principe d'un MARD : n° 178, s., 182, 236
- Économie de la justice : n° 274
- Médiation : n° 93, 117, 177, s., 247, s., 257, 380, 422
- PRD : n° 342

## N

**Négociation Collective** : n° 128, s., 133, s., 384, s., 409

**Norme** :

- Contraignante : n° 138, 140
- Définition : n° 136
- Facultative : n° 242
- Impérative : n° 240, n° 386
- Juridique : n° 137, s.
- Obligatoire : n° 139, 142
- Processuelle : n° 141, 143, s.
- Supplétive : n° 241

**Nullité** : n° 67, 383, 458

## O

**Objet du litige** : 193, 423

**Objet du contrat** :

- Contenu du contrat : v. Norme
- Instabilité de la notion : n° 48, s.

**Obligation** :

- D'information processuelle : n° 379, s.
- De considérer un mode amiable : n° 352
- Distinction avec la norme : n° 142
- Effet du contrat : n° 20, 34, s., 54

**Ordre juridique processuel** : n° 327, s., 341, 389, 469

**Ordre public** : n° 388, s.

**Orientation processuelle** :

- Consécration : n° 353, s.
- Principe directeur : n° 352

## P

**Personnalité juridique** :

- Barreau : n° 364
- Centre d'intérêts protégés : n° 146
- Juridiction : 366, s.

**Perquisition** : n° 40

**Plan juridique (plan de droit) :**

- Interaction entre les plans juridiques : n° 80, s. n° 90, s.
- Plan justiciable : n° 84, s.
- Plan procédural (plan processuel) : n° 78, s., 88
- Plan substantiel : n° 78, 79

**Pourparlers judiciaires** : n° 182, 188

**Pouvoir :**

- Notion de pouvoir : n° 366, s.
- (du) Barreau : n° 372, 454
- (de la) Juridiction : n° 374

**Pratique(s) :**

- « GOOGLE » (des) : n° 385, 415
- Juridique : n° 123, s.
- Judiciaire : n° 126, s.
- Réfléchie/Spontanée : n° 127

**Préjudice contractuel** : n° 427, s.

**Prescription** : n° 192

**Preuve (Conventions sur la preuve)** : n° 165, 200

**Privatisation de la justice** : n° 5

**Problématique de la thèse :**

- Circonspection de la problématique : n° 15
- Réponse à la problématique : n° 473

**Procès :**

- Contractuel : n° 319
- Équilibre procédural : n° 300, 307, s.
- Équitable : n° 87, 325
- Modèle(s) de procès : 311, s., 392

- Modèle français : n° 321, s.
- Notion de procès : n° 11, 78
- Principes directeurs : n° 350, s., 357, 390
- Rigidité vs. Flexibilité : n° 294
- Rigidification des procès : n° 296, s., 312
- Souplesse de la procédure : n° 303
- Technicisation des procès : n° 301
- Temps du procès : n° 310

**Protocole de procédure :**

- Audition de l'enfant : n° 263
- Caractère unilatéral : n° 120
- Caractère contraignant : n° 347, 439, s., 454
- Constitutionnalité : n° 395, s.
- Contenu : n° 401
- Défense pénale (protocole 91) : n° 92
- Effet relatif : n° 456
- Effectivité : n° 450, s.
- Divorce et partage : n° 262
- Fondement juridique : n° 367, s.
- Force d'influence : n° 448
- Force obligatoire : n° 346, 439, s.
- Habilitation normative : n° 441
- Justiciabilité : n° 441, s.
- Médiation/Conciliation : n° 93, 248, s., 256, 257
- Négociabilité : n° 387
- Organe de contrôle : n° 413
- Origine : n° 131, s.
- Protection de l'environnement : n° 264
- Publicité : n° 408, 415
- Recours (contre) : n° 457, s.
- Signataires : n° 363, s.
- Sur l'action en justice : n° 198
- Sur l'instance : n° 203, 266
- Sur l'instruction : n° 268
- Sur les écritures : n° 267
- Terminologie : n° 11, 40, 42
- Vérification *ex ante* : n° 411, 414

**Q**

**Qualification juridique** : n° 194

**Qualité de la justice :**

- Désir de justice : n° 284, s.

- Mesure de la qualité : n° 282
- Qualité procédurale : n° 283
- Notion relationnelle : n° 282

## R

### **Reconnaissance :**

- Choix du droit applicable : n° 329
- Droit du procès : n° 340
- Existence en droit positif : n° 327

### **Recours :**

- Abusif : n° 432
- (en) Annulation : n° 447
- Contrat (sur la voie de) : n° 205
- Excès de pouvoir : n° 162, 163, 448, s.
- Protocole de procédure : n° 457, s.

### **Renonciation :**

- Mécanismes processuels : n° 113, 114, 157
- Notion : n° 61

### **Requête :**

- Collective : n° 63
- Conjointe : n° 193

### **Retrait du rôle : n° 201**

### **Responsabilité (processuelle) : n° 427**

### **Révocation de la clôture de l'instruction : n° 101**

## S

### **Sanction de l'obligation d'information processuelle : n° 383**

### **Sanction(s) de procédure : n° 283, 299**

### **Sanction du droit : n° 137, 140**

### **Sanction pénale :**

- Accord sur la sanction : n° 44, 112, 165, s., 185, s., 333
- Travail d'intérêt général (TIG), n° 112

### **Sentiment de justice :**

- Notion : n° 292
- Sentiment d'injustice : n° 281

### **Source(s) du droit :**

- Contrat source du/de droit : n° 216, s. 223
- Réseau de normes : n° 222
- Sources formelles : n° 213
- Sources matérielles : n° 214
- Théorie classique : n° 212, 215
- Théorie renouvelée : n° 221

## T

### **Théories du droit processuel : n° 326**

### **Transaction :**

- Administrative : n° 161, s.
- Civile : n° 154, s.
- Effets : n° 155, 157, s.
- Modèle de l'accord de fin de conflit : n° 153
- Nature : n° 82, 154, 156, s., 331
- Noyau de la contractualisation : n° 14
- Pénale : n° 44, 166

### **Tolérance à la norme : n° 111, s.**

## U

### **Usages : n° 122**

### **Utilité normative :**

- Effectivité : n° 231
- Efficacité : n° 232
- Efficience : n° 233, 279
- Notion : n° 210, 224

## V

**Vices du consentement** : v. Consentement

**Voie de recours** : v. Recours

**Volonté contractuelle** : n° 27, 28, 144, s.

**(Manifestation de la) volonté** :

- Élément essentiel du contrat : n° 25, 144, 145
- Filtre de la volonté interne : n° 31
- Intérêt juridique soutenu : n° 54

- Lien entre la volonté et les effets de droit : n° 28, 37
- Manifestations croisées de volonté : n° 32

**Volonté psychologique** : n° 25, 26



## TABLE DES MATIÈRES

Liste des principales abréviations.....	III
Remerciements.....	VI
Sommaire.....	IX
 Introduction générale.....	 1

### **Première partie - L'existence du contrat en droit processuel**

<b>Titre 1 - La notion de contrat processuel.....</b>	<b>37</b>
<b>Chapitre 1 - La relativité du contrat : transposition difficile de la notion en droit processuel.....</b>	<b>39</b>
Section 1 - Les incertitudes sur la notion de contrat substantiel.....	40
§ 1 - Insuffisance de la notion de contrat en droit processuel.....	40
I - L'accord des volontés entre subjectivisme et objectivisme.....	44
A - Les conceptions subjectives de l'accord des volontés.....	44
B - Les conceptions objectives de l'accord des volontés.....	48
II - L'effet de droit, entre obligations et modification de la situation juridique.....	51
A - La lecture du contrat par l'obligation.....	52
B - Le contrat, acte créateur de droit.....	54
§ 2 - Critique et consolidation de la notion de contrat en droit processuel.....	56
I - La charge consensuelle des accords processuels.....	57
A - L'assentiment en droit processuel.....	58
B - L'accord en droit processuel.....	60
C - La convention en droit processuel.....	61
D - Le contrat en droit processuel.....	63
II - La charge processuelle des accords en lien avec le procès.....	66
III - La consolidation de la notion de contrat grâce à l'intérêt juridique processuel.....	70
A - Critique de la notion d'intérêt juridique pour le droit processuel.....	71
B - Du bon usage de l'intérêt en droit processuel : le lien entre les intérêts des parties à l'acte juridique contractuel.....	75
IV - Le contrat et les notions adjacentes en droit processuel.....	80

Section 2 - La définition du contrat processuel par la liaison des intérêts processuels.....	85
§ 1 - Le rattachement impossible aux catégories des actes processuels.....	85
I - L'acte du procès .....	85
II - Le contrat judiciaire.....	89
III - Les mesures d'administration judiciaire.....	90
§ 2 - La recherche du lien de droit processuel à la base du contrat processuel.....	93
I - La présentation des plans substantiel, procédural et justiciable.....	95
A - Le plan normatif substantiel et le plan normatif procédural.....	95
1 - Le champ des plans substantiel et procédural.....	95
2 - L'interaction entre les plans substantiel et procédural (processuel).....	98
B - Le plan normatif justiciable et le plan normatif procédural.....	102
1 - Le champ des plans justiciable et procédural.....	102
2 - L'interaction entre les plans justiciable et procédural.....	106
II - Le lien de droit entre les intérêts processuels.....	110
A - La liaison des intérêts processuels individuels des acteurs du conflit.....	110
1 - La liaison impossible des intérêts processuels en faveur de l'intérêt défendu par le juge.....	111
a - La demande de norme au juge.....	112
1) Les accords judiciarisés.....	112
2) Les accords juridictionnalisés.....	116
b - L'acceptation de la norme par le juge.....	125
2 - La liaison impossible des intérêts en faveur de l'intérêt solitaire d'une partie.....	127
a - La liaison d'intérêts processuels différents.....	128
1) Le désistement accepté de l'instance.....	128
2) L'acquiescement.....	130
b - La liaison entre un intérêt solitaire et un intérêt objectif inexistant.....	133
B - La liaison des intérêts processuels collectifs des acteurs de la justice.....	136
1 - L'unilatéralité des accords collectifs .....	137
2 - La dérive des accords collectifs vers le fait.....	141
a - La pratique judiciaire.....	143
b - Les protocoles : de la pratique réfléchie.....	146
3 - La liaison des intérêts processuels des acteurs de la justice.....	147
III - La norme juridique processuelle.....	154

A - La notion de norme.....	155
1 - La juridicité de la norme.....	155
2 - La contrainte et la norme.....	157
3 - La norme et l'obligation.....	160
B - La notion de norme processuelle.....	161
IV - L'accord des volontés processuelles.....	162
§ 3 - Contrat processuel et acte juridique : émergence d'une théorie de l'acte processuel.....	164
Conclusion du chapitre.....	169
<b>Chapitre 2 - Les catégories de contrats processuels.....</b>	<b>171</b>
Section 1 - La liaison d'intérêts substantiels et judiciaires à des fins processuelles.....	171
§1 - La liaison des intérêts substantiels.....	171
I - Les accords sur la résolution des conflits civils et administratifs.....	172
A - La transaction civile.....	172
1 - Les causes du rattachement erroné de la transaction au plan processuel.....	173
2 - La transaction : un accord à fin processuelle.....	175
B - La transaction administrative.....	179
C - Les autres accords sur la résolution des conflits civils et administratifs.....	183
II - les accords de fin de conflit pénal.....	185
§ 2 - La liaison des intérêts judiciaires.....	190
I - Les contrats sur l'administration de la justice.....	191
II - les contrats sur la communication par voie électronique : l'exemple de la procédure civile.....	194
Section 2 - La liaison des intérêts processuels.....	199
§1 - Les contrats sur l'action en justice.....	199
I - Les contrats processuels individuels sur l'action en justice.....	199
A - Les contrats sur le principe d'un mode alternatif de règlement des différends.....	200
1 - Les contrats sur le mode alternatif de règlement des conflits en matière civile et administrative.....	200
2 - Les contrats sur le mode alternatif de règlement du conflit pénal.....	209
B - Les accords sur le choix du juge.....	217
C - Les accords sur l'office du juge et d'autres tiers.....	218

II - Les contrats processuels collectifs sur l'action en justice.....	223
§ 2 - Les contrats sur l'instance.....	223
I - Les contrats processuels individuels sur l'instance.....	224
A - L'essor des contrats sur l'instruction.....	224
B - L'essor des contrats sur le déroulement de l'instance.....	227
II - Les contrats processuels collectifs sur l'instance.....	228
§3 - Les contrats sur le jugement.....	231
I - Les contrats processuels individuels sur le jugement.....	231
II - Les contrats processuels collectifs sur le jugement.....	232
Conclusion du chapitre.....	233
Conclusion du titre.....	235
<b>Titre 2 - La normativité du contrat processuel.....</b>	<b>237</b>
<b>Chapitre 1 - Le contrat : source du droit processuel.....</b>	<b>239</b>
Section 1 - Le contrat processuel dans la théorie classique des sources du droit.....	239
§ 1 - La conception classique de la théorie des sources du droit.....	240
§ 2 - Le contrat processuel et le statut de source matérielle.....	242
I - Le contrat : acte juridique d'application du droit objectif.....	242
II - Le contrat processuel : quasi-source matérielle du droit processuel.....	244
Section 2 - le contrat processuel dans la théorie renouvelée des sources du droit.....	247
§ 1 - La reconstruction de la théorie des sources.....	249
§ 2 - Le contrat processuel et le statut de source du droit.....	252
Conclusion du chapitre.....	255
<b>Chapitre 2 - Les fonctions normatives du contrat processuel.....</b>	<b>257</b>
Section 1 - Des fonctions normatives générales.....	257
§ 1 - Les fonctions normatives générales des sources du droit.....	257
§ 2 - Les fonctions normatives générales du contrat processuel.....	260
Section 2 - Des fonctions normatives spéciales.....	263
§ 1 - Les fonctions normatives du contrat processuel individuel.....	263
I - Les fonctions de l'évitement du droit procédural objectif étatique.....	264
A - La fonction de substitution processuelle.....	264
B - La fonction de dérivation processuelle.....	267
II - La technique de l'évitement procédural de la norme étatique.....	267

A - Le caractère obligatoire du droit étatique.....	268
B - Le contrat processuel et l'évitement de la norme impérative.....	270
§ 2 - Les fonctions normatives du contrat processuel collectif .....	272
I - La fonction d'expérimentation du droit procédural étatique.....	273
A - Les contrats collectifs de médiation.....	274
1 - Les protocoles civils de médiation familiale.....	275
2 - Les protocoles administratifs de médiation des litiges de la fonction publique.....	276
B - Les contrats collectifs sur l'expérimentation de la dématérialisation des procédures.....	277
II - La fonction de promotion du droit procédural étatique.....	283
A - La promotion des modes de prévention et de règlement des différends civils.....	283
B - La promotion des modes de prévention et de règlement des différends administratifs.....	287
C - La promotion des modes de prévention et de règlement des différends pénaux.....	289
III - La fonction circulaire.....	291
A - Les contrats collectifs sur l'articulation des procédures.....	293
B - Les contrats collectifs portant sur la coopération des acteurs des procédures.....	297
IV - La fonction d'optimisation du droit procédural étatique.....	298
A - Les contrats collectifs pour la mise en état civile.....	299
1 - Les protocoles pour la mise en état écrite.....	299
2 - Les protocoles pour la mise en état orale.....	303
B - Les contrats collectifs pour la mise en état pénale.....	308
Conclusion du chapitre.....	309
Conclusion du titre.....	311
Conclusion de la partie.....	313

## **Seconde partie - L'intégration du contrat processuel dans l'ordre juridique**

<b>Titre 1 - La validité du contrat processuel.....</b>	<b>317</b>
<b>Chapitre 1 - La validité matérielle du contrat processuel.....</b>	<b>319</b>

Section 1 - La légitimité au soutien du développement du contrat processuel.....	319
§ 1 - La légitimité endogène du contrat processuel.....	320
I - Le contrat processuel au service de la bonne administration de la justice.....	320
A - La nouvelle économie de la justice.....	321
B - Les contrats processuels au service de l'économie de la justice.....	323
II - Le contrat processuel au service de la qualité procédurale.....	326
A - Les justices procédurales de qualité.....	327
B - Le contrat processuel et le désir de justice.....	334
1 - Le contrat processuel au service d'une justice de qualité.....	334
2 - Le contrat processuel et les valeurs contemporaines de la justice.....	336
§ 2 - La légitimité exogène du contrat processuel.....	344
I - Les procès, entre rigidité et souplesse procédurales.....	344
A - La rigidification des procédures civile et administrative.....	345
B - La rigidification de la procédure pénale.....	350
II - La concurrence entre le contrat processuel et les règles des procédures étatiques.....	352
A - La légitimité du contrat processuel face à la rigidification des procédures étatiques.....	353
B - La légitimité du contrat processuel face au manque de rigidité des procédures.....	354
Section 2 - Le contrat processuel comme instrument d'équilibre du droit procédural.....	357
§ 1 - L'équilibre procédural et le contrat processuel.....	358
§ 2 - Les trois modèles du procès : entre droit impératif et droit contractuel.....	361
I - Le modèle de procès impératif.....	361
II - Le modèle de procès mixte.....	362
III - Le modèle de procès contractuel .....	366
IV - Le cloisonnement du procès français dans un modèle transitoire.....	368
§3 - La reconnaissance du contrat processuel dans l'ordre juridique processuel.....	375
I - Les méthodes de rattachement et de reconnaissance au sein de l'ordre juridique déjà envisagées.....	376
A - Le rattachement inadapté du contrat processuel au droit du contrat substantiel.....	378

1 - Le rattachement illégitime du contrat processuel individuel au droit des contrats substantiels.....	379
2 - Le rattachement illégitime du contrat processuel collectif au droit des contrats substantiels.....	382
B - Le rattachement erroné du contrat processuel aux droits des actes de la procédure.....	387
II - La méthode de rattachement et de reconnaissance préférée : pour un droit du contrat processuel de droit commun.....	388
A - L'aménagement consensuel des règles de procédures à l'étranger.....	388
B - La reconnaissance du contrat processuel en FRANCE.....	394
Conclusion du chapitre.....	397
<b>Chapitre 2 - La validité positive du contrat processuel.....</b>	<b>399</b>
Section 1 - La validité du contrat processuel et les principes directeurs des procès.....	399
§1 - Les principes directeurs des procès étatiques et le contrat processuel.....	400
§2 - La consécration d'un principe d'orientation processuelle en droit français.....	403
Section 2 - La formation régulière du contrat processuel.....	409
§1 - La capacité de contracter des parties au contrat processuel.....	410
I - La capacité de contracter des parties au contrat processuel individuel.....	410
II - La capacité de contracter des parties au contrat processuel collectif.....	411
A - Les parties au contrat processuel collectif.....	411
B - La mise en œuvre d'un pouvoir par les signataires.....	420
1 - L'existence d'un pouvoir normatif.....	420
2 - La recherche du pouvoir des signataires des contrats collectifs.....	424
§ 2 - Le consentement au contrat processuel.....	431
I - Le consentement au contrat processuel individuel.....	431
II - Le consentement au contrat processuel collectif.....	441
A - La négociabilité des contrats processuels collectifs.....	441
B - Les contrats collectifs de procédure négociés.....	445
§ 3 - Le contenu licite du contrat processuel.....	447
I - La licéité du contenu du contrat processuel individuel.....	447
A - Les limites de l'aménagement contractuel de procédure.....	448
B - Le moment du contrôle de la régularité de l'aménagement processuel.....	456
II - La licéité du contenu du contrat processuel collectif.....	457

A - La validité de principe de la norme habilitant les acteurs de la justice .....	458
B - La validité du contenu des contrats processuels collectifs.....	463
§ 4 - La validité formelle des contrats processuels.....	466
I - La validité formelle du contrat processuel individuel.....	467
II - La validité formelle du contrat processuel collectif.....	468
Conclusion du chapitre.....	477
Conclusion du titre.....	479
<b>Titre 2 - Les effets juridiques des contrats processuels.....</b>	<b>483</b>
<b>Chapitre 1 - Les effets du contrat processuel individuel.....</b>	<b>485</b>
Section 1 - La force obligatoire du contrat processuel individuel.....	485
§ 1 - Les moyens de garantir la force obligatoire du contrat processuel.....	486
I - La force obligatoire des contrats de substitution et de dérivation processuelles.....	486
A - Le caractère obligatoire des contrats de substitution processuelle.....	487
B - Le caractère obligatoire des contrats de dérivation processuelle.....	489
II - Le respect du contrat processuel par le juge.....	491
§ 2 - Le préjudice de l'inexécution contractuelle en matière processuelle.....	494
I - Le dommage causé au cocontractant.....	496
II - Le dommage causé à l'État .....	499
Section 2 - L'effet relatif du contrat processuel individuel.....	500
Conclusion du chapitre.....	505
<b>Chapitre 2 - Les effets du contrat processuel collectif.....</b>	<b>507</b>
Section 1 - Le caractère obligatoire des contrats collectifs de procédure.....	507
§ 1 - La contrainte juridique légale.....	508
§ 2 - La justiciabilité des contrats processuels collectifs.....	510
I - La justiciabilité aléatoire des contrats collectifs civils par le juge du fond.....	511
II - La justiciabilité limitée des protocoles selon la Cour de cassation.....	516
§ 3 - La force d'influence des contrats collectifs de procédure.....	522
I - La notion de force d'influence.....	522
II - Les leviers de l'effectivité des contrats collectifs de procédure .....	526
Section 2 - L'effet relatif du contrat processuel collectif .....	531
§ 1 - La consistance de l'effet relatif du contrat-loi.....	531



§ 2 - Le recours contre les protocoles de procédure.....	532
Conclusion du chapitre.....	535
Conclusion du titre.....	537
Conclusion de la partie.....	539
Conclusion générale.....	541
Annexe.....	553
Bibliographie.....	XIII
Index.....	LXXIII
Tables des matières.....	LXXXI

## **La contractualisation du procès**

### **Essai sur le contrat processuel**

La contractualisation du procès ne cesse de croître depuis le début du XXI<sup>ème</sup> siècle. Toutefois, les procédures sont loin d'être contractualisées. En effet, la gestion contractuelle des procès civil, pénal et administratif demeure une illusion qui repose sur l'essence dégradée du contrat. Le consensus et la négociation, qui sont les vecteurs de l'essor contractuel, sont insuffisants pour appréhender le réel impact du contrat sur le procès. La notion de contrat est elle-même manifestement inadaptée pour concevoir son essor en matière processuelle. Ainsi, le contrat est-il en mesure d'être un outil d'organisation du procès ? Pour y répondre, il convient de réfuter la contractualisation illusoire du procès, qui prédomine, au profit d'une contractualisation authentique, qui doit reposer sur l'existence du contrat processuel. Après avoir consolidé la notion de contrat, les véritables contrats processuels seront dévoilés. Ils modifient le cadre procédural, contrairement aux simples contrats à fin processuelle qui se situent dans le plan juridique substantiel ou justiciable. Les contrats processuels individuels de substitution et de dérivation procédurales aménagent le cours d'un procès en particulier, tandis que les contrats processuels collectifs encadrent le déroulement des procédures de manière générale et abstraite. Le contrat processuel devient alors une source du droit se substituant au droit procédural étatique pour l'organisation des procédures. Cependant, si l'ordre juridique connaît quelques accords, il ne connaît pas *le* contrat processuel. Il convient de lui (re)donner toute sa légitimité au sein du modèle de procès contemporain, avant de construire sa validité positive et son efficacité juridique, qui sont très incertaines et malmenées par les concepts traditionnels du contrat et du procès.

---

## **The contractualization of the process**

### **Essay on the processual contract**

The contractualization of the lawsuit has been increasing since the beginning of the 21st century. However, procedures are far from being contractualized. Indeed, the contractual management of civil, penal and administrative trials remains an illusion that rests on the degraded essence of the contract. Consensus and negotiation, which are the vectors of the contractual development, are insufficient to apprehend the real impact of the contract on the lawsuit. The notion of contract is itself manifestly inadequate to conceive of its development in procedural matters. Thus, is the contract capable of being a tool for organizing trials? In order to answer this question, it is necessary to refute the illusory contractualization of the lawsuit, which predominates, in favor of an authentic contractualization, which must be based on the existence of the processual contract. After consolidating the notion of contract, the true processual contracts will be revealed. They modify the procedural framework, contrary to the simple contracts with processual purpose which are situated in the substantial or justiciary legal plan. The individual processual contracts of substitution and procedural derivation arrange the course of a particular trial, while the collective processual contracts frame the course of the proceedings in a general and abstract way. The processual contract thus becomes a source of law that replaces state procedural law for the organization of procedures. However, if the legal order knows some agreements, it does not know the processual contract. It is advisable to give it all its legitimacy within the model of contemporary trial, before building its positive validity and its legal effectiveness, which are very uncertain and badly treated by the traditional concepts of the contract and the trial.