Procédure civile

Réflexions sur une réforme annoncée de la postulation de première instance

Depuis la suppression des avoués de première instance, il y a une quarantaine d'années, la réforme de la postulation était attendue comme une conséquence inéluctable de cette suppression. Cette réforme, difficile à cause de la complexité des enjeux liés au procès équitable, est dorénavant annoncée pour 2010. Éclairages sur les changements envisagés.

Par Emmanuel JULLIEN
Ancien vice-président de la Chambre nationale des avoués
Président d'*Amicus Curiae* (*)

Attendue depuis près de quarante ans comme une conséquence inéluctable de la suppression des avoués, la réforme de la postulation de première instance est désormais annoncée pour demain (1).

Ce long délai s'explique par le poids de la tradition et la résistance à la réforme, mais également par la complexité des enjeux, puisque les règles qui gouvernent la postulation sont celles qui contribuent au procès équitable, fondement du droit processuel moderne.

Mais cette réforme difficile est néanmoins indispensable tant l'évolution des textes et l'interférence des directives européennes ont rendu notre organisation illisible et inadaptée, au détriment des justiciables, de la justice, et des avocats eux-mêmes.

Réussir la réforme, c'est d'abord convaincre tous les acteurs de son utilité en exposant clairement les motifs qui la rendent nécessaire, et c'est ensuite rechercher sans dogmatisme une organisation qui privilégie l'accès au juge et la qualité de la justice sans avoir peur d'inventer de nouveaux modèles dignes d'une politique de civilisation.

Mais qu'est-ce que la postulation ? Postuler c'est demander, et par conséquent former des demandes en justice et accomplir les actes de la procédure, ce qui fut longtemps la fonction des avoués, investis d'un mandat de représentation en justice territorialement limité, dont le ministère était obligatoire devant le tribunal de grande instance. Ce qui explique que la postulation soit couramment assimilée à la représentation obligatoire.

I. DISTINGUER LA REPRÉSENTATION ET LA CONDUITE DU PROCÈS

La suppression de la dualité avoué/avocat aurait dû conduire à redéfinir le contenu de la postulation et du mandat *ad litem* afin de distinguer la représentation de la conduite du procès et permettre ainsi à un avocat choisi de représenter son client devant n'importe quelle juridiction.

Contraindre un justiciable à être représenté par un autre avocat que celui qu'il a choisi, rendre cet avocat responsable du contenu d'actes qu'il ne peut contrôler, rémunérer cette prestation par un tarif rarement appliqué, rendent notre justice illisible, tout ceci constitue une discrimination à rebours pour l'avocat français vis-à-vis de ceux, ressortissants de la communauté européenne, qui peuvent représenter leurs clients devant n'importe quelle juridiction sur le territoire national, sauf à agir de concert avec un avocat français (2).

> *« Il faut profiter de la réforme pour généraliser la procédure écrite qui permet seule d'assurer le principe du contradictoire, la loyauté des débats, le contrôle du juge, l'exercice normal des voies de recours »*

II. PROFITER DE LA RÉFORME POUR GÉNÉRALISER LA PROCÉDURE ÉCRITE

Il faut également profiter de la réforme pour généraliser la procédure écrite, qui permet seule d'assurer le principe du contradictoire, la loyauté des débats, le contrôle du juge, l'exercice normal des voies de recours et constitue par conséquent une condition indispensable d'un procès équitable.

(*) *Amicus Curiae* est une association créée en 2010 qui a notamment pour objet de défendre la spécificité de l'appel comme une voie d'achèvement du procès et de promouvoir le développement de règles favorisant cet objectif et, d'une façon générale, celles d'un procès équitable.

(1) Selon le rapport *Darrois*, cette réforme est annoncée en 2014.

(2) D. n° 91-1197, 27 nov. 1991 organisant la profession d'avocat : JO 28 nov. 1991, p. 15502 : l'art. 202, qui retranscrit en droit interne l'art. 5 de la directive du Conseil du 22 mars 1977, prévoit une simple élection de domicile.

Cette généralisation ne constituera pas une véritable révolution tant la procédure écrite est usuelle même dans les procédures où elle n'est pas obligatoire, mais cela modifiera les règles de procédure au bénéfice d'un procès plus équitable.

III. OSER ABANDONNER LA REPRÉSENTATION OBLIGATOIRE

L'écrit est l'une des caractéristiques principales de la procédure avec représentation obligatoire, en sorte qu'il est difficile de dissocier l'un de l'autre. Pour autant, la généralisation de la représentation obligatoire, comme conséquence de l'extension de la procédure écrite, apparaîtrait immédiatement comme un obstacle à l'accès au juge et un effet d'aubaine pour les avocats, constituant un frein important à la réforme.

Or, les avocats ont bien plus intérêt à défendre la généralisation de la procédure écrite, l'unification des procédures et un monopole renforcé que la représentation obligatoire. Essentiellement parce que le territoire actuel de la représentation obligatoire est limité et que la frontière est peu pertinente, la complexité et la technicité des contentieux ne constituant nullement l'apanage du TGI et les règles du procès équitable s'appliquant indifféremment devant toutes les juridictions. Son abandon assurerait une meilleure cohérence de notre système judiciaire mais surtout, dans le souci d'une meilleure cohérence de notre organisation judiciaire, n'aurait pas, en pratique, de conséquences défavorables sur l'activité des avocats dès lors que leur rôle et leur présence seraient en contrepartie renforcés [3].

IV. RÉSISTER À LA TENTATION DE LA DÉRÉGLEMENTATION TOTALE

Après avoir libéré l'avocat en l'autorisant à représenter son client devant n'importe quelle juridiction, et le justiciable en ne l'obligeant plus à être représenté, reste-t-il une place pour une forme de postulation obligatoire ?

Avouons que la déréglementation totale est séduisante pour de nombreuses raisons : parce qu'elle est dans l'air du temps au détriment de nos conceptions héritées du droit continental, parce qu'elle a les faveurs de la Commission européenne, parce qu'elle met les avocats face à leurs devoirs, parce qu'elle donne au justiciable un sentiment de liberté, parce qu'elle semble rapprocher la justice du citoyen.

Mais la justice suppose une organisation qui lui permette de remplir efficacement son office et une réforme moderne et novatrice doit préalablement être passée au tamis des règles du procès équitable que sont principalement l'accès à la justice et la qualité des décisions. Cette confrontation révèle qu'une déréglementation totale pénaliserait l'accès au juge et nuirait à la qualité de la justice.

(3) Cf. *infra*.

> *« Il n'est pas raisonnable de continuer à admettre que le seul titre d'avocat puisse le qualifier pour conduire un procès, sans justifier d'une inscription spécifique »*

En supprimant la représentation obligatoire, on aura simplifié l'organisation judiciaire en lui donnant davantage de cohérence, mais sans réduire pour autant l'intervention de l'avocat, indispensable à raison de sa compétence et non seulement par l'effet de la loi. C'est ce que révèle aujourd'hui la fréquence de son intervention dans l'ensemble des procédures dans lesquelles son ministère n'est pas obligatoire et, comme cela sera encore plus vrai demain, avec une procédure toujours plus complexe, dont les écritures devront être modélisées et avec une communication dématérialisée qui devra, pour être opérationnelle et efficace, répondre à des standards de qualité élevés et non s'apparenter à une simple messagerie.

La technicité des procédures, le respect des principes fondamentaux du procès équitable conjugués avec l'honoraire libre de l'avocat risquent, dans ces conditions, de constituer autant de barrières infranchissables pour certains, entraînant une déjudiciarisation subie [4] pour des litiges aux solutions pourtant simples [5] en ne permettant pas à la justice de remplir sa fonction sociale essentielle [6].

Mais cette présence de l'avocat risque pourtant de ne pas être une garantie suffisante de la qualité judiciaire, en raison de la diversité des avocats qui étaient hier des spécialistes du procès mais qui sont devenus aujourd'hui bien davantage et n'excluent pas, demain, d'accroître encore leur domaine.

Il n'est pas raisonnable de continuer à admettre que le seul titre d'avocat puisse le qualifier pour conduire un procès, sans justifier d'une inscription spécifique, d'une formation adéquate et d'une expérience continue, ni de laisser ce choix au libre-arbitre de l'avocat sans avoir égard à l'engagement des deniers publics, aux conséquences sur les assurances professionnelles et sur l'image et la qualité de la justice.

Il faut rappeler, en effet, qu'un procès constitue un processus qui obéit à des principes fondamentaux qui sont autant de standards de qualité de la décision judiciaire, et à un formalisme institutionnel toujours plus important destiné à organiser le procès. Il existe bien ainsi, à côté des droits substantiels et de l'ensemble des règles de procé-

(4) Aux États-Unis, 2 % seulement des litiges sont réglés par un tribunal public (*Le Monde*, 16 nov. 2007).

(5) Le contentieux dit « de masse » représente l'essentiel du contentieux et l'application de standards concernant la présentation des demandes, leur appréciation par le juge et le prononcé des décisions est d'ores et déjà envisagée en matière de préjudice corporel et de pensions alimentaires et pourrait l'être dans d'autres domaines sans retirer au juge son libre-arbitre.

(6) Cf. P. Ricœur et le rôle du juge comme facteur d'apaisement social.

dure, une autonomie des règles du procès qui contribuent au procès équitable et, notamment, à sa célérité et au respect du principe de loyauté. Il est raisonnable d'admettre que cette conduite du procès, qui met en cause des intérêts privés et publics, demeure une fonction spécifique et réglementée distincte du mandat de représentation en justice.

V. MAINTENIR UNE FONCTION RÉGLEMENTÉE OBLIGATOIRE STRICTEMENT LIMITÉE

Cet avocat processualiste, obligatoire devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, interviendrait soit seul aux côtés du justiciable, soit de concert avec un confrère, avec pour fonction de garantir la recevabilité des demandes et le bon processus judiciaire et sa rémunération serait tarifée et répétible ce qui constitue à la fois une garantie d'accès au juge et l'une des conditions d'un procès équitable.

> *« La justice suppose une organisation. Une déréglementation totale pénaliserait l'accès au juge et nuirait à la qualité de la justice »*

Cette fonction à la mission réduite mais au périmètre étendu, justifiant une qualification et une certification, renforcerait la cohérence de notre organisation judiciaire en unifiant les règles devant toutes les juridictions et pour tous les avocats de la communauté européenne, et constituerait également une garantie de qualité en instituant un spécialiste à la mission clairement identifiée devant toutes les juridictions et en garantissant l'accès à la justice par un tarif clair, prévisible, mesuré et répétible (7).

Cette réglementation s'inscrirait parfaitement dans le cadre de la nécessaire libéralisation de la croissance, dès lors qu'elle répondrait à des impératifs de qualité et qu'elle se limiterait à des exigences parfaitement proportionnées aux objectifs poursuivis (8).

Le concours des compétences, prévu par le règlement du barreau, deviendrait alors une réalité, à l'image de ce qui se pratique depuis longtemps dans d'autres disciplines (9). Il ne resterait plus alors qu'à déterminer les conditions d'accès et la compétence territoriale (10) de ces avocats processualistes et un nom pour cette nouvelle fonction, ce qui pourrait être l'objet d'une commission élargie, désignée à cette fin, pour que la plus large concertation précède toute décision. •

(7) Ce tarif interviendrait en concours avec l'honoraire libre et ne rémunérerait que la stricte fonction de conduite du procès. Un tarif obligatoire et répétible existe en Italie et en Allemagne et la CJE a confirmé qu'il n'était pas contraire au droit européen.

(8) Cf. rapport OCDE DAF/COMP 2007/39 et art. 15 de la Directive Services.

(9) Si le médecin peut, en théorie, faire tous les actes médicaux un généraliste ne pratique jamais d'actes chirurgicaux et un chirurgien ne se passe jamais d'un confrère anesthésiste.

(10) Cf. Les déclarations récentes de la garde des Sceaux (*Les Échos*, 23 juin 2010), et F.-X. Lucas : « Vive le *numerus clausus* des professions juridiques » : Bull. Joly Sociétés, févr. 2008.