



HAL
open science

Entre lettre et esprit : la forme du recours contre les élections au Conseil national des barreaux

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Entre lettre et esprit : la forme du recours contre les élections au Conseil national des barreaux. Recueil Dalloz, 2023, 30, pp.1574. halshs-04201175

HAL Id: halshs-04201175

<https://shs.hal.science/halshs-04201175>

Submitted on 14 Nov 2023

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

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

Entre lettre et esprit : la forme du recours contre les élections au Conseil national des barreaux

Frédéric Rouvière
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de théorie du droit

Publié au *Recueil Dalloz* 2023, p. 1574-1578

1. Recevabilité en dépit de la violation du texte. Dans son arrêt du 25 mai 2023¹, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'était recevable le recours formé contre les élections des membres du Conseil national des barreaux (CNB), même si ce recours ne respectait pas les formes prévues par le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 alors en vigueur.

Ce décret, y compris dans sa version modifiée², prévoit seulement deux formes pour contester les élections : *soit* la lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au secrétariat-greffe de la cour d'appel de Paris, *soit* une remise contre récépissé à son greffier en chef³.

Or, en l'espèce, le requérant avait adressé son recours par lettre recommandée au greffier en chef au lieu de le remettre contre récépissé comme l'exige la lettre du texte.

2. Revirement. Contre l'ensemble de sa jurisprudence antérieure, la Cour de cassation semble bien avoir opéré un revirement de jurisprudence assez radical sans pour autant le mentionner comme tel dans une motivation enrichie comme elle est pourtant désormais censée le faire⁴.

En effet, la Cour de cassation a constamment jugé par le passé que ce type de texte devait s'interpréter de façon stricte et limitative : s'il n'y a que deux formes de recours, on ne peut en concevoir aucune autre.

Ainsi, pour le même type de recours, l'irrecevabilité est prononcée si une déclaration n'est pas réalisée dans les bonnes formes, par exemple si les lettres sont remises au secrétariat-greffe contre récépissé et non au greffier en chef⁵. À plus forte raison, une simple déclaration orale enregistrée

¹ Civ. 1^{re}, 25 mai 2023, n° 22-10.954, D. 2023. 1018.

² Le Décr. n° 2022-1258 du 26 sept. 2022 procède seulement à des substitutions de termes : « secrétariat-greffe » est remplacé par « greffe de la cour d'appel » et « greffier en chef » par « directeur de greffe ».

³ Art. 16, al. 1^{er}, Décr. n° 91-1197 du 27 nov. 1991 (ancienne version) : « Le recours devant la cour d'appel est formé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au secrétariat-greffe de la cour d'appel ou remis contre récépissé au greffier en chef ».

⁴) Cela nourrit au passage une certaine perplexité sur le champ d'application de cette motivation enrichie qui paraît assez variable. Pourtant, sur l'obligation de mentionner des raisons substantielles pour un revirement d'une jurisprudence bien établie : CEDH 14 janv. 2010, n° 36815/03, *Atanasovski c/ ex-République Yougoslave de Macédoine*, § 38, AJDA 2010. 997, chron. J.-F. Flauss. Égal. P. Deumier, Motivation enrichie : bilan et perspective, D. 2017. 1783.

⁵ Civ. 1^{re}, 29 juin 2016, n° 15-19.589, D. 2017. 74, obs. T. Wickers.

au greffe de la cour d'appel est considérée comme insuffisante pour que le recours soit recevable ⁶.

Plus rigoureusement encore, si l'appel a été formé par lettre recommandée avec accusé de réception adressée au premier président de la cour d'appel, il demeure irrecevable même s'il a été ensuite transmis au greffe⁷.

Ainsi, le requérant n'avait normalement pas le choix : il devait satisfaire strictement aux formes exigées sans que des substitutions ou des assimilations soient concevables.

Ce formalisme est inhérent à la procédure elle-même qui tient justement dans le respect des formes. Il est donc patent que la solution de l'arrêt commenté est en rupture avec les solutions antérieures.

3. Finalité du texte. Comment alors justifier que la Cour de cassation ait pu déroger à sa jurisprudence pourtant bien établie ?

Il semblerait que la Cour ait fait sien l'argument du pourvoi qui soutenait que « la finalité poursuivie par ces textes consiste à s'assurer que le greffier en chef est informé du recours déposé »⁸.

En somme, c'est bien un argument relatif à la méthode qui paraît avoir été décisif, argument postulant que l'esprit, en tant que finalité, doit prévaloir sur la lettre du texte.

Cette façon de raisonner s'accorde certainement avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui sanctionne ce qu'elle considère parfois comme un formalisme excessif qui entrave l'accès à un tribunal⁹.

Néanmoins, la généralisation d'une telle forme d'argumentation n'est tout simplement pas tenable, à plus forte raison en matière de procédure où tout tient dans le respect des formes.

De surcroît, le débat entre la lettre et l'esprit ne doit pas masquer le problème technique sous-jacent qui semble ne pas avoir été soulevé devant la Cour de cassation : pourquoi le non-respect des formes devrait-il être sanctionné par une fin de non-recevoir et non par une exception de procédure ? Ce raisonnement, appuyé par la lettre des textes, nous paraît plus robuste que celui tiré de la supposée supériorité de l'esprit compris comme finalité ou but du texte.

Si la question mise à l'honneur était donc celle du conflit de la lettre et de l'esprit (I), elle a masqué celle, plus technique, de la qualification des exigences de forme (II).

⁶ Civ. 1^{re}, 22 sept. 2021, n° 20-15.817, D. 2021. 1724 ; Rev. sociétés 2022. 28, note J.-M. Garinot et R. Vabres ; RTD com. 2021. 856, obs. J. Moury ; 8 févr. 2017, n° 16-19.855, D. avocats 2017. 117, obs. G. Royer ; 18 févr. 2015, n° 14-50.040, D. 2015. 494.

⁷ Civ. 1^{re}, 12 oct. 2016, n° 15-20.963.

⁸ Civ. 1^{re}, 25 mai 2023, préc., pt 3.

⁹ Par ex. CEDH 26 oct. 2007, n° 35787/03, *Walchli c/ France*, D. 2007. 2304, obs. M. Léna ; AJ pénal 2007. 490, obs. C. Porteron.

I - Le conflit de la lettre et de l'esprit

4. Lettre ou esprit ? Toute l'argumentation juridique s'organise certainement autour d'une tension entre la lettre et l'esprit¹⁰. Seulement, en droit, l'esprit peut remplir deux fonctions bien distinctes : soit celle de compléter la lettre des textes et donc de traiter les cas inédits, soit celle de déroger à la lettre des textes¹¹. Indéniablement, le pourvoi assume sur cette dernière fonction : raisonner sur la finalité plutôt que sur le texte lui-même. Et pour cause : l'application de la lettre, y compris des précédents en la matière, aurait dû conduire à un rejet pur et simple du pourvoi.

En cela, le choix de stratégie argumentative était habile et il doit être salué. Lorsque la lettre condamne la position du juriste, il lui reste à sortir de sa rigueur soit en invoquant la finalité du texte, soit en invoquant encore ses conséquences socio-économiques, son caractère disproportionné, la violation d'un principe, voire de l'essence même des choses dans une perspective plus philosophique.

Néanmoins, nous ne pouvons souscrire au choix apparent de la Cour de cassation d'accueillir ce type d'argument, et ce, pour plusieurs raisons.

5. La supposée supériorité de l'esprit. D'abord, il faut se défaire d'un présupposé erroné. En droit, l'esprit d'un texte ne doit pas prévaloir sur sa lettre. La supériorité de l'esprit sur la lettre est pertinente en matière éthique. Faut-il le rappeler, elle a été théorisée pour la première fois dans l'histoire de l'interprétation par Augustin d'Hippone à partir d'un verset du Nouveau Testament. Alors que l'apôtre Paul envisageait l'opposition entre l'Ancienne alliance (selon la loi) et la Nouvelle alliance (selon l'esprit) comme une opposition entre la lettre et l'esprit¹², Augustin d'Hippone a érigé cette distinction au rang d'un canon d'interprétation posant que l'interprétation d'un texte doit être guidée par son esprit et non par sa lettre¹³.

Cette conclusion est certainement pertinente en matière théologique et morale. Elle l'est beaucoup moins en droit car, n'en déplaisent aux juristes, ils sont encore, si l'on peut dire, sous l'Ancienne alliance car ils sont des ministres de l'interprétation de la loi et de sa lettre et non des apôtres de son esprit. Autrement dit, l'une des particularités fortes du raisonnement juridique est la fidélité à la lettre des textes¹⁴ qui emporte un poids supérieur pour ce type d'argument¹⁵.

6. La relativité du formalisme excessif. Ensuite, il faut encore se départir d'une analyse erronée selon laquelle cette solution serait dictée par la nécessité d'éviter un formalisme excessif au sens de

¹⁰ F. Rouvière, *Argumentation juridique*, PUF, coll. Thémis, 2023, n° 23, p. 29.

¹¹ *Ibid.*, n° 207-209, p. 207-208.

¹² 1 Corinthiens 3, 6 : « La lettre tue mais l'esprit fait vivre » (trad. Nouvelle Bible Segond).

¹³ Augustin, *De doctrina christiana*, 397 : livre III, chap. VI et XXXIV.

¹⁴ I. Maclean, *Interprétation et signification à la Renaissance. Le cas du droit*, Libraire Droz, 2016, p. 93 ; C. Vocanson, *Le texte*, in *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, dir. P. Deumier, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, p. 11.

¹⁵ F. Schauer, *Penser en juriste*, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2018, p. 18 et p. 156 ; F. Rouvière, *op. cit.*, n° 20, p. 25.

la jurisprudence de la CEDH.

En effet, il ne faut pas oublier que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg s'interprète *in specie*¹⁶. Pour elle, les faits de l'espèce et les conséquences concrètes sont déterminantes. Il ne faut donc pas interpréter ses arrêts comme on le ferait pour ceux de la Cour de cassation. Certes, on peut se laisser séduire par les formules générales¹⁷ mais une lecture attentive des arrêts montre que la Cour de Strasbourg fait toujours référence aux circonstances concrètes¹⁸ ou aux conséquences concrètes des qualifications¹⁹. Les formulations générales de la CEDH n'ont donc pas le même sens : elles indiquent non la solution arrêtée mais le thème ou le principe général auquel se rattache le cas.

En outre, son mode de raisonnement est structurellement tourné vers la dérogation car il s'agit toujours pour elle de se demander s'il y a une violation de la Convention dans le cas considéré. En d'autres termes, le cas est toujours pour elle une occasion de déroger à la lettre des textes²⁰. Si l'on ne prend pas conscience de cette particularité structurelle de l'argumentation casuistique de la CEDH²¹, on sera toujours malgré soi emporté par le vent de la dérogation, toujours prêt à introduire des exceptions non formellement prévues par les textes.

Surtout, si l'on veut réellement jouer le même jeu que la CEDH, il faut raisonner comme elle. Aussi, on doit relever que tous les arrêts précités concernent le droit pénal et l'on peut légitimement se poser la question de savoir si la notion de formalisme excessif n'a pas une importance plus grande dans ce domaine évidemment lié aux libertés fondamentales²². La transposition analogique de ces solutions doit donc tenir compte de cette réalité. Pour toutes ces raisons, nous savons gré à la Cour de cassation de ne pas avoir motivé sa solution en référence à la jurisprudence de la CEDH.

7. La nature de la finalité. Enfin, l'argument de la finalité est encore problématique à un autre

¹⁶ Sur l'importante distinction entre *in casu* et *in specie* : F. Chénéde, Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*, D. 2021. 1142.

¹⁷ CEDH 26 oct. 2007, *supra* note 9, § 29 : « si le droit d'exercer un recours est bien entendu soumis à des conditions légales, les tribunaux doivent, en appliquant des règles de procédure, éviter à la fois un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité de la procédure, et une souplesse excessive qui aboutirait à supprimer les conditions de procédure établies par les lois ».

¹⁸ « Pour autant, *dans les circonstances particulières de l'espèce*, la Cour estime que la décision des juridictions nationales de déclarer irrecevable la requête en nullité présentée par le requérant souffre d'un formalisme excessif » (aff. *Walchli*, *supra* note 9, § 32, nous soulignons) ; CEDH 12 juill. 2016, n° 50147/11, *Reichman c/ France*, § 35, D. 2016. 1652 : « *Au regard des circonstances particulières de l'espèce*, la Cour n'est pas convaincue de ce que le seul fait que le pouvoir ait été donné par le requérant à son avocat avant que la cour d'appel rende son arrêt soit de nature à permettre de conclure à l'absence de volonté réelle de celui-ci de se pourvoir en cassation » (nous soulignons).

¹⁹ CEDH 21 déc. 2021, n° 74209/16, *Willems et Gorjon c/ Belgique*, § 88 : « *Dans ces circonstances, au vu des conséquences* qu'a entraînées l'irrecevabilité des pourvois en cassation pour les requérants (...) la Cour estime que lorsqu'elle a ainsi sanctionné l'erreur procédurale commise par eux, la Cour de cassation a rompu le juste équilibre entre, d'une part, le souci légitime d'assurer le respect des exigences procédurales entourant l'introduction d'un pourvoi en cassation et, d'autre part, le droit d'accès au juge (...), faisant ainsi preuve d'un formalisme excessif en ce qui concerne les exigences procédurales entourant la recevabilité des pourvois en cassation » (nous soulignons).

²⁰ F. Rouvière, *op. cit.*, n° 346, p. 340 ; P. Livet, Les diverses formes de raisonnement par cas, *in* Penser par cas, dir. J.-C. Passeron et J. Revel, éd. EHESS, 2005, p. 229.

²¹ J.-C. K. Dupont, Une reviviscence de la casuistique en droit ? Le raisonnement *in specie* de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* La casuistique classique : genèse, formes, devenir, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2009, p. 187.

²² V. toutefois en matière d'arbitrage : CEDH 9 juin 2022, n° 1556/20, *Xavier Lucas c/ France*.

titre : d'où savons-nous que le but des formes en l'espèce était seulement d'informer le greffier en chef ? Certes on pourra soutenir que le secrétariat-greffe transmettra la lettre recommandée à son greffier en chef et que celui-ci peut tout aussi bien être directement informé par une lettre remise contre récépissé.

L'argument téléologique (du grec *telos*, la finalité) rejoint la raison d'être²³ en matière d'analogie²⁴. Le problème de ce raisonnement est donc qu'il est parfaitement généralisable à toutes les formes de recours, que ce soit l'assignation suivie d'enrôlement ou la requête. Ces formes ont également pour objectif d'informer le greffe du recours et, par extension, la juridiction. En ce cas, pourquoi distinguer entre la forme électronique et la forme papier si les deux informent pareillement ? Pourquoi même distinguer entre l'écrit et l'oral si le but est d'informer ? On le voit l'argument de l'information pêche par sa généralité.

Il y a même un autre impensé sournois dans l'argument de la finalité appliqué au formalisme du recours : celui qui laisse justement penser qu'informer suffit. Or il n'existe pas qu'un seul formalisme, c'est l'évidence. Il peut tout aussi bien s'agir d'un formalisme informatif, probatoire, voire à titre de validité. Pire : en matière de procédure, il est douteux que le formalisme soit principalement informatif car la procédure accorde une importance particulière au respect des formes et corrélativement à la lettre. S'il y a bien un domaine où la supériorité de la lettre sur l'esprit devrait s'illustrer, c'est en procédure.

Il est certes difficile de déceler l'intention du jurislatureur à l'époque : pourquoi a-t-il introduit cette distinction ? Sans doute à titre de preuve. En effet, si le greffier a qualité d'officier public²⁵, ses écrits ont donc force authentique²⁶ et, partant, date certaine²⁷, ce qui rapproche le récépissé de la fonction de la lettre recommandée avec avis de réception.

C'est donc plutôt une méditation de la lettre (dans tous les sens du terme !) qui devrait nous occuper en essayant de qualifier cette exigence formelle, une question qui n'a visiblement pas été soumise à la Cour de cassation et qui pourtant méritait d'être posée.

II - La qualification de l'exigence de forme

8. Moyen de défense. Plutôt que de poser le problème en termes de dérogation, il paraît plus simple et économique sur le plan intellectuel de se poser la question tout à fait classique de la qualification de l'exigence de forme afin de justifier la solution retenue²⁸.

²³ F. Rouvière, *op. cit.*, n° 298, p. 295 : « la *ratio legis* est le but objectivement poursuivi par le texte même s'il ne le formule pas explicitement ».

²⁴ F. Rouvière, *op. cit.*, n° 226 et n° 234

²⁵ Mais non d'officier ministériel, sur cette distinction : G. Chabot, J.-Cl. Entreprise individuelle, v° Officiers publics et ministériels, fasc. 930, 12 juin 2006, n° 2.

²⁶ Ainsi le certificat d'appel vaut jusqu'à inscription de faux : Crim. 16 nov. 1994, n° 93-85.007 ; de même pour le procès-verbal établi par le greffier indiquant que le pouvoir est annexé à la déclaration de pourvoi : Soc. 22 janv. 1991, n° 87-42.844.

²⁷ C. civ., art. 1369 et 1371.

²⁸ F. Rouvière, Typologie des problèmes juridiques et argumentation, RTD civ. 2022. 559

À cet égard, le code de procédure civile ne connaît que trois qualifications possibles : la défense au fond²⁹, l'exception de procédure³⁰ et la fin de non-recevoir³¹. Or l'article 16 du décret ne mentionne aucune sanction explicite qui pourrait orienter vers l'une de ces qualifications.

S'il est ici évident que la défense au fond n'est pas concernée, reste alors à savoir pourquoi la formalité n'est pas analysée comme une simple condition de forme sanctionnée par une nullité pour vice de forme³² ?

En effet, les juges ont déjà considéré dans un litige soumis au bâtonnier que « lorsque l'envoi d'une réclamation par lettre recommandée avec avis de réception est requis, son simple dépôt auprès du destinataire constitue un vice de forme, lequel affecte la validité de l'acte s'il fait grief à celui qui s'en prévaut »³³.

Pour autant, la qualification est loin d'être évidente. La forme pourrait (sans paradoxe) être analysée comme une irrégularité de fond affectant la validité de l'acte si elle est nécessaire à l'existence même de l'acte. Néanmoins, on sait, depuis un arrêt de chambre mixte, que la Cour de cassation a décidé que la liste des irrégularités de fond est limitative³⁴ ; il n'y a donc que le défaut de capacité ou de pouvoir qui répondent désormais à cette qualification. La qualification ancienne d'inexistence n'a normalement plus lieu d'être³⁵.

On doit alors envisager la troisième catégorie, celle d'irrecevabilité, en considérant, cette fois, qu'elle affecte la saisine de la juridiction. Dès lors, l'irrecevabilité place le problème du côté du droit d'agir et, pour le coup, le soumet à une forme rigoureuse qui est une limitation sérieuse du droit d'accès au juge³⁶. Elle est d'autant plus sérieuse qu'elle peut être invoquée en tout état de cause, même après une défense au fond.

La racine du problème paraît alors se trouver dans le fait que la Cour de cassation, en voulant rationaliser les moyens de défense, a supprimé la catégorie de l'inexistence de l'acte. Il faut toutefois reconnaître qu'il était difficile de savoir auparavant quelle formalité était une condition d'existence de l'acte lui-même et quelle formalité n'était qu'une énonciation relevant du vice de forme³⁷.

Pourtant, la qualification d'irrecevabilité apparaît comme un retour du refoulé. Le problème de

²⁹ C. pr. civ., art. 71.

³⁰ C. pr. civ., art. 73.

³¹ C. pr. civ., art. 122.

³² C. pr. civ., art. 114.

³³ Civ. 1^{re}, 17 janv. 2008, n° 06-14.380, D. 2008. 488, et 638, chron. P. Chauvin et C. Creton. Comp. Civ. 3^e, 30 sept. 2009, n° 08-13.756, D. 2009. 2424, obs. Y. Rouquet ; AJDI 2010. 217, obs. J.-P. Blatter ; RTD com. 2009. 691, obs. J. Monéger ; 24 oct. 2007, n° 06-19.379, D. 2007. 2812 ; AJDI 2008. 53.

³⁴ Ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 03-20.026, D. 2006. 1984, obs. E. Pahlawan-Sentilhes ; RTD civ. 2006. 820, obs. R. Perrot.

³⁵ Civ. 2^e, 25 juin 1998, n° 95-10.000, D. 1998. 185. V. refusant explicitement la qualification d'inexistence : Soc. 2 déc. 2008, n° 06-44.962, D. 2009. 27.

³⁶ V. *infra* n° 10.

³⁷ C. Chanais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, Procédure civile, Dalloz, coll. Précis, 35^e éd., 2020, n° 1053, p. 750-751.

l'inexistence s'est tout simplement déplacé vers *le mode de saisine* du tribunal. En définitive, le problème est alors le même : comment savoir si la forme en question est exigée à titre de forme de l'acte de saisine ou bien à titre d'existence de la saisine de la juridiction ?

9. Forme et destinataire. Le trouble s'accroît encore si l'on prête une attention à un autre point de la lettre du texte. L'article 16 du décret combine un critère *ratione personae* (secrétariat ou greffier en chef) et un critère *ratione formae* (lettre recommandée ou remise contre récépissé).

Dès lors, il ne revient pas au même de dire que le requérant ne s'était pas adressé à la bonne personne ou qu'il n'avait pas employé la bonne forme.

Puisqu'en l'espèce le requérant a utilisé la lettre recommandée, on pourrait penser qu'il devait s'adresser au secrétariat. Il s'est trompé de destinataire et non de forme.

Mais l'on pourrait inverser l'analyse et considérer qu'il voulait bien s'adresser au greffier en chef, mais qu'il l'a fait avec la mauvaise forme.

Si la première analyse semble être le raisonnement tenu par la cour d'appel de Paris, la seconde est celle que présuppose le pourvoi. Elle rendait donc applicable la jurisprudence sur les vices de forme pour un cas semblable³⁸, d'autant plus si le rôle de la forme était de donner date certaine et de savoir si le délai avait été interrompu³⁹.

En effet, il est évident qu'il est plus simple de faire admettre l'équivalence des formes entre une lettre recommandée et un récépissé que de plaider une confusion des destinataires : dans ce dernier cas, l'erreur paraît plus grave, bien qu'en l'espèce elle puisse être minimisée par le fait qu'il s'agisse du même organe, à savoir le greffe. Il reste néanmoins à savoir dans quelle mesure le greffier en chef peut être considéré, par analogie avec une juridiction, comme disposant de pouvoirs spéciaux en matière d'enregistrement d'un recours. Parmi de nombreuses fonctions spécifiques, le greffier en chef a, par exemple, seule qualité pour délivrer les certificats de nationalité⁴⁰. Il reste que le greffier en chef n'a pas à juger de la recevabilité d'un recours mais à l'enregistrer.

Ces distinctions montrent que la question de la forme est donc bien plus profonde qu'elle n'y paraît au premier abord et engage toute une conception du rôle du greffe, des pouvoirs du greffier en chef et même du régime de la saisine.

10. Rôle du greffe et saisine. À lire la lettre de l'article 726 du code de procédure civile, « le greffe tient un répertoire général des affaires dont la juridiction est saisie ». À proprement parler, il faut donc que la juridiction soit *déjà* saisie pour que le greffe l'enregistre.

Pourtant, on sait que la jurisprudence n'a eu de cesse de dissocier la date de l'assignation et celle de la saisine⁴¹, avec nombre d'hésitations⁴². Celles-ci sont présentes dans les textes eux-mêmes

³⁸ Civ. 1^{re}, 17 janv. 2008, n° 06-14.380, *supra* note 33.

³⁹ V. *supra* n° 7.

⁴⁰ C. civ., art. 31.

⁴¹ Cass., avis, 4 mai 2010, n° 10-00.002, D. 2010. 1347, et 2011. 1107, obs. M. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2010. 535, obs. J. Hauser, et 614, obs. R. Perrot.

⁴² L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 11^e éd., 2020, n° 552, p. 538-539.

puisque la saisine est, par exemple, subordonnée en matière d'appel à jour fixe à la remise d'une copie de l'assignation au greffe⁴³. La Cour de cassation a même jugé dernièrement que c'est l'avis électronique de réception qui donne lieu à l'instance d'appel et que son défaut rend l'appel irrecevable⁴⁴.

De même, toujours en matière d'appel, le non-respect de la forme électronique pour les actes de procédure est sanctionné par l'irrecevabilité⁴⁵, alors qu'on s'attendrait plutôt à la nullité puisque c'est un défaut tiré de la forme de l'acte. D'ailleurs, cette irrecevabilité a précisément été qualifiée par les juges de Strasbourg de formalisme excessif à propos d'un recours dirigé contre une sentence arbitrale⁴⁶, ce qui laisse entendre que la sanction d'irrecevabilité est sans doute extrême puisqu'elle touche le droit d'agir lui-même.

Ainsi, on voit bien dans l'article 930-1 que la raison d'être de la forme électronique ne tient pas dans l'information puisque le même texte prévoit que le support papier est admissible en cas d'empêchement⁴⁷. La forme semble alors plutôt répondre à une exigence de gestion du rôle et donc à une pure exigence d'administration de la justice. Vu sous cet angle, il faut reconnaître qu'il n'y aurait alors jamais de grief que l'adversaire puisse invoquer, raison pour laquelle la qualification d'irrecevabilité est retenue par le texte lui-même, qualification qui a été confirmée par la Cour de cassation⁴⁸.

Pourtant, l'exigence de la lettre recommandée n'est pas toujours interprétée comme portant sur la modalité de saisine mais peut aussi l'être comme une preuve que le délai pour exercer le recours a été respecté. C'est bien pourquoi une lettre simple peut alors suffire⁴⁹. Il s'agit de donner date certaine et non d'informer.

Ce dernier exemple illustre parfaitement le débat sur la qualification du formalisme : est-il informatif, probatoire ou à titre de validité ? Sans critère net de qualification, il est à craindre que la qualification varie en fonction de la volonté de purger les rôles du trop-plein d'affaires...

Il y aurait ainsi une plus grande clarté à considérer que la juridiction est saisie par une demande au sens du code de procédure civil⁵⁰ (et non par l'enregistrement au greffe) et que la forme de cette demande relève justement des vices de formes⁵¹. Ainsi, le problème du formalisme excessif ne se poserait plus puisque l'exigence du grief serait requise.

⁴³ C. pr. civ., art. 922.

⁴⁴ Civ. 2^e, 17 mai 2023, n° 22-12.065.

⁴⁵ C. pr. civ., art. 930-1.

⁴⁶ CEDH 9 juin 2022, *supra* note 22, § 57 : « la Cour rappelle toutefois que les tribunaux doivent éviter, dans l'application des règles de procédure, un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité du procès. Or, elle considère, dans les circonstances de l'espèce, que les conséquences concrètes qui s'attachent au raisonnement ainsi tenu apparaissent particulièrement rigoureuses ».

⁴⁷ C. pr. civ., art. 930-1, al. 2.

⁴⁸ Civ. 2^e, 1^{er} juin 2017, n° 16-15.568, D. 2017. 1196.

⁴⁹ Civ. 1^{re}, 2 nov. 1994, n° 93-05.085, RTD civ. 1995. 184, obs. R. Perrot.

⁵⁰ C. pr. civ., art. 53.

⁵¹ Dans le même sens : R. Perrot, note ss Civ. 1^{re}, 17 janv. 2008, Procédures 2008. Comm. 70.

Trouver le problème. En définitive, il nous semble que le vrai problème de cette affaire résidait dans la façon de poser le problème⁵².

On remarquera, d'abord, qu'on ne pouvait le limiter à une pure question d'opportunité pratique en décidant que la forme était ici une donnée totalement indifférente. En effet, le droit n'aurait alors plus rien à dire et nous serions dans un raisonnement purement politique ou de pure gestion administrative.

S'agissait-il alors, en l'espèce, d'une question de dérogation à la lettre ? Si c'est le cas, c'est l'esprit qui devait prévaloir. Il restait tout de même à se mettre d'accord sur la nature exacte de la finalité du texte, ce qui n'allait pas de soi.

S'agissait-il plutôt d'une question plus classique de qualification du formalisme ? Le choix était ouvert entre les moyens de défense et relevait en définitive du type de formalisme, ce qui impliquait de prendre parti sur une question aussi délicate que celle de l'irrecevabilité liée à la saisine.

Nous ne savons pas, pour notre part, s'il existait, en l'espèce, « une seule bonne réponse », comme le soutient le philosophe du droit Ronald Dworkin⁵³, même s'il nous semble ici rationnel que la forme soit précisément sanctionnée par un vice de forme qui ne touche pas au droit d'agir lui-même.

Bien plus profondément, nous sommes convaincu que la discussion ne peut être éclairante qu'à condition de bien déterminer le problème qui délimite le cadre d'analyse. Nous sommes encore convaincu que chaque solution a un *coût* pratique et théorique. Le coût pratique est ici celui d'un revirement de jurisprudence et d'une incertitude sur les solutions à venir pour les questions semblables. Le coût théorique est celui d'une préférence (apparente) pour l'esprit plutôt que la lettre, alors que l'argumentation juridique postule l'inverse. En somme, il se pourrait bien qu'en droit, il n'existe pas de petites questions ou de petites affaires. Une simple question de forme engage ici toute une théorie de l'argumentation et des rapports entre la lettre et l'esprit. Ce n'est pas le moindre mérite de cet arrêt que de nous le rappeler.

⁵² C. Atias, Questions et réponses en droit, PUF, 2009, n° 66, p. 47.

⁵³ R. Dworkin, Prendre les droits au sérieux, PUF, Léviathan, 1995, p. 397 ; R. Dworkin, « *No right answer ?* », *New York University Law Review* 1978, 1, n° 53, p. 1.