MAGISTÈRE M 1 Année universitaire 2020 REGLEMENT DES DIFFÉRENDS PRIVÉS Projet de polycopié du cours de X. Lagarde REGLEMENT DES DIFFÉRENDS PRIVÉS

Xavier Lagarde

▶ **To cite this version:**

Xavier Lagarde. MAGISTÈRE M 1 Année universitaire 2020 REGLEMENT DES DIFFÉRENDS PRIVÉS Projet de polycopié du cours de X. Lagarde REGLEMENT DES DIFFÉRENDS PRIVÉS. Master. RÈGLEMENT DES DIFFERENDS PRIVES, Ecole de droit de la Sorbonne, France. 2020. hal-02995473

HAL Id: hal-02995473
https://hal.science/hal-02995473

Submitted on 9 Nov 2020

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.

UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

MAGISTÈRE M 1

Année universitaire 2020

REGLEMENT DES DIFFÉRENDS PRIVÉS

Projet de polycopié du cours de X. Lagarde

Coordination : G. Bismes, X. Lagarde

REGLEMENT DES DIFFÉRENDS PRIVÉS

Table des matières

INTRODUCTION GENERALE 5
I.- UN LIVRE DE RECETTES 5
1°) L'introduction de l'instance 6
2°) L'instruction du dossier ou mise en état 7
3°) Les plaidoiries 8
4°) Le jugement 8
5°) Les voies de recours 9
II.- LA THEORIE 9
1°) Paix civile 11
2°) Justice 12
PREMIERE PARTIE - L'OBJET DU PROCES CIVIL 15
Introduction 15
1.- Les éléments du litige 15
2.- Les instruments du litige 20
SECTION 1 – LES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES CIVIL 21
§1. Les principes directeurs applicables aux éléments du litige 21

A.- L'interdiction d'aller-au-delà des éléments du litige....23
B.- L'obligation d'examiner tous les éléments du litige....26
§2. Les principes directeurs applicables aux instruments du litige....28
A.- Les preuves....28
1. *Le rôle des parties*....28
2. *Le rôle du juge*....34
B.- Les moyens....35
1. *Le rôle des parties*....36
2. *Le rôle du juge*....37
§3. Le principe du contradictoire....39
A.- Des obligations pour les parties....39
B.- Une obligation pour le juge....40
SECTION 2 – L'ACTE JURIDICTIONNEL....41
§1. L'autorité de la chose jugée....42
A.- Les décisions....45
B.- Les prétentions....47
§2. Le dessaisissement du juge....53
A.- Le principe du dessaisissement du juge....53
B.- Les exceptions au principe du dessaisissement du juge....54
DEUXIEME PARTIE - LE DEROULEMENT DU PROCES CIVIL....55
Introduction....55
CHAPITRE 1 – LES REGLES GENERALES....56
SECTION 1 – L'INTRODUCTION DE L'INSTANCE....56
§1. Les modalités de l'introduction de l'instance....57
A.- L'ASSIGNATION....59
B.- LA REQUÊTE....61
§2.- Les effets....62
A.- LES EFFETS PROCEDURAUX....62
1.- La saisine de la juridiction....63
2.- L'obligation de comparaître....63
B.- LES EFFETS SUBSTANTIELS....64
SECTION 2 – L'INSTRUCTION DU LITIGE....65

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

§1. La liaison de l'instance 65
§2. La mise en état 67
A.- PANORAMA DES MESURES D'INSTRUCTION 69
1.- Sans l'aide d'un technicien 69
a.- La vérification personnelle 69
b.- La comparution personnelle 70
c.- Le témoignage 70
Le code de procédure civile encadre la procédure relative aux témoignages concernant la désignation des témoins mais aussi leur convocation. 71
2.- Avec l'aide d'un technicien 71
a.- La constatation 71
b.- Les consultations 72
c.- L'expertise 72
B.- LES REGLES COMMUNES A L'ENSEMBLE DES MESURES D'INSTRUCTION 75
SECTION 3 – LES DEBATS 78
§1. Les principes 78
A.- L'ORALITE 78
B.- LA PUBLICITE 80
§2.- Les modalités 81
A.- LES INTERVENANTS 82
1°) Les parties 82
2°) Le ministère public 83
3°) Le juge 84
B.- LE DEROULEMENT 84
1°) L'ouverture des débats 84
2°) Les prises de parole 85
3°) La clôture des débats 86
SECTION 4 – LE JUGEMENT (ACTE INSTRUMENTAIRE) 87
§1. L'élaboration du jugement 87
A.- LES REGLES D'ELABORATION 87
1.- Le délibéré 87
2.- La rédaction 87

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

3.- Le prononcé 90
B.- LES SANCTIONS 90
§2. Les effets du jugement 92
SECTION 5 – LES INCIDENTS DE L'INSTANCE 96
§1.- La modulation du cours de l'instance 100
§ 2.- L'extinction de l'instance 101
A.- La caducité de la citation 102
B.- La péremption d'instance 104
C.- Le désistement de l'instance 109
D.- L'acquiescement à la demande 110
CHAPITRE 2 – LES REGLES SPECIALES 111
SECTION 1 – LES REGLES PROPRES AUX DIFFÉRENTES JURIDICTIONS 111
§ 1.- Le Tribunal Judiciaire 112
I.- LA PROCEDURE AVEC REPRESENTATION OBLIGATOIRE 112
A.- Les spécificités de l'instruction 114
B.- Le déroulement de l'instruction 124
II.- LA PROCEDURE SANS REPRESENTATION OBLIGATOIRE 132
A.- Les litiges 132
B.- Les modalités 133
§ 2.- Le Tribunal de commerce 137
SECTION 2 – LES REGLES PROPRES A CERTAINES MATIERES 142
§1. La matière gracieuse 143
A.- LE DOMAINE DE LA MATIERE GRACIEUSE 144
B.- LE REGIME DE LA PROCEDURE GRACIEUSE 146
§2. – La « matière urgente » 150
I.- LES PROCEDURES PROVISOIRES 150
A.- Les procédures de référé 151
B.- Les procédures sur requête 157
II. LES PROCEDURES DEFINITIVES 158
A.- La procédure à jour fixe 158
B.- La procédure d'injonction de payer 159

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

INTRODUCTION GENERALE

Le droit de la procédure civile peut se définir en première approche comme l'ensemble des règles qui permettent de conduire un procès civil, et plus précisément une instance devant une juridiction de l'ordre judiciaire qu'elle soit civile, commerciale ou sociale (tribunal judiciaire, tribunal de commerce, conseil de prud'hommes, etc.).

Un cours de procédure civile peut apparaître comme un livre de recettes (comment faire pour réussir mon procès ?) (I.) mais constitue avant tout une théorie de la justice (II.).

I.- UN LIVRE DE RECETTES

Une procédure est une succession d'actes juridiques qui sont autant d'actes de la procédure. Certains sont des actes qui émanent des parties, ce sont les « actes de procédure » au sens strict, d'autres sont l'œuvre du juge, le plus important d'entre eux étant le jugement, sur le fond de l'affaire.

Tous ces actes ont toujours peu ou prou une double nature. Pour reprendre une distinction souvent utilisée en droit civil, ils sont à la fois negotium et instrumentum[1].

- *Negotium* (pour le contenu) en ce que les actes de procédure manifestent une volonté des parties, celle de faire avancer le procès civil, si possible jusqu'à son achèvement. Ce sont des actes juridiques au sens propre en ce qu'ils sont des manifestations de volonté en vue d'avoir des effets de droit, des effets procéduraux, en l'espèce.
- *Instrumentum* (pour le véhicule) en ce que les actes de procédure sont des écrits nécessaires à la validité ou à la preuve d'une situation juridique. Ces actes ont un caractère d'instrumentum parce qu'ils prennent le plus souvent une forme et une forme écrite. On dit que la procédure est formaliste.

En pratique, une procédure civile se découpe en quatre, voire cinq, séquences :

- **l'introduction d'instance ;**
- **l'instruction du litige ;**
- **l'audience des plaidoiries ;**
- **la phase de jugement, précédée d'un délibéré ;**

[1] S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, 34ème édition, Précis, Dalloz, p. 669 ; J. HERON ET T. LE BARS, *Droit Judiciaire Privé,* 7ème édition, Lextenso.

- **le cas échéant, des voies de recours.**

1°) L'introduction de l'instance

Elle procède de la demande introductive d'instance, terme générique qui vise la manifestation de volonté (*negotium*) d'une partie, le demandeur, d'engager une instance contre une autre partie, le défendeur. L'acte introductif d'instance se fait au moyen d'un acte écrit (*instrumentum*), en principe une *assignation*, dont les mentions sont aujourd'hui visées aux articles 54 et 56 du Code de procédure civile (CPC).

> *N.B. : un décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 portant réforme de la procédure civile a apporté un certain nombre de modifications aux CPC. Il faut donc rester vigilant et travailler avec un texte à jour.*

Qu'est-ce qu'une assignation ? En termes familiers, volontairement choisis pour faire passer qu'en procédure civile, il est bon de conserver une part d'intuition, une assignation est un acte dans lequel quelqu'un dit à un autre qu'il entend lui faire procès. Il doit donc décliner son identité, celle de son défendeur, dire devant quelle juridiction le procès aura lieu, et pour quelles raisons. La suite sera plus précise, mais lisez d'ores et déjà les articles 54 et 56 du CPC et vous constaterez que ce sont ces choses qui sont dites, en termes plus techniques, évidemment.

L'assignation est ensuite délivrée au défendeur par voie d'huissier. L'article 1 de l'Ordonnance n°45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers dispose que :

> « *Les huissiers de justice sont les officiers ministériels qui ont seuls qualité pour signifier les actes et les exploits, faire les notifications prescrites par les lois et règlements lorsque le mode de notification n'a pas été précisé et ramener à exécution les décisions de justice, ainsi que les actes ou titres en forme exécutoire.*
>
> *Les huissiers de justice peuvent en outre procéder au recouvrement amiable ou judiciaire de toutes créances et, dans les lieux où il n'est pas établi de commissaires-priseurs judiciaires, aux prisées et ventes publiques judiciaires ou volontaires de meubles et effets mobiliers corporels. Ils peuvent, commis par justice ou à la requête de particuliers, effectuer des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter. Sauf en*

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

matière pénale où elles ont valeur de simples renseignements, ces constatations font foi jusqu'à preuve contraire. Les huissiers de justice peuvent également accomplir les mesures conservatoires après l'ouverture d'une succession, dans les conditions prévues par le code de procédure civile. Ils peuvent être désignés à titre habituel en qualité de liquidateur dans certaines procédures de liquidation judiciaire ou d'assistant du juge commis dans le cadre des procédures de rétablissement professionnel, dans les conditions prévues par le titre IV du livre VI et le livre VIII du code de commerce.

Les huissiers audienciers assurent le service personnel près les cours et tribunaux.

Ils peuvent également exercer à titre accessoire certaines activités ou fonctions. La liste de ces activités et fonctions ainsi que les conditions dans lesquelles les intéressés sont autorisés à les exercer sont, sous réserve des lois spéciales, fixées par décret en Conseil d'Etat. »

Une fois le défendeur informé du procès engagé contre lui, le demandeur en avise la juridiction en remettant une copie de l'assignation au greffe. Il s'agit de l'administration du tribunal. A titre de comparaison, à la fac, il y a les enseignants et les administratifs, au tribunal, il y a les juges et les greffiers. Le greffe de la juridiction ouvre alors un dossier à la fois papier et numérique ayant vocation à recevoir les actes de la procédure et inscrit l'affaire sur un répertoire général en lui allouant un numéro (v. art. 726 et 727, CPC).

2°) L'instruction du dossier ou mise en état

La mise en état du dossier est une formule abrégée pour évoquer la mise en état du dossier d'être jugé. L'objectif est que le juge puisse avoir l'appréciation la plus éclairée possible du litige avant de juger. En procédure civile, la phase de mise en état est essentiellement le fait des parties et de leurs conseils (les avocats). Ces derniers viennent remplir le dossier, dans le respect de délais généralement fixés par le juge, de différents éléments destinés à expliciter, soutenir et documenter leurs demandes :

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

- Les documents dans lesquels les parties, en fait leurs conseils, explicitent et soutiennent par écrit leurs demandes prennent le nom de « *conclusions* » (dans la pratique, on parle aussi des « *écritures* ») ;
- Les éléments qui viennent documenter les conclusions sont les « *pièces* », schématiquement les preuves (qui elles-mêmes peuvent être des contrats, des attestations, des copies de courriels, des constats d'huissier, etc.).

La mise en état est donc essentiellement une séquence au cours de laquelle les parties vont s'échanger des conclusions. L'assignation a été remise au greffe. Une première audience intervient pour faire le point (degré de complexité de l'affaire, le défendeur a-t-il un avocat ?) à l'issue de laquelle le juge saisi donne un délai au défendeur pour répondre à l'assignation. Le défendeur répond par des conclusions en défense. Puis, le demandeur répond à son tour avec des conclusions en réplique. Puis encore le défendeur avec des conclusions en duplique. Les pièces accompagnent ces conclusions et l'ensemble nourrit progressivement le dossier de l'affaire.

Lorsque le juge considère que les parties se répètent et qu'au fond, elles se répondent dans le seul but d'avoir le dernier mot. Le juge « siffle la fin de la mise en état » en prenant une décision, de procédure (pas sur le fond du dossier) qu'on appelle une « *ordonnance de clôture* ».

3°) Les plaidoiries

A l'issue de la mise en état, les parties et leur conseil se présentent devant le juge lors d'une audience et chacun plaide son dossier. Le demandeur prend la parole en premier, puis vient le tour du défendeur (art. 440, CPC).

Le Code dit peu de choses de cette séquence si représentative du métier de l'avocat. Dans l'ensemble, l'importance de la phase des plaidoiries décline. C'est pourtant une séquence importante, sur laquelle il y aura lieu de revenir.

A l'issue de l'audience, le juge indique la date à laquelle le jugement sera rendu. Dans le jargon du Palais, le juge termine l'audience en prononçant ces mots : « Délibéré au X/X/X » ; ce faisant, il indique la date à laquelle le jugement rendu sera mis à la disposition des parties.

4°) Le jugement

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

Le jugement est un acte de la procédure mais n'est pas un acte de procédure, au sens strict, dès lors qu'il n'émane pas des parties, mais du juge qui, à l'issue de la procédure, se prononce sur le fond du litige.

Le jugement est à la fois *negotium* et *instrumentum*. Il est *negotium* en ce sens qu'il est *l'acte juridictionnel* par lequel le juge livre sa conviction sur le litige dont il a été saisi. Cette opération intellectuelle doit cependant être formalisée, ce qui donne lieu à l'élaboration du jugement, au sens *d'instrumentum*.

A noter dès à présent que les effets de l'acte instrumentaire (authenticité et force exécutoire) sont différents de ceux de l'acte juridictionnel (autorité de chose jugée et dessaisissement du juge ; v. *infra*).

D'un point de vue terminologique, comment faire la différence entre le jugement *negotium* et le jugement *instrumentum*. Plusieurs possibilités :

- On utilise le même mot et chacun comprend avec le contexte ;
- Quand on veut parler du negotium et insister à cet égard, le plus simple est de parler de l' « acte juridictionnel » ;
- Quand on veut spécifiquement viser les effets de l'instrumentum, il est possible de parler de « jugement - acte instrumentaire ».

5°) Les voies de recours

Un jugement fait au moins un mécontent, celui qui perd son procès, et souvent deux, car le résultat peut se situer dans un entre-deux qui ne satisfait ni le demandeur, ni le défendeur. Il existe des voies de recours, autant de voies de droit pour donner corps à son insatisfaction. La principale d'entre elles est l'appel (réexamen du dossier en fait et en droit). Il restera ensuite le pourvoi en cassation, qui permettra à la Cour de cassation d'apprécier le raisonnement juridique sans réexamen de la réalité des faits du litige.

Derrière les processus, il y a une théorie.

II.- LA THEORIE

La procédure civile est l'expression d'une théorie générale du procès et de la justice dans les rapports de droit privé ; en un mot, une théorie de la justice civile.

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

On dit souvent que la procédure civile est un « droit servant », un droit de la mise en œuvre du droit[2]. Dans cette perspective, la procédure civile décrit les processus permettant la mise en œuvre effective des droits subjectifs et l'application du droit objectif. La proposition est exacte, mais elle est trop abstraite.

La première chose que traite l'avocat, la première manifestation du procès, c'est un conflit, une contestation. Telle est la matière première du procès civil de sorte que l'objet de ce dernier n'est pas principalement de mettre en œuvre le droit mais plutôt et avant tout de régler une contestation. Tel est l'office de la procédure civile et de ses acteurs, le juge et les avocats.

Dans le discours préliminaire au projet de Code civil, Portalis ne disait pas autre chose en exposant que « *si les parties ne peuvent pas s'accorder elles-mêmes [...] l'État [...] offre, dans le magistrat public, un arbitre éclairé et impartial dont la décision empêche les parties d'en venir aux mains, et leur est certainement plus profitable qu'un litige prolongé, dont elles ne pourraient prévoir ni les duites ni le terme. L'arbitrage apparent de l'équité vaut encore mieux que le tumulte des passions* »[3].

Dans cette perspective, la procédure civile peut être définie comme un ensemble de dispositifs qui permettent le règlement pacifique d'un différend. Cet ensemble de règles repose sur un principe fondamental, que rappelle Portalis par prétérition, qui est que nul ne peut se faire justice à lui-même.

> En ce sens, Portalis affirmait dans son Discours préliminaire du premier projet de Code civil que « *de bonnes lois civiles [...] sont la source des mœurs, la palladium de la propriété, et la garantie de toute paix publique et particulière : elles le maintiennent ; elles modèrent la puissance* »[4]. Dans cette perspective, la procédure civile prend place dans le dispositif de législation civile, au moins tel qu'il est compris au lendemain de la Révolution française.

En cas de désaccord, de contestation, aucune des parties ne peut se faire justice à elle-même. Ce principe est au fondement de la procédure civile et il a une double signification ; c'est à la fois :

- Un impératif de paix civile

[2] G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, Coll. Thémis, PUF, 3è éd., nov. 1996, p. 6 et 7 : Le droit judiciaire privé serait la « servante des autres lois » et serait en conséquence « moins une espèce particulière de loi que la sanction de toutes les autres ».
[3] Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, p. 20
[4] Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, p. 13

- Un impératif de justice

1°) Paix civile

Une justice que l'on se ferait à soi-même donnerait la justice du plus fort qui, non seulement, n'est pas la justice, mais qui est de surcroît inefficace. La justice du plus fort est toujours une justice chaotique car les hommes sont tous égaux sur au moins un point, leur capacité de nuisance et de traitrise. Le plus faible d'entre les faibles peut toujours « avoir la peau » du plus fort d'entre les forts. C'est un triste constat, pourtant réaliste, que nous devons au philosophe anglais ***Thomas Hobbes***. La seule façon d'avoir la paix est de confisquer à tout un chacun cette aptitude à porter préjudice et de remettre entre les mains d'une personne, l'Etat, le monopole de la force publique, qui inclut celui de trancher les litiges puis de faire exécuter ce qui a été jugé.

Ce monopole conduit naturellement à l'interdiction faite aux individus de se faire justice eux-mêmes. Il suppose en contrepartie que l'Etat offre un service public de la justice efficace. Ce qui suppose que tout individu ait à la fois un droit d'agir en justice, qui soit effectif et accès à une justice efficace, i.e. une justice caractérisée par une relative célérité et une justice dont les décisions sont exécutées. Ces incidences de l'interdiction de se faire justice à soi-même (droit effectif d'accès à une justice efficace) ont valeur de droit positif dès lorsqu'elles découlent de l'article 6.1 de la Conv. EDH. qui consacre le *droit au procès équitable*[5].

> L'article 6.1 revêt une importance fondamentale quant à la structuration du procès civil. La doctrine et les juges de la Cour de cassation comme de la Cour européenne des droits de l'homme ont publié de nombreux « guides »[6] et rapports sur le droit au procès équitable. La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme a déduit du droit au procès équitable le droit à un tribunal (CEDH, Golder c. Royaume-Uni, 21 fév. 1975 ; n°4451/70). En matière de procès civil, le droit à un tribunal ne peut être remis en cause par des méthodes d'administration de la preuve trop rigides (CEDH, Tence c. Slovénie, 31 mai 2016 ; n°37242/14) ou des règles de procédure empêchant l'accès au prétoire à certains demandeurs

[5] S. GUINCHARD, *Procès équitable*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, mars 2017 (actualisation décembre 2019).
[6] Cour européenne des droits de l'homme, « Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable (volet civil) ».

(CEDH, Les saints monastères c. Grèce, 9 déc. 1994 ; n°13092/87; 13984/88).

2°) Justice

Le rôle du service public de la justice n'est pas uniquement d'assurer la paix civile, mission de maintien de l'ordre qui est principalement une œuvre de police. Il faut que dans l'œuvre de paix civile, qui est celle du juge, il y ait aussi une œuvre de justice. Pour faire œuvre de justice, il faut donc être juste. Qui sait ce qui est juste ? La conception juridique de l'idéal de justice est minimaliste. L'exigence de justice dans les rapports de droit privé est une exigence d'objectivité.

Deux processus permettent en quelque sorte d'en fabriquer :

- Le premier est celui qui correspond à la négociation d'un contrat. En ce cas, deux volontés s'accordent sur un objet commun. Cet objet devient la chose commune, leur loi, que les parties se donnent à elles-mêmes. Les obligations contractuelles sont justes par principe pour résulter de données que les parties ont communément objectivées.
- Le second correspond à l'hypothèse du conflit où, par définition, la discorde empêche une objectivation en commun. La seule issue est alors d'imposer aux parties une solution dont la provenance leur est totalement et identiquement extérieure. C'est une objectivité par défaut qui naît de ce qu'aucune des parties (donc des subjectivités) n'aura de prise sur le processus d'élaboration de la solution commune. Techniquement, cela signifie qu'il y a lieu d'offrir aux parties un arbitre impartial et désintéressé, i.e. un tiers qui n'a aucun rapport avec les parties, aucun intérêt à voir l'une ou l'autre des parties triompher.

Cette exigence d'objectivité se traduit par une double exigence dont le fondement juridique se trouve une fois encore à l'article 6.1 de la Conv. EDH.

Elle est d'abord, une exigence *d'indépendance*, laquelle signifie que le juge décide sans recevoir d'instructions d'un pouvoir concurrent : le pouvoir exécutif ou législatif. L'indépendance du juge est la traduction juridique du caractère irréductible de la fonction de juger (« rendre justice », ce n'est pas « *faire police* », ce n'est pas non plus être la « bouche du législateur »). Cette considération de principe n'est pas sans conséquences pratiques. Par exemple, lorsque le législateur fait voter une loi rétroactive, il décide du sort à réserver à des situations passées. Il empiète ainsi sur l'office du litige et tout se passe comme si le législateur disait au juge comment juger des faits passés dont ce

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

dernier a à connaître. Il faut de sérieux motifs d'intérêt général pour autoriser de telles pratiques[7].

> Dans une décision QPC n°2013-366 QPC du 14 février 2014 « *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France* », le Conseil constitutionnel a estimé que les dispositions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 n'habilitent le législateur à modifier rétroactivement une règle de droit que pour autant que la mesure respecte tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de la non-rétroactivité des peines et des sanctions. L'atteinte aux droits des personnes qui en résulte doit être justifiée par un motif impérieux d'intérêt général et l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le motif impérieux d'intérêt général soit lui-même de valeur constitutionnelle et que la portée de la modification ou de la validation soit strictement définie.

Elle est ensuite une exigence *d'impartialité* du juge, c'est-à-dire une absence de biais propre à le faire a priori incliner en faveur de l'une des parties. Il faut que le juge soit libéré de ses préjugés, ce qui suppose une absence de lien personnel, intellectuel ou matériel, du juge avec l'une des parties (on parle d'impartialité subjective[8]), également une absence de connaissance préalable du dossier (on parle d'impartialité objective [9]), selon la distinction opérée par l'arrêt « Piersack c. Belgique » de la Cour européenne des droits de l'homme de 1982.

> En matière d'impartialité objective, la Cour de cassation a admis que viole l'article 6.1, la cour d'appel qui statue dans une composition comportant un magistrat qui avait déjà connu du même litige, en participant, en première instance, à une décision de caractère juridictionnel (Civ. 3, 27 mars 1991, n°89-13.239) ou encore dans l'hypothèse d'un arrêt rendu sur renvoi après cassation sous la présidence d'un magistrat qui avait participé au délibéré de l'arrêt cassé (Civ. 3, 11 juin 1987, n°85-14.785). En matière d'impartialité subjective, un arrêt récent « Déli c. République de Moldavie » (n° 42010/06) de la CEDH énonce quant à lui le non-respect de l'exigence d'impartialité à la suite d'un arrêt de la Cour moldave rejetant en bloc, sans aucune analyse ou véritable vérification des faits, les arguments

[7] Loi n°51-18 du 5 janvier 1951, *Portant amnistie, instituant un régime de libération anticipée, limitant les effets de la dégradation nationale et réprimant les activités antinationales*, JORF du 6 jan. 1951 p. 260
[8] Civ. 2, 4 juin 2009, n°08-11.163.
[9] CEDH, 6 juin 2000, Morel c. France, n° 34130/96.

d'un requérant tendant à établir la partialité du juge saisi – en l'occurrence – après une altercation entre le juge et l'avocat au cours du procès.

Pour l'anecdote, un ami Facebook ne fait un lien personnel (Civ. 2, 16 janv. 2017 ; n°16-12.394).

L'exigence de justice implique encore le respect de *l'égalité des armes*, expression que consacre la Cour EDH, en application de l'article 6.1 de la Conv. EDH. Selon la Cour de Strasbourg, l'égalité des chances suppose la possibilité raisonnable pour chacune des parties d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable rapport à la partie adverse (CEDH ; Delcourt c. Belgique, 17 janvier 1970 ; n° 2689/65). Elle se comprend ainsi comme une égalité des chances d'emporter la conviction du juge et elle est un complément nécessaire de l'exigence d'impartialité. *Afin que le juge soit effectivement impartial*, qu'il n'ait pas tendance à juger plus en faveur d'une partie que de l'autre, il faut que les parties soient à égalité des chances d'emporter sa conviction. Si les chances ne sont pas les mêmes dès le départ, l'impartialité du juge risque de rester ineffective. L'égalité des chances est techniquement garantie par le principe de la contradiction, ou principe du contradictoire, qui veut que les parties aient été mises en mesure de débattre de tous les éléments du dossier. Elle suppose également que chaque partie puisse avoir un défenseur (à ne pas confondre avec défendeur ; le défenseur est le conseil, généralement un avocat, qui défend son client, qu'il soit demandeur ou défendeur).

Dans son arrêt de Grande Chambre, Beuze c. Belgique, rendu le 9 novembre 2018 (n°71409/10), la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le droit à l'avocat en garde à vue est fondamental sans qu'il soit inconditionnel. En l'espèce, elle a jugé que les restrictions au droit d'accès à un avocat par le requérant ont été particulièrement importantes et que la procédure pénale, considérée en son ensemble, n'a pas permis de remédier aux lacunes procédurales qui ont affecté la phase préalable au procès.

Il est évident en pratique que la partie qui se défend seule se défend moins bien que celle qui est assistée d'un conseil. La loi adoptée le 23 janvier 2019 étend l'obligation de représentation.

Devant le tribunal judiciaire, la représentation par avocat est devenue, par principe, obligatoire (art. 760, CPC), sans distinction entre les procédures écrites et orales et sans distinction du montant de la

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

demande. Devant le tribunal de grande instance, elle était obligatoire à titre d'exception.

PREMIERE PARTIE - L'OBJET DU PROCES CIVIL

Introduction

L'objet du procès civil est le traitement d'un litige.

Deux termes existent en droit pour rendre compte de la situation dans laquelle deux personnes s'opposent : contestation et litige. Les deux termes sont proches l'un de l'autre et, dans la pratique, il arrive qu'ils soient confondus et utilisés indistinctement. Mais, une nuance, riche de signification, peut être introduites entre les deux. La contestation est en quelque sorte le différend entre deux parties, avant que le procès ne débute. *C'est une prétention qui rencontre une résistance*.

Exemple – Jurisprudence relative à un trouble de voisinage (Civ. 2, 17 octobre 1990)[10]

A l'origine de ce procès, une contestation s'étant élevée entre voisins. En effet, un propriétaire demande à ses voisins de couper la cime de leurs arbres, puisque leur feuillage implique pour lui une perte d'ensoleillement sur sa piscine. Néanmoins, les voisins en question refusent de procéder à cet étêtage.

Nul ne peut se faire justice à soi-même de sorte qu'en cas de contestation, les parties doivent passer par un juge à qui il y a lieu d'expliquer les termes de cette contestation. Il faut donc formaliser cette dernière. C'est à cette formalisation qu'il y a lieu d'attribuer le terme de litige. Celui-ci peut donc se définir comme *un débat, écrit ou oral, permettant la formalisation d'une contestation*. D'un point de vue plus sociologique, la verbalisation du désaccord constitue d'ailleurs une première étape vers la pacification du conflit. Dans le procès civil, les parties s'affrontent avec des mots pour ne pas en venir aux mains.

Le litige est donc un agrégat de divers éléments et instruments composant le débat qui rassemble les parties en conflit. Il y a lieu de distinguer, et ces distinctions sont utiles pour la suite, les *éléments du litige* (1) de ce qu'on peut désigner comme ses *instruments* (2.).

1.- Les éléments du litige

[10] Cass, 2ème civ., 17 octobre 1990, n°89-14.309.

Les éléments du litige (également appelé éléments du débat) sont ceux qui *permettent de déterminer le contenu du litige* ou encore, peut-on aussi dire, la matière litigieuse.

Parmi ces éléments, deux catégories de propositions peuvent être identifiées : les prétentions et les allégations.

***a.-Les prétentions** sont les propositions dont les parties demandent tout spécialement la consécration par le juge*. Le demandeur les énonce dans l'acte introductif d'instance. Le défendeur articule les siennes, souvent le contraire des propositions du demandeur, dans ses conclusions en défense. Les parties peuvent modifier les prétentions dans leurs conclusions ultérieures.

Exemple 1 – Jurisprudence relative à un trouble de voisinage (Civ. 2, 17 octobre 1990)[11]

Formalisant la contestation évoquée précédemment, le demandeur se considère, dans ses prétentions, victime d'un trouble anormal de voisinage consistant en la diminution de l'ensoleillement de sa propriété. De fait, il demande au juge de condamner ses voisins à étêter les arbres causant ce trouble. A l'opposé, les voisins sur la propriété desquels se trouvent les arbres demandent au juge, dans leurs conclusions en défense, de consacrer la « validité des plantations incriminées aux engagements contractuels et aux règlements administratifs ».

Exemple 2 – Jurisprudence de l' « image des biens » (Ass. plén., 7 mai 2004, Hôtel de Girancourt)[12]

En l'espèce, une société de promotion immobilière avait utilisé l'image d'un Hôtel classé monument historique dans son dépliant. Le propriétaire de cet immeuble, demandeur, considère que la diffusion du dépliant lui a causé un trouble dans la jouissance de son bien, et *prétend* donc obtenir de la part de la société de promotion immobilière réparation pour le préjudice subi du fait de l'utilisation de l'image de son bien. En effet, le demandeur considère que le fait que le défendeur ait acheté cette image chez un photographe rouennais prouvait bien que la façade restaurée représentait une valeur commerciale. Cependant, la société de promotion immobilière refuse de procéder à une telle réparation. Pour rejeter le pourvoi, l'assemblée plénière décide que *« le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci »,* mais *« qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal »*. En l'espèce, ce trouble n'ayant pas été démontré, la Cour de

[11] Civ. 2, 17 octobre 1990, n°89-14.309.
[12] Ass. plén., 7 mai 2004, n°02-10450, *publié au Bulletin*.

cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt d'appel ayant refusé de faire droit aux prétentions en question.

Le texte de référence est l'article 4, ainsi rédigé :

Article 4, Code de procédure civile

L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.

Que faut-il comprendre par l'expression « *des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant* » ? Les demandes incidentes sont tout simplement les prétentions que les parties ajoutent au litige au fil de leurs écritures. Pour le demandeur, on parle de *demandes additionnelles* (art. 65). Pour le défendeur, on parle de demande reconventionnelle, lorsque celui-ci « *prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire* » (art. 64), terminologie reprise par la jurisprudence[13] (« *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »).

> Dans l'histoire du droit processuel, le principe d'immutabilité de l'objet du litige avait conduit à encadrer strictement, pour ne pas dire déclarer irrecevable, la recevabilité des demandes reconventionnelles qui ne se limitaient pas à combattre la demande principale[14]. À la suite de la réforme de la procédure civile, par les décrets du 5 décembre 1975 et du 12 mai 1981, huit articles consacrés aux demandes incidentes (art. 63 à 70, CPC) ont été introduits dans le Code de procédure civile. Depuis, la formulation de l'article 64 du Code de procédure civile est plus permissive et admet explicitement que soient formulées des demandes reconventionnelles.

Article 64, Code de procédure civile

Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire.

[13] Com., 23 avril 2003, nº 00-17.166, inédit.
[14] Civ., 9 févr. 1881, S. 1881. 1. 160.

On compte, en droit positif, quatre types de demandes reconventionnelles différents.

- la demande en compensation judiciaire (Civ., 8 nov. 1933 ; Civ. 2, 4 déc. 2014, n°13-25.931),
- la demande en défense à la demande initiale (Req. 27 nov. 1848 ; Soc. 16 oct. 1984, Bull. civ. V, n°379 ; Civ. 3, 18 déc. 1991),
- la demande en dommages et intérêts fondée sur la demande initiale (Com. 19 juill. 1971, Bull. civ. IV, n°213 ; Civ. 3, 3 mai 2001, n°00-10.053),
- la demande reconventionnelle pure et simple, qui est sans incidence sur le sort de la demande initiale (Civ. 1, 4 oct. 1989 ; Paris, 28 nov. 1984).

D'ailleurs, selon la Professeure Mélina Douchy-Oudot, la multiplication des demandes reconventionnelles dans leur aspect offensif est un « trait saillant de l'évolution contemporaine »15.

Pour l'instant, il faut retenir que la référence à la notion de « *lien suffisant* » signifie seulement que les différentes prétentions doivent relever du même différend.

<u>Exemple 1</u> – Civ. 3, 23 février 2017, nº16-12.859

La demande reconventionnelle peut consister pour le demandeur à la reconvention à opposer, à une demande en négation de servitude, la reconnaissance de son droit de propriété sur la parcelle litigieuse acquis par le jeu de la prescription.

<u>Exemple 2</u> – Civ. 1, 16 décembre 2015 n°14-29.322

Dans un tout autre domaine, la demande reconventionnelle peut consister pour une épouse, en réponse à l'assignation de son mari en divorce pour altération définitive du lien conjugal, à former une demande reconventionnelle en divorce pour faute aux torts exclusifs de son mari.

« *ALORS QUE selon l'article 246 du code civil, si une demande pour altération définitive du lien conjugal et une demande pour faute sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande pour faute et que ce n'est que s'il rejette celle-ci qu'il peut se prononcer sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal ; qu'il en va ainsi même si la demande reconventionnelle en divorce pour faute est présentée à titre subsidiaire ; qu'en affirmant néanmoins que la demande en divorce pour altération du lien conjugal présentée par M. X... devait être accueillie comme étant la demande principale et*

15 M. DOUCHY-OUDOT, *« Demande reconventionnelle »*, Répertoire de procédure civile, Dalloz, septembre 2017.

qu'il n'y avait pas lieu de se pencher sur la demande reconventionnelle formée à titre subsidiaire par l'exposante sur le prononcé du divorce pour faute aux torts exclusifs de son époux (arrêt attaqué, p. 4, alinéa 3), quand le juge était tenu de statuer en premier lieu sur la demande de divorce pour faute, peu important qu'elle ait été formée à titre subsidiaire, la cour d'appel a violé l'article 246 du code civil. »

b.- Le contenu du litige est également déterminé par les ***allégations***. *Les* ***allégations*** sont *les propositions de fait qu'articulent les parties au soutien de leurs prétentions*. Le texte de référence est l'article 6 du Code de procédure civile.

Article 6, Code de procédure civile

A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder.

Par exemple, pour une partie qui souhaite mener une action en nullité d'un contrat de vente, ses prétentions sont :

- La nullité du contrat ;
- La restitution des prestations d'ores et déjà exécutées.

Ses allégations sont les propositions relatant les circonstances de fait (qui caractériseront l'erreur, le dol ou la violence) dont peuvent découler une cause de nullité du contrat.

Concrètement et d'un point de vue formel, les prétentions sont exposées dans la dernière partie des écritures (assignation ou conclusions), appelée le « dispositif » dont les parties demandent spécialement la consécration au juge. Les allégations sont exposées dans la partie des écritures qui précède le dispositif, partie qui se subdivise en deux sous-parties, un exposé des faits et une discussion.

L'objet du litige tel qu'il est déterminé par les prétentions respectives des parties est aussi désigné comme le « principal ». Ce mot, fréquemment employé dans le Code de procédure civile, renvoie à ce qui est le principal (au sens commun) enjeu du litige, les droits substantiels en débat sur lesquels le juge devra se prononcer, et au fond, par opposition à ce qui est plus accessoire, comme les exceptions de procédure (définies par l'article 73 du CPC comme tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours, comme les exceptions de connexité ou de litispendance), les divers incidents (comme le sursis à statuer du juge ou le désistement d'une des parties) et les mesures provisoires (comme la remise provisoire d'un mineur à un centre d'accueil ou la suspension de la diffusion d'une publication portant manifestement atteinte à la vie privée d'un individu).

Le principal est apprécié par les instruments du litige.

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

2.- Les instruments du litige

Les instruments du litige permettent le traitement et l'appréciation du contenu de la matière litigieuse, cette dernière étant déterminée par les éléments du litige. On distingue deux types d'instruments, d'une part, les moyens et, d'autre part, les pièces et les preuves.

a.- Les ***moyens*** sont *les propositions qui permettent de déduire des allégations* la consécration des *prétentions.*

En d'autres termes, les moyens sont les arguments de droit ou de fait qu'une partie avance pour fonder sa prétention et à l'ensemble desquels le juge devra répondre par des « motifs ».

Les moyens sont, en principe, des *moyens de droit* en ce sens que ce sont les règles de droit qu'invoquent les parties au soutien de leurs prétentions. Lorsqu'une partie demande l'annulation d'un contrat, prétexte pris de faits constitutifs de dol, elle fonde sa demande sur les dispositions de l'article 1137 du Code civil et l'invocation de ces dispositions constitue le « moyen de droit ». On parle également de *fondement juridique de la demande*.

L'expression « *moyen de fait* » est parfois utilisée[16]. Elle peut se comprendre comme désignant des arguments qu'invoquent les parties pour soutenir des prétentions souverainement appréciées par les juges du fond, par exemple le quantum d'un préjudice. Mieux vaut retenir le terme d'« argument »[17] plutôt que celui de « moyen de fait » (ce dernier terme, reste peu utilisé en jurisprudence). Ces arguments sont plutôt traités comme les autres instruments du litige que sont les pièces et les preuves.

b.- Les ***preuves*** sont *les pièces versées au dossier par les parties pour convaincre le juge de la véracité des allégations*. Par exemple, un écrit faisant foi d'un contrat, un courriel, une attestation, un rapport d'expertise, etc.

Concrètement, les pièces sont annexées aux conclusions des parties. Parmi les pièces, il n'y a pas que des preuves, il peut y avoir, par exemple, des éléments d'identification des parties (comme le relevé K-bis d'une entreprise). Pour l'essentiel, les pièces se composent des preuves.

*Il revient au juge de traiter l'ensemble de la matière litigieuse en respectant des principes directeurs (**section 1**) du procès civil énoncés par le Code de procédure civile, principalement aux articles 4 à 17. L'acte par lequel le juge tranche le litige s'appelle l'acte juridictionnel (**section 2**).*

[16] Pour un exemple, v. Cour d'appel de Versailles, 28 avril 2020, n°18/08642 (« Vu les moyens de fait et de droit »).
[17] Pour un exemple, v. Cour d'appel de Versailles, 9 avril 2020, n°19/02246 (« La cour constate que les arguments de fait et de droit développés devant la cour par l'appelante…»).

SECTION 1 – LES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES CIVIL

Parmi les principes directeurs du procès civil, il y a lieu de distinguer les principes applicables uniquement aux éléments du litige (§1.) des principes applicables aux instruments du litige (§2.). La distinction ne vaut pas pour le principe du contradictoire, de portée générale et qui s'applique aux éléments comme aux instruments du litige (§3.).

§1. Les principes directeurs applicables aux éléments du litige

Les règles correspondant à ces principes sont habituellement présentées comme étant l'expression d'un seul principe, désigné comme le principe dispositif, dont la portée exacte fait l'objet de débats doctrinaux.

> Dans une acception large, le principe dispositif est la traduction de l'idée selon laquelle le procès civil est la chose des parties, c'est à dire est à la *disposition* des parties. Ainsi, le principe du dispositif admettrait deux aspects puisque, d'une part, les parties décident seules *d'introduire l'instance* et, d'autre part, elles ont seules la maîtrise de la *matière litigieuse*[18] (et non du procès dans son ensemble). Selon certains auteurs, le principe dispositif signifierait que les parties ont la maîtrise du *déclenchement* de l'instance, et non pas du *déroulement* de l'instance, qui n'est que partiellement inclus dans ce principe.
>
> Néanmoins, l'approche retenue de nos jours par de nombreux auteurs exclut du principe la composante de l'instance. Ainsi, Henri Vizioz, Pierre Hébraud et surtout le père fondateur des principes du procès civil : Henri Motulsky, retiennent une conception restrictive de ce principe, qui le limite à la seule disposition par les parties de la *matière litigieuse*[19], et non le procès dans son ensemble. *Autrement dit, les éléments du litige sont définis par les parties, pas par le juge.*

Les parties, en tant que seules « maîtresses de la matière litigieuse » sous réserve de l'ordre public, délimitent le fond du litige, ce que Motulsky qualifie de la « cause » et « l'objet » du litige. Le juge est tenu par l'immutabilité de la cause, c'est à dire des circonstances de faits invoquées par les parties, mais également par l'immutabilité de

[18] C. CHAINAIS, « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé », *in* L. FLISE et E. JEULAND (dir.), *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?*, IRJS, 2015, p. 9 et s. ; G. COUCHEZ et X. LAGARDE, Procédure civile, Sirey, 17e éd., 2014, n° 235.

[19] *H. MOTULSKY « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in Ecrits et notes de procédure civile, préf. G.CORNU, J.FOYER, Dalloz, 1973, p. 38, spéc. p. 39, n°2 ; Etude de droits contemporain, 1959, p. 257.*

« l'objet du litige »[20], c'est-à-dire la somme des prétentions. Le corollaire du principe dispositif est, conformément à une conception libérale du procès, le principe traditionnel en droit français de neutralité du juge. La configuration du litige, soit la maîtrise des éléments du litige, est soustraite de l'emprise du juge tandis que ce dernier est investi de la mission de trancher ce litige, conformément aux règles de droit applicables[21]. Il s'agit de protéger la liberté individuelle des plaideurs et d'exclure les immixtions des juges dans la sphère privée.

Dans le Code de procédure civile, les articles 5 et 7 portent à la fois une interdiction et une obligation pour le juge. Ils consacrent un principe de neutralité du juge qui lui impose de ne pas remettre en cause ce qui n'est pas contesté. Ils interdisent au juge de statuer au-delà des éléments du litige[22] et, dans le même temps, lui imposent de statuer sur tous ces éléments, c'est à dire *omnia petita.* Cette obligation apparaît comme la suite logique du principe du dispositif. En tant que tiers impartial, désintéressé et neutre, le juge se doit de prendre en compte tous les éléments invoqués afin de statuer sur le litige dans son intégralité. Si par mégarde ou volontairement, le juge occulte un des éléments du litige, dont la maîtrise repose sur les parties, il ne respecterait pas son office juridictionnel, ce qui pourrait même conduire à un déni de justice[23].

L'article 5 détermine la portée du principe dispositif à l'égard des prétentions.

Article 5**, Code de procédure civile**
Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé.

L'article 7 en fixe l'incidence sur les allégations.

Article 7, Code de procédure civile
Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions.

[20] Terminologie proposée par S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit.,* n° 496 et s., depuis la 30e édition refondue de l'ouvrage.
[21] En vertu de l'adage *« da mihi factum, dabo tibi jus »*, signifiant *«* donne moi les faits, je te donnerai le droit ».
[22] En vertu de l'adage *« ne eat judex ultra petita partium ».*
[23] Selon le Lexique des termes juridiques 2010, 17e éd., Dalloz, 2009, *« Il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées . Le déni de justice est non seulement une cause de responsabilité civile, mais aussi un délit pénal exposant son auteur à l'interdiction d'exercer ses fonctions de cinq à vingt ans. Dans un sens plus moderne et extensif, le déni de justice s'entend du manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle, par exemple un délai anormal d'audiencement ».*

Il est admis que les deux aspects du principe dispositif, interdiction et obligation, résultent de la même idée que le juge a pour rôle d'apporter la paix civile dans le litige. Ce n'est donc pas à lui de créer ou d'étendre le périmètre de litige en introduisant dans celui-ci des éléments que les parties n'auraient pas formalisés. Au reste, s'il se saisissait d'office, le juge s'exposerait au soupçon de la partialité. Le juge doit également se prononcer sur tous les éléments du litige, seul moyen de mettre fin au conflit.

A.- L'interdiction d'aller-au-delà des éléments du litige

L'interdiction pour le juge d'aller au-delà des éléments du litige emporte trois conséquences.

D'abord, le juge ne peut pas se saisir lui-même d'un litige[24]. En principe, il ne saurait y avoir d'auto-saisine d'un juge en matière civile.

> Le Conseil constitutionnel a conféré à cette règle une valeur constitutionnelle dans sa décision n°2013-352 QPC du 15 novembre 2013. Le Conseil a jugé que les dispositions contestées confiant au tribunal de commerce la faculté de se saisir d'office aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire méconnaissent les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Il a déclaré contraires à la Constitution les mots « se saisir d'office » figurant au deuxième alinéa de l'article L. 621-2 du Code de commerce dans sa version applicable à la Polynésie française[25].

Ensuite, le juge ne peut pas introduire dans un litige dont il est saisi des prétentions que les parties n'ont pas formalisées. Il ne peut pas non plus faire droit à des prétentions d'un montant supérieur à celles qui ont été formulées. On dit que le juge ne peut pas statuer *extrapetita* ou *ultrapetita*. Ainsi, une juridiction statue ultra petita lorsqu'elle accorde davantage qu'il n'a été demandé[26].

> Par exemple, il arrive que dans des contentieux complexes, les parties formulent des demandes indemnitaires qui nécessitent le recours à une

[24] Selon l'article 1er al. 1, CPC, *« Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement ».*

[25] https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communique/decision-n-2013-352-qpc-du-15-novembre-2013-communique-de-presse

[26] Pour un exemple, v. Civ. 2, 23 mars 2017, F-P+B, n° 16-60.095 (*« Méconnaît les termes du litige le juge qui prononce une condamnation au paiement d'une somme de 800 € au titre de l'article 700 alors que la partie qui l'a sollicitée demandait une condamnation à hauteur de 500 € »).*

expertise judiciaire. Il peut arriver que le montant du préjudice évalué par l'expert soit supérieur au quantum des demandes des parties. A la suite d'une demande d'homologation de l'expertise par une partie, le juge qui accorderait, dans le dispositif de sa décision, des indemnités correspondant à l'évaluation de l'expert et d'un montant supérieur à celles qui étaient demandées par les parties, statuerait ultra petita. Les parties ne s'étant pas approprié les évaluations retenues dans l'expertise, le pouvoir du juge est circonscrit aux demandes formulées par les parties au litige

La juridiction statue *extra petita* lorsqu'elle tranche des points qui ne lui ont pas été soumis.

Exemple 1 – Civ. 1, 5 avril 2005[27]

Par exemple, les juges qui condamnent, sur le fondement de l'article 258 du Code civil, le mari à payer à son épouse une pension mensuelle indexée à titre de contribution aux charges du mariage et qui attribue à l'épouse la jouissance gratuite du domicile conjugal, méconnaissent les termes du litige tels qu'ils ont été fixés par les parties, car l'épouse n'avait demandé que le paiement de la pension, et non la jouissance gratuite du domicile. Sous le visa des articles 4 et 5 du Code de procédure civile, la Cour de cassation a pris le soin d'affirmer que « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ; le juge doit se prononcer sur tout ce qui lui est demandé et seulement sur ce qui lui est demandé ».

Exemple 2 – Civ. 3, 22 mars 2018 [28]

Dans deux affaires récentes de 2018, les juges du fond ont également été censurés sur ce fondement. Dans la première espèce, le bailleur demandait la confirmation du jugement qui avait constaté l'acquisition de la clause résolutoire tandis que le locataire demandait son infirmation. Aucune des deux parties ne demandait la résiliation judiciaire du contrat de bail, mais c'est pourtant ce qu'avaient prononcé les juges de la cour d'appel. Dans la seconde espèce, les juges du fond avaient accordé au locataire une indemnisation pour le préjudice subi du fait des désordres liés aux infiltrations pour une période supérieure à celle pour laquelle il demandait réparation.

Enfin, le juge ne peut pas appuyer sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat, soit des allégations qui n'ont pas été formulées par les parties. C'est le sens de l'article 7, al. 1,

[27] Civ. 1, 5 avr. 2005, Bull.civ. I, n°166.
[28] Civ. 3, 22 mars 2018, n° 17-10.970 et n° 17-11.050.

précité : « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. »[29], sauf dérogation en matière gracieuse (art. 26, CPC). Selon le Professeur Thierry Le Bars, *« fréquemment présenté comme instaurant un monopole de l'allégation des faits, l'article 7 alinéa 1er du Code n'énonce rien de tel, il ne fait qu'interdire au juge de se fonder sur des faits qui ne sont pas dans le débat, ce qu'on ne peut qu'approuver ».*

Pour autant, l'article 7 comporte un alinéa 2, plus ambigu et rédigé comme suit : *«* Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions *»,* sous réserve du respect du principe du contradictoire, applicable en « toutes circonstances » conformément aux dispositions de l'article 16 du CPC[30]. Les faits en question sont des faits sur lesquels les parties n'ont pas spécialement attiré l'attention du juge dans leurs écritures. Il s'agit de faits dont on peut prendre connaissance à la lecture des instruments du litige versés au débat. Par exemple, il arrive qu'un rapport d'expertise contienne de nombreuses considérations de fait que les parties n'ont pas spécialement développées dans leurs conclusions. Ces propositions de fait ne sont pas des allégations et ne se trouvent que dans le rapport d'expertise, sans qu'il ne s'agisse de faits que les parties ont spécialement invoqués. On parle de faits adventices, qui désignent, selon Motulsky « *des circonstances de fait qui n'ont pas été invoquées au soutien de la demande, mais bien simplement signalées d'une manière accidentelle* »[31] ou de faits du dossier[32]. L'article 7, al. 2 du CPC donne au juge le pouvoir de les prendre en considération bien qu'ils résultent des seuls instruments du litige et qu'ils ne figurent pas expressément au rang des allégations spécialement développées par les parties dans leurs écritures. Attention toutefois, il n'en demeure pas moins que le pouvoir du juge d'aller chercher des éléments du litige dans les instruments de celui-ci ne concerne que les allégations et non les prétentions.

> Une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation rendue par la chambre civile le 19 juin 1929[33] a pu estimer que*« s'il n'est pas permis aux juges de substituer une autre demande à celle qui est portée devant eux, il ne leur est pas interdit, quant à la demande même qui leur est soumise, de puiser les motifs de leur décision dans les divers éléments du débat, lors même que les faits sur lesquels il s'appuient n'ont pas été spécialement invoqués par les parties dans leurs conclusions ».* Ainsi, si le juge ne doit prendre en considération que des faits qui sont dans le débat, il n'est pas lié par le choix que font les parties, parmi ces faits,

[29] Th. LE BARS, « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux, Liber amicorum, Dalloz, 2009, p. 321.

[30] Civ. 1, 13 janvier 1993, n°91-04.135, Bull. civ. I, n° 17.

[31] H. MOTULSKY., La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, D. 1964, chr., p. 235, spécialement p. 238, no 12.

[32] G. BOLARD., Les faits tirés du dossier, *in* Mélanges Normand, Litec, 2003, p. 43.

[33] Civ., 19 juin 1929, Gaz. pal., 1929, 2, p. 312.

de ceux qui appuient explicitement leurs prétentions. Il peut donc retenir au soutien de sa décision des éléments du débat auxquels les parties n'ont pas ou peu accordé d'importance ou ceux qu'elles ont involontairement omis d'invoquer, voire qu'elles ont sciemment éludés.

B.- L'obligation d'examiner tous les éléments du litige

Le juge a l'obligation d'examiner tous les éléments du litige et cette obligation s'applique aussi bien aux prétentions qu'aux allégations.

Si le juge oubliait de se prononcer sur une prétention, il commettrait un infra petita. Ainsi dit-on qu'une juridiction statue infra petita lorsqu'elle ne se prononce pas sur l'ensemble des chefs de demande.

Le juge doit également examiner les allégations et apprécier leur véracité. Il s'ensuit que le juge n'est pas tenu d'examiner les éléments de fait qui résultent seulement du dossier mais que les parties n'ont pas expressément visés dans leurs écritures ; il peut le faire, mais ce n'est jamais une obligation. De surcroît, il n'est pas non plus tenu d'examiner les allégations qu'il estime sans pertinence, c'est-à-dire les allégations dont l'établissement serait indifférent à la solution du litige.

Exemple – Cour d'appel d'Orléans, 10 octobre 2019[34]

Par exemple, dans une décision de la Cour d'Appel d'Orléans relative à un contentieux sur des protocoles de cession conclus au profit d'une société, les *« allégations des intimés sur les procédures prud'homales postérieures à la cession étaient sans aucun lien avec ses demandes »* et *« les accusations de mauvaise gestion portées à l'encontre de son dirigeant sont sans intérêt pour la solution du litige puisqu'elles se bornent à faire état d'éléments antérieurs à la cession »*.

C.- Sanction des règles découlant du principe dispositif

1°) Les prétentions

Lorsque le juge méconnait le principe dispositif à propos des prétentions et qu'il commet un ultra, un extra ou un infra petita, le juge méconnait l'interdiction d'introduire dans le débat des prétentions non formulées par les parties et l'obligation de se prononcer sur toutes les prétentions.

[34] Cour d'appel d'Orléans, Chambre commerciale, 10 octobre 2019, Répertoire général n°18/03250.

Afin de réparer l'infra, l'extra, ou l'ultra petita, une voie de droit est ouverte aux parties. Les articles 463 et 464 du Code de procédure civile permettent aux parties, par la voie d'un acte de procédure appelé « requête », en pratique, quelque chose d'assez peu formalisé, de demander au juge qu'il corrige sa décision afin de la mettre en conformité eu égard aux exigences découlant du principe dispositif. Si la requête aboutit, le juge rendra un « jugement rectificatif » qui formera un tout indivisible avec le jugement initialement rendu. La simplicité de cette procédure s'explique par le fait que les ultra, infra et extra petita se produisent le plus souvent en conséquence d'un manque de diligence. Cette procédure a pour but de remédier à ce qui n'est le plus souvent qu'une inadvertance du juge.

Article 463, Code de procédure civile

La juridiction qui a omis de statuer sur un chef de demande peut également compléter son jugement sans porter atteinte à la chose jugée quant aux autres chefs, sauf à rétablir, s'il y a lieu, le véritable exposé des prétentions respectives des parties et de leurs moyens.

La demande doit être présentée un an au plus tard après que la décision est passée en force de chose jugée ou, en cas de pourvoi en cassation de ce chef, à compter de l'arrêt d'irrecevabilité.

Le juge est saisi par simple requête de l'une des parties, ou par requête commune. Il statue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées.

La décision est mentionnée sur la minute et sur les expéditions du jugement. Elle est notifiée comme le jugement et donne ouverture aux mêmes voies de recours que celui-ci.

Article 464, Code de procédure civile

Les dispositions de l'article précédent sont applicables si le juge s'est prononcé sur des choses non demandées ou s'il a été accordé plus qu'il n'a été demandé.

2°) Les allégations

Lorsque le juge omet de se prononcer sur des allégations pertinentes ou introduit dans sa décision des éléments de fait qui ne résultaient pas des écritures ou du dossier, la sanction procèdera de l'exercice d'une voie de recours devant la juridiction supérieure. Si l'erreur du juge s'observe dans une décision de première instance, l'excès ou l'insuffisance du juge sera dénoncée à l'occasion de l'appel. Si elle s'imprime dans un arrêt d'appel, elle sera utilement dénoncée par l'exercice d'un pourvoi en cassation.

La sanction du principe dispositif est finalement plus sévère lorsque sa violation concerne les allégations que lorsqu'elle porte sur les prétentions. C'est qu'en effet, dans le second cas et

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

ainsi qu'il a été dit, il n'y a jamais qu'une inadvertance lors de la rédaction du jugement Dans le premier cas, l'erreur a été faite au cours de l'instruction du litige et elle est de ce fait plus significative. Elle est caractéristique d'un juge qui a forgé sa conviction sans bien lire le dossier, soit en y ajoutant des éléments qui n'y figuraient pas, soit en faisant l'impasse sur des éléments pertinents. Pour dire les choses un peu familièrement, le travail a été bâclé et le jugement qui en résulte doit être réformé ou censuré.

§2. Les principes directeurs applicables aux instruments du litige

Les moyens et les preuves sont destinés à convaincre du bien-fondé des prétentions ou de la véracité des allégations. Ce ne sont pas des éléments qui déterminent la matière litigieuse et, en principe, il n'y a pas lieu de leur appliquer le principe dispositif. Le traitement des instruments du litige fait ainsi l'objet d'un partage des rôles entre les parties et le juge.

A.- Les preuves

Prouver, c'est établir la réalité d'une allégation. Toute prétention judiciaire doit être justifiée : sans la preuve, la norme juridique invoquée est donc paralysée, c'est par ailleurs le sens de l'adage « *idem est non esse aut non probari* » (pas de preuve, pas de droit). Il revient donc aux parties de réunir et d'apporter, on dit produire, les preuves qui permettront de convaincre le juge à cet égard. Pour désigner cet aspect de l'instruction du litige (réunion et production des preuves), on parle encore d'administration judiciaire de la preuve.
Selon l'article 9 CPC, « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».
L'article 10 CPC dispose en complément que « le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles ».
On comprend donc que l'administration de la preuve est d'abord le fait des parties, que le juge peut néanmoins leur venir en aide.

1. Le rôle des parties

Les parties doivent faire preuve de diligence (a.) et de loyauté (b.) dans l'administration de la preuve.

a. La diligence

En vertu de l'article 9 du Code de procédure civile, il revient aux parties d'être diligentes pour administrer les preuves en réunissant les pièces et en les produisant au dossier en vue de convaincre le juge de leurs allégations. Cette obligation pour les parties d'être diligentes dans l'administration de la preuve est ce qui singularise la procédure civile par rapport à la procédure pénale. Dans la procédure pénale et au moins dans les dossiers les plus lourds, plus inquisitoire qu'accusatoire, le juge d'instruction conduit la recherche des

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

preuves. Dans la procédure civile, davantage accusatoire, c'est aux parties qu'il revient de réunir et de produire les preuves[35].

La charge de l'administration de la preuve ne se confond pas avec la « charge de la preuve » que l'on peut connaître en droit civil : il s'agit de deux notions différentes qu'il est important de savoir distinguer.

Tout d'abord, la preuve en justice désigne l'ensemble des éléments de fait et procédés tendant à établir la réalité d'un acte juridique ou d'un fait juridique. Dès lors, il faut savoir déterminer à qui incombe l'obligation d'apporter la preuve, de quelle manière et par qui les preuves peuvent être apportées au débat.

> La charge de la preuve, désigne l'obligation pour une partie de prouver qu'une prétention, selon les cas, est vraie ou fausse. La clé de répartition du risque de la preuve est donnée par l'article 1353 du Code civil qui dispose : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver (al. 1er.). Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation (al. 2).* ». Force est de constater que la charge de la preuve n'incombe donc qu'aux seules parties, l'une ou l'autre selon les cas.
>
> L'administration judiciaire de la preuve, est quant à elle, régie par les dispositions du Code de procédure civile, et désigne les modalités d'introduction des preuves dans le débat judiciaire, de manière à ce qu'elles soient appréciées en justice. Elle concerne la procédure et non le fond. L'administration de la preuve est soumise à des principes directeurs énoncés par le Code de procédure civile. À la lecture combinée des articles 9 et 10 de ce dernier, on apprend que la charge de l'administration de la preuve dans le débat incombe en priorité aux parties, mais que le juge peut également intervenir dans la répartition de la charge de l'administration de la preuve[36]. Une jurisprudence constante[37] impose au juge d'interroger l'expert ou d'ordonner une nouvelle expertise lorsqu'une raison extérieure aux parties les empêche d'apporter la preuve de ce qu'elles allèguent. Ainsi, la charge de la preuve se distingue de la charge de l'administration de la preuve. Quelle que soit leur position procédurale (demandeur ou défendeur), et peu important à qui appartient à l'origine la charge de la preuve, chaque partie à la charge d'administrer la preuve des faits allégués. Cela répond à un objectif de recherche de la vérité. Aussi, une

[35] Selon J-B Denis, le procès civil s'analyse en un combat "dont les preuves sont les armes" et le juge, le "gardien" ("Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil", RTD civ. 1977, p. 671).
[36] C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard et L. Mayer, *Procédure Civile*, 34e éd, Précis Dalloz, 2018, pp. 470-472.
[37] V. not. Civ 1, 12 nov. 2015, n°14-16603.

> coopération entre les parties est-elle imposée, l'article 10 du Code de procédure civile disposant que « *chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* ».

Les manquements à la charge de l'administration de la preuve sont doublement sanctionnés.

D'abord, le juge est délié de l'obligation d'examiner les allégations dès lors qu'une allégation « *n'est pas soutenue par une offre de preuve* », ou encore, autre expression, « *n'est assortie d'aucune une offre de preuve* ». Ainsi, dans une action en responsabilité, le demandeur peut avoir énoncé et justifié une série d'allégations pertinentes au soutien de ses demandes propres à caractériser une faute, un lien de causalité et un dommage. Mais si le demandeur avance, à propos du quantum de certains chefs de préjudice, des chiffres importants sans apporter la moindre justification, il manque alors à son devoir de supporter la charge d'administrer la preuve et le juge ne sera pas tenu d'examiner ces différents points.

> À titre d'exemple, dans une affaire relative à un détournement par le comptable de l'entreprise d'une centaine de chèques émis sous la signature contrefaite du gérant, la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 2 novembre 2005[38], approuve la motivation des seconds juges de la Cour d'appel de Paris n'ayant pas répondu à une « allégation, dépourvue d'offre de preuve ». En l'espèce, le salarié fautif alléguait que la modification de ses fonctions et de leurs conditions d'exercice, postérieurement à l'embauche, excluait toute responsabilité de celui-ci.

Ensuite, si une partie est défaillante dans l'administration de la preuve et se révèle dans l'incapacité de produire des éléments de preuve en raison d'un défaut de diligence, que celui-ci soit caractérisé lors de la constitution des preuves ou lors de leur conservation, le juge constatera qu'il y a de la part de cette partie « une carence » dans l'administration de la preuve. Le juge ne pourra alors pas venir en aide à la partie et suppléer cette carence (al. 2, art. 146, Code de procédure civile)[39]. On constate que le pouvoir du juge n'a pas vocation à se substituer aux charges pesant sur les parties. Aussi, la partie ne peut pas reprocher au juge de ne pas lui avoir adressé d'injonction pour sa propre carence dans la production des documents probatoires (Civ. 2, 22 janv. 1976, n°74-14.935, *Publié au Bulletin*).

[38] Civ. 1, 2 nov. 2005, n°03-10.909, *Publié au Bulletin*

[39] Ch. mixte., 6 juill. 1984, n°80-12.965, *Publié au Bulletin* : La chambre mixte reprend littéralement et intégralement l'alinéa 2 de l'article 146 du Code de procédure civile. La haute juridiction casse le raisonnement de la cour d'appel qui relevait qu'aucun document n'établissaient la preuve de la contrefaçon et au surplus, que les demandeurs n'établissaient pas leur impossibilité de se procurer des preuves, donc par suite, la cour d'appel considérant que le demandeur n'avait pas fait preuve de diligence dans l'administration des preuves, a refusé d'ordonner une mesure d'instruction (en l'espèce, une expertise). La haute juridiction décide alors qu'il n'y avait pas de carence de la part des demandeurs et qu'une mesure aurait dû être ordonnée pour établir la preuve de l'allégation.

Le texte apparaît relativement restrictif concernant la possibilité pour le juge de prononcer une mesure d'instruction en cas de carence dans l'administration de la preuve de la partie. En réalité, la pratique est plus souple. La jurisprudence considère que les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation de la carence leur permettant de déterminer s'il y a lieu d'ordonner une mesure d'instruction. Parfois, la jurisprudence va même jusqu'à obliger le juge à procéder à des investigations. Ainsi, lorsqu'une créance est certaine, le juge ne peut débouter le créancier de sa demande au motif qu'il n'apporte pas les éléments probatoires suffisants pour en fixer le montant. Le juge doit alors inviter les parties à fournir des explications ou ordonner des mesures d'instruction afin de déterminer le montant de la créance (Civ. 1, 3 oct. 1995, n°93-12.782).
Pour finir, la jurisprudence est venue limiter l'application de l'article 146 du Code de procédure civile aux mesures d'instruction ordonnées en cours de procès, ainsi, l'article ne s'applique pas aux mesures ordonnées avant le procès[40].

Article 146, Code de procédure civile
Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve.

b. La loyauté

La loyauté ne figure pas rang des principes directeurs du procès énumérés dans le Code de procédure civile. Il reste qu'il s'agit d'une exigence de plus en plus prégnante, notamment en ce qui concerne l'administration de la preuve. Depuis les années 1990, les juges de la Cour de cassation affirment régulièrement l'illicéité d'une preuve obtenue de façon déloyale.

> Dans un arrêt d'assemblée plénière rendu le 7 janvier 2011 (n°09-14.316), la Cour de cassation a estimé que la preuve devait être administrée loyalement et elle en a déduit « que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ». Cet arrêt reprend la jurisprudence antérieure[41] mais va plus loin puisque la Cour de Cassation cite dans son visa le « principe de loyauté dans l'administration de la preuve ».

[40] Civ 2, 10 juill. 2008, no 07-15.369, *Publié au bulletin*.
[41] Civ 2, 7 oct. 2004, n°03-12653.

Cette exigence de loyauté, pose plus largement le problème de l'articulation entre ce que la Cour de cassation désigne comme le « droit à la preuve »[42] (souvent cité à l'appui des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), le droit pour chacune des parties supportant la charge d'administrer ses preuves de se donner les moyens de les réunir, et d'autres considérations impérieuses, comme l'exigence de loyauté, mais plus généralement les droits fondamentaux, comme le droit au respect de la vie privée[43], et les secrets professionnels ou encore le secret des affaires qui bénéficie d'une protection particulière depuis la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

La matière n'est pas définitivement fixée mais la jurisprudence laisse apparaître que si le droit à la preuve porte atteinte à un secret ou un droit fondamental, il faut justifier de la nécessité de l'atteinte et de son caractère proportionné[44]. En pratique, le juge effectue ainsi un « contrôle de proportionnalité » (Com., 29 nov. 2017, n°16-22060 ; Com., 15 mai 2019, n°18-10.491).

> Dans un arrêt du 5 juillet 2017 (n°16-22.183, *Publié au Bulletin*), la première chambre civile a pu estimer que la cour d'appel avait privé sa décision de base légale au regard de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en écartant des débats des pièces contenant des informations relatives à la clientèle personnelle d'un avocat, faute d'avoir été obtenues avec le consentement de leur titulaire et une autorisation judiciaire, sans rechercher si cette production n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence.

[42] Reconnu par Civ 1, 5 avr. 2016, n°11-14.177, *Publié au bulletin* : La haute juridiction décide de maintenir dans les débats, une lettre écrite produite en portant atteinte au droit de la vie privée et au secret des correspondances, considérant que la production de cette lettre faisait partie du droit à la preuve du demandeur et qu'elle était proportionnée aux intérêts antinomique en présence.
Pour une autre reconnaissance du « droit de la preuve » ; Soc., 16 nov. 2016, n° 15-17.163 : alors qu'une salariée demandait à son employeur la communication de divers documents, la Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel rejetant cette demande sans rechercher si les mesures demandées étaient nécessaires à l'exercice du droit à la preuve de la partie qui les sollicitait. La chambre sociale étant le droit de la preuve au référé probatoire.

[43] Le droit au respect de la vie privée entraine une interdiction de produire en justice des éléments de preuve dont le contenu a trait à l'intimité de la vie privée d'une partie ou d'un tiers. A titre d'exemple : Cass, ch. Mixte, 18 mai 2007, n°05-40.803, *publié au bulletin* : L'employeur ne peut, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire.

[44] Civ 1, 25 fév. 2016, n°15-12.403, *publié au bulletin* : le droit à preuve justifie la production d'éléments portant atteinte à la vie privée, à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

> Plus récemment, dans un arrêt du 15 mai 2019 (n°18-10.491), la chambre commerciale de la Cour de cassation a pu rappeler que la cour d'appel prive sa décision de base légale au regard des articles L. 511-33 du Code monétaire et financier, 10 du Code civil et 9 et 10 du Code de procédure civile, lorsque, pour refuser la communication aux émetteurs de chèques des informations figurant au verso desdits chèques, leur oppose le secret bancaire, elle ne recherche pas si une telle communication n'était pas indispensable à l'exercice de leurs droits à la preuve, pour établir l'éventuelle responsabilité de la banque lors de l'encaissement des chèques, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, incluant la protection du secret dû aux bénéficiaires de ces chèques.

De manière générale, le contrôle de proportionnalité consiste en une triple vérification de la légitimité de l'atteinte à un droit fondamental, de sa nécessité et de son caractère proportionné. La légitimité de l'atteinte à un droit fondamental tient au fait que le droit à la preuve est lui-même un droit fondamental, pour être un diminutif du droit d'agir. Démontrer la légitimité de l'atteinte revient à démontrer qu'il était impossible de faire autrement. La proportionnalité de l'atteinte résulte, quant à elle, de la démonstration de ce que l'atteinte n'était pas exagérée.

> A titre d'exemple, une partie ne peut pas produire l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de la partie adverse[45], mais, il est possible de produire un SMS envoyé dès lors que la partie adverse est censée savoir que le message est susceptible d'être conservé[46].

Cependant, ces critères sont assez souples et la jurisprudence reste mouvante. Par exemple, la recevabilité de la preuve obtenue par une filature diffère selon qu'elle concerne un salarié ou un assuré (par exemple, afin de démontrer qu'unn assuré qui se prétend invalide et perçoit une rente à ce titre est en réalité en parfaite santé ; l'assureur missionne un « privé » pour le suivre dans sa vie quotidienne et mettre en évidence sa parfaite mobilité). Même pour un assuré, la jurisprudence admet le recours à la filature pourvu qu'elle soit réalisée sur une période brève et sur la voie publique. Mais, dans certains cas, il est considéré que l'enquêteur missionné pour une période trop étendue pratique une enquête intrusive attentatoire à la vie privée de l'assuré. En revanche, pour le salarié, la filature est, par principe, illicite.

Si un plaideur a un doute sur le procédé qu'il entend utiliser pour prouver, la solution la plus prudente est de solliciter une mesure d'instruction du juge.

[45] Civ 2, 7 oct. 2004, n°03-12.653, *Publié au bulletin*.
[46] Soc, 23 mai 2007, n°06-43.209, *Publié au bulletin*.

2. Le rôle du juge

Le rôle du juge est double en matière de preuve.

D'abord, il doit apprécier les preuves fournies par les parties et dispose, en principe, d'un pouvoir souverain pour accomplir son devoir. Cependant, il n'est pas tenu de formaliser son appréciation de l'ensemble des preuves. Dans la décision de justice, le juge n'a pas à donner son avis sur toutes les pièces produites pour expliciter son appréciation de leur caractère plus ou moins probant. En revanche, il doit indiquer les pièces sur lesquelles il fonde sa conviction. La motivation ne peut pas être formulée en termes généraux (par exemple, sur le mode « vu l'ensemble des pièces »).

Ensuite, le juge peut également participer à l'administration de la preuve et à la recherche des preuves. Il peut ordonner des mesures d'instruction, par exemple une expertise (v. *infra*). Historiquement, le droit français appliquait l'adage du droit romain « *nemo contra se edere tenetur* » en vertu duquel une partie ne saurait être réputée avoir produit une preuve allant contre son intérêt jusqu'à que ne soit introduit, en 1972, l'article 10 dans le Code civil. L'article 11 du Code de procédure civile a prolongé l'émancipation du droit processuel français à l'égard de cette règle en offrant au juge la faculté, et ce à la requête d'une partie, d'enjoindre à la partie adverse de produire un élément de preuve qu'elle détient, au besoin à peine d'astreinte. L'introduction d'un mécanisme de production forcée des pièces témoigne de la priorité donnée, par le droit le français, à la manifestation d'une vérité judiciaire. Cette production forcée d'éléments probatoires doit être demandée par l'une des parties[47]. Le juge dispose alors, pour y répondre, d'une simple faculté dont l'exercice est laissé à son pouvoir discrétionnaire pour ordonner la production. Il prend ainsi en considération la vraisemblance de la pièce et son utilité dans l'issue du procès (Civ. 1, 4 déc. 1973, n°72-13.385 ; Civ. 2, 10 fév. 1977, n°75-13.844 ; Civ. 3, 24 févr. 1988 ; Com. 9 déc. 1980 ; Civ. 2, 16 oct. 2003, n°01-13.770).

La partie à qui il a été ordonné de produire une pièce peut refuser de s'y soumettre. Le juge peut alors tirer les conséquences de cette abstention ou de ce refus. Par exemple, le refus de se soumettre sans motif légitime à un test de paternité peut s'interpréter en un « *aveu tacite de paternité* » si les circonstances de faits révèlent des indices de la paternité (Civ 1, 25 sept. 2013, n°12-24.588).

Article 11, Code de procédure civile
Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

[47] Dans certains cas cependant, le juge peut ordonner d'office la production de preuve par une partie. A titre d'exemple, l'article 446-3 du Code de procédure civile dispose que le juge peut, dans le cadre d'une procédure orale, mettre en demeure une partie de produire dans un délai qu'il détermine tous les documents ou justifications propres à l'éclairer.

Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.

Que peut faire le juge lorsqu'il intervient dans l'administration de la preuve ? En vertu des articles 132 à 142 du Code de procédure civile, le juge peut prononcer des mesures de production forcée des pièces. Pour le juge, il s'agit d'ordonner à une partie, également à un tiers, de produire une pièce. Le juge français, à la différence du juge anglais, ne peut pas ordonner la production de toutes les pièces en lien avec le litige. Il ne peut pratiquer ce qu'on appelle un « discovery » et ordonner aux parties de produire toutes les pièces du litige, y compris celles qui leurs sont défavorables.

Par exemple, dans un contentieux contractuel à l'occasion duquel un individu prétend qu'il a été missionné pour accomplir telle ou telle prestation par le défendeur et lui réclame paiement de ces prestations, le défendeur oppose qu'il n'était pas débiteur de cette prestation et que l'accomplissement de celle-ci devait résulter d'un contrat passé avec un tiers. Le juge peut ordonner la production du contrat passé avec un tiers, ce qui supposera l'identification préalable de cette pièce.

En vertu des articles 143 à 284-1 du Code de procédure civile, le juge peut également ordonner des mesures d'instruction. Le juge a tout pouvoir pour ordonner une enquête, une expertise ou une comparution personnelle des parties. La liste des mesures d'instruction du Code de procédure civile est limitative. La conséquence est que le juge ne peut pas instruire en dehors des mesures prévues. Il ne peut ainsi pas se prévaloir de sa connaissance personnelle des faits du litige. Le juge n'a pas à se comporter comme un « enquêteur privé » et doit, tout au long de la procédure, assurer le respecter du principe du contradictoire. Le juge ne peut donc pas se fonder sur des vérifications opérées ou des connaissances acquises personnellement officieusement et en l'absence des parties[48]. En pratique, le juge use assez peu de ces pouvoirs dans l'administration de la preuve, en dehors des expertises (v. *infra*).

B.- Les moyens

L'article 12 du Code de procédure civile dispose que « le juge tranche le litige selon les règles de droit qui lui sont applicables ». En pratique et sauf exception (notamment lorsque les parties ne sont pas représentées par un avocat), les parties présentent des moyens de droit dans leurs écritures. Les parties ont donc l'initiative dans l'identification des moyens de droit. Par conséquent, il y a un partage des rôles sur l'appréciation juridique du litige entre le juge et les parties.

Le texte qui donne la clé de répartition des pouvoirs entre le juge et les parties est l'article 12 CPC, ainsi rédigé.

[48] Civ. 2, 25 févr. 1976, Guilpain c/ C.M.A.P, n°15-10.538, Bul. 1976, III, n°67.

Article 12, Code de procédure civile
Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé.

1. Le rôle des parties

Le principe est que les parties formulent des moyens de droit mais souffre d'aménagements et d'exceptions, bien que relativement rares en pratique.

Dans certaines hypothèses, les parties peuvent se montrer indifférentes au droit. Cela est fréquent pour les petites affaires dans lesquelles elles ne sont pas obligées d'être représenté par un avocat. Si la représentation est obligatoire, les conclusions rédigées par l'avocat devront présenter les moyens de droit.

Les parties peuvent aussi refuser que le juge statue en droit. Dans ce cas, les parties n'indiqueront pas de moyens de droit. Cette faculté est prévue à l'article 12 alinéa 4 du Code de procédure civile. Les parties demandent alors au juge de statuer en équité, on dit aussi en « amiable composition » ou « amiable compositeur ». Il faut que les parties soient d'accord et le demandent expressément dans leurs conclusions. Les parties doivent par ailleurs avoir la libre disposition des droits et des obligations institués par la règlementation[49]. Pour lutter contre la concurrence des procédures arbitrales et rapatrier ces dernières dans le giron judiciaire, les rédacteurs du Code de procédure civile, notamment les Professeurs Gérard Cornu et Jean Foyer, ont cru qu'il était opportun de permettre aux justiciables de trouver chez le juge étatique ce qu'ils semblaient rechercher dans l'arbitrage. Cette option n'a pas connu un franc succès car les justiciables semblent davantage rechercher dans l'arbitrage un *for universel* qu'un amiable compositeur.

Par ailleurs, l'alinéa 3 de l'article 12 du Code de procédure civile permet d'enfermer le juge dans des qualifications prédéterminées. Par exemple, dans l'hypothèse où pour un contrat,

[49] Soc, 20 mars 1996, n°93-19.471, *Publié au bulletin* : la requérante « *n'avait pas la libre disposition des droits et des obligations institués par la réglementation, en sorte que, même par accord exprès, elle ne pouvait donner pouvoir au juge d'écarter les prescriptions impératives en se prononçant comme amiable compositeur* » ;

l'hésitation est permise entre la qualification de contrat de vente et de contrat d'entreprise, les parties peuvent s'accorder pour que le juge apprécie le contrat comme un contrat de vente et applique les règles tirées de cette qualification. En pratique, le recours à cette possibilité est exceptionnel mais il peut présenter (rarement) une utilité vient lorsqu'un contentieux international se présente devant une juridiction française. Il arrive que les parties s'entendent pour enfermer le juge dans un système juridique donné en s'accordant sur la loi applicable. Cette orientation du juge vers le droit français requiert en principe un accord exprès, rare en pratique. Il faut par ailleurs que les parties aient la libre disposition des droits en question, ce qui n'est pas le cas lorsqu'est en cause une règle d'ordre public[50]. On l'aura compris, ces exceptions sont anecdotiques.

2. Le rôle du juge

Le juge apprécie l'exactitude des moyens de droit présentés par les parties. Si les parties présentent un moyen de droit que le juge estime inapproprié, elles s'exposent au rejet de leurs prétentions compte tenu de l'erreur commise dans le choix des qualifications juridiques. Par exemple, le demandeur se croit acheteur et soutient ses prétentions (par exemple, la garantie des vices cachés) sur le fondement du droit de la vente. Le juge pourra cependant considérer qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise. Par conséquent, la règle invoquée par le demandeur sera inapplicable, le moyen de droit sans pertinence et la demande rejetée.
Le juge doit requalifier exactement les situations et documents qui lui sont soumis, et n'est pas lié par la qualification donnée par les parties[51]. Lorsque les parties n'ont pas qualifié les faits, il incombe au juge *« de donner leur exacte qualification aux faits invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions et de les examiner, sous tous leurs aspects juridiques, conformément aux règles de droit qui leur sont applicables »* (Civ. 3, 21 juin 2018, n°17-21.070). Cependant, lorsqu'il opère une requalification, le juge doit veiller à ne pas introduire des éléments nouveaux au débat ou modifier l'objet du litige[52]. L'objet du litige n'est pas affecté si la finalité de la prétention est restée inchangée et qu'aucun élément de fait nouveau n'est introduit à cette occasion dans le débat.

Le juge peut-il apprécier le bien-fondé des prétentions en considération des moyens non formulés par les parties ? Dans notre exemple, le juge pourrait-il reconsidérer les prétentions à l'aune des règles applicables au contrat d'entreprise, plutôt qu'en considération des règles de la vente invoquées par le demandeur. Cette question est aujourd'hui réglée par un important arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 21 décembre 2007 selon lequel « si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du Code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes

[50] Civ. 2, 20 janv. 2000, n°98-13.871.
[51] Civ. 1, 16 avr. 1991, n°88-18.530, *publié au bulletin*.
[52] Civ. 1, 6 mars 2013, n°12-12338 : casse l'arrêt de la cour d'appel qui a modifié l'objet du litige en prononçant la condamnation sur un autre fondement juridique.

» (Ass. plén., 21 déc. 2007, n°06-11.343)[53]. Dans cet arrêt, l'Assemblée plénière juge que le juge a l'obligation de qualifier et au besoin de requalifier les faits litigieux. La requalification peut avoir des effets indésirables sur la procédure puisque la modification du fondement juridique de la demande bouleverse à la fois la nature de l'action engagée et les conditions d'exercice de celle-ci. En revanche, le juge a la simple faculté de relever d'office un moyen de droit (sous réserve de l'hypothèse où la règle est tirée du droit de l'Union européenne, et ce, en raison du principe d'effectivité).

Le juge doit apprécier les qualifications juridiques choisies par les parties, si nécessaire en les redressant, mais il n'est pas obligé de faire application de la règle qui seraient applicables si les faits étaient correctement qualifiés. On dit que le juge a la faculté, et non l'obligation, de relever d'office les moyens de droit. Dans l'exemple retenu, lorsque le juge a dit que l'opération juridique n'était pas une vente mais probablement un contrat de prestation de services, il n'est pas obligé de faire application des règles applicables au contrat d'entreprise.

> A titre d'exemple, dans un arrêt en date du 28 mars 2018 (n°17-10.031), la première chambre civile affirme que la cour d'appel qui a retenu que le défaut invoqué ne constituait pas une non-conformité à la commande susceptible de caractériser un manquement à l'obligation de délivrance, n'est pas tenue de vérifier si l'action aurait pu être fondée sur la garantie des vices cachés. Le juge n'a donc aucune obligation de changer la dénomination ou le fondement juridique après avoir requalifié les faits litigieux.

Cette solution donne lieu à contestation puisqu'il peut être reproché au juge de rendre une décision inachevée qui ne tient pas compte des conséquences juridiques de ses propres constatations.

L'argument qu'opposent les magistrats, spécialement ceux de la Cour de cassation, pour maintenir le principe simple faculté est celui d'une nécessaire économie procédurale. Il serait difficilement concevable, en pratique, d'exiger que pour chaque litige, le juge s'inquiète systématiquement de toutes les règles applicables au litige. Si cela devait être le cas, la Cour de cassation serait de fait trop souvent sollicitée.

Il existe cependant une exception à cette simple faculté de relever un moyen d'office, lorsque celui-ci est d'ordre public, même si dans certains cas, un moyen d'ordre public peut n'entrainer qu'une simple faculté pour le juge de le relever d'office[54].

---

[53] Lire rapport et avis du rapporteur général : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/loriferne_conseiller_11071.html

[54] V. Soc, 20 févr. 2013, n°11-12.262, concernant l'incapacité du juge de requalifier d'office un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, le salarié pouvant seul se prévaloir des inobservations des dispositions des articles L1242-1 et s. du Code du travail.

§3. Le principe du contradictoire

Le principe du contradictoire ou principe de la contradiction est consacré par les articles 14 à 17 du Code de procédure civile.

Il s'agit d'un principe en vertu duquel toute personne doit être mise en mesure de discuter l'ensemble des éléments et des instruments du litige, les prétentions, les allégations, les moyens et les preuves.

Il ne faut pas confondre le principe du contradictoire avec le principe du respect des droits de la défense qui recouvre l'ensemble des garanties de bonne justice comme l'accès aux voies de recours ou encore le droit à l'assistance d'un avocat. Le principe du contradictoire est n'est qu'une composante du respect des « droits de la défense ».

Le principe du contradictoire se décline différemment pour les parties (A) et pour le juge (B).

A.- Des obligations pour les parties

Appliqué aux parties, le principe de la contradiction s'inscrit dans le sillage du principe d'égalité des armes, qui peut lui-même se comprendre comme le corollaire d'une exigence de loyauté procédurale. Les parties doivent être à égalité des chances d'emporter la conviction du juge. Cela n'est possible que si les parties ont pu discuter tous les éléments sur lesquels le juge s'appuiera pour forger sa conviction.

Les parties doivent dès lors se communiquer l'une à l'autre tous les éléments produits et versés au dossier (les conclusions et les pièces qui portent tous les éléments et tous els instruments du litige). D'un point de vue sémantique, le terme production renvoie à la transmission d'un document au juge alors que le terme communication renvoie à la transmission d'une partie à l'autre. Aujourd'hui, le dossier numérisé est tel que le versement d'un élément dans le dossier ouvert par la juridiction civile est immédiatement transmis à la partie adverse. La partie adverse en est alertée de sorte que la production emporte mécaniquement communication de toutes les écritures et les pièces du dossier.

En outre, les parties doivent communiquer en temps utile, c'est-à-dire dans des conditions telles que l'autre partie soit mise en situation de pouvoir y répondre. En pratique, cela pose relativement peu de problèmes tant que la phase de mise en état est en cours et qu'elle est rythmée par le magistrat chargé de suivre cette phase de la procédure. Une fois que l'assignation est communiquée, le juge de la mise en état laisse en effet au défendeur le temps de produire les premières conclusions, puis le demandeur aura à nouveau un temps suffisant pour répondre. La question du temps utile se pose vraiment lorsque le juge décide d'une date après laquelle il ne sera plus possible de conclure. C'est ce qu'on appelle une date de clôture. Il est fréquent que les avocats, dont c'est parfois un travers que de travailler au dernier

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

moment, déposent leurs écritures peu de temps avant la clôture. Les parties prennent alors le risque que le juge écarte ces dernières écritures pour ne pas avoir été fournies dans le temps utile. Quand le juge fixe la date de clôture, les parties ne sont pas en mesure de savoir quel est le temps utile pour déposer les pièces. Les parties sont ainsi laissées dans l'incertitude. Cette incertitude a un effet comminatoire dans la mesure où l'éventuel rejet des écritures constituerait une faute professionnelle de la part de l'avocat qui risquerait d'engager sa responsabilité à l'égard de son client. Le manque de diligence pèse alors sur les épaules de l'avocat. En pratique, la prudence est de déposer les ultimes écritures une semaine avant la fin de la clôture.

Que se passe-t-il en cas de non-respect de l'obligation de communiquer en temps utiles ? L'hypothèse pratique est celle où une partie vise une pièce dans ses conclusions, mais qu'elle s'abstient de la produire. Généralement, la partie adverse envoie une sommation de communiquer à la partie défaillante. Si la sommation de communiquer demeure sans effet, la sanction sera l'irrecevabilité de la pièce non communiquée. Le juge fera comme si la pièce n'existait pas et l'allégation que devait justifier cette pièce sera considérée comme n'étant assortie d'aucune offre de preuve.

Si le juge devait malgré tout prendre appui dans sa décision sur une pièce non communiquée, il entacherait son jugement d'une violation du principe de la contradiction. En raison d'un tel vice, la cour d'appel prononcerait l'annulation de la décision de première instance quand la Cour de cassation prononcerait la censure de la décision intervenue en appel.

B.- Une obligation pour le juge

Au visa de l'article 16 du Code de procédure civile, la Cour de cassation censure les juges du fond qui ne s'appliquent pas à eux-mêmes le principe du contradictoire. L'article 16 est ainsi rédigé :

Article 16, Code de procédure civile
Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

1.- *Le* principe

L'obligation pour le juge d' « observer lui-même le principe de la contradiction » signifie qu'au cas où il relève d'office un moyen de droit, il lui revient de soumettre son initiative à la discussion préalable des parties. Si le juge ne rouvre pas les débats, il s'expose à être censuré sur le fondement de la méconnaissance du contradictoire.

Le principe de la contradiction ne procède pas d'une méfiance envers le juge. S'il doit soumettre son initiative à la discussion préalable des parties, c'est tout simplement que la justice n'est pas une science exacte et que la contradiction est encore le meilleur moyen d'approcher la vérité judiciaire. L'initiative du juge sera d'autant plus éclairante pour lui qu'elle sera soumise à la contradiction des parties, sous-entendu de leurs conseils. Autrement dit, l'intelligence collective est la garantie d'une justice bien rendue.

2.- L'étendue

Il a parfois été admis que certains moyens échappent au principe de la contradiction. Il s'agit des « moyens dans la cause ». Ce sont des moyens implicitement soulevés par les parties. Pour éviter le débat contradictoire sur un moyen relevé d'office, certains juges ont ainsi indiqué que les parties avaient implicitement soulevé la règle et qu'ainsi le moyen relevé d'office se trouvait dans la cause pour prendre appui sur cette règle. La notion de moyens dans le cause est en réalité un artifice pour limiter l'étendue du principe du contradictoire. La Cour EDH a sanctionné cette pratique dans un arrêt du 13 octobre 2005 (CEDH, 13 octobre 2005, affaire clinique des acacias et autres c. France ; n°65399/01 et autres).

La seule hypothèse dans laquelle le juge est dispensé du contradictoire lorsqu'il relève d'office un moyen de droit est celle dans laquelle les parties n'ont pas précisé le fondement juridique de leur demande. Cette solution est normale, les parties se défendent alors seules et n'ont pas manifesté leur compétence juridique. A priori, il est légitime de penser que leurs observations n'enrichiront pas le débat sur ses aspects juridiques.

SECTION 2 – L'ACTE JURIDICTIONNEL

La notion d'acte juridictionnel suscite encore de nombreux débats théoriques.

Dans un litige civil et à l'issue d'une procédure contentieuse, *l'acte juridictionnel est l'acte par lequel le juge consacre ou rejette les prétentions des parties*. Juger, c'est en quelque sorte choisir parmi les prétentions des parties. Il y a celles que le juge retient et celles qu'il écarte.

Autrement dit, l'acte juridictionnel est l'acte par lequel se matérialise la fonction de juger, le pouvoir de *jurisdictio* du juge. Cet acte emprunte plusieurs dénominations en fonction

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

de celui qui le rend : un “arrêt” s’il est rendu par une juridiction supérieure, un “jugement” s’il est rendu par une juridiction de premier degré, “une ordonnance” s’il est rendu par une juridiction à juge unique, voire une “sentence” s’il est rendu par un tribunal arbitral.

Précisions terminologiques. En pratique, le terme de jugement est préféré à celui d’acte juridictionnel. En réalité, le mot « jugement » est polysémique. Il désigne à la fois le document écrit dans lequel le juge formalise son appréciation (donc son activité juridictionnelle) du litige et l’action même par laquelle il exerce sa fonction de juger. Le jugement (v. intro) est à la fois un *instrumentum* (la forme, le contenant) et un *negotium* (le fond, le contenu). La pratique donne lieu à des abus de langage et il faudra distinguer, en fonction du contexte, quelle est l’acception du terme retenue par le locuteur. Il reste qu’il faut savoir faire la différence entre les deux significations, car les effets du jugement-*negotium* ne sont pas les mêmes que ceux du jugement-*instrumentum*. Dans cette section, nous parlerons des effets du jugement-*negotium*, et l’usage est alors de parler d’ « acte juridictionnel ».

L’effet principal l’acte juridictionnel est *l’immutabilité de la chose jugée*. Celle-ci a une double justification. Elle poursuit, d’abord, un objectif de paix civile puisqu’en inscrivant la solution donnée au litige dans le marbre, le litige appartient au passé et le débat est clos. Elle empêche ainsi que le litige ne se renouvelle et, dans le même temps, évite que la même cause ne soit jugée deux fois par deux juridictions. Ce faisant, l’immutabilité se trouve une seconde justification en ce qu’elle prémunit des contradictions de décisions de justice pour un même litige. Le système judiciaire répond à un idéal de justice dont la consistance requiert a minima une absence de contradiction.

L’immutabilité de la chose jugée se traduit par deux mécanismes : l’autorité de la chose jugée (§ 1) et le dessaisissement du juge (§ 2)

§1. L’autorité de la chose jugée

L’autorité de la chose jugée est l’effet de l’acte juridictionnel, en vertu duquel, sauf l’exercice des voies de recours légalement ouvertes, il est interdit aux parties de réitérer devant un juge des prétentions ayant déjà fait l’objet d’un jugement.

Article 1355, Code civil

L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

Article 480, Code de procédure civile

Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche.

Le principal s'entend de l'objet du litige tel qu'il est déterminé par l'article 4.

Article 500, Code de procédure civile

A force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution. Le jugement susceptible d'un tel recours acquiert la même force à l'expiration du délai du recours si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai.

L'autorité de la chose jugée doit être distinguée de la force de chose jugée.

- L'autorité de la chose jugée exprime l'impossibilité de soumettre à nouveau à un juge des prétentions qui ont déjà été tranchées à l'occasion d'une précédente instance.
- La force de chose jugée est, quant à elle, l'une des conditions permettant de conférer force exécutoire à l'acte juridictionnel. Elle est acquise lorsque plus aucun recours ne peut être exercé dans l'ordre interne des juridictions, soit du fait de l'épuisement des voies de recours, soit du fait de l'expiration des délais de recours. La force de chose jugée s'attache à l'instrumentum dès lors qu'il dote celui-ci de la force exécutoire.

L'autorité de la chose jugée produit ainsi un effet négatif en ce qu'elle empêche les parties de recommencer leur procès. Lorsqu'un procès est perdu, il n'y a qu'une session de rattrapage, c'est d'interjeter appel. La partie qui a perdu son procès à Paris ne peut pas, par exemple, tenter de nouveau sa chance à Bordeaux ou à Lille. Cet effet négatif se traduit techniquement par une fin de non-recevoir. La partie qui tente de réitérer ses prétentions se verra ainsi opposer l'exception de chose jugée ou encore la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée (v. art. 122, CPC *in fine*).

Une partie de la doctrine considère que l'autorité de la chose jugée est également revêtue d'un effet positif[55]. L'effet positif correspond au fait de se fonder sur la chose précédemment jugée pour l'invoquer dans le cadre d'un nouveau litige qui n'est pas exactement le même que celui déjà jugé, mais qui présente avec lui des points de connexité, et ce faisant, de lier le juge par cette précédente vérification juridictionnelle.

[55] Cédric BOUTY, Répertoire de procédure civile, « Chose jugée – Effets de l'autorité de la chose jugée » ; Mars 2018 (actualisation : Février 2020)

L'exemple pratique le plus utilisé est celui de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil. La chose jugée par les juridictions pénales en ce qui concerne l'action publique s'impose aux juridictions civiles. Par exemple, un conseil de prud'hommes est tenu de considérer que le licenciement d'un salarié, justifié par les vols commis au préjudice de l'employeur, est fondé sur une cause réelle et sérieuse si, par ailleurs, la juridiction pénale a considéré que les faits sont établis.

La distinction de l'autorité négative et de l'autorité positive de la chose jugée est aujourd'hui majoritairement admise par la doctrine[56]. La question de l'effet positif de l'autorité de chose jugée étant particulièrement complexe et il ne sera traité que de l'effet négatif.

L'autorité de la chose jugée est appréhendée par deux textes : l'article 480 du Code de procédure civile et l'article 1355 (ex-1351) du Code civil.

Article 480, Code de procédure civile

Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche.

Le principal s'entend de l'objet du litige tel qu'il est déterminé par l'article 4.

Article 1355, Code civil

L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

L'effet négatif de l'autorité de chose jugée ne se réalise qu'à certaines conditions. Les unes concernent les décisions rendues, les autres, les prétentions concernées par cette autorité.

[56] HÉRON et LE BARS, L.G.D.J, Précis Domat, 7e édition, n°352 et 367 s.; LE BARS, Autorité positive et autorité négative de chose jugée, Procédures août-sept. 2007, p. 9 s.; KERNALEGUEN, « Choses jugées entre elles », in Mélanges Normand, 2003, Litec ; NORMAND, « L'étendue de la chose jugée au regard des motifs et du dispositif », BICC, hors série, Rencontres Université-Cour de cassation, 23 janv. 2004, 2è ch. civ., La procédure civile, p. 13 s.

A.- Les décisions

Les décisions qui ont autorité de chose jugée sont le produit de l'exercice par le juge de son pouvoir juridictionnel. Ce sont les décisions dans lesquelles le juge apprécie le principal du litige, ce qui comprend à la fois la recevabilité des prétentions et le fond. Cependant, toutes les décisions qui émanent du juge ne constituent pas nécessairement des actes juridictionnels.

D'abord, il se peut que le juge évoque le fond mais sans en juger. Tel est le cas lorsque le juge rend un *jugement de « donner acte »* en constatant ce qui s'est produit devant lui (par exemple, un accord entre les parties, la constatation d'un accord de conciliation en matière de droit des entreprises en difficultés). Son rôle est alors comparable à celui d'un officier public (comme un notaire).

Doit-on distinguer le jugement de donner acte de la décision d'homologation ? La doctrine s'est interrogée sur ce point et particulièrement sur la nature de la décision d'homologation. La pluralité de régimes s'inscrivant sous cette appellation et les similitudes procédurales de l'homologation avec l'introduction d'une requête, ont longtemps fait tergiverser la doctrine et la jurisprudence. Cependant, la majorité de la doctrine considère aujourd'hui que l'homologation n'est pas un acte juridictionnel. Ainsi, selon Loïc Cadiet, cet acte relève plus de l'*imperium* du juge que de sa *jurisdictio*[57]. Serge Guinchard qualifie alors la décision d'homologation d'acte judiciaire, et non pas d'acte juridictionnel[58]. La jurisprudence s'est alignée progressivement sur cette conception. Initialement, la jurisprudence et à ses côtés la doctrine avaient pu considérer que le caractère juridictionnel de l'acte l'emportait. C'est pourquoi, il devenait impossible de poursuivre l'annulation de la convention homologuée[59]. Plus tard, la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu un arrêt du 14 janvier 1997 dans lequel elle a estimé qu'en présence d'une homologation judiciaire du changement de régime matrimonial d'époux, l'aspect contractuel devait prévaloir. La Cour de cassation a laissé subsister « *le caractère contractuel de sorte que la convention des parties pouvait être annulée pour des causes qui lui sont propres* »[60]. Par voie de conséquence, cette décision a introduit une différence concernant les voies de recours entre la décision gracieuse et le jugement de donné acte.

Ensuite, le juge peut rendre des décisions qui n'ont pas d'incidence sur le fond du litige. Il peut s'agir, par exemple, d'une *mesure* d'intendance, dite *d'administration judiciaire*. Ce

[57] L. CADIET, « Droit judiciaire privé », JCP G 1999, I, 130, n°18
[58] S. GUINCHARD, « L'ambition d'une justice civile rénovée » : D. 1999, p. 65
[59] Civ. 2, 6 mai 1987 : Bull. civ. II, n° 103 ; D. 1987, p. 358, note J.-Cl. Groslière ; Defrénois 1987, p. 1069, note J. Massip ; RTD civ. 1989, p. 50, obs. J. Rubellin-Devichi : le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive ont un caractère indissociable et ne peuvent plus être remis en cause hors des cas limitativement prévus par la loi)
[60] Civ. 1, 14 janv. 1997, n° 94-20.276 : JurisData n° 1997-000074 ; Bull. civ. I, n° 20 ; D. 1997, p. 273, rapp. X. Savatier ; Defrénois 1997, p. 420, obs. G. Champenois ; Dr. & patr. mars 1997, p. 63, obs. A. Bénabent ; JCP G 1997, I, 384, obs. G. Wiederkehr ; RTD civ. 1997, p. 986, obs. B. Vareille ; Procédures 1997, comm. 89, obs. H. Croze ; Justices 1997, p. 133, n° 8, comm. G. Wiederkehr

type de mesure permet l'organisation de la procédure sans porter sur le fond du litige. On y retrouve les décisions sur les délais que le juge chargé de suivre la procédure fixe aux parties, la date de clôture ou encore l'attribution de l'affaire à une chambre de la juridiction.

Enfin, le juge peut rendre des *jugements avant dire droit*, c'est-à-dire des décisions préparatoires qui, si elles supposent une première appréciation du fond du litige, n'ont aucun caractère définitif à cet égard. La décision n'emporte aucun jugement sur le bien ou le mal fondé du litige. Par exemple, lorsque le juge ordonne une mesure d'instruction, il prononce une mesure avant dire droit.

Toutes ces décisions sont dépourvues d'autorité de chose jugée.

Toutefois, il existe des catégories de décisions pour lesquelles des hésitations demeurent comme pour les jugements mixtes. Le *jugement mixte* est composé d'une partie qui tranche le principal et d'une autre partie, avant dire droit. Le jugement mixte a l'autorité de la chose jugée, mais seulement pour la partie qu'il tranche définitivement. Par exemple, en matière de responsabilité, le juge peut reconnaître la responsabilité du défendeur et ordonner une expertise sur l'étendue des dommages. Le jugement sera définitif et doté de l'autorité de la chose jugée pour la partie qui reconnaît la responsabilité définitive du défendeur.

Le jugement qui comporte une erreur de droit a l'autorité de la chose jugée. Le jugement mal jugé est revêtu de l'autorité de la chose jugée. L'autorité de chose jugée n'est pas conditionnée à la régularité du jugement. La décision est revêtue de l'autorité de la chose jugée tant qu'elle n'est pas annulée, infirmée, ou réformée par l'exercice d'une des voies de recours. En jurisprudence, des exemples illustrent que le jugement mal jugée a l'autorité de la chose jugée malgré l'erreur qui l'entache (Civ. 3, 4 mars 1998, pourvoi n° 96-11.399 ; Soc., 19 mars 1998, Bull. 1998, V, n° 158) ou l'irrégularité qui l'affecte (Com., 14 novembre 1989, Bull. 1989, IV, n° 289 ; 2e Civ., 18 décembre 2003, pourvoi n° 02-17.069).

Cependant, une incertitude demeure lorsque l'erreur de jugement procède de la méconnaissance du principe de la contradiction. En principe, cette décision mal jugée devrait avoir l'autorité de la chose jugée. Toutefois, dans cette hypothèse, le vice est tellement grave que la remise en cause de la décision pourrait être envisagée, d'autant plus que l'autorité de la chose jugée tire sa légitimité de l'existence d'un débat contradictoire avant que la décision ait été rendue. La première chambre civile de la Cour de cassation a estimé dans un arrêt du 17 octobre 1995 (n°94-04.025) que *« l'autorité de chose jugée ne s'attache qu'aux décisions judiciaires rendues en matière contentieuse sur les contestations débattues entre les parties ou sur lesquelles elles ont été appelées à débattre ; par suite, est dépourvue d'une telle autorité la décision d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire civil, prononcée sans convocation préalable des parties, au seul vu des pièces produites par le débiteur ».*

Pour rappel, la décision de justice a autorité de la chose jugée dès son prononcé dès lors qu'elle tranche tout ou partie du principal. L'acte juridictionnel empêche ainsi que soient

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

réitérées en première instance les prétentions qui viennent de faire l'objet d'un jugement. La partie succombante n'a qu'une seule possibilité : exercer une voie de recours. Elle n'a pas la possibilité de recommencer le procès en première instance.

B.- Les prétentions

Pour qu'il y ait autorité de la chose jugée et que celle-ci empêche le juge de procéder au réexamen des prétentions, il faut qu'il y ait identité entre les prétentions qui ont déjà été jugées et les prétentions qui sont de nouveau présentées au juge. L'obligation de vérifier l'identité des prétentions successives suppose d'être en mesure d'identifier les prétentions déjà jugées et d'apprécier l'identité entre ces dernières et celles qui sont de nouveau présentées.

1°) Les prétentions déjà jugées

En application d'un critère formel, *seul ce qui figure dans le dispositif du jugement* est revêtu de l'autorité de la chose jugée. L'assemblée plénière, le 13 mars 2009 a fait application de cette règle en jugeant que l'on ne pouvait opposer l'autorité de la chose jugée dès lors que le jugement n'avait pas tranché dans son dispositif les demandes reconventionnelles formées[61].

Par exemple, pour rendre un jugement qui constate la nullité d'un contrat de vente et ordonne des restitutions réciproques, deux façons de rédiger sont possibles. Le juge peut décider d'exposer dans les motifs que le contrat est entaché de nullité et, dans le dispositif, condamner le vendeur à restituer. Mais, il peut également déclarer dans le dispositif que le contrat de vente est nul et ordonner des restitutions. Dans le second jugement, la nullité figure dans le dispositif alors que dans le premier, la nullité figure uniquement dans les motifs de la décision.

Auparavant, il était admis que les décisions figurant dans les motifs pouvaient avoir autorité de la chose jugée. On distinguait les motifs décisoires et les motifs qui sont le soutien nécessaire du dispositif. Désormais, il est admis que l'expression « dispositif » de l'article 455 du Code de procédure civile vise le seul dispositif du jugement. La justification relève d'un souci de simplicité et de sécurité juridique. Dans l'exemple retenu, la décision sur la nullité n'a pas l'autorité de la chose jugée si elle ne figure pas dans le dispositif.

Article 455, Code de procédure civile

Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé.

Il énonce la décision sous forme de dispositif.

[61] Ass. plén., 13 mars 2009, n°08-16.033, *Publié au bulletin*

2°) L'identité de prétentions successives

Pour qu'il y ait autorité de chose jugée il faut qu'il y ait une identité entre les prétentions déjà jugées et celles nouvellement présentées devant un juge. En vertu de l'article 1355 du Code civil, l'identité doit être triple. Il doit s'agir d'une identité d'objet, de cause et de parties.

a. L'identité d'objet

Les prétentions doivent être exactement les mêmes en fait et en droit. Pour rappel, les prétentions sont les propositions dont les parties demandent tout spécialement la consécration par le *juge*. Le demandeur les énonce dans l'acte introductif d'instance et le défendeur articule les siennes dans ses conclusions en défense (voir *supra*).

Si les prétentions sont les mêmes en fait mais différentes en droit ou bien si les prétentions sont les mêmes en droit mais différentes en fait, alors il n'y aura pas d'identité des prétentions. Par exemple, pour deux actions en exécution du contrat pour le paiement des loyers, l'une pour l'année 2017 et l'autre pour l'année 2019, il y aura une identité de droit mais une différence de fait. L'action en exécution du contrat pour l'année 2017 est de la même nature juridique que l'action en paiement des loyers pour l'année 2019 mais la période visée n'est pas la même si bien qu'il en résulte une différence de fait et une absence d'autorité de chose jugée.

Dans certaines hypothèses, les prétentions produisent le même résultat de fait mais ne relèvent pas de la même qualification de droit. En principe, il faut considérer qu'il n'y a pas d'identité. Pour autant, la jurisprudence n'est pas totalement ferme à cet égard. Lorsque les prétentions successives tendent au même résultat sous deux qualifications juridiques distinctes, certaines décisions considèrent que les prétentions ont le même objet. Par exemple, si une action en résolution d'un contrat fait suite à une action en nullité du contrat, les deux prétentions consécutives sont juridiquement distinctes mais, en fait, elles aboutissent sensiblement au même résultat, à savoir l'anéantissement rétroactif du contrat.

Cette approche finaliste, résumant l'objet d'une demande à la sommes des prétentions qui s'y attachent, a été soutenu par Henri Motulsky dans ses travaux sur la délimitation de l'autorité de la chose jugée en matière civile. Ce courant doctrinal fait juridiquement abstraction de l'objet, et cherche le "résultat économique et social" poursuivi par chaque prétention.

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

Dans un arrêt du 16 septembre 2009, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a rejeté la demande en réparation d'un préjudice de jouissance introduite par un locataire, suite à la vente par les bailleurs d'une partie du terrain loué, dès lors qu'une demande de réduction du prix du loyer avait déjà été présentée et rejetée lors d'une précédente instance. Si le préjudice de jouissance n'était pas mentionné dans la requête initiale du locataire, la finalité des deux actions est toutefois similaire : être dédommagé des sommes versées afférentes à la partie du terrain vendu[62]. La jurisprudence, en appréciant l'effet concret des prétentions du demandeur, entend consolider la sécurité juridique des parties.

b. L'identité de cause

Pour que les prétentions soient identiques, il faut démontrer l'existence d'une identité de cause.

On admettait traditionnellement une assimilation de la cause d'une prétention au moyen. Pour qu'il y ait identité de cause entre les prétentions successives, il fallait ainsi que celles-ci soient fondées sur le même moyen. Ainsi, auparavant, l'action en nullité d'un contrat sur le fondement d'un vice du consentement n'empêchait pas une action en nullité par la suite fondée sur l'absence d'objet du contrat. L'inconvénient était que cette solution favorisait la réitération des instances pour un même litige et pour un même contrat. C'est la raison pour laquelle l'assemblée plénière de la Cour de cassation a posé un principe de concentration des moyens dans son arrêt Césaréo du 7 juillet 2006 (n°04-10.672). Il y a identité de cause lorsque les demandes successives auprès d'un même juge tendent aux mêmes fins, ont le même objet et que seul diffère le moyen juridique invoqué.

La difficulté repose sur l'éventuelle existence d'une distinction entre la cause de l'action et les moyens invoqués. Auparavant, l'assimilation des deux notions avait permis à la Cour de cassation de refuser d'appliquer l'exception de la chose jugée lors de l'introduction de demandes présentant des moyens nouveaux[63]. Autrement dit, qui dit moyens nouveaux, dit cause nouvelle. On retenait alors une conception juridico-factuelle de la cause.

L'arrêt Césaréo de 2006 a opéré un revirement de jurisprudence en ce qu'il retient une conception purement factuelle de la cause. En appelant les parties à présenter l'ensemble des moyens de nature à servir la demande lors de l'instance initiale, la Cour de cassation a réaffirmé l'existence d'une distinction entre la cause de l'action et les moyens invoqués. Des fondements juridiques différents ne suffisent plus à engager une nouvelle action, celle-ci étant désormais conditionnée uniquement par une l'existence de faits nouveaux à soumettre au juge.

Le principe de concentration des moyens est désormais un principe important en droit positif. Dès l'instance initiale, les plaideurs sont obligés de présenter l'ensemble des

[62] Civ. 3, 16 septembre 2009, n°08-10.487

[63] Civ. 2, 7 février 1979, n°77-13.696, *Publié au Bulletin*

moyens de nature à permettre l'accueil d'une prétention. Ce principe s'applique aussi bien au demandeur qu'au défendeur[64]. Par exemple, pour une action en nullité, le demandeur doit présenter, dès l'instance initiale, l'ensemble des moyens de nullité. Il ne sera pas possible pour lui d'engager une seconde action fondée sur un nouveau moyen de nullité après.

L'instance initiale n'est pas la première instance. En première instance, il est possible de soulever des moyens de nullité. En appel, il sera également possible de soulever de nouveaux moyens fondés sur la nullité. En revanche, il sera impossible de rouvrir une nouvelle instance (en première instance) sur le fondement d'une action en nullité puisque l'instance initiale, à savoir l'instance engagée en premier, était déjà fondée sur une action en nullité.

La seule exception à ce principe est la découverte d'un élément de fait nouveau après que le jugement ait été rendu. Dans cette hypothèse, si les parties découvrent un élément qu'elles ne pouvaient pas connaître, alors elles échappent à la règle de la concentration des moyens. Par exemple, la découverte d'un compte rendu qui révèle l'existence d'un dol ou d'un vice du consentement pourra constituer un élément de fait nouveau.

La jurisprudence offre une appréciation prudente du "fait nouveau" nécessaire pour échapper à l'identité des causes. Le seul apport d'éléments de preuve nouveaux ne suffit pas à justifier l'ouverture d'une nouvelle instance[65]. L'identité de cause est en revanche remise en question lorsque la situation jugée a été modifiée. Ainsi, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la délibération d'une assemblée générale de copropriétaire s'opposant à des travaux, et par suite rendant impossible la rétrocession de places de parking au vendeur initial, qui avait pourtant été ordonné par un jugement antérieur, constituait un fait nouveau de nature à modifier la situation antérieurement reconnue en justice. Par suite, l'autorité de la chose jugée était écartée[66]. Elle est également écartée lorsque de nouveaux droits sont nés depuis l'instance initiale, on parle alors de faits juridiques nouveaux[67]. Toutefois, un changement ou revirement de jurisprudence intervenue ultérieurement au rendu de la décision initiale ne constitue pas un fait juridique nouveau[68]. Ce fait nouveau doit ainsi apparaître, ou avoir été révélé au demandeur, postérieurement au premier jugement.

---

[64] Com., 20 février 2007, n°05-18.322, *Publié au Bulletin*

[65] Civ. 2, 14 févr. 1979, n° 77-13121, *Publié au Bulletin* ; Civ. 2, 10 mars 1982, n° 80-11910, *Publié au Bulletin*

[66] Civ. 3ème., 14 nov. 2012, n° 11-21.901

[67] Civ. 2, 10 juin 2010, n° 09-67.172 : "*Attendu que, s'il incombe aux parties de présenter, dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des moyens qu'elles estiment de nature à fonder celles-ci, elles peuvent toutefois présenter de nouvelles demandes, au cours d'une instance ultérieure, dès lors que celles-ci sont fondées sur l'existence d'un droit né après la décision rendue à l'issue de l'instance initiale*"

[68] Civ. 2, 18 oct. 2007, n°06- 13068

Toutefois, la frontière entre faits nouveaux et moyens nouveaux est difficile à établir. Il semble que la départition de ces deux notions repose sur les conséquences qu'implique l'élément nouveau sur la chose jugée. L'élément nouveau doit influer sur la cause de la demande. C'est à partir de cette logique que les juges ont appliqué l'exception de la chose jugée à l'arrêt refusant d'indemniser une victime ayant fautivement contribué à son dommage, quand bien même de nouveaux auteurs de l'infraction auraient été condamnés au pénal[69]. Cette nouvelle condamnation n'est pas considérée comme un fait nouveau, dès lors que la première décision repose sur le comportement de la victime, et non pas sur les auteurs de l'infraction.

Compte tenu de cette jurisprudence complexe, il est préférable de préciser que les faits nouveaux invoqués par le demandeur doivent modifier les circonstances prises en considération par le premier arrêt. Enfin, il convient de rappeler que l'existence de faits nouveaux ne peut résulter d'une erreur, d'un manque de diligence reprochable au demandeur[70].

Certains auteurs estiment aujourd'hui que la condition liée à l'identité de cause a disparu. Il est de fait difficile de retenir que la cause s'apparente désormais aux allégations, et donc aux faits du litige. Dès lors, la différence entre les faits d'une instance à l'autre permettrait de caractériser l'absence de chose jugée. Or, ce qui est demandé aux parties n'est pas simplement d'invoquer un fait différent, qui s'avèrerait être insuffisante, mais un fait nouveau, inconnu lors de la première instance. Dans ces conditions, il paraît plus simple de dire qu'il n'y a plus besoin d'une identité de cause pour invoquer l'autorité de la chose jugée. L'identité d'objet suffit, sauf l'exception tirée de l'existence d'un fait nouveau, inconnu lors de la première instance.

c. Identité de parties

L'exigence d'identité entre les parties aux instances successives se justifie essentiellement à raison du respect du principe de la contradiction. Il est impossible d'imposer la chose jugée à un tiers puisqu'il n'a pas pu faire valoir son point de vue. Par exemple, la décision qui prononce la résiliation d'un bail entre le bailleur et le preneur n'a a priori pas d'autorité de chose jugée à l'égard du sous-locataire si celui-ci est demeuré tiers à l'instance.

L'identité des parties ne se limite pas à la présence physique des personnes à l'instance, mais il est nécessaire que ces dernières agissent en vertu du même titre juridique[71]. Tout

[69] CA Montpellier, 6 juin 2017, n°15/03378
[70] Civ. 2, 25 juin 2015, n°14-17.504

[71] Com., 22 mars 2016, n°14-18.873

repose sur la présence à l'instance de la personne et son intervention dans les débats. Il n'est pas nécessaire que la personne soit directement concernée par le litige sur lequel elle est intervenue[72].

Cette autorité relative de la chose jugée peut être gênante en pratique, spécialement lorsque l'efficacité de la décisions de justice suppose son opposabilité aux tiers.

C'est pourquoi, il existe des remèdes à l'autorité relative de la chose jugée. Dès lors qu'une décision de justice est susceptible d'intéresser les tiers, une stratégie judiciaire consiste à provoquer l'intervention des tiers pour qu'ils deviennent partie à l'instance. Le plaideur formule une « demande en déclaration de jugement commun ». Par exemple, le bailleur qui souhaite faire résilier un bail et que cette résiliation soit opposable à tous les occupants y compris le sous-locataire peut faire intervenir le sous-locataire à l'instance avec une demande en intervention d'un tiers aux fins de déclaration de jugement commun. Ce qui sera jugé les parties s'imposera aux tiers mis dans la cause qui ne pourront se prévaloir de leur qualité de tiers pour échapper au jugement (art. 331 et s. du Code de procédure civile).

Les conditions de la recevabilité d'une demande de jugement commun effectuée par une partie ont récemment été précisées par la jurisprudence. L'article 331 du Code de procédure civile explique que la partie "qui y a intérêt" peut mettre en cause un tiers par une demande de jugement commun. S'agissant de cet intérêt, la Cour de cassation s'est montrée tolérante à l'égard des parties, en considérant que le seul bénéfice de l'opposabilité du jugement au tiers, qui ne peut plus former de tierce opposition, suffisait à satisfaire les conditions de l'article 331 du Code de procédure civile[73].

Il existe par ailleurs des exceptions au principe de la relativité de la chose jugée, par exemple en matière d'état des personnes (nationalité, filiation, divorce, etc.). Dans ces hypothèses, la loi prévoit des exceptions car les situations juridiques consacrées sont des situations juridiques qui n'ont d'effectivité que si elles sont reconnues par les tiers et opposables à eux.

Certains auteurs pensent qu'il ne peut y avoir d'autorité absolue de la chose jugée, dans les hypothèses où l'autorité d'un jugement s'étend à l'égard des tiers. Certains auteurs utilisent l'expression d' « *opposabilité erga omnes des effets substantiels du jugement* ». Ce n'est pas le jugement qui a un effet à l'égard des tiers mais l'effet du jugement qui s'oppose aux tiers. En réalité, dans les faits, c'est bien une autorité qui s'impose aux tiers. Dans une fiche méthodologique rédigée par la Cour de cassation (BICC n° 676 du 15 février 2008), il est ainsi retenu que « *la jurisprudence a pu, dans certains cas, faire application de la notion d'opposabilité, notion qui, en réalité, s'apparente, dans les hypothèses considérées, à une véritable autorité de chose jugée créatrice de droits ou d'obligations* ».

Lorsque l'autorité s'impose aux tiers, il y a des variantes. L'autorité à l'égard des tiers reste modérée lorsqu'elle leur permet malgré de contester la chose jugée mais en exerçant une

[72] Civ. 2, 1er mars 1989, 87-19.970
[73] Civ. 1ère, 24 avril 2013, n°11-27.082

voie de recours. Par exemple, une partie qui a eu un jugement défavorable en première instance ne peut pas, une fois le jugement rendu, recommencer en instance initiale mais elle peut très bien faire appel dans les délais prévus par les textes. Il en va de même pour les tiers. Si l'autorité du jugement s'impose aux tiers, ils doivent pouvoir exercer une voie de recours, à savoir une tierce opposition. L'autorité à l'égard des tiers peut être renforcée pour concerner les parties et les tiers qui vont subir, non seulement, l'autorité de la chose jugée mais l'absence de voies de recours. Par exemple, le tiers à un divorce n'a aucune voie de droit pour contester la décision prononçant le divorce.

§2. Le dessaisissement du juge

A.- Le principe du dessaisissement du juge

L'autorité permet d'assurer l'immutabilité de la chose jugée, mais, elle n'y suffit pas complètement. Il est nécessaire d'y ajouter une règle qui empêche le juge de revenir de lui-même sur sa décision (autrement dit en langage plus familier, le juge ne peut pas prétendre s'être « trompé » pour espérer reprendre sa « copie »). Cette règle est celle dite du dessaisissement consacrée par l'article 481 du Code de procédure civile.

Article 481, Code de procédure civile

Le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche.

Toutefois, le juge a le pouvoir de rétracter sa décision en cas d'opposition, de tierce opposition ou de recours en révision.

Il peut également l'interpréter ou la rectifier sous les distinctions établies aux articles 461 à 464.

Cette règle est impérative pour le juge de telle sorte qu'il ne peut se réserver dans sa décision le droit de retenir l'affaire. De la sorte, la pratique dite du « jugement en l'état » ou celle du jugement conditionnel sont l'une et l'autre condamnées par la jurisprudence au nom du principe du dessaisissement.

Le jugement en l'état recouvre les hypothèses dans lesquelles le juge se prononce pour dire qu'en l'état des éléments du dossier, il rejette les demandes. Par cette décision, il indique qu'il est prêt à revoir sa décision si le dossier est mieux fourni. Cela enfreint directement le principe du dessaisissement du juge qui tranche la contestation qui lui est soumise.

Ensuite, comme cela se présente parfois en matière commerciale, notamment en matière de procédures collectives, le jugement met sa décision sous condition. Au titre des exemples de jugement conditionnel, il arrive que le juge valide un plan de cession d'une

entreprise mais en posant des conditions qu'il vérifiera lui-même ultérieurement pour sceller sa décision. En pareille hypothèse, la jurisprudence considère que le jugement a été rendu et doit être réputé rendu abstraction faite des conditions formulées.

Pour obtenir les mêmes effets procéduraux sans enfreindre le principe du dessaisissement du juge, le juge peut prononcer des mesures provisoires et rendre un jugement avant dire droit demandant aux parties de justifier de tel ou tel élément.

L'inefficacité du jugement en l'état s'est manifestée de manière diverse en jurisprudence. La Cour de cassation a tout d'abord privé ce type de jugement d'autorité de la chose jugée[74]. La protection du jugement demeure aujourd'hui la priorité de la jurisprudence, qui a opté pour une simple neutralisation des effets de la mention "en l'état" apposée par le juge[75]. Cette solution favorise la sécurité juridique et tend à maintenir le dessaisissement du juge effectif. Il convient par ailleurs de rappeler que cette sanction ne s'applique qu'au jugement au fond des demandes, et non pas à l'appréciation de la recevabilité de celles-ci. Le rejet par le juge de demandes "irrecevables en l'état" n'est donc pas remis en question[76].

B.- Les exceptions au principe du dessaisissement du juge

Le principe du dessaisissement connaît trois exceptions, en cas d'erreur matérielle, de difficulté d'interprétation, ou encore, ainsi qu'il a déjà été dit (v. les développements sur le principe dispositif) d'*infra* ou d'*extra* ou d'*ultra petita*. Elles sont prévues aux articles 461, 462 et 463 et 464 du Code de procédure civile.

Dans ces trois hypothèses, il est admis que ce soit le juge ayant rendu la décision qui rectifie l'erreur matérielle affectant celle-ci, en interprète les termes ambigus, et répare l'*infra*, l'*extra* ou l'*ultra petita* ou le rectifie en le retirant de sa décision. Cette possibilité s'obtient seulement par la voie d'une requête qui est déposée devant le même juge et qui donne lieu à un « bref échange contradictoire ». La décision sera rendue en rectification, en interprétation, en omission de statuer et elle sera indissociable de la décision initialement rendue. Quoi qu'il en soit, une partie ne peut pas prendre prétexte d'une des trois hypothèses pour obtenir un nouveau jugement. La jurisprudence veille scrupuleusement à ce que ces trois exceptions ne soient pas instrumentalisées pour faire en sorte que le juge ne revienne sur le fond de son premier jugement.

[74] Com., 18 mai 1981, n°79-13.742
[75] Civ. 2, 20 décembre 2007, n°06-20.961
[76] Civ. 2, 21 mars 2013, n°11-21.495

DEUXIEME PARTIE - LE DEROULEMENT DU PROCES CIVIL

Introduction

Le procès civil se déroule par l'effet d'une succession d'actes qui s'insèrent dans une situation juridique, de nature procédurale, et que l'on appelle *l'instance*. Elle débute avec la demande en justice et prend fin avec le jugement.

Cette notion d'instance est doublement importante.

D'un point de vue technique, elle constitue le fondement juridique des obligations procédurales qui pèsent sur les parties et le juge au cours du procès civil. Elle est en quelque sorte aux obligations procédurales, ce que le contrat est aux obligations contractuelles.

Il a parfois été dit, qu'elle constitue une sorte de *contrat judiciaire* duquel découle des obligations procédurales, par exemple l'obligation de se communiquer les instruments et les éléments du dossier. La comparaison est excessive en raison du fait que les parties au procès n'ont pas passé d'accord pour qu'une procédure ait lieu entre elles. Mais, elle est assez imagée en ce qu'une fois le procès engagé, les parties sont en quelque sorte obligées d'aller jusqu'à son terme.

> La notion de contrat judiciaire[77] a été consacrée par la jurisprudence dès le XIX^{ème} siècle et a, depuis lors, nourri les réflexions doctrinales. Dans un premier temps, la pensée romaniste de l'ancien droit (tant la doctrine que la jurisprudence) a pu considérer que la relation unissant les plaideurs au cœur de l'instance étant un contrat judiciaire, formé par l'acceptation du défendeur, sans quoi le défendeur n'avait pas de droit acquis à ce que l'instance se poursuive. Le contrat était alors formé dès lors que le défendeur avait déposé des conclusions ou des demandes reconventionnelles en réponse à la demande principale. Néanmoins, la doctrine moderne a rompu avec cette conception contractuelle du lien juridique d'instance. Le contrat judiciaire se rapporterait désormais exclusivement aux accords conclus sur le fond du droit, mettant notamment fin au litige. Le contrat judiciaire participe ainsi du mouvement de contractualisation de la justice, certains auteurs décelant une tendance générale à la déjudiciarisation de la procédure civile.

D'un point de vue théorique, la notion d'instance est à comprendre dans la perspective de l'impératif de paix civile, l'une des fonctions principales de la procédure

[77] Pour un plus long développement, voir G. DEHARO, *Rép. pr. Civ. Dalloz, v° Contrat judiciaire*, 2017, en particulier n° 1 à 10

civile. Pour obtenir un règlement pacifique du litige, la verbalisation ne suffit pas. Il faut également que des règles procédurales garantissent la loyauté de l'affrontement formalisé que constitue le procès[78]. L'instance et les obligations qui s'y rattachent sont les outils techniques qui permettent de civiliser le procès.

> Concernant l'instance, le CPC distingue les règles générales et les règles spéciales. Les règles générales sont exposées aux articles 53 et suivants dans le Livre I « *Dispositions communes à toutes les juridictions* ». Les règles spéciales sont, quant à elles, visées dans le Livre II « *Dispositions particulières à chaque juridiction* ». Ainsi, les règles particulières au tribunal judiciaire sont visées aux articles 750 à 750-1 ; celles du tribunal de commerce sont visées aux article 854 à 860 ; celle en matières prud'homale est à l'article 879 qui renvoie à des dispositions réglementaires inscrites dans le Code du travail ; celle relative au tribunal paritaire de baux ruraux est à l'article 885 qui renvoie aux articles 54 à 57 ; celles de la Cour d'appel sont aux articles 899 et suivants ; et celles particulières à la Cour de cassation sont aux articles 973 et suivants du CPC.

Il y a lieu de présenter les règles de l'instance en distinguant, comme le fait le Code de procédure civile, entre les règles générales (Chapitre 1) et les règles spéciales (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – LES REGLES GENERALES

Afin de présenter les règles générales du déroulement de l'instance, il convient de suivre la chronologie du procès, comme le fait d'ailleurs le Code de procédure civile lui-même dans son Livre Ier relatif aux dispositions communes à toutes les juridictions. Dès lors, seront successivement étudiées au sein quatre sections distinctes : l'introduction de l'instance (la demande en justice), l'instruction du litige, les débats et le jugement. Enfin, les incidents de l'instance, entendus comme les circonstances propres à perturber le bon déroulement du procès, devront être étudiés (section 5).

SECTION 1 – L'INTRODUCTION DE L'INSTANCE

L'introduction de l'instance résulte du premier acte de la procédure qu'est la **demande introductive d'instance**, également appelée l'acte introductif d'instance. Le CPC parle de

[78] Au sujet de l'importance prise par l'obligation de loyauté en tant que principe directeur du procès, voir O. AKYUREK et M-L. CARTIER-MARRAUD, « La consécration du principe de loyauté procédurale, une nouvelle proposition émise dans le rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile », *LPA* 11 juillet 2018, n°137d1, p. 6

« *demande initiale* » et précise à l'article 53 qu'elle est « *celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions* »

> Depuis l'entrée en vigueur de la réforme issue du décret du 11 décembre 2019[79], l'article 53 du CPC a modifié les modes d'introduction de l'instance. Si l'ancien article 54 énumérait quatre modes d'introduction de l'instance que sont la présentation volontaire des parties, l'assignation, la requête conjointe et la déclaration, l'article 53 du CPC, quant à lui, ne vise plus que l'assignation et la requête, qui peut être conjointe ou unilatérale.

Point de terminologie.- Le terme « *demande* » comporte de multiples occurrences dans le CPC. L'usage n'est pas dénué d'ambiguïté en ce sens que le terme peut être utilisé au sens de « *prétention* » (en ce sens, on dira que le demandeur forme des demandes additionnelles, c'est-à-dire qu'il ajoute des prétentions à celles initialement formulées), également pour désigner l'acte de procédure permettant de porter des prétentions devant un juge (c'est le sens retenu dans l'article 53). En fonction du contexte, on comprend la différence. Dans la section qui suit, la demande s'entend de l'acte de procédure[80]. Par conséquent, seront successivement évoquées, d'une part, les modalités de l'introduction de l'instance et, d'autre part, ses effets.

§1. Les modalités de l'introduction de l'instance

La demande est l'acte de procédure par excellence. Il est *negotium*, à savoir une manifestation de volonté du demandeur de saisir un juge de prétentions. Mais, il est également *instrumentum* en ce sens que cette volonté doit être formalisée dans un écrit.

Etudier les modalités de l'introduction de l'instance consiste à identifier l'*instrumentum* nécessaire à la réalisation de la volonté du demandeur et ce qu'il y a lieu d'en faire, toujours à cette fin.

Les modalités de droit commun, celles en vigueur devant toutes les juridictions, sont ainsi définies par l'article 54 du CPC, dans sa rédaction issue du décret du 11 décembre 2019.

Article 54, Code de procédure civile

La demande initiale est formée par assignation ou par requête remise ou adressée au greffe de la juridiction. La requête peut être formée conjointement par les parties.

[79] Décret n°2019-1333 du 11 déc. 2019 *réformant la procédure civile*, JORF n°0288 du 12 déc. 2019, n°3
[80] V. *supra* « Les prétentions » au sujet de la deuxième occurrence du terme, renvoyant aux demandes additionnelles

Lorsqu'elle est formée par voie électronique, la demande comporte également, à peine de nullité, les adresse électronique et numéro de téléphone mobile du demandeur lorsqu'il consent à la dématérialisation ou de son avocat. Elle peut comporter l'adresse électronique et le numéro de téléphone du défendeur.

A peine de nullité, la demande initiale mentionne :

1° L'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée ;

2° L'objet de la demande ;

3° a) Pour les personnes physiques, les nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des demandeurs ;

b) Pour les personnes morales, leur forme, leur dénomination, leur siège social et l'organe qui les représente légalement ;

4° Le cas échéant, les mentions relatives à la désignation des immeubles exigées pour la publication au fichier immobilier ;

5° Lorsqu'elle doit être précédée d'une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative, les diligences entreprises en vue d'une résolution amiable du litige ou la justification de la dispense d'une telle tentative ;

6° L'indication des modalités de comparution devant la juridiction et la précision que, faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire.

L'article 54 du Code de procédure civile énumère ainsi les mentions devant figurer à peine de nullité dans la demande initiale, introductive d'instance. Là comme ailleurs, il est inutile d'apprendre par cœur ces différentes mentions, d'autant que certaines prendront tout leur sens (par ex. le 4° ou le 5°) après lecture de développements ultérieurs. D'autant qu'un peu de pratique, notamment au cours d'un stage en cabinet, permettra d'intégrer ces données, par simple imprégnation.

Il faut cependant avoir *une intelligence du dispositif*. Schématiquement, on retrouve à peu près toujours le même canevas que développent l'article 54 et les articles 56 et 57, l'un consacré à l'assignation, l'autre à la requête. Quiconque débute un procès doit se présenter, énoncer à l'encontre de qui il dirige ses demandes, dire quelle juridiction a vocation à les examiner, expliciter ses prétentions et, si possible, les faits et moyens propre à les justifier, enfin indiquer au défendeur la conduite à tenir pour assurer sa défense. C'est en quelque sorte la boussole et c'est cela qu'il faut retenir.

La demande peut être formée par voie électronique. C'est une nouveauté issue du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile. En ce cas et c'est assez intuitif, elle comporte alors, à peine de nullité, les adresse électronique et numéro de téléphone mobile du demandeur lorsqu'il consent à la dématérialisation ou de son avocat. La précision de l'adresse électronique et du numéro de téléphone du défendeur n'est que facultative.

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

Au bénéfice de ces observations liminaires, on observe que l'article 54 prévoit deux modalités d'introduction de l'instance :

- L'assignation ;
- La requête.

Le non-respect des mentions obligatoires de ces deux modalités d'introduction d'instance fait l'objet de sanctions. Pour les mentions des articles 56 et 58, le vice de forme est sanctionné par la nullité, à condition que celui qui invoque un tel vice justifie d'un grief. Le non-respect de l'article 57, à savoir la requête conjointe, est, quant à lui, sanctionné par l'irrecevabilité de la requête.

Cependant, le défaut de saisine régulière du tribunal ne constitue pas un vice de forme mais une fin de non-recevoir et celui qui l'invoque n'a pas besoin de justifier d'un grief[81].

A.- L'ASSIGNATION

L'article 55 du Code de procédure civile dispose que « *l'assignation est l'acte d'huissier de justice par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge* ». Outre les mentions obligatoires définies à l'article 54, elle doit comporter celles qui lui sont spécifiques et que précise en ces termes l'article 56 du Code de procédure civile. Ces mentions permettent à l'assignation de valoir conclusions et de contribuer à la détermination de l'objet du litige.

Article 56, Code de procédure civile

L'assignation contient à peine de nullité, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice et celles énoncées à l'article 54 :

1° Les lieu, jour et heure de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée ;

2° Un exposé des moyens en fait et en droit ;

3° La liste des pièces sur lesquelles la demande est fondée dans un bordereau qui lui est annexé.

L'assignation précise également, le cas échéant, la chambre désignée.

Elle vaut conclusions.

Que retenir de la lecture de ce texte ? D'abord, l'assignation est un *acte d'huissier* et, en conséquence, elle sollicite l'intervention d'un officier public, ce qui marque la gravité de l'acte et offre les meilleures garanties de respect des exigences formelles. En pratique,

[81] Civ. 1ère, 18 février 2015, n°14-50.040

l'assignation est le plus souvent rédigée par l'avocat du demandeur. Celui-ci la transmet à l'huissier qui s'assure de la régularité de l'acte et y ajoute les mentions spécifiques aux actes d'huissier, prévues par l'article 648 du CPC, ainsi rédigé (pour mémoire) :

> « *Tout acte d'huissier de justice indique, indépendamment des mentions prescrites par ailleurs :*
>
> *1. Sa date ;*
>
> *2. a) Si le requérant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ;*
>
> *b) Si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement.*
>
> *3. Les nom, prénoms, demeure et signature de l'huissier de justice ;*
>
> *4. Si l'acte doit être signifié, les nom et domicile du destinataire, ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social.*
>
> *Ces mentions sont prescrites à peine de nullité.* »

Ensuite, il prévoit *un complément des mentions de l'article 54 du CPC* essentiellement aux fins *d'étayer l'exposé des termes du litige*, les éléments (moyens) et les instruments (pièces). A noter l'emploi de l'expression « moyens en fait » ; il faut ici comprendre les allégations. L'article 56 prévoit également la mention des « lieu, jour et heure de l'audience ». En effet, avant de délivrer une assignation, le demandeur doit prendre une *date d'audience* (auprès du greffe de la juridiction saisie). A cette audience, l'affaire ne sera probablement pas plaidée. Mais en quelque sorte et pour dire les choses simplement, le demandeur donne rendez-vous au défendeur devant la juridiction saisie. A l'occasion de cette première audience, il sera généralement fait un premier point sur l'état de la procédure et sur la complexité du dossier ; et ce pour décider de la suite de l'instance.

> Pour ce qui est de la représentation *ad litem*, la mention dans l'assignation de la constitution d'un avocat n'ayant pas la capacité de représenter la partie devant la juridiction saisie affecte cette assignation d'une irrégularité de fond[82].

Une fois l'assignation rédigée, deux démarches sont nécessaires pour réellement introduire l'instance. On en perçoit intuitivement la teneur :

- Il faut alerter la partie adverse, ce qui se fait au moyen d'un acte d'huissier, appelé signification ; la procédure de *signification* est exposée en détail aux articles 653 à 664-1

[82] Civ. 2e, 9 janvier 1991 n° 89-12.457

CPC ; il y a lieu de retenir que pour informer le défendeur d'un procès diligenté à son encontre, le CPC prévoit la procédure la plus lourde, dont a priori la plus respectueuse des droits de la défense ; l'objectif est de tout faire pour le défendeur soit personnellement informé du procès qui lui est intenté ;

- Il faut alerter la juridiction saisie, ce qui se fait par ce que l'on appelle le *placement* de l'affaire ; il suffit de remettre copie de l'assignation au greffe de la juridiction (dans le jargon, on dit aussi faire un « *placet* ») ; c'est cette simple démarche qui emporte saisine de cette dernière (simple donc, mais décisif ; c'est comme les bras et le chocolat, « *pas de placet, pas de procès* »).

B.- LA REQUÊTE

Depuis la réforme issue du décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile, la citation par assignation est devenue le mode d'introduction de l'instance de droit commun. Elle constitue la modalité principale d'introduction d'une instance. Le Code de procédure civile prévoit cependant une seconde modalité, la requête. Elle est un mode d'introduction de l'instance, dont l'usage est souvent limité (par ex., devant le tribunal judiciaire, la requête ne peut être utilisée que pour les petits litiges, dont l'enjeu ne dépasse pas 5000 €), mais qui est susceptible d'emploi devant toutes les juridictions, d'où sa présentation dans les dispositions générales du CPC. Dans tous les cas, les parties peuvent saisir la juridiction par requête conjointe (article 750, CPC).

Les mentions de la requête sont ainsi précisées par l'article 57 du CPC :

Article 57, Code de procédure civile

Lorsqu'elle est formée par le demandeur, la requête saisit la juridiction sans que son adversaire en ait été préalablement informé. Lorsqu'elle est remise ou adressée conjointement par les parties, elle soumet au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs.

Elle contient, outre les mentions énoncées à l'article 54, également à peine de nullité :

-lorsqu'elle est formée par une seule partie, l'indication des nom, prénoms et domicile de la personne contre laquelle la demande est formée ou s'il s'agit d'une personne morale, de sa dénomination et de son siège social ;

-dans tous les cas, l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée.

Les mentions de la requête visées par l'article 57 du Code de procédure civile, viennent compléter celles de l'article 54, communes aux deux modalités de saisine. La logique est

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

un peu toujours la même et au-delà des mentions de l'article 54, la requête doit contenir, à peine de nullité, les éléments permettant d'identifier le défendeur et doit indiquer les pièces sur lesquelles la demande est fondée. Naturellement, elle est datée et signée.

Deux points doivent retenir l'attention :

- Tout d'abord, on observe que la saisine par voie de requête est moins étayée que celle par voie d'assignation ; le demandeur doit seulement indiquer les pièces qui motivent sa demande ; il n'est pas tenu de faire un exposé de ses moyens ; la raison en est que la requête est, en principe, réservée à des petits litiges pour lesquels la représentation par avocat n'est pas obligatoire ; les parties assurent elles-mêmes leur défense et comme elles ne sont pas des professionnels du droit, il n'est pas attendu d'elles un exposé circonstancié de leur cause ;
- Ensuite, la requête est directement adressée au greffe de la juridiction sans avoir été préalablement adressée à l'adversaire ; le demandeur n'a donc pas à accomplir les démarches à cet égard (par exemple en missionnant un huissier, comme pour l'assignation) et sa charge procédurale est allégée ; le dépôt de la requête vaut *saisine* de la juridiction et c'est le greffe qui se chargera d'alerter l'adversaire.

La requête peut être conjointe. C'est alors l'acte de procédure par lequel les deux parties au litige s'accordent sur les termes de leur litige et sur leur volonté de le soumettre à un juge. Les deux parties se mettent d'accord sur l'exposé de leur différend et déposent la requête au greffe. Elle peut être l'occasion pour les parties d'user de la faculté prévue par l'article 58 du Code de procédure civile selon lequel, « *lorsque cette faculté leur est ouverte par l'article 12, les parties peuvent, si elles ne l'ont déjà fait depuis la naissance du litige, conférer au juge, dans la requête conjointe, mission de statuer comme amiable compositeur ou le lier par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* ».

En pratique, l'usage de la requête conjointe est rare. Lorsqu'il y a litige, les parties recourent à l'assignation et, si elles le peuvent, elles procèdent par voie de requête unilatérale.

§2.- Les effets

La demande initiale en justice « *introduit l'instance* » (art. 53, al. 2). L'introduction de l'instance entraîne des effets procéduraux (A.) et des effets substantiels (B.).

A.- LES EFFETS PROCEDURAUX

Les effets procéduraux, sont la saisine de la juridiction (1.) et l'obligation de comparaître (2.).

1.- La saisine de la juridiction

L'effet principal de la demande introductive d'instance est la saisine de la juridiction. Une fois saisi, le juge est alors contraint de rendre une décision, sauf à commettre un déni de justice[83].

L'usage est que la juridiction inscrit l'affaire sur un répertoire papier et numérique, appelé le répertoire général de la juridiction (autrement appelé le « *rôle* ») pour l'« enrôlement de l'affaire ». L'ordre chronologique d'inscription de l'affaire au rôle détermine l'ordre de traitement des affaires. Ce n'est autre que l'origine de l'expression du langage courant « passer à tour de rôle ».

Le placement de l'assignation ou le dépôt conjoint de la requête enclenche l'instruction en plusieurs étapes :

1. enrôlement du second original de l'assignation auprès du tribunal dans les quatre mois de la signification sous peine de caducité (art. 757, al. 2) ;

2. constitution des avocats du défendeur dans le délai de quinze jours à compter de l'assignation par le RPVA ou par la voie des huissiers audienciers, si l'avocat n'est pas inscrit au RPVA (art. 755) ;

3. convocation par voie de bulletin des avocats constitués à la conférence du président ;

4. désignation du juge de la mise en état (devant le tribunal judiciaire uniquement).

Une fois que l'affaire est enrôlée, elle est distribuée par le greffe à l'un des magistrats de la juridiction ou l'une de ses chambres si la formation de jugement est collégiale. Cette décision est une mesure d'administration judiciaire qui est, par conséquent, insusceptible de recours.

2.- L'obligation de comparaître

La demande initiale fait naître l'instance, ce dont il découle une première obligation procédurale pour le défendeur, celle de comparaître lors de la première audience (celle indiquée dans l'assignation ou celle que fixera le greffe de la juridiction saisie par voie de requête). Le défendeur bénéficie d'un délai d'attente (un délai en sa faveur par opposition

[83] Art. L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire ; Art. 4 du Code civil

à un délai de rigueur) qui impose de lui laisser au minimum 15 jours pour comparaitre. Lorsque la représentation est obligatoire, la comparution du défendeur se fera par une constitution d'avocat, ce qui consiste pour ce dernier à se manifester auprès de la juridiction et de la partie demanderesse en tant que conseil de la partie défenderesse.

La première audience sert généralement à vérifier que toutes les parties sont constituées si la représentation est obligatoire et à faire le point sur l'état de la procédure (communications, nature du litige, calendrier).

Si le défendeur ne comparait pas ou encore s'il ne constitue pas avocat, alors que la représentation est obligatoire, cette situation constitue un incident de l'instance dont on verra (section 5) qu'en principe, il n'empêche pas d'obtenir une décision sur le fond.

B.- LES EFFETS SUBSTANTIELS

La demande en justice produit également des effets substantiels (sur le fond du droit). Ils ont pour objectif de conserver les droits qui constituent la matière du litige afin que le temps du procès ne porte pas atteinte à leur intégrité. Cet objectif est atteint par deux mécanismes.

La demande introductive d'instance interrompt la prescription jusqu'à extinction de l'instance[84], quand bien même l'assignation serait délivrée devant une juridiction incompétente[85] et quand bien même elle serait entachée d'une irrégularité, de forme, comme de fond[86] (art. 2241 du code civil). L'absence de distinction en jurisprudence est assez inattendue, dès lors que dans l'esprit du législateur de 2008, seules les nullités de forme étaient visées. Néanmoins, il convient de préciser qu'une assignation caduque[87] ou déclarée irrecevable[88] sera réputée ne pas avoir interrompu le délai de prescription.

L'interruption de la prescription court à partir du jour de la demande en justice. Mais, l'effet interruptif de la prescription risque de ne jamais démarrer pèse sur si la demande en justice n'est pas notifiée au défendeur ou enrôlée[89].

[84] Art. 2242, Code civil
[85] V. Ch. Mixte. 24 novembre 2006 (n° 04-18.610) pour la reconnaissance d'une applicabilité à tous les cas d'incompétence, limitée toutefois aux hypothèses exclusives de toute mauvaise foi (Civ. 2, 16 décembre 2004, n°02-20.364)
[86] Civ. 3, 11 mars 2015, n°14-15.198, Publié au bulletin
[87] Ass. Plén., 3 avril 1987, n°86-11.536

[88] Com., 26 janvier 2016 n°14-17.952
[89] S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, coll. *Nouvelle Bibliothèque De Thèses*, 2002, p. 72

Pour de plus amples développements sur les nullités pour vice de forme et de fond, se rapporter aux développements sur « Les règles communes à l'ensemble des mesures d'instruction » (voir *infra*).

De plus, nous noterons qu'il existe une divergence entre les deuxième et troisième chambres civiles de la Cour de cassation quant à l'opposabilité de cette interruption (la première se positionnant en faveur d'une opposabilité *erga omnes*[90] et la seconde en faveur de l'effet relatif[91] d'une telle interruption).

La demande introductive d'instance fait courir les intérêts moratoires, au taux légal fixé par décret car la demande introductive d'instance opère mise en demeure.

SECTION 2 – L'INSTRUCTION DU LITIGE

L'instruction du litige comporte deux phases. La première phase dite de liaison de l'instance, ou *limen litis*, ne dure qu'un instant de raison (§1.). La seconde phase, dite de mise en état (sous-entendu, d'être jugée) a une durée qui varie en fonction du degré de complexité de l'affaire (§2.).

§1. La liaison de l'instance

La liaison de l'instance, ou *limen litis*, se réalise dès l'instant où le défendeur conclut pour la première fois sur le fond du litige. Celui-ci doit déposer ses conclusions pour que se produise la liaison de l'instance. Elle emporte deux effets procéduraux.

D'abord, la liaison de l'instance marque le *terme d'un délai de procédure* à l'issue duquel les exceptions de procédure des articles 73 du Code de procédure civile ne pourront plus être soulevées. Pour rappel, selon l'article 73 CPC, « constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours ». Ainsi, les exceptions qui portent sur la compétence de la juridiction saisie ou sur la régularité de la procédure, par exemple sur la régularité de l'assignation, ne pourront plus être soulevées après le *limen litis*. C'est pourquoi, on dit que les exceptions de procédure doivent être soulevées « *in limine litis* », soit dès les premières conclusions. En pratique, la partie qui souhaite contester la régularité ou la compétence

[90] Civ. 2, 3 septembre 2009, n°08-18.068
[91] Civ. 3, 4 juin 1998, n°96-17.283

dans ses premières conclusions doit soulever l'exception dès le début de ses conclusions, et ce, « *à titre préalable et principal* ».

Article 74, al. 1, Code de procédure civile

Les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public.

Ensuite, la liaison de l'instance scelle la *bilatéralisation de l'instance*. On peut alors dire de l'instance qu'elle devient *le lien juridique d'instance*. L'instance est une situation juridique qui oblige à la fois le demandeur et le défendeur et ce dès qu'elle est introduite par la demande initiale. Cependant, tant que le défendeur ne conclut pas, celui-ci est n'est obligé qu'à comparaître et à ce moment, l'instance reste une situation juridique unilatérale. Lorsque le défendeur conclut, l'instance se lie entre les parties et la situation juridique devient bilatérale. La conséquence pratique est qu'une fois l'instance liée, le demandeur ne pourra plus mettre un terme à la procédure sans obtenir l'accord du défendeur.

On disait autrefois que la bilatéralisation de l'instance faisait naître un contrat judiciaire[92] (Civ. 2, 16 mai 1990, n°89-13941, *Publié au Bulletin*). Le contrat judiciaire est un accord de volonté entre des parties opposées. Cette qualification de contrat judiciaire avait pour but de montrer que les parties se mettaient d'accord pour que le juge tranche le litige. Le dépôt des conclusions par le défendeur étant alors la manifestation de volonté de celui-ci de vouloir conclure le contrat. Cette formule n'est plus guère retenue et, de fait, il n'y a pas vraiment d'accord de volontés entre le demandeur et le défendeur. Il reste qu'à partir du moment où le défendeur conclut sur le fond, *tout se passe comme si les parties s'engageaient mutuellement à ce que l'instance aille à son terme* et qu'elle s'achève par un jugement sur le fond. Le demandeur et le défendeur sont donc en droit d'exiger du juge qu'il rende une décision sur le fond du litige. Le demandeur naturellement qui n'a en quelque sorte pas à souffrir des diligences insuffisantes du défendeur. Mais le défendeur également. Ainsi, lorsque le demandeur ne mène plus aucune diligence, notamment parce qu'il a formé une demande initiale dans le seul but d'intimider la partie adverse, le défendeur peut, une fois l'instance liée, exiger du juge une décision sur le fond (art. 469, CPC).

Article 469, Code de procédure civile

[92] H. GLASSON, A. TISSIER et R. MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, t.2, Sirey, 1926, p. 374

Si, après avoir comparu, l'une des parties s'abstient d'accomplir les actes de la procédure dans les délais requis, le juge statue par jugement contradictoire au vu des éléments dont il dispose.

Le défendeur peut cependant demander au juge de déclarer la citation caduque.

Le demandeur ne peut pas non plus décider seul de renoncer à l'instance. Il doit obtenir l'accord du défendeur s'il entend, selon l'expression consacrée, se désister de l'instance. Comme en dispose l'article 395 CPC, le *désistement d'instance* « *n'est parfait que par l'acceptation du défendeur* » dès lors que le défendeur a présenté une « *défense au fond ou fin de non-recevoir* ». D'un point de vue pratique, il est normal d'exiger l'accord du défendeur car le désistement d'instance n'empêche pas à lui seul le demandeur de renouveler ultérieurement l'introduction d'une instance pour le même litige. Le défendeur reste donc exposé à une nouvelle procédure. Pour que le désistement d'instance empêche un renouvellement ultérieur de l'instance, il faut qu'il s'accompagne d'un désistement d'action, c'est-à-dire une renonciation par le demandeur à son droit d'agir en justice. Si donc le demandeur ne renonce qu'à l'instance, se réservant le droit d'agir à nouveau, il est normal qu'il demande l'accord du défendeur.

§2. La mise en état

La mise en état est la phase au cours de laquelle le litige est instruit pour en permettre *in fine* le jugement le plus éclairé possible. Sa durée varie en fonction du degré de complexité de l'affaire. Dans les dossiers difficiles, elle peut durer jusqu'à deux années.

En matière civile, la mise en état du litige est principalement le fait des parties. C'est soit dit en passant ce qui fait toute la différence entre le procès civil et le procès pénal et ce qui permet de dire que la procédure civile reste en pratique très largement accusatoire. Pour rappel, est accusatoire la procédure dans laquelle « *les parties ont, à titre exclusif ou au moins principal, l'initiative de l'instance, de son déroulement et de son instruction* »[93]. Par opposition, est inquisitoire la procédure dans laquelle « *toute initiative vient du juge : l'introduction de l'instance (saisine d'office), la direction du procès, la recherche des faits et la réunion des éléments de preuve* »[94].

Cette distinction entre procès civil et procès pénal, fondée sur la caractère inquisitoire ou accusatoire, est cependant contestée par certains auteurs qui estiment essentiel de mettre en avant certaines similitudes procédurales[95]. Comme le soulignaient G. Cornu et J.

[93] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12e ed. Puf, 2018, p.16
[94] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12e ed. Puf, 2018, p. 553
[95] E. VERGES, « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007. 1441

Foyer[96], « *sur le faux dilemme accusatorial – inquisitorial pèse la malédiction des mots. Accusatoire est aussi peu expressif que possible, et inquisitorial l'est trop, et c'est vraiment trop facile de fabriquer de l'odieux avec un mot : qui voudrait être fasciste, raciste, inquisitorial ?* ». Les catégories accusatoires et inquisitoires n'existent jamais à l'état pur mais permettent de dessiner des tendances procédurales. Il n'en demeure pas moins qu'« *aucune procédure ne peut être la chose des seules parties ou la chose du seul juge; tout procès est par principe la chose des parties et la chose du juge* »[97].

Durant cette phase, les parties instruisent le litige essentiellement en s'échangeant leurs écritures, accompagnées des pièces, dont la liste est fournie dans un document usuellement appelé « bordereau de communication des pièces », Elle s'achève lorsque la formation de jugement (en pratique, un de ses membres désignés) considère que l'affaire est suffisamment instruite, « en l'état » d'être jugée, ce qui se déduit du fait que les échanges n'apportent plus d'éléments nouveaux au dossier. En d'autres termes, dans un langage plus courant, « quand on se répète, c'est qu'on a tout dit ».

Les règles d'organisation de la mise en état varient d'une juridiction à l'autre, mais il est en quelque sorte un modèle commun d'organisation. Peu ou prou, il est toujours un juge (devant le tribunal judiciaire, par ex., on l'appelle le juge de la mise en état) pour exercer un certain contrôle de la mise en état. Son rôle est de donner des *délais* successifs à chacune des parties séparément pour déposer leurs écritures. Une autre méthode donne plus de visibilité aux parties par la fixation d'un « calendrier de procédure ». Les deux dispositifs peuvent être utilisés successivement. Dans un premier temps, le juge fixe des délais successifs, pour un premier échange de conclusions, puis détermine un calendrier de procédure.

Durant cette phase, le rôle du juge est aussi de veiller au respect de la *contradiction* et au bon échange des écritures et des pièces. En pratique, dans la mesure où les communications se font par la voie électronique du Réseau Privé Virtuel des Avocats (RPVA), l'ajout de conclusions et de pièces sur le réseau virtuel emporte à la fois production à l'égard de la juridiction saisie, mais également communication à la partie adverse. Cela n'empêche pas les incidents de communication, au moins pour ce qui concerne les pièces. Les avocats versent sur le réseau numérique les conclusions et le bordereau des pièces communiquées. A partir du moment où une pièce est listée sur le

[96] G. Cornu et J. Foyer, Préface aux Ecrits de procédure civile de H. Motulsky, Dalloz, 1999. V. aussi, L. Primot, Le concept d'inquisitoire en procédure pénale. Représentations, fondements et définition, préf. J.-H Robert, LGDJ, 2010, spéc. nº nº814 p 467 inquisitoire et accusatoire «*bien qu'ils constituent aujourd'hui les deux concepts principaux de classification des contentieux, ne présentent pas les qualités requises: leurs fondements sont à tout point de vue flous et leur maniabilité peu satisfaisante. Ils traduisent l'incapacité dont fait preuve la doctrine à proposer une réflexion cohérente en la matière; une doctrine qui apparaît comme prisonnière de représentations de l'inquisitoire et de l'accusatoire enfermées dans un imaginaire fantasmatique totalement coupé des connaissances historiques relatives à la matière et comme perdue dans des incertitudes épistémologiques qui l'empêchent de penser dans son ensemble les questions de conceptualisation des contentieux ainsi que la réforme de la justice*».

[97] L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, Théorie générale du procès, PUF, coll. Thémis, spéc. n. p.

bordereau, elle est réputée avoir été communiquée. Le bordereau récapitule en effet les pièces communiquées et joue le rôle de preuve de la communication des pièces. Cependant, les pièces ne sont pas versées sur le RPVA de sorte qu'il peut arriver qu'une pièce mentionnée sur le bordereau n'ait pas été communiquée à la partie adverse. Celle-ci formulera alors utilement un incident de communication sur lequel, à défaut de régularisation le juge pourra être appelé à se prononcer, sauf à considérer que la pièce en question est demeurée hors débat.

Le juge peut aller au-delà de son rôle d'organisation de la procédure de mise en état en ordonnant des mesures d'instruction.

Article 144, Code de procédure civile

Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer.

Il existe différents types de mesures d'instruction auquel le juge peut avoir recours (A.). Elles partagent des règles communes à leur mise en œuvre (B.).

A.- PANORAMA DES MESURES D'INSTRUCTION

Parmi les mesures d'instruction, certaines sont conduites par le magistrat qui les ordonne (1.) alors que d'autres nécessitent l'intervention d'un technicien (2.).

1.- Sans l'aide d'un technicien

Si le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer, il peut recourir à trois mesures différentes : la vérification personnelle, la comparution personnelle et le témoignage.

a.- La vérification personnelle

La mesure est bien décrite par l'article 179 du CPC :

> « *Le juge peut, afin de les vérifier lui-même, prendre en toute matière une connaissance personnelle des faits litigieux, les parties présentes ou appelées.*
>
> *Il procède aux constatations, évaluations, appréciations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires, en se transportant si besoin est sur les lieux.* »

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

Le juge peut ainsi décider, en informant préalablement les parties, de se déplacer sur les lieux du litige et réaliser une vérification personnelle. Par exemple, il peut être utile pour un accident de la circulation donnant lieu à procès, de se rendre sur les lieux de l'accident. Toutefois, la mesure est peu fréquente en pratique.

Attention, le juge ne peut pas se prévaloir de sa « connaissance personnelle » (voir *supra*). S'il veut prendre personnellement connaissance des circonstances du litige, il doit donc passer par le prononcé de la mesure de vérification personnelle et ne peut agir à sa seule initiative et à l'insu des parties.

b.- La comparution personnelle

Les articles 184 à 198 du CPC sont consacrés à la comparution personnelle des parties.

Le juge peut également ordonner une mesure d'instruction par laquelle il appelle directement les parties à la barre pour les interroger. La comparution personnelle permet d'établir un lien direct entre le juge et les parties. On compte que la solennité du tribunal dissuade celles-ci de mentir. Seul le juge peut poser des questions aux parties et leurs avocats ne sont pas habilités à en faire de même. La comparution personnelle se distingue ainsi du mécanisme américain d' « examination » et de « cross examination ». En droit américain, les avocats disposent du pouvoir d'interroger les parties. Les avocats ont pour rôle de prendre parti et d'éclairer le juge pour assurer la défense de leur client. Pour y parvenir, ils utilisent le mécanisme d' « examination » et de « cross examination » qui permet de souligner des éléments des faits ou de faire apparaître des contradictions. En pratique, une partie interrogée par son avocat (« examination »), puis elle est interrogée par l'avocat de la partie adverse. Cette phase de « cross examination » permet alors de tester la crédibilité de la déclaration faite par une partie accompagnée par son avocat. La comparution personnelle étant diligentée en France par le juge lui-même, le mécanisme d' « examination » et de « cross examination » n'a pas vocation à être introduit en droit français ; sauf à décentraliser le pouvoir du juge d'être à l'initiative à la fois de la mesure d'instruction et des questions qui devront être posées aux personnes auditionnées.

En pratique, sauf en matière d'état des personnes, la comparution personnelle reste peu fréquente.

c.- Le témoignage

Le juge peut aussi avoir recours au témoignage (articles 199 et s., CPC). Il peut prendre une forme orale, par la voie de l'enquête (v. les différentes formes d'enquête : enquête ordinaire, enquête sur le champ que l'on trouve aux articles 204 et suivants CPC), ou une

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

forme écrite et il s'agira alors d'une « attestation ». Celle-ci doit respecter les prescriptions de forme prévues par l'article 202 du Code de procédure civile. Si les attestations sont fréquentes, en pratique, il faut bien mesurer que ce sont de fausses mesures d'instruction. Le juge n'intervient pas puisqu'elles sont recueillies directement par les parties à la demande des avocats. Ce sont les avocats qui produisent les attestations et non le juge qui s'inquiète de les recueillir.

Article 202, Code de procédure civil

L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés.

Elle mentionne les nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession de son auteur ainsi que, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles.

Elle indique en outre qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales.

L'attestation est écrite, datée et signée de la main de son auteur. Celui-ci doit lui annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature.

Le code de procédure civile encadre la procédure relative aux témoignages concernant la désignation des témoins[98] mais aussi leur convocation[99].

2.- Avec l'aide d'un technicien

Le juge peut s'appuyer sur les compétences d'un technicien pour réaliser des mesures d'instruction.

a.- La constatation

Les constatations sont prévues aux articles 249 à 255 du CPC.

Le juge missionne un tiers, généralement un huissier, aux fins de faire des constatations. Par exemple, dans un litige commercial, le juge missionne un huissier afin qu'il prenne

[98] Articles 223 et 224 CPC
[99] Articles 228 à 230 CPC

connaissance du contenu de documents dont la trace se trouve se trouve dans le disque dur d'un ordinateur de l'une des parties adverses et qu'il en fasse restitution.

b.- Les consultations

La consultation est régie par les articles 256 à 262 CPC.

Article 256, Code de procédure civile

Lorsqu'une question purement technique ne requiert pas d'investigations complexes, le juge peut charger la personne qu'il commet de lui fournir une simple consultation.

Les consultations, à la différence des constatations, font intervenir un tiers qui est missionné pour livrer son analyse de faits qu'il constate lui-même ou qui lui sont soumis. Le recours à la consultation est pertinent dans les hypothèses où le technicien peut faire son travail seul sans se rendre sur les lieux, ni consulter les parties. C'est le cas, par exemple, pour une traduction ou l'analyse d'un bilan comptable.

c.- L'expertise

L'expertise est prévue aux articles 263 à 284-1 du Code de procédure civile.

La mesure d'instruction la plus lourde prévue par le Code de procédure civile et en même temps la plus fréquemment ordonnée est l'expertise. Dès que le litige présente une technicité à laquelle le juge ne peut pas accéder, il y aura nomination d'un expert. Il peut se faire d'ailleurs aider de ce qu'on appelle un sapiteur, c'est-à-dire un autre expert qui l'assiste dans l'exercice d'une partie de sa mission.

Aux termes de l'article 263 CPC, « *l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge* ».

Observations sur l'expertise. – Deux conceptions de l'expertise et du rôle de l'expert sont possibles. On peut considérer que l'expert est un prestataire des parties, qu'il revient à chaque partie de solliciter le sien, à charge pour le juge d'apprécier laquelle des deux expertises est la plus crédible, après appel à la barre de experts pour être soumis à « examination » et « cross examination ». Ce système est schématiquement celui de la *common law* et se pratique en matière d'arbitrage. Dans la conception judiciaire française,

l'expert est considéré comme un auxiliaire de justice et en conséquence, il est choisi et missionné par le juge pour l'éclairer sur les aspects techniques du litige.

En réalité, aucun système n'est franchement meilleur que l'autre. Le système français a probablement l'avantage d'être moins couteux puisque le montant de l'expertise sera également réparti sur les épaules de chacune des parties. A l'inverse, dans le système français, l'inconvénient est qu'il n'y a un seul expert judiciaire. S'il est indépendant, pour être nommé par le juge, il est parfois peu sensible à la contradiction des parties. Sa relative solitude peut en quelque sorte l'égarer. Dans le système de la *common law*, les experts sont choisis par les parties et l'on peut douter de leur indépendance. Il reste qu'à rendre des conclusions partiales, ils affaibliraient leur expertise et perdraient en crédibilité. En pratique, ils rendent des conclusions souvent différentes, mais dans des proportions qui restent raisonnables.

Cependant, les deux systèmes ne sont pas étanches et en réalité, les deux approches sont souvent conjuguées. En France, le juge peut solliciter une expertise de l'expert judiciaire mais une partie peut également solliciter ce qu'on appelle une expertise amiable, conduite par un expert missionné par elle et rémunéré à ses frais. Le juge en prendra nécessairement connaissance et cette expertise aura le mérite de lui permettre de compléter son appréciation de la qualité du travail de l'expert judiciaire.

Article 234, Code de procédure civile

Les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges. S'il s'agit d'une personne morale, la récusation peut viser tant la personne morale elle-même que la ou les personnes physiques agréées par le juge.

La partie qui entend récuser le technicien doit le faire devant le juge qui l'a commis ou devant le juge chargé du contrôle avant le début des opérations ou dès la révélation de la cause de la récusation.

Si le technicien s'estime récusable, il doit immédiatement le déclarer au juge qui l'a commis ou au juge chargé du contrôle.

Article 237, Code de procédure civile

Le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité.

Il faut retenir que :

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

- *L'expert est auxiliaire du juge*. L'expert est donc soumis aux mêmes exigences d'indépendance et d'impartialité que ce dernier.

  La Cour de cassation a notamment réaffirmé ces exigences en se fondant sur l'article 6§1 de la Convention EDH[100]. L'obligation d'indépendance suppose que l'expert ne soit pas soumis à l'influence d'une autre personne. En ce sens, la Cour de cassation a pu retenir que le fait qu'un « candidat à l'inscription sur la liste des experts ait déjà réalisé certaines missions pour des compagnies d'assurance n'était pas contraire à l'exigence d'indépendance nécessaire à la mission d'expert »[101]. L'appréciation que fait le juge de l'indépendance de l'expert est toutefois critiquée par certains auteurs[102] tels que X. Puel, selon lequel « *outre les éventuels liens de subordination ou de dépendance économique, devraient sans doute également être prises en compte les conditions concrètes d'intervention afin de préserver, également, l'impartialité des intervenants judiciaires* ».

  En plus de son obligation d'indépendance vis-à-vis des parties, l'expert est tenu de rester impartial vis-à-vis des faits. La jurisprudence traite d'ailleurs parfois les deux exigences de front comme en témoigne un arrêt de la deuxième chambre civile, rendu le 22 juin 2014[103]: le fait d'être le conjoint d'un avocat exerçant dans le même ressort n'est pas en soi une situation incompatible avec l'indépendance et l'impartialité nécessaires à l'exercice de missions d'expertise.

  L'impartialité nécessite alors l'absence de parti pris ou de préjugé de la part de l'expert. Comme l'écrit le Président Puel, « *le principe d'impartialité s'impose avec une parfaite symétrie au juge et à l'expert* »[104].

Et puisqu'il conduit sa mission en quelque sorte aux lieu et place du juge, l'expert a pour obligation, comme le juge, de respecter le principe du contradictoire. Les parties doivent également respecter le contradictoire durant l'expertise en communiquant à l'autre partie les documents transmis à l'expert. Les observations qu'une partie adresse à l'expert s'appelle un « dire ».

[100] Com. 28 avril 2004, n°02-20.330, publié au bulletin
[101] Civ. 2, 27 juin 2013, n°12-60.608, publié au bulletin
[102] A. RENELIER, « L'indépendance des experts judiciaires : entre utopie et pragmatisme », *Gaz. Pal.* n°173, 22 juin 2013
[103] Civ. 2, 22 juin 2014, n°14-10.990, *Publié au Bulletin*
[104] X. PUEL, « L'impartialité objective de l'expert au regard de son activité professionnelle », *JCP G* n°25, 23 juin 2014, p.735

- *L'expert tient sa légitimité du juge*. Puisqu'il est nommé par le juge, la mission de l'expert est circonscrite par le juge et l'expert ne peut étendre de lui-même sa mission. S'il veut étendre sa mission, il doit demander une extension de mission au juge (art. 232 et 238, CPC). De plus, conformément aux termes de l'article 233 du même code, l'expert est tenu d'exécuter personnellement la mission que le juge lui a confiée. Si l'expert a besoin d'un sapiteur ou de plusieurs, il doit en demander l'autorisation au juge. Toujours dans l'esprit que l'expert tient sa légitimité du juge, l'article 248 du Code de procédure civile prévoit que la rémunération de l'expert est fixée par le juge.
-

Article 232, Code de procédure civile

Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien.

- *L'expert est un « assistant » du juge*. L'expert ne peut pas empiéter sur les missions du juge. En principe, tel qu'il en résulte de la lettre de l'article 238 du Code de procédure civile, l'expert ne peut pas se prononcer sur les aspects juridiques du litige. L'expert ne se prononce que sur le fait et son avis ne lie pas le juge (article 246, CPC). Il ne peut ni se voir conférer de pouvoir juridictionnel, ni être chargé de tenter de concilier les parties (art. 240, CPC).

  En ce sens, la Cour de cassation a pu retenir que « le juge ne pouvait pas déléguer son pouvoir de juger à l'expert puisque celui-ci ne peut recourir à une mesure d'expertise que pour s'éclairer sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien ». En l'espèce, le juge avait demandé à l'expert de déterminer si le défendeur était redevable de la somme qui lui était demandée[105].

B.- LES REGLES COMMUNES A L'ENSEMBLE DES MESURES D'INSTRUCTION

Il existe un certain nombre de règles communes à l'ensemble des différentes mesures d'instruction.

La mesure d'instruction doit être *prononcée*, ce qui suppose que le juge rende une décision avant dire droit. Par exemple, avant même que le juge ne se prononce sur le principe de responsabilité, il peut ordonner une mesure d'expertise en rendant une décision avant dire droit.

[105] Civ. 1, 8 janvier 1989, n°78-14.956, publié au bulletin

L'exécution de la mesure d'instruction impose le respect d'un principe de coopération et du principe du contradictoire.

- Le respect du principe de coopération qui s'impose aux parties au cours des mesures d'instruction est désormais un des principes directeurs du procès civil. Celui-ci « *est devenu la chose commune des parties et du juge* »[106]. Le principe de coopération exprime ainsi l'idée que, si les parties ont une maîtrise importante du procès civil, les prérogatives du juge s'accroissent de manière non négligeable, notamment au travers des mesures d'instruction qu'il peut ordonner. Par exemple, les parties sont tenues de répondre aux demandes et sollicitations du technicien lorsqu'elles sont nécessaires à la mise en œuvre de la mesure d'instruction
- Le principe du contradictoire doit également être respecté. Par exemple, lors d'une expertise, l'expert doit indiquer les dates de réunion et inviter l'ensemble des parties à y assister. Le principe du contradictoire consiste à faire participer l'ensemble des parties au débat, c'est également un principe directeur du procès. Il implique donc que l'expert invite les parties à assister à ses expertises. Le respect de ce principe va permettre d'éviter les questions relatives à l'impartialité de l'expert.

En cas *d'irrégularité*, l'article 175 du Code de procédure civile dispose que la nullité des mesures d'instruction est soumise aux dispositions relatives aux nullités des actes de procédure.

La nullité des actes de procédure

La nullité des actes de procédure repose sur une distinction entre les irrégularités de fond, pour défaut de capacité ou de pouvoir des parties ou de leurs représentants, et les irrégularités de forme qui sont soumises à un régime très restrictif. Pour éviter que l'irrégularité ne soit utilisée à des fins dilatoires, elle doit être soulevée dès qu'elle apparaît, soit dans les premières conclusions qui suivent l'apparition de la nullité. Ensuite, l'irrégularité n'est sanctionnée par une nullité que si cette sanction est prévue par un texte. Pour finir, il faut montrer que l'irrégularité de forme a porté un préjudice au destinataire de l'acte (« pas de nullité sans grief »). Il faut montrer un préjudice qui corresponde à l'absence d'obtention du résultat auquel état censé parvenir le respect de l'exigence de forme.

Par exemple, une société qui agit en justice est désignée, non par son propre nom et mais par sa marque commerciale (son enseigne). Le demandeur s'identifie mal. La conséquence pour la partie défenderesse peut être qu'il est alors difficile pour

[106] L. CHAMPAIN, « L'instance », *Fiche pratique n°3364*, Lexis Nexis, 12 février 2019

elle d'identifier son adversaire. Tel est le grief qui peut être utilement dénoncé pour obtenir la nullité de l'assignation. Il reste qu'en pratique, le défendeur identifiera le plus souvent très bien qui est le demandeur et la preuve de la réalité du grief ne sera pas rapportée. La nullité de forme ne sera donc pas prononcée.

L'application de ces règles aux mesures d'instruction peut conduire à des résultats surprenants. On sait que pour les actes de procédure, la Cour de cassation a réduit les hypothèses de nullité de fond en disant que seuls les défauts de capacité et de pouvoir des parties ou de leurs représentants étaient susceptibles d'entrainer la reconnaissance d'une irrégularité de l'acte pour vice de fond. Tout ce qui n'entre pas dans cette catégorie est reversé dans la catégorie résiduelle des nullités de forme. Appliqué aux mesures d'instruction, il est difficile de concevoir ce que pourrait être une nullité de fond (défaut de capacité et de pouvoir d'un expert ? situation plus qu'improbable). Par conséquent, les manquements aux exigences de la contradiction sont traités comme des irrégularités de forme. Aujourd'hui, le défaut de contradiction au cours d'une expertise est ainsi considéré comme une irrégularité de forme comme l'illustre l'arrêt de la deuxième chambre civile du 21 mars 2013 (n°12-16.995) rendu à propos d'un sapiteur. Ainsi, la Cour de cassation a pu juger que « *l'absence de transmission aux parties des conclusions du sapiteur, par l'expert, préalablement au dépôt de son rapport, constitue l'inobservation d'une formalité substantielle sanctionnée par une nullité pour vice de forme, qui ne peut être prononcée qu'à charge pour celui qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité* ». Cet attendu a ensuite été repris plus récemment par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 29 mars 2017[107] à propos d'une affaire où l'expert lui-même, et non son sapiteur, avait méconnu le principe du contradictoire : « *attendu que les irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile, qui renvoient aux règles régissant les nullités des actes de procédure ; que l'absence de communication aux parties de résultats d'investigations techniques, auxquelles l'expert a procédé, hors la présence des parties, avant la communication du rapport, constitue l'inobservation d'une formalité substantielle, sanctionnée par une nullité pour vice de forme, qui ne peut être prononcée qu'à charge pour celui qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité* ».

En pratique, les irrégularités les plus fréquentes sont des manquements au contradictoire. Même si un juge prononce la nullité pour méconnaissance du contradictoire, la Cour de cassation juge en vertu d'une jurisprudence constante que la mesure d'instruction annulée fait encore partie du débat (voir notamment : Com., 6 octobre 2009, n°08-15.154). L'expertise est bel et bien annulée mais demeure dans le débat. Elle pourra servir d'élément de preuve pour le juge sans qu'il ne puisse fonder sa décision uniquement sur l'expertise annulée. Lorsqu'il y a une expertise, il est fréquent que les parties aient sollicité

[107] Civ. 1, 29 mars 2017, n°16-14.927

un expert amiable. Si les juges constatent une proximité entre expertise annulée et expertise amiable, il pourra prendre appui sur l'expertise amiable pour prendre sa décision (Civ. 2ème, 23 oct. 2003 ; n°01-15.416 ; confirmant une solution adoptée par Civ. 1, 11 déc. 1979, Bull., I, n° 315).

De même, la Cour de cassation décide que les éléments d'un rapport d'expertise déposé au cours d'une instance, fût-elle atteinte par la péremption, peuvent être retenus à titre de renseignements et utilisés comme tels par le nouvel expert auquel il ne saurait être fait grief de ne pas avoir accompli personnellement sa mission (Civ. 2, 7 nov. 2002 ; n° 01.03.352, Procédures, 2003, comm.5, R. Perrot, confirmant Civ. 2, 21 avr. 1982, Bull., II, n° 60). Enfin, selon le troisième chambre civile (5 mars 2003, n° 00.21.931, Procédures 2003, comm. 110, R. Perrot), les juges du fond sont en droit de s'approprier l'avis de l'expert, même si celui-ci a excédé sa mission, lorsque le principe de la contradiction a été respecté.

SECTION 3 – LES DEBATS

Les débats suivent la mise en état lorsque celle-ci est parvenue à son terme. Ils sont régis par les articles 430 à 446 du Code de procédure civile. Après les échanges écrits, vient le temps des plaidoiries.

§1. Les principes

Les débats sont gouvernés par deux principes que sont l'oralité (A.) et la publicité (B.).

A.- L'ORALITE

Les débats, les plaidoiries, sont l'occasion d'un échange verbal entre les conseils des parties. Après la mise en état, essentiellement écrite, le Code de procédure civile pose dans ses dispositions générales (art. 430 à 446, CPC), que « *les débats ont lieu au jour et, dans la mesure où le déroulement de l'audience le permet, à l'heure préalablement fixés selon les modalités propres à chaque juridiction* » (art. 432, CPC). Dans la pratique, on dit que l'affaire doit être « audiencée ».

> Les débats sont considérés ouverts lorsque le demandeur ou le juge rapporteur prend la parole[108]. L'ouverture des débats est primordiale et emporte plusieurs conséquences. Tout d'abord, à

[108] TI Nancy, 11 août 1983 : Gaz. Pal. 1983, 1, p. 425 ; RTD civ. 1984, p. 164, R. Perrot

> partir de ce moment, la composition du tribunal est figée (art. 432, al 2, CPC). Ensuite, l'ouverture des débats entraine le dessaisissement du juge de la mise en état lorsqu'il a été désigné pour instruire l'affaire. Enfin, à partir de ce moment, l'instance ne peut plus faire l'objet d'une interruption (art. 371, CPC).

Les procédures orales sont depuis longtemps contestées[109] et l'oralité des débats, plus particulièrement encore, fait l'objet de critiques. Il est exposé, souvent par les magistrats, qu'ils ne sont qu'une vaine répétition des écritures et qu'ils apportent peu à la compréhension du litige. Il est certain que cette opinion est aujourd'hui partagée par les pouvoirs publics. Depuis l'ordonnance du n° 2019-964 du 18 septembre 2019, il est disposé à l'article L. 212-5-1 du C.O.J. que « *devant le tribunal judiciaire, la procédure peut, à l'initiative des parties lorsqu'elles en sont expressément d'accord, se dérouler sans audience. En ce cas, elle est exclusivement écrite*. ». Ce n'est pas une disposition applicable devant toutes les juridictions, mais elle concerne, de fait, la plus emblématique des juridictions civiles de première instance.

Il est vrai que certaines audiences sont sans doute moins stimulantes que d'autres. Il n'en reste pas moins que, bien conduite, elle présente une triple vertu. D'abord, l'oralité des débats a une vertu *pédagogique* puisqu'elle permet aux parties d'expliciter à l'oral des éléments dont la teneur est difficile à retranscrire à travers l'écrit. Il y a des choses qui se disent mieux qu'elles ne s'écrivent et l'oralité permet souvent de faire apparaître l'équité de la solution défendue, au-delà de la seule technique juridique. De plus, si l'audience est interactive, c'est-à-dire si le juge prend l'initiative de poser des questions, elle permet utilement de lever les incompréhensions que laisse subsister l'écrit. Ensuite, l'oralité est *la garantie d'une collégialité effective*. En pratique et au cours de la mise en état un seul des membres de la formation collégiale suit l'instruction. L'usage est donc qu'il présente l'affaire à ses collègues et qu'il leur suggère (ce qui est normal puisqu'il a travaillé le dossier) une solution. La formation collégiale est naturellement tentée de retenir la solution que propose le juge ayant rapporté sur le dossier. C'est un effet naturel de la confiance que les collègues s'accordent entre eux. L'intérêt de l'audience est précisément de permettre aux conseils des parties d'attirer l'attention des deux autres magistrats qui n'ont pas suivi l'instruction dans son ensemble et de leur offrir un point de vue différent de celui que propose le juge qui rapporte. Enfin, l'oralité de débats a une fonction

[109] Par exemple, B. Travier estime que le principe d'oralité génère une insécurité procédurale (B. Travier, *Procédures orales*, coll. Dalloz Service, § 21.35 ; *adde* § 21.62 et suiv. sur *"les solutions retenues à l'étranger pour pallier l'insécurité d'un tel système"*) et des inégalités entre les plaideurs qui paraissent peu compatibles avec un procès équitable (N. Fricero, D. 2002, Somm. p. 2643).

symbolique. L'audience et la joute oratoire qu'elle peut entrainer sont destinées permettre une mise en scène du conflit à l'origine du litige. La fonction pacificatrice du procès civil, liée à la verbalisation du litige par les parties, suppose néanmoins que celle-ci restitue l'intensité du différend. Un discours juridique ne peut être qu'un robinet d'eau tiède. Les plaidoiries restituent ainsi la teneur du conflit dans un cadre judiciaire.

B.- LA PUBLICITE

Le principe de publicité (art. 432, CPC) est un principe général du droit que consacre le Conseil d'Etat[110], également la Cour Européenne des Droits de l'Homme[111]. Cette transparence est le signe que la justice n'a rien à cacher. Si la justice est impartiale et équitable, elle doit se montrer comme telle. Le principe de publicité comporte deux versants : la publicité des débats et la publicité du prononcé de la décision.

> La publicité est un principe fondamental du droit. Plusieurs fois consacrée par la jurisprudence, il se retrouve également dans des textes fondateurs tels que la Déclaration universelle des droits de l'Homme (art. 10, DUDH) prévoyant que les justiciables ont le droit à un procès public ou encore dans la Convention européenne des droits de l'Homme (art. 6-1, CEDH). Le principe de publicité trouve son fondement dans l'organisation même de notre société : la démocratie. La justice étant rendu au nom du peuple, il est nécessaire que les citoyens puissent disposer d'un droit de regard. A cet égard, Antoine Garapon souligne la place occupée par la Justice dans nos démocratie en écrivant que « *le juge fait désormais partie intégrante de la vie démocratique* »[112].

Les exceptions à la publicité de l'audience sont cependant nombreuses. Lorsque les débats ne sont pas publics, ils ont lieu, dit-on, « *en chambre du conseil* » (traditionnellement, une pièce attenante à la salle d'audience).

Certaines dérogations sont obligatoires et imposées par des textes spéciaux.

---

[110] Le Conseil d'Etat, dans un arrêt de principe, déclare que la publicité des débats est « un principe général du droit » ; il n'appartient, dès lors, qu'au législateur d'en déterminer, d'en étendre ou d'en restreindre les limites (CE, 4 oct. 1974, n°88.930, JCP éd. G 1975, II, n/ 17967).

[111] La principe a été consacré dans deux arrêts de la CEDH : CEDH, Pretto c. Italie n° 7984/77, 8 décembre 1983, et CEDH Sutter c. Suisse, 28 février 1984. Le justiciable à en principe le droit à une audience publique car cela le protège contre une justice secrète échappant au contrôle public. La transparence participe de la défense du droit à un procès équitable. Néanmoins, la publicité de l'audience n'a pas un caractère absolue : CEDH. De Tommaso c. Italie n°43395/09, 23 février 2017.

[112] Antoine Garapon, « La révolution invisible », Les Petites Affiches, 9 novembre 1998, n° 134, p. 4.

De manière générale (art. 435, CPC), le juge peut déroger au principe de publicité des débats s'il y a une atteinte à l'intimité de la vie privée, si toutes les parties le demandent ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice[113].

En outre, lorsque dans le cadre d'une instance, une partie demande au juge la communication ou la production d'une pièce dont il est allégué ou dont il a été jugé qu'elle est de nature à porter atteinte à un secret des affaires, le juge peut, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut être assurée autrement, prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis d'une personne habilitée à la représenter (art. L. 153-1, C. com.). Trois autres options sont également envisagées par l'article L. 153-1 du Code de commerce, introduit par la loi du 30 juillet 2018. Le juge peut, d'abord, décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments, en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou en restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter. Ensuite, il peut décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil. Enfin, il a la possibilité d'adapter la motivation de sa décision et les modalités de la publication de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires.

Les manquements aux règles de publicité sont sanctionnés par la nullité du jugement à intervenir, à condition que l'irrégularité soit dénoncée dès le début de l'audience et que cette dénonciation n'entraîne pas immédiatement la régularisation de la situation. En pratique, si l'audience débute en chambre du conseil ou si l'audience débute publiquement, alors que cela ne devrait pas être le cas, il faut demander que cela soit inscrit par le greffier dans le procès-verbal d'audience. C'est un moyen de préconstituer la preuve d'une éventuelle violation des règles relatives à la publicité de l'audience. L'hypothèse reste rare en pratique.

§2.- Les modalités

[113] La CEDH (CEDH. Pfeifer et Planki c. Autricher n°10802/84, 25 février 1992) admet que l'on puisse renoncer à la publicité des débats pourvu que ce soit librement, sans contrainte, de manière non équivoque, et qu'il n'en résulte pas une renonciation à un principe d'intérêt supérieur, notamment l'impartialité de la justice.

Pour qu'il y ait un débat, il faut des intervenants (A.) et une organisation du déroulé de leurs interventions (B.).

A.- LES INTERVENANTS

Les intervenants sont principalement les parties et parfois le ministère public. Ils s'expriment devant la formation de jugement.

1°) Les parties

Les parties[114] peuvent s'exprimer par observations, mais les avocats ont le monopole[115] de la plaidoirie. Il faut distinguer :

- La plaidoirie de l'avocat qui correspond à une intervention orale et récapitulative de l'ensemble du dossier, comportant un exposé des faits, des moyens et des prétentions,
- Des observations qui ne sont que des propos ponctuels sur un aspect particulier du dossier, qu'en général, les parties ne font qu'à la demande du juge lui-même.

[114] La qualité de partie désigne le statut de la personne engagée dans une instance judiciaire. En matière civile, il faut distinguer entre le demandeur à l'action, qui est l'auteur d'une prétention adressée au juge afin qu'il la dise bien ou mal fondée, et le défendeur, qui désigne la personne contre laquelle la prétention est formulée.

[115] Art. 4 de la Loi n°71-1130 du 30 décembre 1971 : « *Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit, sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* ».

En pratique, il est aussi de plus fréquent que les avocats plaident par observations en proposant à l'audience d'évoquer certains points seulement du dossier.

2°) Le ministère public

Dans un litige civil, il peut arriver que le ministère public intervienne en qualité de partie, auquel cas, il participera aux débats.

> Le ministère public est également désigné par le nom de « parquet ». Il doit sa dénomination au « petit parc » clos dans lequel se tenaient à l'audience les procureurs du roi sous l'Ancien Régime. Il est composé de l'ensemble des magistrats qui sont chargés de mettre en mouvement l'action publique, c'est-à-dire requérir l'application de la loi et de conduire l'action pénale au nom des intérêts de la société (art. 1, CPP). L'ensemble des magistrats d'un même parquet est indivisible et substituable, ce qui signifie que chacun d'entre eux peut représenter indifféremment le ministère public au cours de la procédure.

Le ministère public est le représentant de la société et son intervention dans un procès civil ne va pas de soi. En principe, le contenu d'un litige entre personnes privées, n'intéresse pas la société. Le litige n'est une préoccupation pour l'ordre social qu'en ce qu'il est la résultante d'un trouble. Il y a lieu de le régler, mais au fond et sous l'angle de l'ordre social, peu importe comment. Il n'y a donc a priori pas de raison que le ministère public, représentant de la société, y exprime son point de vue. Il est cependant des hypothèses dans lesquelles les procédures civiles dépassent le seul intérêt des parties présentes. C'est le cas lorsque la solution du litige, sans intéresser la société dans son ensemble, concerne cependant d'autres personnes que les seules parties du litige. Spécialement lorsque la décision à rendre aura une autorité absolue de la chose jugée (opposabilité *erga omnes* de la décision), le ministère public doit se faire l'écho des tiers et de leurs intérêts. En outre, il peut arriver que le litige privé intéresse directement la société, notamment lorsqu'un litige de nature civile pose des questions sociétales (par exemple, en matière de nullité du mariage[116]). Dans cette hypothèse, il est légitime que le corps social soit entendu, par la voix de son représentant naturel en procédure, le ministère public.

[116] L'annulation du mariage peut chercher à protéger l'ordre public matrimonial, et donc, l'intérêt général. Les causes sont nombreuses : la bigamie, l'inceste, l'incompétence de l'officier d'état civil ou encore le détournement de l'institution du mariage. Par exemple, le mariage est nul lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale (Civ. 1, 28 octobre 2003, n°01-12.574).

Celui-ci peut avoir la qualité de partie jointe, voire de partie principale.

Lorsque le litige intéresse les règles particulièrement impérieuses sous l'angle de l'ordre social, le ministère public prend la défense de l'ordre public (art. 423, CPC) et intervient en qualité de *partie principale*. Le ministère public est alors pleinement assimilé à une partie au litige. Il suit la mise en état, intervient à l'audience et pourra même exercer un recours si la décision ne lui paraît pas satisfaisante. Bien que la formule de l'article 423 vise assez largement « la défense de l'ordre public », il faut comprendre que dans cette acception et aux fins de définir le périmètre de l'intervention du ministère public en qualité de partie principale, cet ordre public est plus restreint que l'ordre public au sens du droit des contrats. Il doit s'agir d'un ordre public impérieux qui justifie que la société soit représentée.

Si le litige privé dépasse les intérêts des parties, sans nécessairement intéresser la société dans sa globalité, tout en posant des questions de principe qui méritent un point de vue extérieur, le ministère public peut intervenir en qualité de *partie jointe*. Il doit intervenir dans les procédures de traitements des entreprises en difficultés ou dans les affaires relatives à l'état des personnes ou si la loi dispose qu'il doit être entendu (art. 425 CPC). De plus, le ministère public peut également rendre communication de celles des autres affaires dans lesquelles il estime devoir intervenir (art. 426 CPC). On dit alors que l'affaire lui est « communicable » (art. 425, CPC) et le principal effet de la « communication » de l'affaire au ministère est que celui-ci peut à ce titre intervenir à l'audience pour donner son avis (art. 443 CPC). Il peut se contenter de le faire sous forme écrite (art. 431 CPC).

3°) Le juge

Les débats se déroulent devant la formation de jugement, définie par le Code de l'organisation judiciaire par catégorie de juridiction. En principe, une formation de jugement est une formation collégiale. Même lorsque le Code de l'organisation judiciaire prévoit une formation collégiale, il est toujours possible d'imposer aux parties que l'audience ait lieu à juge unique. Le juge ayant entendu les parties et leurs conseils rapportera la teneur des débats à la formation collégiale qui ensuite rendra la décision.

Les parties peuvent demander une audience en formation collégiale, mais ce n'est plus un droit (pour le tribunal judiciaire, v. art. R. 212-9, COJ).

B.- LE DEROULEMENT

Les débats se déroulent en trois temps.

1°) L'ouverture des débats

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

C'est par la simple affirmation du président, au début de l'audience, que « *les débats sont ouverts* » qu'il en est ainsi en pratique. L'ouverture des débats produit trois effets distincts. D'abord, l'ouverture marque le terme du délai pour dénoncer l'irrégularité de la composition d'une juridiction (art. 430 CPC). Par exemple, si une cour d'appel siège avec deux juges au lieu de trois, une fois les débats ouverts, il ne sera plus possible de soulever l'irrégularité tenant à la composition de la juridiction. Ensuite, une fois les débats ouverts, la composition de la juridiction ne peut plus varier. En cas de méconnaissance de cette règle, les débats devront recommencer (art. 432 CPC). En effet, les magistrats qui entendent les parties doivent être aussi ceux qui délibèrent et rendent le jugement (art. 447 CPC). Enfin, la déclaration d'ouverture des débats a pour conséquence que l'instance ne peut plus être interrompue (art 371 CPC). Par exemple, si une partie décède après l'ouverture des débats, l'instance ira jusqu'à son terme[117].

2°) Les prises de parole

Au commencement de l'audience, au moins en principe, un juge de la formation, généralement celui qui a suivi la mise en état du dossier, présente le litige (art. 440, CPC).

Article 440, Code de procédure civile

Le président dirige les débats. Il donne la parole au rapporteur dans le cas où un rapport doit être fait.

Le demandeur, puis le défendeur, sont ensuite invités à exposer leurs prétentions.

Lorsque la juridiction s'estime éclairée, le président fait cesser les plaidoiries ou les observations présentées par les parties pour leur défense.

La pratique est variable. Il arrive qu'il n'y ait pas de rapports. Alors que certains magistrats font un rapport succinct, d'autres développent un peu plus et demandent des observations des avocats sur tels ou tels points du dossier.

Dans l'ordre, la parole est donnée au demandeur, puis au défendeur et finalement au ministère public s'il est présent (art. 443, CPC). Le principe accusatoire du procès civil justifie cet ordre d'interventions qui est symétriquement opposé au sein du procès pénal.

Article 443, Code de procédure civile

[117] Civ 2, 4 déc. 1996, n°94-17395, *Publié au Bulletin* : « *le décès d'une partie n'interrompt l'instance, dans les cas où l'action est transmissible, que s'il survient ou est notifié avant l'ouverture des débats.* » La Cour donne alors toute sa force au principe de non-interruption de l'instance après l'ouverture des débats, à condition que l'action soit transmissible.

Le ministère public, partie jointe, a le dernier la parole.

S'il estime ne pas pouvoir prendre la parole sur-le-champ, il peut demander que son audition soit reportée à une prochaine audience.

3°) La clôture des débats

Une fois que le défendeur s'est exprimé, le juge peut prononcer la clôture du débat ou renvoyer à une nouvelle audience s'il estime que le débat n'a pas épuisé l'ensemble des questions litigieuses. Vient toujours un moment où le juge prononce la clôture des débats.

> Aux termes de l'article 450 du Code de procédure civile, la clôture des débats entraînera un jugement sur le champ (l'expression « sur le siège » est également couramment utilisée) ou renvoyé à une date ultérieure : il sera alors mis « en délibéré ».

En vertu de l'article 446 du Code de procédure civile, la clôture des débats marque le terme d'un délai de procédure pour dénoncer les causes de nullité du jugement. Il ne sera plus possible de faire valoir le changement dans la composition de la juridiction (possible s'il y a une nouvelle audience) ou la méconnaissance des règles de publicité de l'audience.

En vertu de l'article 445 du Code de procédure civile, et c'est bien son effet le plus important, la clôture des débats emporte une *cristallisation de la matière litigieuse*. La clôture des débats emporte « *prohibition des notes en délibéré* ». Cela signifie que les parties ne peuvent plus verser de notes ou de pièces au dossier, quand bien même le contenu des débats leur donnerait l'envie de réagir.

> Dans un arrêt du 15 octobre 1996[118], la Cour de cassation l'a affirmé en précisant que cette règle n'est pas contraire à l'article 6 de la CEDH relatif au droit au procès équitable. La *ratio legis* de l'article 445 du Code de procédure civile prévient toute influence déloyale de la solution du litige, par une partie, postérieurement à la clôture des débats.

Cependant, le principe connaît deux exceptions.

- Lorsque le ministère public est intervenu à l'audience, il est permis aux parties de répondre aux arguments exposés par une note en délibéré ;
- Lorsque le président demande aux parties d'en rédiger dans les cas prévus aux articles 442 et 444 du Code de procédure civile. Il peut inviter les parties à « fournir des explications de droit ou de fait qu'il estime nécessaire ou préciser ce qui paraît obscur » (art. 442 CPC). Par ailleurs, il doit rouvrir les débats

[118] Com., 15 oct. 1996, n°93-13.844

lorsqu'ayant pris l'initiative d'interroger les parties à l'audience, celles-ci, prises au dépourvu, n'ont pas été en mesure de s'expliquer (art. 444 CPC).

SECTION 4 – LE JUGEMENT (ACTE INSTRUMENTAIRE)

L'acte juridictionnel est matérialisé par un écrit. Cet acte instrumentaire est désigné comme le jugement. Il convient d'en étudier l'élaboration et les effets.

§1. L'élaboration du jugement

L'élaboration du jugement est encadré par le Code de procédure civile et les manquements à ces règles sont sanctionnés par la nullité.

A.- LES REGLES D'ELABORATION

Le jugement est élaboré en trois temps : le délibéré, la rédaction et le prononcé.

1.- Le délibéré

Le délibéré impose que tous les juges qui font partie de la formation de jugement soient présents pour délibérer (art. 447, CPC). Il est couvert par le secret des délibérés (art. 448, CPC) et se fait à la majorité des voix (art. 449, CPC). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la parité n'est pas de rigueur pour les formations de jugement. Cependant, secret du délibéré oblige, la répartition des voix n'est pas révélée lors du prononcé du jugement. Par ailleurs, ni le ministère public[119], ni le greffe[120] ne peuvent participer au délibéré sous peine de nullité des délibérations. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens en 2013[121] au visa des 3 articles du code susvisés.

2.- La rédaction

Le jugement comporte d'abord un certain nombre de mentions obligatoire détaillées à l'article 454 du Code de procédure civile :

« *Le jugement est rendu au nom du peuple français.*

[119] Civ 2e, 23 av. 1986, n°84-16872
[120] Civ 2e, 24 juin 1998, n°96-20659
[121] Com., 9 juil. 2013, n°12-22639

Il contient l'indication :

-de la juridiction dont il émane ;

-du nom des juges qui en ont délibéré ;

-de sa date ;

-du nom du représentant du ministère public s'il a assisté aux débats ;

-du nom du greffier ;

-des nom, prénoms ou dénomination des parties ainsi que de leur domicile ou siège social ;

-le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ;

- (…) »

Là encore, ce ne sont pas des choses qui s'apprennent par cœur. On les retient par imprégnation et par l'effet de la pratique. Il faut en comprendre la logique. Intuitivement, on devine qu'une juridiction qui rend un jugement doit dire qui elle est, de quels magistrats elle est composée, la date à laquelle elle se prononce, et qui est concerné par la décision rendue.

> La publicité des noms des magistrats participe est un outil nécessaire au contrôle de l'impartialité des juges par les parties. D'une part, elle permet de contrôler que le magistrat n'entretient pas des relations avec l'une des parties au litige. D'autre part, en pratique, grâce à la connaissance du nom des magistrats, les avocats pourront ajuster leurs conclusions et plaidoiries à leur auditoire. Cette coutume du « profilage des magistrats », bien que courante, a vivement été contestée sur le plan du libre accès à la justice. A l'occasion de la loi de programmation de la justice du 23 mars 2019, un avocat près la Cour de cassation avait d'ailleurs exposé ses inquiétudes dans un journal non spécialisé[122]. En conséquence, l'importance du nom des magistrats n'est pas à sous-estimer pour un avocat. Il fait partie intégrante de sa stratégie d'argumentation. Par ailleurs, la publicité du nom des magistrats les responsabilise dans l'exercice de leurs fonctions. Les magistrats qui rendent des décisions au nom du peuple mais avec leur propre nom.

122 https://www.lepoint.fr/editos-du-point/laurence-neuer/profilage-des-magistrats-nous-sommes-en-train-de-creer-une-exception-francaise-31-01-2019-2290472_56.php#

La date de rendu du jugement est également importante pour la mise en œuvre de la stratégie contentieuse des avocats. La date de la notification du jugement compte pour les parties puisque les délais de recours en appel ne commencent qu'à compter de celle-ci en matière civile (art. 528, CPC, art. 678, CPC). De même, l'exécution forcée de la décision ne peut intervenir qu'après sa notification. En matière pénale, c'est la date de jugement qui détermine les délais de recours. En matière civile, ce n'est pas le principe mais de nombreuses exceptions ont pour conséquence de faire du jugement la date déterminante. Les textes susvisés ne s'appliquent qu'à défaut de disposition contraire.

Il n'en demeure pas moins que la date du jugement fait courir les délais de notification. En principe, le délai est de 10 ans (art. L. 111-4, CPCE) à moins que le jugement ne soit rendu par défaut ou réputé contradictoire (le défendeur a été assigné mais n'a pas comparu), auquel cas le délai est réduit à 6 mois (art. 478, CPC). Si ces délais conditionnent l'exécution forcée de la décision (voire sa validité dans le cas de l'art. 478, CPC), laquelle ne pourra évidemment pas être demandée en cas d'absence de signification du jugement, un autre délai conditionne l'exercice d'un recours. L'article 528-1 du Code de procédure civile impose une notification du jugement dans les 2 ans de son prononcé ; à défaut, la parte qui a comparu n'est plus recevable à exercer un recours à titre principal après l'expiration dudit délai. Cette disposition donne un cadre temporel au plaideur ayant comparu afin de procéder à la notification de la décision rendue. Elle a notamment été appliqué en 2001[123] et 2018[124], arrêts à l'occasion desquels la Cour n'a pas manqué de déclarer sa conventionnalité. Pour le Professeur Perrot[125], « la procédure n'est pas faite pour ceux qui, après avoir plaidé leur cause, se résignent à laisser passer le temps et à attendre deux ans sans se préoccuper du sort de leurs prétentions ».

Par conséquent, les dispositions de l'article 528-1 du Code de procédure civile sont quasiment systématiquement applicables lorsque les parties comparaissent au tribunal. Nous pouvons dès lors affirmer que même en l'absence de signification, les parties ne pourront plus former de recours contre le jugement deux ans après sa date de rendu.

[123] Civ. 2, 20 déc. 2001, n°00-11.875
[124] Civ. 2, 17 mai 2018, n°16-28.42
[125] RTD civ. 1998. 475, obs. R. Perrot

L'article 455 du CPC donne ensuite une idée de la structure formelle du jugement.

D'abord, le juge indique dans les *commémoratifs* le rappel des faits non contestés ainsi que des prétentions et moyens des parties.

Ensuite, dans une partie habituellement intitulée « *discussion* », le jugement développe la motivation de la décision. Dans cette partie, la formation de jugement expose son opinion sur les moyens, les allégations et les prétentions des parties. En explicitant les étapes de son raisonnement, et ce sur quoi il se fonde pour prendre sa décision, le juge apporte ainsi la démonstration de son objectivité, partant de son impartialité. De surcroît, la motivation a une portée pédagogique et permet aux parties d'apprécier l'opportunité d'un recours contre la décision.

Enfin, le jugement comporte une troisième partie, le *dispositif*, dans lequel il est indiqué quelles sont les prétentions admises et quelles sont celles vouées au rejet. Ainsi qu'il a été dit (v. 1ère partie) seules les mentions du dispositif revêtent l'autorité de la chose jugée.

In fine, la décision doit être signée par le greffier et le président de la juridiction.

3.- Le prononcé

Le jugement est prononcé en audience ou, ce qui est de loin l'hypothèse la plus fréquente, par mise à disposition au greffe (article 453 du Code de procédure civile). En pratique, les avocats sont avisés de la mise à disposition au moyen du RPVA (réseau privé virtuel des avocats).

Le jugement est écrit et conservé dans sa version originale, appelée minute, au greffe de la juridiction. Seules des copies conformes, revêtues de la formule exécutoires et appelées expéditions, ou grosses (l'expression est ancienne, mais encore utilisée ; elle vient de ce que les copies pouvaient faire l'objet d'un affichage, d'où l'emploi de gros caractères, d'où les « grosses »), pourront circuler.

B.- LES SANCTIONS

La sanction de ces règles est la nullité.

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

La procédure civile se méfie des nullités, dont l'effet paraît disproportionné, et notamment celles qui anéantiraient rétroactivement l'intégralité d'une procédure. L'observation vaut d'autant plus pour les nullités du jugement dont le prononcé réduit à néant l'œuvre juridictionnelle, souvent accomplie au terme de nombreux mois, voire plusieurs années de procédure.

On peut cependant trouver des justifications au prononcé d'une sanction si rude dans la mesure où les règles qui concernent l'élaboration du jugement ne peuvent être réduites à de simples exigences de forme. Ce sont des règles de procédure, au sens propre du terme, dont la nature se situe entre la forme et le fond. Il ne s'agit pas simplement d'imposer des formalités. Il est question d'un processus de fabrication du jugement dont le suivi oblige à une démarche intellectuelle dans l'appréciation du fond du litige. Lors de la rédaction du jugement, les exigences de forme contraignent ainsi le juge à une certaine méthode dans l'appréciation du contenu. La rédaction des commémoratifs lui impose tout d'abord de faire un tri entre ce qui est contesté et ce qui ne l'est pas. L'exposé de la motivation est de fait un moyen d'éprouver la conviction du juge qui la rédige (en termes simples, c'est en écrivant que l'on sait réellement ce que l'on pense). Par ailleurs, la forme commande le fond. On sait par exemple que l'autorité de la chose jugée est conditionnée par la rédaction du dispositif de l'acte instrumentaire. Enfin, les actes du juge ont des effets bien plus lourds que des actes de procédures. On verra que le jugement-acte instrumentaire a de surcroît des effets propres et non des moindres, puisque ceux-ci concernent la mise à exécution de la décision du juge.

Pour obtenir la nullité du jugement, il n'est donc pas nécessaire, comme pour les actes de procédure, de démontrer l'existence d'un grief. En revanche, les articles 446 et 458 du Code de procédure civile exigent deux conditions, d'une part, que la nullité soit prévue par un texte, d'autre part, la dénonciation sans délai des éventuelles causes de nullité du jugement.

L'article 446 du Code de procédure civile donne une *première liste* de causes de nullité et dans le même temps fixe un délai à l'issue duquel leur dénonciation ne sera plus recevable. Cet article vise les irrégularités devant être visées avant la clôture du débat telles que le changement dans la composition ou les irrégularités liées à la mise en œuvre des règles de publicité de l'audience. On rappellera qu'aux termes des articles 430 et 437 CPC, les irrégularités apparentes dès l'ouverture des débats doivent être immédiatement dénoncées.

L'article 458 du Code de procédure civile donne une *seconde liste* de causes de nullité en précisant qu'elles peuvent être dénoncées par une voie de recours dès lors qu'elles n'apparaissent qu'à la lecture du jugement acte instrumentaire. L'article 458 vise les règles sur le délibéré, les mentions obligatoires du jugement sa motivation, ou encore la signature du jugement par le Président de la juridiction et par le greffier. Si une irrégularité portant sur l'un de ses points est constatée, sa dénonciation se fait par

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

l'exercice d'une voie de recours (art. 460 CPC). On dit que « *voies de nullité n'ont lieu contre les jugements* ». Concrètement, cela signifie qu'on n'agit pas en nullité d'un jugement comme on exercerait une action en nullité d'un contrat.

> La règle ne doit pas étonner : si le contrat est un acte juridique, le jugement est lui un acte juridictionnel. Partant, si le premier peut faire l'objet d'une action principale en nullité, le second ne peut être attaqué que par les voies de recours prévues par l'article 460 du code de procédure civile. À titre d'exemple, une partie ne saurait mener une action paulienne contre un jugement[126]. Cependant, ce principe, fondé sur une différence de nature juridique, a soulevé des difficultés en présence d'actes se trouvant à mi-chemin entre le contractuel et le juridictionnel. Il a ainsi été admis qu'une décision d'homologation judiciaire de changement de régime matrimonial puisse être attaquée, en sus des voies de recours légalement prévues, sur le fondement d'une action en nullité pour dol. La Cour de cassation a pu estimer que les prescriptions de l'article 460 du Code de procédure civile sont sans effet sur l'action en nullité dès lors que « l'homologation laisse subsister le caractère contractuel du changement de régime matrimonial, de sorte que la convention des parties pouvait être annulée pour des causes qui lui sont propres »[127] (voir *supra*).

On exerce un recours, à l'occasion duquel on invoque la nullité du jugement. Si le recours est un appel contre un jugement de première instance, on parlera d'appel nullité. Mais, l'appel nullité se fera selon le même processus qu'un appel normal.

§2. Les effets du jugement

Le jugement, en tant qu'acte instrumentaire, emporte deux effets. D'un part, puisqu'il émane d'un juge qui a qualité d'officier public, il fait foi jusqu'à inscription de faux, à l'instar d'un acte notarié. Cette qualité s'attache aux mentions qui sont le reflet d'une constatation personnelle du juge, notamment pour les mentions sur les personnes présentes lors de l'audience. D'autre part, le jugement est doté de la force exécutoire, que la Cour Européenne des Droits de l'Homme considère comme l'une des manifestations du droit au procès équitable (CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, aff. n°18357/91).

La force exécutoire du jugement est la possibilité de mettre à exécution le dispositif, au besoin avec le concours de la force publique. La force exécutoire conditionne ainsi

[126] Civ. 1, 26 janv. 2012, n°10-24.697, Bull. civ. I., n°12.
[127] Civ. 1, 14 janv. 1997, n°94-20.276, D.1997. 273, rapp. Savatier, Defrénois 1997. 420, obs. Champenois, RTD civ. 1997. 985, obs. Vareille

l'efficacité de la décision de justice. C'est pourquoi, la CEDH en fait l'un des éléments du droit au procès équitable.

Elle découle de l'apposition de la formule exécutoire (art. 502, CPC), ainsi rédigée : *« En conséquence, la République Française mande et ordonne à tous Huissiers de Justice sur ce requis de mettre la dite décision à exécution, aux Procureurs Généraux et aux Procureurs de la République près les Tribunaux de Grande Instance d'y tenir la main, à tous Commandants et Officiers de la Force Publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis. En foi de quoi, la présente décision a été signée par le Président et le Greffier. »*

Pour mettre en œuvre la force exécutoire, il faut, en premier lieu, *notifier le jugement* à la partie adverse (art. 503, CPC). En principe, la notification se fait par voie de signification qui est un acte de procédure (art. 675 al. 1, CPC). La signification doit être faite à personne. À défaut, l'huissier de justice devra suivre la procédure énumérée aux articles 653 et suivants du Code de procédure civile. Concrètement, la partie missionne un huissier pour qu'il signifie le jugement à la partie qui a perdu le procès. La signification du jugement comporte des mentions spécifiques relatives aux recours possibles et à leurs modalités d'exercice (art. 680, CPC). En jurisprudence, il existe un contentieux assez abondant sur la régularité de ces significations, spécialement lorsque celles-ci comportent une information inexacte ou incomplète sur les voies de recours, leurs délais et leurs modalités. L'erreur ou l'irrégularité dans la délivrance de cette information est une irrégularité de forme. Pour autant, un arrêt de la deuxième chambre civile du 3 mai 2001 (n° 99-18.326) a estimé que les irrégularités affectant l'information sur les voies de recours peuvent être dénoncées sans avoir à justifier d'un grief. La sanction est alors que la signification irrégulière à cet égard ne fait pas courir le délai du recours.

Il faut, en second lieu, que le jugement soit *passé en force de chose jugée* (article 500, CPC). La force de chose jugée est le fait que la décision soit insusceptible de voies de recours ordinaires, précision étant faite que celles-ci sont l'appel et l'opposition.

ATTENTION. – Il ne faut pas confondre force de chose jugée et autorité de la chose jugée. La force de chose jugée est la qualité du jugement, acte instrumentaire, désormais insusceptible d'appel ou d'opposition. L'autorité de la chose jugée est un effet de l'acte juridictionnel qui interdit de réitérer les prétentions ayant fait l'objet d'un jugement.

Cette seconde condition de la force exécutoire sort singulièrement affaiblie des réformes récentes. En effet, le décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile consacre le principe de l'exécution provisoire de plein droit des décisions de

première instance. Le principe est posé par l'article 514 du Code de procédure civile qui dispose que « *les décisions de première instance sont de droit exécutoires à titre provisoire à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement* ». Ce qui signifie que les décisions de première instance sont exécutoires, même à défaut de force de chose jugée.

Ce renversement du principe a fait l'objet de nombreux débats mettant en scène deux approches, l'une privilégiant le droit à l'efficacité des décisions de justice[128] et l'autre le droit au recours[129]. D'un côté, on peut faire valoir que si l'appel est suspensif, le droit à l'exécution de la décision de première instance s'en trouve affaibli. D'un autre côté, la protection du droit eu recours commande d'éviter que les décisions de première instance soient immédiatement exécutoires, sans quoi, de très nombreux recours et de très nombreuses décisions d'appel deviendront inutiles car il sera en pratique impossible de récupérer les sommes payées en exécution. La question est particulièrement sensible lorsque les sommes en jeu dans le litige présentent un caractère alimentaire pour l'une des parties, par ex. en matière sociale.

Quoi qu'il en soit le principe est aujourd'hui acquis que les décisions de première instance sont exécutoires de plein droit (v. sur ce point, la Chronique présentant cette réforme de J. Pellerin, *La généralisation de l'exécutoire provisoire de droit*, Gaz. Pal. 28 janv. 2020, n° 369g9, p. 85).

La solution de principe comporte des exceptions spécifiques, notamment en matière d'état de personne. Les juges disposent par ailleurs d'une marge d'appréciation, pour l'instant difficile à apprécier.

- Selon l'art. 514-1 du CPC, le juge qui a rendu la décision de première instance « *peut écarter l'exécution provisoire de droit, en tout ou partie, s'il estime qu'elle est incompatible avec la nature de l'affaire* ».

  Concrètement, l'article 514-1 du CPC confère au juge la possibilité, de manière spontanée ou à la demande d'une partie, de déroger au principe de l'exécution provisoire de droit en opportunité (*i.e.* en cas d'incompatibilité de la décision avec ladite exécution provisoire). Notons cependant que cette faculté est exclue pour certains contentieux, notamment en matière de référés, de mesures provisoires ou de mesures conservatoires (art. 514-1, al. 3, CPC).

[128] M. Thiberge, « L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties », *D*. 2011, p. 610 ; J.-M. Coulon, « Restaurer l'autorité du juge de première instance », *in La procédure en tous ses états*, Mélanges en l'honneur de Jean Buffet, éd. Petites Affiches, 2004, p. 171

[129] Th. Le bars, « La charrue avant les boeufs : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel en matière civile, *D*. 2002, p. 1987 ; J. Villaceque, « Vers une suppression de l'effet suspensif de l'appel ? », D 2002, p. 1989 ; S. Guinchard « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », *LPA* du 5 juin 2002, p.4

Précisons également que seul le juge qui prononce la décision peut exercer cette faculté (art. 514-2, CPC). Il jouit à ce titre d'un monopole, d'une marge d'appréciation (la notion d'incompatibilité « avec la nature de l'affaire » étant pour le moins incertaine) et d'un pouvoir remarquables. Il peut en effet écarter l'exécution provisoire en tout ou partie. Ses pouvoirs sont toutefois limités, au moins formellement, par une exigence particulière de motivation (art. 514-1, al. 2, CPC).

Avant que le principe ne devienne celui de l'exécutoire provisoire, la question de la compatibilité de l'exécution provisoire et de la nature de l'affaire[130] se posait avec une particulière acuité en matière d'état des personnes, de divorce et de séparation de corps, de pension alimentaire, de droit de visite et de contrefaçon. A titre d'illustration, avait été déclaré « *compatible avec la nature de l'affaire* l'exécution provisoire ordonnée à l'encontre d'une agence immobilière au profit d'une personne âgée et malade ayant subi un préjudice du fait de cette agence » (CA Lyon, réf. 18 déc. 1979 : JCP G 1980, II, 19417, note Burke). De plus, la demande d'exécution provisoire doit présenter un lien suffisant avec la demande principale : « si la demande d'exécution provisoire présente un *lien suffisant* avec la demande principale qui tend en fait à bénéficier des lenteurs de la procédure normale, il devient nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire d'ordonner l'exécution provisoire, dès lors que le créancier va devoir longtemps patienter avant de se faire payer du fait du recours à la procédure normale à la suite d'une rétractation d'une ordonnance autorisant l'assignation à jour fixe » (CA Aix-en-Provence, 14 févr. 1985 : Gaz. Pal. 1985, 1, p. 353, note Dureuil).

- Il existe en quelque sorte une « session de rattrapage en cause d'appel ; l'appelant condamné en première instance peut saisir le premier Président de la Cour (en fait, un juge délégué par le premier président) « *afin d'arrêter l'exécution provisoire de la décision lorsqu'il existe un moyen sérieux d'annulation ou de réformation et que l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives* » (art. 514-3, CPC).

  En d'autres termes, l'article 514-3 CPC permet au parties d'obtenir du premier Président, statuant en référé, l'arrêt de l'exécution provisoire d'une décision. Cette hypothèse est cependant doublement encadrée : il doit, d'une part, exister une probabilité notable que la décision litigieuse soit annulée ou réformée en appel et, d'autre part, que les

[130] Fasc. 900-00 : EXÉCUTION PROVISOIRE. – Cas et conditions, JurisClasseur Procédure civile, Lexis360

inconvénients générés par son exécution soient « excessifs », c'est-à-dire irréversible (pour exemple, le risque pour le débiteur qu'une procédure collective soit ouverte à son encontre).

SECTION 5 – LES INCIDENTS DE L'INSTANCE

Le terme « incident » fait l'objet de nombreuses utilisations en procédure, avec plus ou moins de rigueur. Pour l'association Henri Capitant, les incidents d'instance sont des faits et des actes (évènements et même décisions non juridictionnelles) qui affectent le cours d'instance. On pourrait ajouter qu'il s'agit d'un évènement qui perturbe le bon déroulement de l'instance. On peut en dresser une typologie des incidents d'instance.

- *Les incidents par action* correspondent à des initiatives prises par les parties qui perturbent le cours de l'instance en ce sens qu'elles empêchent que le juge en vienne rapidement à examiner le fond du litige/le principal. Ainsi reçu, l'emploi du terme manque un peu de précision et renvoie globalement aux exceptions de procédure (incompétence, sur la régularité de la procédure) que soulèvent les parties et aux demandes d'instruction qu'elles font au juge.

  L'emploi du terme incident tient au fait que ces exceptions et demandes donnent lieu à des écritures spécifiques, que l'on appelle d'ailleurs conclusions d'incidents pour bien signifier que ces écritures ont un objet limité. Le plus souvent d'ailleurs, ces écritures donneront lieu à une décision ad hoc du juge, qui prendra parti sur le point de procédure soulevé, sur la mesure d'instruction demandée, par exemple, par un jugement avant dire droit.

- *Les incidents par omission*, compris au sens du code de procédure civile (art. 367 à 410), constituent *les incidents de l'instance*, au sens propre. Ils procèdent d'un défaut de diligence des parties, qui s'abstiennent de prendre les actes de procédure attendus d'eux. Par ex. un demandeur s'abstient de conclure, alors qu'a priori, on s'attendrait à ce qu'il fasse diligence pour faire avancer son procès. C'est à ces incidents au sens propre qu'il y a lieu de consacrer la suite des développements.

Le défaut de diligence des parties peut se produire pour plusieurs raisons :

- Ainsi de l'assignation pour provoquer un effet d'intimidation et que le demandeur s'abstient de consolider par des écritures ultérieures ;
- Ainsi du défendeur qui s'abstient de conclure, espérant faire durer l'instance, avant que n'intervienne un jugement ; on appelle cela une stratégie dilatoire ;
- Ainsi des parties qui engagent une phase de négociation pendant l'instance et s'abstiennent de conclure pendant ce temps.

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

Un défaut de diligence s'explique ainsi de nombreuses manières. Il a de mauvaises, mais aussi parfois de bonnes raisons.

A priori, le Code de procédure civile fait l'hypothèse qu'un *défaut de diligence* s'explique par de mauvaises raisons et pose en principe (article 468 et 469 du CPC) qu'émanant *d'une partie*, il *ne peut avoir pour effet d'empêcher l'autre d'obtenir une décision sur le fond* :

- En cas de défaut du défendeur (stratégie dilatoire), l'article 469 dispose ainsi : « *si, après avoir comparu, l'une des parties s'abstient d'accomplir les actes de la procédure dans les délais requis, le juge statue par jugement contradictoire au vu des éléments dont il dispose* » ;

- En cas de défaut du demandeur (stratégie d'intimidation), l'article 468 dispose que : « *si, sans motif légitime, le demandeur ne comparaît pas, le défendeur peut requérir un jugement sur le fond qui sera contradictoire (…)* ».

Le droit d'obtenir une décision sur le fond, malgré l'abstention d'une des parties, a une double justification technique :

- Tout d'abord, au moins en cas de comparution du défendeur, il y a eu *bilatéralisation du lien juridique d'instance* de sorte que les parties se sont engagées à aller jusqu'au terme du litige, avec à la clé, une décision sur le fond.
- Ensuite et plus encore, *le droit d'agir en justice* est bien le droit d'obtenir une décision sur le fond, étant précisé qu'un tel droit ne peut être empêché par l'inaction de la partie adverse et que selon l'article 30 du CPC, le droit d'action appartient aussi bien au demandeur qu'au défendeur.

Cette solution de principe mérite cependant d'être nuancée, pour au moins deux raisons :

- Elle peut s'avérer inopportune : si les parties ne font pas diligence, le litige est mal instruit de sorte que la décision sur le fond pâtira du défaut de diligence ; elle sera sans doute contestée par un recours, de sorte que la décision sur le fond, au lieu de mettre un terme au litige, ne fera finalement que l'attiser ; parfois, il est préférable d'attendre un peu.
- Lorsque le défaut de diligence est un défaut des deux parties, qui, par exemple, ont entrepris des négociations, il est significatif de ce que celles-ci ne sont plus en réelle demande d'une décision de justice ; il serait alors inopportun que le juge fasse application de la solution de principe consacrée par les articles 468 et 469 du CPC.

Ces considérations d'opportunités ont pour conséquence que le CPC prévoit des alternatives au principe d'une décision sur le fond malgré le défaut de diligence :

- La modulation du cours de l'instance (§1.) ;
- L'extinction de l'instance (§2.).

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

Les jonctions et disjonctions d'instances ainsi que les sursis à statuer ont une incidence sur le déroulement de l'instance.

- ***Les jonctions et disjonctions d'instances***

1°) La jonction d'instances

La jonction ou la disjonction d'instances sont prévues à l'article 367 et 368 du Code civil. Il s'agit d'une décision du juge conduisant à joindre des instances s'il existe entre les litiges un lien tel qu'il serait bon que le juge en connaisse ensemble. Par exemple, a pu être acceptée la jonction de l'instance de demande d'un droit de visite de grands parents auprès de leur petite fille et celle de la tierce opposition effectuée par ces derniers au jugement du tribunal qui prononce l'adoption plénière, la seconde ayant des conséquences sur la première. (CA Rennes, 13 décembre 1982).

De la même façon a été reconnu la jonction entre la demande en remboursement de services impayés par un sous-traitant à un entrepreneur et l'appel en garantie des autres sous-traitant qui n'est pas commerçant devant le Tribunal de commerce (CA Rennes, 17 février 1983).

Il faut cependant préciser que ce n'est pas parce que les deux instances sont jointes qu'il en résulte une procédure unique ; les instances restent autonomes avec leurs caractères propres. Cela implique par exemple qu'en cas d'appel, l'un des appels puisse être reçu alors que l'autre soit déclaré irrecevable (Civ. 3, 25 octobre 2006, n°05-14.318, *Publié au Bulletin*). Le juge en a une appréciation souveraine, et comme il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire, aucun recours n'est possible face à la décision ou au refus de joindre les instances.

Cette mesure peut notamment être prise dans le cadre de l'instruction. Le juge peut d'office prononcer la jonction ou la disjonction, ou il peut le faire sur demande des parties.

2°) La disjonction d'instance

A l'inverse la disjonction d'instance est le fait pour le juge de séparer une instance en plusieurs. Le juge peut ordonner la disjonction de plusieurs instances pendantes devant lui s'il apparaît de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger séparément.

Par exemple, saisie d'un appel contre une ordonnance de référé se prononçant sur l'octroi d'une provision, mais tranchant en même temps une partie du principal, la cour d'appel doit disjoindre l'instance, les pouvoirs du juge des référés et du juge du fond étant différents et les demandes contenues dans une même assignation initiale étant régies par des règles de procédure différentes et inconciliables (CA Paris, 14e ch., 13 févr. 1986 : JurisData n°1986-020292).

La décision de disjoindre les instances est une mesure d'administration judiciaire.

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

- **Le sursis à statuer**

Le sursis à statuer prévu par les articles 378 et suivants du Code de procédure civile est le fait pour le juge de suspendre le cours de l'instance jusqu'à la survenance d'un événement. Le juge peut être légalement contraint de sursoir à statuer par la loi. C'est le cas par exemple dans l'application de l'article 4 du Code de procédure pénale traduction codifiée de l'adage « le criminel tient le civil en l'état » pour déterminer la réparation d'un dommage causé pas une infraction pénale. Cependant, il peut facultativement décider d'étendre le sursis aux autres actions que celles en réparation pour la bonne administration de la justice.

L'article 49 du Code de procédure civile impose également un sursis lorsqu'une question préjudicielle est posée à un juge exclusivement compétent pour y répondre. Il peut s'agir par exemple de la question de la légalité d'un règlement administratif (Tribunal des conflits, 16 juin 1923, Septfonds), ou d'une question prioritaire de constitutionnalité ou encore d'une question en interprétation des traités à la Cour de justice de l'Union européenne. Il faut cependant que la question soit nécessaire à la résolution du litige, et sérieuse.

Le sursis imposé peut aussi l'être au sein de l'ordre judiciaire, notamment en présence d'une affaire relevant de la compétence exclusive du tribunal judiciaire.

Le juge peut également discrétionnairement sursoir à statuer dans le cadre d'une bonne administration de la justice (Civ. 2, 24 nov. 1993, n°92-16.588, *Publié au Bulletin*). Il peut par exemple refuser de sursoir à statuer dans le cadre d'une question préjudicielle auprès de la CEDH estimant que les délais d'instruction de cette cours supranationales sont trop long face à l'exigence d'une bonne administration de la justice (CA Versailles, 19 septembre 2013, n°11/08305). Il faut cependant dans cette hypothèse du sursis pour une bonne administration de la justice qu'une durée soit déterminée ou déterminable par la survenance d'un évènement.

Le sursis à statuer n'a pas lieu de plein droit lorsque les conditions sont remplies. Il doit être prononcé par le juge. Le sursis peut également être demandé par les parties, ce qui constitue selon la Cour de cassation une exception de procédure (Cass., avis, 29 sept. 2008, n°0080007P).

Contrairement à la défense au fond, l'exception de procédure ne contredit pas directement la demande et ne vise que l'irrégularité de la procédure. Elle doit être soulevée *in limine litis*, En application des articles 73 et 74 du Code de procédure civile, constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours. Depuis un arrêt du 27 septembre 2012, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation est très claire sur le fait que *« la demande tendant à faire suspendre le cours de l'instance, qu'elle émane du demandeur ou d'un défendeur, est une exception de procédure qui doit être présentée, à*

peine d'irrecevabilité, avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir de son auteur » (Civ. 2, 27 sept. 2012, n° 11-16.361, FS-P+B (rejet) : D. 2012. 2398).

§1.- La modulation du cours de l'instance

Les modulations du cours de l'instance proviennent essentiellement du défaut de diligence des parties. Pour en tenir compte, la procédure a intégré des outils qui participent du ralentissement du cours de l'instance aux fins de laisser le temps d'une bonne instruction du différend.

En cas de défaut de diligence du défendeur, consistant dans le fait de comparaître sans pour autant conclure dans les délais requis, il est possible d'admettre un renvoi de l'affaire, concrètement d'accorder un nouveau délai au défendeur. Il est rare que le défendeur puisse en obtenir deux. Aussi bien, à défaut de conclure, la juridiction saisie pourra décider la clôture de la mise en état. En suite de quoi, une décision sur le fond interviendra ; où l'on voit que le retour à la solution de principe devient vite inéluctable.

Le défaut de diligence du demandeur, même s'il paraît plus surprenant, voire plus choquant en première apparence, appelle un traitement plus nuancé. Il ne faut pas systématiquement considérer que le demandeur manquant de diligence cherche nécessairement à intimider le défendeur. Le défaut de diligence peut avoir bien d'autres causes, par exemple les difficultés du client à réunir les pièces du dossier, ou encore les moyens de financer la procédure…

Le juge peut ainsi décider *la radiation du rôle prévu* par l'article 381 du CPC, ainsi rédigé :

> « *La radiation sanctionne dans les conditions de la loi le défaut de diligence des parties.*
> *Elle emporte suppression de l'affaire du rang des affaires en cours.*
> *Elle est notifiée par lettre simple aux parties ainsi qu'à leurs représentants. Cette notification précise le défaut de diligence sanctionné.* »

La radiation permet de considérer que, temporairement, l'affaire n'est plus inscrite au rôle de sorte qu'elle ne doit plus donner lieu à audiencement. Le juge est autorisé à considérer que, temporairement, il n'est plus saisi du dossier.

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

Pour obtenir la réinscription au rôle, il suffit à la partie sanctionnée de prendre des conclusions aux fins de rétablissement de l'affaire au rôle et dans lesquelles cette partie fait preuve de diligence, i.e. conclue également sur le fond.

ATTENTION - Il ne faut pas confondre la radiation du rôle et le retrait du rôle prévu par l'article 382 du CPC (« *Le retrait du rôle est ordonné lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée* »). Dans les deux hypothèses, l'affaire est désinscrite du rôle. Mais, la différence est que la radiation est une sanction alors que le retrait procède d'une demande conjointe des parties et à laquelle la juridiction saisie ne peut s'opposer. Habituellement, les parties demandent conjointement le retrait du rôle lorsqu'en cours d'instance, elles décident d'entreprendre une négociation aux fins de transiger.

§ 2.- L'extinction de l'instance

Le défaut de diligence des parties peut conduire le juge à rendre *une décision dont le seul objet est de mettre fin à l'instance*. La décision ne se prononce pas sur le principal et a pour seule conséquence de *priver d'effet la demande introductive d'instance*.

Le juge se libère ainsi de l'obligation que faisait peser sur lui la demande introductive d'instance, à savoir rendre une décision sur le fond.

Cette décision du juge est sans effet sur le droit d'agir des parties, qui, l'instance éteinte par la décision du juge, sont ainsi en droit d'introduire une nouvelle instance en réitérant leurs demandes (article 385, CPC).

Article 385, Code de procédure civile

L'instance s'éteint à titre principal par l'effet de la péremption, du désistement d'instance ou de la caducité de la citation.

Dans ces cas, la constatation de l'extinction de l'instance et du dessaisissement de la juridiction ne met pas obstacle à l'introduction d'une nouvelle instance, si l'action n'est pas éteinte par ailleurs.

En pratique, la persistance du droit d'agir en justice est bien souvent théorique. Le jugement qui éteint l'instance fait perdre tous ses effets à la demande introductive d'instance. Il lui fait donc perdre son effet interruptif de prescription. Il s'ensuit que le temps qui a couru entre la demande introductive d'instance et le jugement qui éteint l'instance s'impute désormais sur le délai de prescription. La prescription est réputée

n'avoir jamais été interrompue et en pratique il est assez fréquent qu'au moment où le juge constate l'extinction de l'instance, la prescription soit déjà accomplie.

L'extinction de l'instance est en conséquence une sanction redoutable, et redoutée des parties et de leurs conseils. Elle peut procéder de deux mécanismes :

- La caducité de la citation ;
- La péremption de l'instance.

A.- La caducité de la citation

Elle est prévue par les articles 406 et 407 du CPC. Ces deux textes ne la définissent pas. La caducité de la citation est *une sanction, qui, en raison d'un défaut de diligence aggravé du demandeur, a pour effet de priver rétroactivement la citation en justice* (la demande introductive d'instance) *de ses effets*.

Les deux principales hypothèses donnant lieu à caducité sont visées aux articles 468 et 469 CPC.

> L'article 468, al. 2 du CPC sanctionne ce qu'une doctrine traditionnelle appelle *le défaut de comparution* ou *la faute de comparution* (sous-entendu du demandeur), ou encore *la faute de comparaître*. L'hypothèse est celle d'un demandeur qui, après avoir placé la citation, s'abstient de comparaître lors de la première audience. Le juge peut accepter un renvoi à une nouvelle audience. Le juge peut aussi, même d'office, décider de prononcer la caducité de la citation (ce qu'il fera généralement s'il constate le défaut lors de l'audience à laquelle l'affaire a été renvoyée). Toutefois, la déclaration de caducité pourra être rapportée si le demandeur fait connaître au greffe, dans un délai de 15 jours, un motif légitime qu'il n'aurait pas été en mesure d'invoquer en temps utile. Il faut remarquer que ce motif légitime fait l'objet d'une appréciation assez stricte de la part des juges du droit. La deuxième chambre civile de la cour de cassation a notamment eu l'occasion de préciser que lorsque le demandeur souhaite « être relevé de la caducité en invoquant ne pas avoir reçu les écritures et les pièces adverses déjà transmises au tribunal », il s'agit de « motifs impropres à caractériser l'empêchement légitime de comparaître à l'audience fixée à l'occasion d'une procédure orale » (Civ. 2, 28 juin 2012, n°11-21.051). La cour d'appel avait pourtant accueilli la demande, considérant que l'absence de réception des pièces « constitue un motif légitime s'agissant du principe du contradictoire ». Pour autant, on peut saluer cette décision, car elle reste conforme aux droits du demandeur : en effet, si « le défaut de communication des pièces nécessaires peut donner lieu à un incident d'audience ; il ne l'autorise

pas à apprécier lui-même que sa comparution n'est pas nécessaire »[131].

- L'article 469, al. 2 du CPC vise ce qu'il est convenu d'appeler *le défaut de conclure ou la faute de conclure* (ou de conclusions). La caducité est encourue dès lors que « *l'une des parties s'abstient d'accomplir les actes de la procédure dans les délais requis* » (article 469 al. 1er, CPC). Le cas typique est celui où le demandeur comparaît lors de la première audience, mais s'abstient de conclure par la suite. Le défendeur peut demander au juge de prononcer la caducité de la citation (le juge ne peut la prononcer d'office). Il peut aussi demander au juge de se prononcer sur le fond. Tel sera l'intérêt du défendeur s'il est assuré de la vanité des prétentions du demandeur. Il est mieux pour lui d'obtenir une décision sur le fond, ayant l'autorité de la chose jugée, et rejetant les prétentions du demandeur, plutôt qu'une décision prononçant l'extinction de l'instance et préservant, au moins théoriquement, le droit d'agir du demandeur. Il faut signaler que la caducité pour défaut d'accomplissement d'un acte de la procédure par le demandeur est également encourue en matière gracieuse. Dans ce cas particulier toutefois, la caducité n'a pas à être réclamée par le demandeur. A titre d'exemple, l'article 1043 du CPC dispose qu'en matière de nationalité, une copie de l'assignation ou, le cas échéant, une copie des conclusions sont déposées au ministère de la justice qui en délivre récépissé. Et de préciser que « l'assignation est caduque, les conclusions soulevant une question de nationalité irrecevables, s'il n'est pas justifié des diligences prévues aux alinéas qui précèdent ». Les juges du droit font d'ailleurs une interprétation stricte de la loi, la réalisation des diligences ne suffisant donc pas, puisqu'il faut en « justifier », donc prouver ladite réalisation. Ainsi, lorsque le requérant prétend détenir un avis de réception des pièces par le ministère mais ne fournit pas l'avis, l'instance encourt la caducité (Civ. 1, 28 mars 2012, n°11-13.296).

Le législateur a également prévu des cas particuliers, parfois sévères, notamment dans le but de désengorger les tribunaux. A titre d'exemple, le décret du 11 décembre 2019 a créé une disposition spécifique aux tribunaux judiciaires, aux termes de laquelle l'assignation est caduque si une copie de l'assignation n'est pas remise dans un certain délai au greffe de la juridiction saisie (article 754 du CPC : quoi qu'il arrive, au plus tard 15 jours avant la date de l'audience). Si la sanction de la caducité peut paraître excessive, elle est en fait pragmatique et permet de s'assurer que les audiences programmées ne le sont pas en vain. C'est pourquoi, s'il n'y a pas de mise au rôle dans un certain délai, il sera considéré qu'il s'agit d'un défaut de diligence aggravé du demandeur.

[131] R. Perrot, Procédures, Oct. 2012, comm. n°271

B.- La péremption d'instance

L'article 386 du CPC expose clairement ce qu'elle est :

« *L'instance est périmée lorsque aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans* ». La péremption est donc une extinction de l'instance ayant pour cause l'inaction procédurale de l'ensemble des parties pendant un délai de deux ans.

Le mécanisme est justifié en ce sens que si aucune des parties n'accomplit de diligence pendant deux ans, la négligence est partagée et aucune n'est finalement en situation de demander une décision de justice. Le mécanisme est d'autant plus justifié qu'il permet d'éviter une décision de justice dans un litige dont les parties se désintéressent et sur lequel, en tout cas, elles ne semblent plus attendre une décision de justice. Au moins en théorie, la péremption est d'ailleurs moins une sanction que le constat d'un désintérêt objectif justifiant l'abstention de la juridiction saisie.

Pour autant, c'est un mécanisme qui peut constituer un piège procédural compte tenu de l'engorgement de certaines juridictions et de la lenteur des procédures conduite devant elles. Il peut arriver qu'une instance dure si longtemps que deux ans séparent la dernière diligence d'une des parties et le moment où il redeviendra utile que celles-ci fassent à nouveau diligence. Par exemple, si les dernières conclusions ont été déposées en mars 2020 alors, en janvier 2021, la cour (c'est généralement en appel que la question se pose, car les cours sont dans l'ensemble plus engorgées que les tribunaux) fixe une clôture pour décembre 2021 et une audience en avril 2022 ; les dernières conclusions de chacune des parties sont jugées complètes par l'une et l'autre, de sorte que leurs conseils attendent la date d'audience ; sauf qu'en avril 2022, plus de deux ans ont passé et que la péremption peut être prononcée (au besoin d'office, selon l'art. 388, al. 2, CPC).

Pour comprendre comment fonctionne la péremption, il faut intégrer que dès l'introduction de l'instance, celle-ci est sous la menace d'une péremption. Le délai court immédiatement. Ce délai de deux ans peut être interrompu de deux manières :

- Soit par l'accomplissement de diligences procédurales : à chaque fois qu'une partie accomplit une diligence, le délai de deux ans recommence à courir, à compter donc de la date de la dernière diligence.
- Soit par la survenance d'une cause d'interruption de l'instance : l'instance peut s'interrompre et l'interruption de l'instance empêche le cours du délai de péremption de l'instance ; c'est une question complexe, mais l'idée est assez simple : si l'instance doit s'arrêter, il ne peut pas être exigé aux parties de faire diligence.

1°) Les diligences procédurales

Le terme de « diligence », sous-entendu procédurale, qu'utilise l'article 386 du CPC, est volontairement imprécis. L'objectif est d'inclure dans cette notion non seulement les actes de procédure mais également *toute démarche qui révèle l'intention des parties de faire avancer l'instance*. Il faut préciser qu'il est de jurisprudence constante que cette diligence doit être de nature à faire progresser l'instance, c'est-à-dire qu'il doit permettre de mener la procédure à sa fin (voir par exemple, Civ. 3, 20 décembre 1994, n°92-21.536 ; et plus récemment : Civ. 2, 6 décembre 2018, n°17-10.225, *Inédit*).

Enfin, pour que la diligence soit caractérisée, elle doit constituer un acte faisant partie de l'instance : les actes accomplis au titre d'une autre instance ne sont donc pas pris en compte (Civ. 2, 16 novembre 1978, n°76-14.663). La seule exception admise étant s'il existe un « *lien de dépendance directe et nécessaire entre deux instances, les diligences accomplies par une partie dans une instance interrompent la péremption de l'autre instance* » (Civ. 2, 11 juillet 2013, n°12-15.994, *Publié au Bulletin*).

Civ. 2, 11 juillet 2013, n°12-15.994, Publié au Bulletin

Dans cet arrêt, la société Bri invest fait grief à l'arrêt d'appel d'avoir accueilli les demandes de la SMABTP formulées en appel. La SMABTP souhaitait voir l'arrêt d'appel déclaré régulier en la forme, constaté l'acquisition du délai de péremption depuis le 23 juin 2008 et voir condamné la société Bri invest à payer la somme de 1 500 euros sur la base des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile à la SMABTP. Pour constater l'acquisition du délai de péremption depuis le 23 juin 2008, l'arrêt, après avoir relevé que le premier juge s'est fondé, pour écarter la péremption, sur des actes effectués dans le cadre d'une autre procédure motifs pris que celle-ci opposait les *mêmes parties* et cela en raison du lien de dépendance nécessaire entre les deux instances, énonce que deux instances qui opposent les mêmes parties ont nécessairement une cause différente, faute de quoi elles n'ont pas lieu d'exister et qu'il n'est pas possible, sauf à demander la jonction dans le temps du délai de péremption, de tirer argument de l'existence d'actes intervenus dans le cadre d'une deuxième procédure et retient qu'il n'est pas démontré l'existence d'un acte intervenu dans la première procédure dans les deux ans suivant l'ordonnance en date du 23 juin 2006 ayant prononcé la révocation de la clôture, autre que l'audience de mise en état, qui n'a pas pour effet d'interrompre le délai de péremption.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel en estimant « qu'en cas de lien de dépendance directe et nécessaire entre deux instances, les diligences accomplies par une partie dans une instance interrompent la péremption de l'autre instance, la cour d'appel a violé l'article 386 du Code de procédure civile ».

Parmi les diligences susceptibles de reprendre le cours de la procédure, se trouvent :

- Les actes de procédure (conclusions). Toutefois, pour être considérés comme des diligences interrompant le délai de péremption, les conclusions doivent traduire la volonté de parvenir à la solution du litige. Ainsi, la simple réitération de conclusions signifiées avant la radiation de l'instance n'est pas nécessairement « de nature à faire progresser l'affaire ou à lui donner une impulsion processuelle », et ne peut donc être suffisante pour constituer une diligence interruptrice du délai de péremption (Civ. 1, 2 juillet 2014, n°13-18.649).
- Les dires adressés à un expert (qui sont des actes de procédure), mais également une simple lettre pour demander à ce dernier, par exemple, de faire diligence (il arrive que les experts prennent leur temps…). Toutefois, une lettre adressée « à l'expert, alors que celui-ci, ayant déposé son rapport au Tribunal, était dessaisi de sa mission », ne peut constituer une diligence, car « cette démarche ne pouvait donner à l'instance aucune impulsion » (Civ. 3, 2 février 1999, n°97-18.225).
- Les lettres échangées entre avocats si elles marquent l'intention de poursuivre la procédure. Pour autant, le critère tenant à la progression de l'affaire s'applique toujours : c'est ainsi que les juges du droit ont estimé que ne constituaient pas des diligences au sens de l'article 386 du nouveau Code de procédure civile des lettres échangées entre avocats qui se bornaient à relater des simples demandes de renseignements adressées au greffe concernant la fixation d'une date d'audience (Civ. 2, 15 avril 1991, n°90-11.412).

ATTENTION - La diligence procédurale est largement comprise mais elle suppose *une initiative des parties*. Une lettre qu'un expert adresse aux parties n'est pas une diligence procédurale, tout comme le dépôt de rapport d'expertise ou les opérations d'expertise (Civ. 2, 5 avril 1993, n°91-19.976). La décision que prend un juge, non plus, comme les décision avant dire droit, comme par exemple les décisions du juges de la mise en état (Civ. 2., 21 janvier 1987, n°85-12.689). Les simples mesures d'administration judiciaire n'en sont pas non plus (par exemple, pour la décision de jonction d'instance[132]). Ce qui ne vient pas des parties n'a pas la valeur d'une diligence procédurale. Il reste que certaines décisions du juge peuvent de fait dissuader les parties d'accomplir des diligences, notamment lorsque le juge fixe un calendrier d'une durée telle que son simple respect pourrait conduire au constat d'une péremption. Une espèce est particulièrement caractéristique de cette situation et le plus simple est d'en prendre directement connaissance.

V. Civ. 2, 16 décembre 2016, n°15-26.083, P. :

> *Vu les articles 2 et 386 du code de procédure civile ;*
>
> *Attendu, selon l'arrêt attaqué et les productions, que la société Levo Ag Wohlen (la société Levo) a interjeté appel d'un jugement rendu dans un litige l'opposant à la société Invacare Poirier (la société Invacare) ; que les parties ayant conclu, le*

[132] Civ. 2, 6 octobre 2005, n°03-17.680

conseiller de la mise en état les a avisées le 22 février 2013 de ce qu'il proposait de retenir une clôture de l'instruction au 19 février 2015 et l'audience de plaidoiries au 16 avril 2015, ces dates devenant impératives passé un délai de quinze jours ; que, le 19 février 2015, la société Invacare a soulevé la péremption de l'instance ;

Attendu que, pour confirmer l'ordonnance du conseiller de la mise en état ayant constaté la péremption de l'instance au 20 décembre 2014, l'arrêt retient que l'avis de fixation, adressé le 22 février 2013, a fixé la clôture de l'instruction de l'affaire au 19 février 2015 pour être plaidée le 16 avril 2015 de sorte qu'avant la clôture rien n'indique qu'elle était en l'état d'être jugée, cette information donnée sur la date de la clôture de l'instance ne dispensant pas les parties d'accomplir les diligences propres à éviter la péremption d'instance ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'à compter de la fixation, le 22 février 2013, de la date des débats, les parties n'avaient plus à accomplir de diligences de nature à faire progresser l'instance de sorte que le délai de péremption se trouvait suspendu, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE,

Le même jour (Civ. 2, 16 décembre 2016, n°15-27.917), la deuxième chambre civile de la Cour de cassation rendait une décision un peu moins à l'avantage des parties, puisqu'elle jugeait que la mention apposée par le greffe et invitant la juridiction saisie à fixer un calendrier, compte tenu du dépôt par les parties de leurs écritures en temps utile, ne dispense pas ces dernières d'accomplir des diligences, malgré l'inaction de cette juridiction.

Lorsque les diligences à accomplir ne relèvent pas des parties, mais du greffe du tribunal qui met plus de deux ans à les accomplir pour cause de "négligence du service public", alors l'instance ne peut être considérée comme périmée au moment du jugement (Com., 3 octobre 1989, n° 88-12.797, *Publié au Bulletin*).

En pratique et compte-tenu des incertitudes de la jurisprudence, il est prudent pour les avocats, au moins dans les dossiers qui suscitent une instruction longue, d'inscrire systématiquement une veille à deux ans à compter de la dernière diligence.

2°) L'interruption de l'instance

L'article 392 du CPC dispose que « *l'interruption de l'instance emporte celle du délai de péremption* ». Si l'instance est interrompue, le délai de péremption ne court donc pas.

Qu'est-ce donc qu'une interruption de l'instance ? Il s'agit d'une situation qui empêche le juge et les parties de prendre quelque acte que ce soit. L'article 372 énonce ainsi la portée de l'interruption de l'instance : « *Les actes accomplis et les jugements même passés en force de chose jugée, obtenus après l'interruption de l'instance, sont réputés non avenus* ». Une interruption de l'instance, c'est en termes simples, un procès qui s'arrête.

Les causes de l'interruption sont définies aux articles 369 et 370 du CPC.

Article 369, Code de procédure civile

« *L'instance est interrompue par :*

- la majorité d'une partie ;

- la cessation de fonctions de l'avocat lorsque la représentation est obligatoire ;

- l'effet du jugement qui prononce la sauvegarde, le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire dans les causes où il emporte assistance ou dessaisissement du débiteur ; (...). »

Article 370, Code de procédure civile

« *A compter de la notification qui en est faite à l'autre partie, l'instance est interrompue par :*

- le décès d'une partie dans les cas où l'action est transmissible ;

- la cessation de fonctions du représentant légal d'un mineur et de la personne chargée de la protection juridique d'un majeur ;

- le recouvrement ou la perte par une partie de la capacité d'ester en justice. »

Ces dispositions assez techniques procèdent de la même inspiration. Les actes de procédure sont soumis à des conditions de validité, principalement la capacité et le pouvoir, qui, pour être réunies au début de l'instance, ne le sont plus en cours d'instance. Il survient un évènement qui empêche ainsi de prendre des actes de procédure réguliers, sur le fond. Ce sont ces événements que visent les articles 369 et 370 du CPC. Par exemple, si un avocat cesse ses fonctions alors que la représentation est obligatoire, aucun acte ne peut être valablement accompli ; même observation si une partie perd sa capacité d'agir en justice. L'article 370 du CPC vise les causes pour lesquelles l'interruption requiert l'information de la partie adverse ; en effet, ces causes sont *a priori* inconnues de cette dernière et il y a lieu de les lui faire connaître.

Si l'instance est interrompue, faute pour les parties de pouvoir accomplir des actes de procédure valable, il est naturel, dans le même temps, d'arrêter le cours du délai de

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

péremption. Comme l'énonce avec clarté la Cour de cassation, « *le cours du délai de péremption de l'instance est suspendu, en l'absence de possibilité pour les parties d'accomplir des diligences de nature à accélérer le déroulement de l'instance* » (Civ. 2, 30 janvier 2020, n°18-25.012, *Publié au Bulletin*).

Pour mettre un terme à l'interruption de l'instance, il suffit de régulariser la situation, ce que généralement, la partie concernée par la cause d'interruption fait en principe spontanément. Il arrive cependant qu'une partie trouve quelque avantage à cette situation, par exemple un défendeur pas spécialement pressé qu'intervienne un jugement dont il pressent le caractère défavorable. L'acte par lequel une instance reprend son cours s'appelle une *reprise d'instance*. Celle-ci peut être une :

- Reprise volontaire : par exemple, les héritiers de la partie décédée, qui décident de poursuivre l'action, prennent des écritures de reprises d'instance ;
- Reprise forcée : la partie adverse de celle concernée par la cause d'interruption force cette dernière, ou la partie habilitée à la représenter, à reprendre l'instance. Selon l'article 373 du CPC, la reprise forcée se fait par la voie d'une citation (en pratique, une assignation). Par exemple, dans l'hypothèse du décès d'une partie, l'autre partie assigne les héritiers pour les contraindre à reprendre l'instance.

C.- Le désistement de l'instance

Le CPC différencie selon qu'il s'agit d'un désistement de la demande en première instance (articles 394 à 399, CPC) ou qu'il s'agit d'un désistement de l'appel ou de l'opposition (articles 400 à 405, CPC).

Le désistement de la demande en première instance n'est pas qu'un cas d'école. Il arrive fréquemment qu'une fois que le demandeur a introduit l'action, le défendeur qui est un débiteur défaillant, réagisse. Dès lors, il peut trouver un arrangement amiable avec le demandeur ou tout simplement exécuter sa prestation. La demande perd son objet. C'est pourquoi, le demandeur va solliciter le désistement. Le désistement de l'instance nécessite toutefois l'acceptation du défendeur pour être parfait, excepté dans le cas où ce dernier n'aurait « présenté aucune défense au fond ou fin de non-recevoir au moment où le demandeur se désiste » (article 395, CPC). En cas de contestation de la part du défendeur, le juge ne peut refuser le désistement de l'instance que « si la non-acceptation du défendeur ne se fonde sur aucun motif légitime » (article 396, CPC).

Le désistement de l'instance, comme son acceptation, peut être exprès ou implicite (article 397, CPC). A titre d'illustration, des conclusions d'incompétence ayant provoqué le désistement constituent une acceptation implicite (anticipée) du désistement de l'instance (Com., 19 décembre 1967, JCP A 1968. IV. 5233, RTD civ. 1968. 583, obs. Raynaud).

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

Le désistement de l'instance entraîne son extinction, ce qui n'implique pas pour autant une renonciation à l'action tant que les conditions, notamment en matière de prescription, le permettent (article 398 du CPC). Cela n'a rien de surprenant car les causes d'extinction de l'instance ne sont en principe pas des causes d'extinction du droit d'action en justice (excepté le cas particulier de l'acquiescement à la demande). Pour autant, le désistement d'action est possible. Il s'agit du renoncement à la sanction du droit dont on se prétend titulaire, ce qui interdit toute nouvelle demande, y compris contre une caution ou un porte-fort.

Le désistement de l'appel ou de l'opposition est également admis. L'opposition, aux termes de l'article 571 du CPC, « tend à faire rétracter un jugement rendu par défaut ». L'action en opposition ne peut être intentée que par le « défaillant ». Il s'agit du défendeur contre qui a été rendu un jugement sans qu'il ait comparu, et ce en dernier ressort (résulte des articles 374 et 375 du CPC).

Il est précisé que le désistement de l'appel emporte acquiescement au jugement, sous réserve qu'une partie interjette régulièrement appel postérieurement au désistement (article 403, CPC). Il en va de même pour le désistement de l'opposition fait sans réserve (article 404, CPC). C'est donc un effet important qui est attaché au désistement de l'appel ou de l'opposition. Le jugement est « accepté » par la partie qui se désiste et devra donc être exécuté. Si les effets peuvent sembler similaires, il ne faut pas confondre l'acquiescement du jugement avec l'acquiescement de la demande.

D.- L'acquiescement à la demande

Seuls trois articles sont consacrés à cette forme d'extinction de l'instance : les articles 408, 409 et 410 du CPC. L'acquiescement à la demande a une particularité. Il n'a pas seulement pour effet d'éteindre l'instance en cours mais il emporte également « reconnaissance du bien-fondé des prétentions de l'adversaire et renonciation à l'action » (article 408 du CPC). A fortiori, cela éteint évidemment l'instance.

Toutefois, il faut rappeler que l'effet de la renonciation à l'action est bien plus sévère puisqu'il s'agit pour celui qui acquiesce de renoncer à la sanction du droit dont il se prétend titulaire, ce qui interdit toute nouvelle demande de sa part. Par conséquent, « l'acquiescement au jugement emporte soumission aux chefs de celui-ci et renonciation aux voies de recours sauf si, postérieurement, une autre partie forme régulièrement un recours » (article 409, CPC).

Le législateur protège néanmoins les droits fondamentaux des individus, puisque l'acquiescement « n'est admis que pour les droits dont la partie a la libre disposition »

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

(article 408 du CPC). Par exemple, les actions relatives à la filiation ne peuvent donner lieu à un acquiescement (article 311-9 du Code civil) ou à une transaction.

Il n'existe pas de formalisme particulier, l'acquiescement pouvant être exprès ou implicite (article 410 du CPC). Ainsi, le fait pour une partie de déclarer qu'elle ne s'opposait pas à ce qu'il soit fait droit à la demande de son adversaire a pu être considéré comme un acquiescement implicite (Civ. 2, 5 mars 1986, n°84-16.754).

Enfin, le législateur a prévu que « l'exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire vaut acquiescement » (article 410 du CPC). Ce n'est alors plus un acquiescement à la demande, mais un acquiescement au jugement qui emporte renonciation aux recours éventuels.

CHAPITRE 2 – LES REGLES SPECIALES

Le premier livre du Code de procédure civile s'achève par l'article 749, ainsi rédigé :

> « *Les dispositions du présent livre s'appliquent devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction* ».

En un mot, le livre 1 expose les règles générales, suivent les dispositions spéciales, à raison de la juridiction saisie ou de la matière litigieuse. Cette construction peut utilement inspirer la suite des développements.

SECTION 1 – LES REGLES PROPRES AUX DIFFÉRENTES JURIDICTIONS

Jusqu'à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 et au décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, l'usage était de présenter la procédure applicable devant le tribunal de grande instance, puis les particularismes des procédures applicables devant les principales autres juridictions de première instance, tribunal d'instance, tribunal de commerce et conseil de prud'hommes. Cet usage ne peut plus avoir cours, pour deux raisons :

- Les tribunaux de grande instance et d'instance ne sont plus, réunis désormais au sein d'une unique juridiction de première instance, le tribunal judiciaire ;

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

- Devant le tribunal judiciaire, la procédure s'est en quelque sorte démultipliée de sorte qu'il faut désormais parler des procédures devant le tribunal judiciaire ;
- De surcroît, les particularismes des procédures en cours devant les tribunaux de commerce se sont estompées.

On exposera successivement les procédures applicables devant le tribunal judiciaire, puis celles en vigueur devant le tribunal de commerce.

Pour l'heure, l'exposé de la procédure prud'homale est réservé.

§ 1.- Le Tribunal Judiciaire

Il y a lieu de distinguer entre les procédures avec représentation obligatoire (présence d'un avocat) et celles qui en sont dispensées. L'article 760 du CPC dispose à cet égard que : « *Les parties sont, sauf disposition contraire, tenues de constituer avocat devant le tribunal judiciaire*. ». Dès lors, la représentation obligatoire constitue le principe.

I.- LA PROCEDURE AVEC REPRESENTATION OBLIGATOIRE

Elle constitue le modèle. Elle se caractérise par une certaine complexité. Elle est aussi celle qui est censée apporter le plus de garanties de bonne justice. Ce qui est normal dans la mesure où cette procédure est celle qu'il y a lieu de suivre pour les litiges civils les plus sensibles (état des personnes, immobilier, par exemple), qui relèvent par ailleurs de sa compétence exclusive. Les éléments qui sont de nature à renforcer ces garanties de bonne justice sont :

- La représentation des parties par un avocat, donc l'assurance pour ces derniers de bénéficier d'une défense conduite par un professionnel du droit ; défense qui, soit dit en passant, est l'une des manifestations du « principe du respect des droits de la défense » ;
- Une procédure écrite (art. 775, CPC), ce qui permet une clarification des éléments du litige et une meilleure discussion et appréciation de ces derniers (les paroles s'envolent, les écrits restent) ;
- Une instance sous contrôle judiciaire aux fins d'assurer la célérité de celle-ci et le respect du contradictoire.
- La collégialité de la formation de jugement, sauf dérogation (art. L. 212-1, COJ), qui est un gage de qualité de la décision à venir.

Le respect des droits de la défense

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

Le respect des droits de la défense est un principe attaché au principe fondamental du droit au procès équitable posé par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), selon lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi.

Les droits de la défense regroupent un certain nombre de droits, parmi lesquels le droit d'être informé de la procédure, assisté et représenté par un avocat, de disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense, ou encore d'avoir accès au dossier pénal.

Dans l'ordre interne, le Conseil constitutionnel a affirmé à plusieurs reprises l'existence d'un droit constitutionnel au respect des droits de la défense et développé un véritable droit constitutionnel de l'avocat. A titre d'exemple, il a énoncé en 1989 que « le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmé par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 ; qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties »[133].

- L'assemblée plénière de la Cour de cassation, dans son arrêt Dentico de 2001[134], a également jugé que « le droit au procès équitable et le droit de tout accusé à l'assistance d'un défenseur s'opposent à ce que la juridiction juge un prévenu non comparant et non excusé sans entendre l'avocat présent à l'audience pour assurer sa défense ».

- La chambre civile énonçait d'ailleurs déjà en 1928[135] que « la défense étant de droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre ».

- Ce principe est également affirmé par les juridictions administratives, et notamment par le Conseil d'Etat, pour qui il a valeur d'un principe général du droit[136].

Toutes les règles générales s'appliquent durant l'instance devant le tribunal judiciaire. Cependant, certaines règles spécifiques demeurent, notamment lors de l'introduction de

[133] Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.*
[134] Ass. plén., 2 mars 2001, n° 00-81.388.
[135] Civ., 7 mai 1828 ; *S.* 1828, 1, p.329.
[136] CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, n° 69751.

l'instance. En matière contentieuse et en principe, « *la demande en justice est formée par assignation* » (art. 750, CPC). Le détail des mentions et des modalités de l'assignation est clairement décrit aux articles 751 à 755 du CPC et plutôt que de les apprendre inutilement, il vaut mieux prendre connaissance de ces textes sans tarder, pour être à même, au plus vite, de les utiliser avec aisance. Quelques repères, néanmoins :

- Tout d'abord, l'assignation doit comporter la « *constitution d'avocat* », terme technique pour indiquer tout simplement que l'assignation doit indiquer l'identité de l'avocat qui assure la représentation et la défense du demandeur ; elle doit également indiquer au défendeur à qui l'assignation sera signifiée qu'il lui reviendra également de constituer avocat (en clair, de s'en trouver un) ;
- Ensuite, l'avocat doit prendre une date de première audience (en principe, auprès du greffe de la juridiction qui sera saisie) qu'il portera sur l'assignation ; le défendeur est ainsi informé qu'il devra constituer avocat avant la date d'audience indiquée sur l'assignation (un délai minimum de 15 jours est prévu entre la date de signification et la date de la première audience) ;
- A peine de caducité (c'est une cause spécifique de caducité), la copie de l'assignation doit être remise au greffe dans les deux mois à compter du jour où le greffe a délivré la première date d'audience au demandeur ;
- Le défendeur à qui l'assignation est signifiée a en principe 15 jours pour constituer avocat ; l'avocat choisi par le défendeur en informe son confrère (l'avocat du demandeur) et le greffe de la juridiction saisie (art. 763 et 764 CPC).

Au bénéfice de ces remarques introductives, quelles sont les spécificités de l'instruction ? Quel en est le déroulement ?

A.- Les spécificités de l'instruction

Les deux spécificités sont le caractère écrit de l'instruction et sa mise sous contrôle judiciaire.

1°) Une instruction écrite

Cela signifie que l'instruction se fait essentiellement par les échanges d'écritures, i.e. des conclusions, entre les parties. Autrefois, les conclusions étaient soumises à peu d'exigences de forme. Celles-ci n'ont cessé d'être renforcées au fil des réformes. Le texte de référence est aujourd'hui, depuis le décret du 11 décembre 2019, l'article 768 du CPC, ainsi rédigé :

> « *Les conclusions doivent formuler expressément les prétentions des parties ainsi que les moyens en fait et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée avec indication pour chaque prétention des pièces invoquées et de leur numérotation. Un bordereau énumérant les pièces justifiant ces prétentions est annexé aux conclusions.*

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

Les conclusions comprennent distinctement un exposé des faits et de la procédure, une discussion des prétentions et des moyens ainsi qu'un dispositif récapitulant les prétentions. Les moyens qui n'auraient pas été formulés dans les conclusions précédentes doivent être présentés de manière formellement distincte. Le tribunal ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion.

Les parties doivent reprendre dans leurs dernières conclusions les prétentions et moyens présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures. A défaut, elles sont réputées les avoir abandonnés et le tribunal ne statue que sur les dernières conclusions déposées. »

Il faut s'imprégner des exigences de ce texte tant leur maîtrise est essentielle pour le bon exercice de la profession d'avocat.

Un point important est que ces exigences relatives à la présentation des conclusions ne relèvent pas du régime des nullités procédurales mais qu'elles sont pour la plupart sanctionnées en termes d'irrecevabilité. Tout ce qui n'aura pas été présenté dans les formes requises sera considéré comme ne faisant pas partie du débat. La sanction est bien plus rigoureuse que pour les irrégularités de forme entachant les actes de procédure.

On peut synthétiser ces exigences de présentation en retenant que les conclusions doivent présenter quatre caractéristiques ; elles doivent être :

- *Qualificatives*. La règle date de 1998. L'adjectif signifie que les conclusions doivent présenter et identifier les moyens de droit invoqués au soutien des prétentions. Les parties sont en effet représentées par des avocats, des professionnels du droit qui sont à la fois les défenseurs des parties et des auxiliaires de justice. En cette dernière qualité, il leur revient de contribuer à la bonne administration de la justice en qualifiant les faits litigieux et en invoquant les règles de droit qui découlent de ces qualifications. Le juge peut toujours relever d'office les moyens de droit, mais on voit bien que cet office n'est plus une priorité. Si la Cour de cassation a fait le choix en 2007 de ne pas imposer aux juges de relever d'office, c'est probablement avec l'idée qu'il revient aux avocats d'identifier les moyens pertinents.

  L'arrêt d'assemblée plénière a rejeté un pourvoi formé contre l'arrêt déboutant l'acquéreur d'un véhicule automobile de son action en garantie des vices cachés. Le demandeur soutenait que la cour d'appel aurait dû rechercher d'office si les faits invoqués par lui pouvaient recevoir une autre qualification que celle invoquée (par exemple, un manquement à l'obligation de délivrance conforme). Mais la Cour a rejeté le pourvoi en soutenant que lorsque la loi ne fait pas l'obligation

de relever d'office un moyen de droit non expressément invoqué par les parties, le juge n'est pas tenu de le faire[137]. La Cour a ainsi précisé les rôles incombant respectivement au juge et aux parties dans le procès civil : en l'occurrence, il revient aux parties, représentées par des professionnels, d'invoquer tous les moyens susceptibles de fonder leurs prétentions.

- *Documentées.* Cela signifie qu'elles doivent être assorties des pièces permettant de justifier les allégation ; ce qui a deux conséquences :
  - Les parties doivent établir une liste des pièces produites, sur un un document, appelé bordereau de communications de pièces, annexé aux conclusions : si une pièce n'est pas répertoriée sur le bordereau, elle est censée ne pas exister.
  - Les conclusions doivent préciser, au fil de la discussion, les pièces qui permettent de soutenir les allégations ; si les parties ne précisent pas la pièce qui permet de soutenir telle ou telle allégation, le juge peut considérer que celle-ci n'est assortie d'aucune offre de preuve et, de la sorte, ne pas l'examiner.

- *Structurées* : elles doivent suivre un plan en trois parties : un rappel des faits et de la procédure (parfois appelé « *commémoratifs* »), une discussion dans laquelle sont exposés distinctement les moyens qui soutiennent les prétentions, et spécialement les nouveaux moyens articulés au fil des écritures, enfin un dispositif qui énonce les prétentions. Si les prétentions ne sont pas énoncées dans le dispositif, le juge n'en est tout simplement pas saisi.

  La Cour de cassation n'hésite pas à rappeler fréquemment cette obligation qui incombe à l'avocat. A ce titre, un arrêt du 22 octobre 2014[138] affirme que le juge n'est pas tenu de répondre à une prétention ne figurant pas au dispositif des conclusions, alors même qu'elle était énoncée dans les motifs. A l'inverse, la Cour a pu sanctionner les juges du fond qui avaient prononcé la nullité d'un contrat de bail, laquelle n'était pas sollicitée dans le dispositif des conclusions[139]. A noter que le formalisme des conclusions et de leur structure doit être observé tant devant le tribunal judiciaire (art. 768, CPC) que devant la cour d'appel (art. 954, CPC).

Même observation pour les moyens s'ils ne sont pas clairement explicités dans la discussion.

[137] Ass. plén., 21 décembre 2007, n°06-11.343
[138] Civ. 1, 22 octobre 2014, n°13-24.911
[139] Civ. 3, 5 avril 2018, n°17-10.934

C'est ce qu'a rappelé récemment la Cour de cassation dans un arrêt du 6 juin 2019 énonçant que les juges du fond ne doivent porter une appréciation que sur les moyens formulés expressément dans leurs conclusions à l'appui de leurs prétentions. En l'espèce, il s'agissait de la saisie par un créancier de rémunérations de son débiteur[140].

L'objet du litige est ainsi concrètement déterminé par la présentation des écritures des parties. Où l'on voit combien les exigences de forme sont ici bien plus exigeantes que celles sanctionnées sous le régime des nullités de forme (art. 112 à 116 CPC)

- *Récapitulatives* : les dernières conclusions doivent toujours reprendre l'intégralité des écritures précédentes, sauf à considérer que ce qui n'a pas été repris a été abandonné. Ce qui n'est pas repris dans les dernières écritures sort ainsi du débat.

  Les parties doivent en principe reprendre dans leurs dernières écritures les prétentions et moyens précédemment présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures, sans quoi elles seront réputées les avoir abandonnés, la Cour ne statuant alors que sur les dernières conclusions déposées. A cet égard, la Cour de cassation précise dans un arrêt en date du 15 novembre 2018[141] que les écritures soumises à l'obligation de récapitulation sont uniquement celles qui déterminent l'objet du litige ou qui soulèvent un incident de nature à mettre fin à l'instance. De la même manière, la Cour de cassation avait jugé dans un avis du 10 juillet 2000[142] que « *toute formule de renvoi ou de référence à des écritures précédentes ne satisfait pas aux exigences du texte et est dépourvue de portée* ».

2°) Une instruction sous contrôle judiciaire

L'article 780 CPC dispose que : « *l'affaire est instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre saisie ou à laquelle l'affaire a été distribuée* ». Ce magistrat est désigné comme le « *juge de la mise en état* » et ses pouvoirs, le régime des décisions qu'il prend, sont fixés aux articles 780 à 797 du CPC. Là comme ailleurs, il faut s'imprégner de ces textes dont l'application est le quotidien de l'avocat.

[140] Civ. 2, 6 juin 2019, n°18-17.910 ; l'arrêt porte sur des conclusions d'appel mais ses enseignements sont transposables à la première instance.
[141] Civ. 2, 15 novembre 2018, n° 17-27.84
[142] Cass., avis, 10 juillet 2000 n°02-02.000

Pour comprendre la raison d'être de ce dispositif, il faut se souvenir qu'au cours de la mise en état, le rôle de la juridiction saisie est principalement de rythmer l'instance en fixant des délais à chacune des parties (pour conclure) et de veiller au caractère contradictoire de leurs productions. Le tribunal judiciaire est cependant une juridiction collégiale et ce serait une perte d'énergie que de mobiliser toutes les forces de la formation pour l'exercice de cette tâche d'administration judiciaire. D'où le choix de retenir qu'un des juges de la formation de jugement s'acquittera seul de l'administration de la mise en état. C'est le juge de la mise en état. Concrètement, les trois juges de la formation occupent tous cette fonction pour les différentes affaires dont la chambre est saisie. Ils se répartissent la tâche entre eux.

Avènement du juge de la mise en l'état

Le juge de la mise en état est né avec le nouveau Code de procédure civile, entré en vigueur en 1976. Il est l'héritier du juge chargé de suivre la procédure, instauré par un décret-loi du 30 octobre 1935. Ensuite, le juge des mises en état des causes avait été créé à titre expérimental grâce au décret du 13 octobre 1965. Ses prérogatives étaient plus importantes et correspondaient peu ou prou à celles du juge de la mise en état lorsqu'il a été mis en place[143].

A l'origine, le juge de la mise en état intervient dans la procédure ordinaire en matière contentieuse devant le tribunal de grande instance (Art. 750 et s., CPC) ainsi que dans la procédure contentieuse avec représentation obligatoire devant la cour d'appel (art. 899 et s. du CPC, devant les cours d'appel, le juge de la mise en état est qualifié de conseiller de la mise en état).

Aujourd'hui, depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, le juge de la mise en état est un magistrat du tribunal judiciaire, issu de la fusion entre TGI et TI. Deux aspects de la mise en état sont impactés par la réforme opérée par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 d'application de la LPJ, qui est entré en vigueur, pour ce qui concerne la mise en état, au 1er janvier 2020 ; d'une part, la mise en état judiciaire confiée à un magistrat ad hoc dont les pouvoirs ont été

[143] L. Miniato, L'évolution du rôle du juge de la mise en état, La spécialisation des juges, LGDJ, 2012

étendus ; d'autre part, la mise en état conventionnelle dont le recours est promu[144].

S'agissant des missions du juge de la mise en état, le décret lui reconnaît des attributions purement « administratives » dans son rôle de gestionnaire de l'instance (jonctions et disjonctions d'instance, constat de l'extinction de l'instance ou encore de la conciliation des parties). Le décret le conforte dans son rôle de régulateur du déroulement de l'instance, et le juge de la mise en état conserve son pouvoir de sanction en cas de méconnaissance des délais impartis. Le juge de la mise en état reste un instigateur en ce qu'il peut combler les lacunes des parties (il peut s'assurer que le juge saisi au fond est bien informé de l'affaire, il peut se faire communiquer l'original des pièces versées au débat ou demander une copie). Le décret lui reconnaît par ailleurs une nouvelle prérogative tenant à la possibilité qui lui est désormais offerte de désigner « un médiateur » dans les conditions de l'article 131-1 du Code de procédure civile. Le décret conserve en outre l'essentiel des dispositions relatives aux pouvoirs juridictionnels du juge de la mise en état (traiter les incidents qui peuvent émailler l'instruction d'une affaire). Innovation majeure, le nouvel article 789 du Code de procédure civile ajoute que le juge de la mise en état est compétent pour connaître « *des fins de non-recevoir* ».

D'autre part, s'agissant de la mise en état conventionnelle, les parties ont désormais la possibilité de conclure une convention de procédure participative aux fins de mise en état dès la première audience, au stade de l'orientation de l'affaire. Le décret modifie ainsi de façon éparse quelques dispositions purement techniques du code de procédure dans le but de faciliter le recours à la procédure participative et modifie substantiellement certaines dispositions relatives à la procédure participative en complétant le titre II du livre V du code de procédure civile.

Simplement, les textes vont au-delà de la mise en œuvre de ces considérations pragmatiques. Le juge de la mise en a de fait plus de pouvoirs que ceux nécessaires à la seule organisation de l'instance. Le juge de la mise en l'état doit certes fixer des délais de

[144] M. KEBIR, « Réforme de la procédure civile : promotion de la mise en état conventionnelle et extension des pouvoirs du juge de la mise en état », *Dalloz Actualité*, 23 décembre 2019.

procédure et résoudre les éventuels problèmes de communication de pièces (art. 780, al. 2 CPC), mais il doit également résoudre tous les incidents susceptibles d'intervenir au cours de la procédure. C'est une sorte d'homme à tout faire dont les multiples interventions doivent permettre qu'à la fin de la mise en l'état, la formation de jugement n'ait plus qu'à connaître du principal, dans sa conception la plus étroite, c'est-à-dire le fond de l'affaire.

L'article 789 du CPC donne ainsi de nombreuses attributions juridictionnelles au juge de la mise en l'état qui lui permettent seul de (ce qui suit est une quasi-reproduction du texte ; donc évitez de retenir inutilement) :

- Statuer sur les exceptions de procédure (exceptions de nullité, par ex.) ;
- Statuer sur les incidents qui mettent fin à l'instance (donc, la caducité, mais aussi la péremption) ;

La distinction entre statuer sur un incident de l'instance et constater l'extinction de l'instance : une distinction ténue

> Il ne faut pas confondre la compétence du juge de la mise en état pour statuer sur un incident de l'instance de celle pour constater l'extinction de l'instance. Les incidents de l'instance sont multiples et ne conduisent pas forcément à l'extinction de celle-ci. Il s'agit par exemple des exceptions de procédure, de demandes incidentes, de récusation ou de renvoi, de jonction ou de disjonction d'instance… Concernant ces incidents, le CPC permet au juge de la mise en état de statuer sur les exceptions de procédure, au nombre desquelles le sursis à statuer est admis, ainsi que des demandes incidentes de l'article 47 du code.
>
> Mais, le juge de la mise en état peut aussi statuer sur les incidents "mettant fin à l'instance" : il s'agit, selon les articles 384 et suivants du CPC, de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action, de la péremption, du désistement d'instance ou de la caducité de la citation.
>
> Deux cas de figure s'offrent à lui :
>
> • D'une part, l'instance peut s'éteindre du fait d'une décisions du juge de la mise en état pour laquelle il avait un pouvoir d'appréciation. C'est le cas pour l'acquiescement, le désistement d'action et la péremption. En effet, le juge de la mise en état a alors un rôle actif pour déterminer si l'événement ayant pour effet de mettre fin à l'instance a bien eu lieu.
>
> • D'autre part, il peut arriver que le juge de la mise en état ait au contraire un rôle passif, se bornant à constater que l'instance s'est éteinte, sans aucun pouvoir d'appréciation, à titre principal ou accessoire. C'est le cas lorsque le juge de la mise en état constate le décès d'une partie pour une action non transmissible, le désistement d'instance ou sanctionne la citation par la caducité.

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

> En tout état de cause, le juge de la mise en état a une compétence exclusive pour connaître de ces incidents, ce qui signifie que les parties sont irrecevables à les soulever ultérieurement. Ainsi, l'objectif de la mise en état est rempli en ce qu'il purge les incidents de procédure pour ne laisser au tribunal que le soin de trancher les seules questions de fond.

- Ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction ;
- Et même, depuis 2019, statuer sur les fins de non-recevoir de l'article 122, sauf lorsque la fin de non-recevoir nécessite que soit tranchée au préalable une question de fond (par exemple, la prescription), et encore, à la condition qu'une des parties s'oppose formellement à ce que le juge de la mise en état statue seul.

> Le juge de la mise en état ne peut donc statuer que sur les fins de non-recevoir[145] qui, d'une part, ne touchent pas au fond du droit comme par exemple l'omission d'un acte de procédure, le défaut de convocation du dirigeant social poursuivi personnellement, le défaut d'une mention à l'acte, le défaut de motivation, l'irrégularité affectant le support de l'acte…[146] ; et, d'autre part, n'ont pas fait l'objet d'une opposition des parties, celle-ci pouvant intervenir dans les affaires qui ne relèvent pas du juge unique (exemple, les affaires dépassant un certain seuil ou une certaine gravité) ou qui ne lui sont pas attribuées (par exemple, le juge de la mise en état n'intervient que dans les circuits longs, c'est-à-dire pour les affaires les plus complexes, mais pas dans les circuits courts, lorsque l'affaire paraît en état d'être jugée immédiatement).

De la sorte et à la fin de la mise en l'état, seul le fond sera examiné par la formation collégiale.

Les décisions du juge de la mise en état ne sont pas neutres pour les parties, spécialement lorsque ce dernier, par exemple, retient une cause d'extinction de l'instance ou encore admet une fin de non-recevoir. L'article 794 du CPC pose d'ailleurs que si, par principe, les décisions du juge de la mise en état sont sans autorité de chose jugée, il n'en va pas de même « *de celles statuant sur les exceptions de procédure, sur les fins de non-recevoir, sur les incidents mettant fin à l'instance* ». Ce qui est jugé à cet égard l'est définitivement et la formation collégiale ne peut y revenir. Par exemple, si le JME rend une décision dans laquelle il juge que les prétentions ne sont pas couvertes par la prescription, la formation collégiale ne peut plus revenir sur le contenu de cette décision.

[145] L. VEYRE, « Sur les rapports concernant la réforme de la justice : le contrôle des fins de non-recevoir », *JCP* 2018. 530, n°3.
[146] C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile*, préc., p.1150.

Justification de l'autorité de la chose jugée des ordonnances du JME

Il est normal que les décisions du juge de la mise en état statuant sur les exceptions de procédure, les fins de non-recevoir et les incidents mettant fin à la procédure aient l'autorité de la chose jugée car il faut distinguer selon que la décision relève du pouvoir de juridiction provisoire ou de celui de juridiction définitive du juge de la mise en état. En effet, le juge de la mise en état est investi du pouvoir de rendre des décisions à caractère juridictionnel que l'on peut classer en deux catégories : les décisions assorties de l'autorité de la chose jugée au provisoire, qui ne lient pas le juge du fond saisi ultérieurement ou concomitamment pour les mêmes fins, et les décisions assorties de l'autorité de la chose jugée au principal, en ce sens que le juge ne peut pas être saisi ultérieurement pour les mêmes fins.

Toutes les ordonnances du juge de la mise en état ne méritent pas d'avoir autorité de la chose jugée au principal mais ses décisions définitives doivent en être pourvues. Les décisions du juge de la mise en état statuant sur les exceptions de procédure, les fins de non-recevoir et les incidents mettant fin à la procédure sont rendues par lui à titre définitif. L'article 789 du Code de procédure civile confère une compétence exclusive au juge de la mise en état pour statuer sur les exceptions de procédure, les incidents d'instance et les fins de non-recevoir ; cela signifie que le dessaisissement du juge de la mise en état a pour effet d'interdire aux parties de les soulever, ce qui justifie que les décisions qui y sont relatives soient revêtues de l'autorité de chose jugée au principal. Il faut donc leur conférer l'autorité de la chose jugée, pour qu'elles ne puissent être remise en cause. Si ce n'était pas le cas, ce serait une source d'insécurité juridique.

Dans un arrêt récent rendu le 9 janvier 2020[147], la deuxième chambre civile de la Cour de cassation précise d'ailleurs, de manière très claire, qu'il résulte de l'article 794 du Code de procédure civile que « les ordonnances du juge de la mise en état statuant sur une exception de procédure ont autorité de chose jugée, qu'elles mettent ou non fin à l'instance », témoignant ainsi d'une lecture plus extensive de l'article 775 du Code de procédure civile. Auparavant prévalait une conception restrictive du champ de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions du juge de la mise en état car c'était seulement lorsque, en statuant sur une exception de procédure, l'ordonnance du juge de la

[147] Civ. 2, 9 janvier 2020, n° 18-21997, Syndicat des copropriétaires de la résidence et a. c/ Mutuelle des architectes français et a.

mise en état mettait fin à l'instance que cette ordonnance avait, au principal, l'autorité de la chose jugée[148]. Certains auteurs voient dans la conception extensive actuelle de l'autorité de la chose jugée accordée à ces décisions une façon de mettre en avant l'autonomie de cette phase préparatoire qu'est la phase de mise en état[149] et un renforcement de la fonction juridictionnelle du magistrat instructeur qui n'est pas cantonner à un rôle de simple gestionnaire de l'instance.

Naturellement, un recours est possible, mais en principe, celui-ci ne peut intervenir qu'une fois la décision rendue sur le fond par la juridiction collégiale (art. 795, al. 2, CPC). Naturellement, si la décision du juge de la mise en état met fin à l'instance (par ex., le juge prononce la caducité de la citation), il n'y a plus de décision sur le fond à attendre et le recours immédiat est possible. Même si la décision ne met pas immédiatement fin à l'instance, l'art. 795 CPC admet un appel pour les décisions du juge de la mise en état (on les appelle des ordonnances, comme toutes les décisions rendues par un juge unique) « *qui statuent sur une exception de procédure ou une fin de non-recevoir* ».

Une position surprenante

Admettre l'appel contre l'ensemble des décisions du juge de la mise en état est surprenant. En effet, si sa décision ne met pas immédiatement fin à l'instance, il peut s'agir de deux types de décisions : celles statuant sur les exceptions de procédure, incidents d'instance et fins de non-recevoir, qui sont définitives et revêtues de l'autorité de la chose jugée, et celles ne statuant pas sur ces trois éléments, qui sont donc dépourvues de l'autorité de la chose jugée au principal. Aucun appel ne devrait donc pouvoir être formé contre les premières, car elles sont frappées de l'autorité de la chose jugée au principal, ce qui fait obstacle à ce que la décision soit remise en cause, tandis qu'un appel est possible pour les secondes.

Cependant, un appel est bien admis pour ces deux types de décisions selon le Code de procédure civile, qui distingue l'appel différé, qui ne peut être formé qu'avec le jugement statuant sur le fond, et l'appel immédiat prévu pour les décisions statuant notamment sur les exceptions de procédure, les incidents d'instance et les fins de non-recevoir. L'appel des décisions ne revêtant pas l'autorité de la chose jugée est surprenant puisqu'il revient à autoriser un appel immédiat alors que la décision ne met pas fin à l'instance. Du reste, lorsque la

[148] Civ. 2e, 13 mars 2008, n° 07-11.384.

[149] Civ. 2e, 23 juin 2016, n° 15-13.483 P, D. 2016. 1439 ; *ibid*. 1886, chron. H. ADIDA-CANAC, T. VASSEUR, E. DE LEIRIS, G. HENON, N. PALLE, O. BECUWE ET N. TOUATI ; *Procédures* 2016, n° 279, obs. STRICKLER ; *JCP* 2016. 1296, obs. L. MAYER.

décision du juge de la mise en état a l'autorité de la chose jugée, la voie de recours de l'appel est ouverte. Pour autant, si la décision, qui a autorité de la chose jugée, ne met pas fin à l'instance, il devrait être prévu un appel différé avec la décision sur le fond. Si la décision du juge de la mise en état a autorité de chose jugée, peu important son contenu, elle ne peut plus être remise en cause, ni par la formation de jugement, ni par un juge ultérieurement saisi du litige. Certes, le juge de la mise en état n'est pas un « juge du fond », mais certaines de ses décisions sont revêtues d'une autorité de la chose jugée d'où elles tirent leur intangibilité[150].

B.- Le déroulement de l'instruction

1°) Orientation de l'affaire

L'instruction débute par une audience d'orientation, en principe devant le président de la chambre saisie du dossier, afin qu'il soit « *conféré de l'état de la cause* » (art. 776, CPC). L'expression est quelque peu surannée. Cette audience remplit trois fonctions :

- Vérifier les constitutions (sous-entendu d'avocats) ;
- Prendre la mesure du niveau de complexité du dossier ;
- Apprécier les intentions procédurales des parties ; dès l'entame, les rapports peuvent paraître conflictuels et il faut s'attendre à une procédure avec incidents ; au contraire, il peut sembler que les conseils soient disposés à un bon déroulé de la procédure.

A l'issue de cette audience, de trois choses l'une :

- Les parties peuvent conclure une convention de procédure participative aux fins de mise en état (art. 777, CPC). De quoi s'agit-il ?

  C'est dans la mouvance de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice[151], qui déploie l'offre amiable en matière civile, que le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019[152] réforme le livre V du Code de procédure

[150] M. KEBIR, « Mise en état : autorité de chose jugée des ordonnances statuant sur une exception de procédure », *Dalloz actualité*, 7 février 2020.
[151] Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice publiée au JORF n°0071 du 24 mars 2019.
[152] Décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile publié au JORF n°0288 du 12 décembre 2019.

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

civile relatif à la procédure participative de mise en état pour développer son usage.

Devant le tribunal judiciaire, les parties ont désormais la possibilité de conclure une convention de procédure participative aux fins de mise en état dès la première audience, au stade de l'orientation de l'affaire (article 776). Si les parties et leurs avocats justifient avoir conclu une convention de procédure participative aux fins de mise en état de l'affaire, le président prend les mesures prévues au deuxième alinéa de l'article 1546-1 du CPC. Elles ont également la possibilité de solliciter un délai pour conclure une telle convention quand elles se présentent devant le juge pour conférer une dernière fois de l'affaire afin de la mettre en état (article 779). Lorsque les parties et leurs avocats justifient avoir conclu une convention de procédure participative aux fins de mise en état, le juge peut, à leur demande, fixer la date de l'audience de clôture de l'instruction et la date de l'audience de plaidoiries.

Il résulte des articles 2062 et 2064 du Code civil qu'une convention de procédure participative est une convention par laquelle, assistées de leurs avocats, les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige. Il s'agit d'un dispositif de règlement amiable d'un litige inspiré du droit collaboratif nord-américain. Le moins qu'on puisse dire est que ce dispositif n'a pas rencontré un franc succès. La raison probable est qu'il est excessivement encadré et qu'en pratique, il est plus simple de négocier (ce que les avocats font souvent) sans s'enfermer dans un cadre trop rigoureux.

Il est désormais possible d'utiliser ce dispositif, non pas résoudre le litige, mais pour organiser conventionnellement la mise en état devant le tribunal judiciaire. L'avantage est qu'alors, les parties peuvent obtenir du juge qu'il leur donne dès le début de la procédure une date d'audience. La signature de la convention emporte cependant renonciation à se prévaloir de toute exception de procédure ou fin de non-recevoir (art. 1546-1 CPC). A l'entame d'un procès, il est rare qu'on veuille immédiatement renoncer à des moyens de défense. Il n'est pas sûr que cette convention rencontre un grand succès en pratique.

Les intérêts d'une convention de procédure participative, synthèse de la doctrine

Selon Loïc Cadiet, « initialement conçue comme une technique conventionnelle de résolution des litiges, spécialement réservée aux

avocats, la procédure participative est ainsi devenue une technique conventionnelle de gestion de l'instance »[153].

La mise en état conventionnelle présente de nombreux avantages en ce qu'elle permet notamment aux parties « de se réapproprier leur entier litige » (définition de la méthodologie de travail, d'un calendrier de procédure en fonction des spécificités du dossier), « ce qui induit un gain de temps, une maîtrise du coût et davantage de transparence ». Les parties sont par ailleurs responsabilisées, car elles définissent ensemble l'objet du litige, voire la qualification des faits et des actes litigieux, ainsi que les points de droit sur lesquels elles entendent limiter le débat. Elles choisissent également conjointement les experts auxquels elles souhaitent avoir recours, ce qui « renforce la légitimité de ceux-ci et limite les contestations éventuelles qui pourraient intervenir quant à leurs analyses ». La mise en état conventionnelle permet enfin aux avocats de travailler de manière plus sereine et plus constructive en privilégiant l'intelligence collective dans l'intérêt des parties. Elle recentre également le juge sur son office en lui permettant d'intervenir uniquement quant au différend persistant[154].

La mise en état conventionnelle est une mise en état « externalisée », relevant des parties elles-mêmes et relayant le juge à un rôle de simple contrôleur[155].

La convention de procédure participative offre aux avocats une véritable autonomie procédurale dans la conduite des litiges : « entre recherche d'un accord et/ou mise en état d'un litige, la convention de procédure participative ouvre un horizon sans fin… »[156].

« À l'analyse, la nouvelle procédure participative conduit à renforcer la logique d'externalisation de l'instance et tend en cela à redonner du sens au principe dispositif à ce stade de la procédure. Le décret a le

[153] L. CADIET, « Le développement de la procédure participative », *Procédures*, n°3, mars 2020, étude n°5, p. 17.
[154] C. DENOIT-BENTEUX, « Procédure participative de mise en état : la nouvelle procédure civile offre un peu d'amiable au contentieux », *Gaz. Pal.* 28 janv. 2020, n° 369f7, p. 82.
[155] C. BLERY , « Des pistes pour la réforme de la mise en état », *Dalloz actualité*, 20 avril 2018.
[156] L. JUNOD-FANGET, « La convention de procédure participative aux fins de mise en état, nouvel horizon pour les avocats », *AJ Famille*, 2020, p.110.

mérite de respecter l'économie de cette procédure participative qui consiste à replacer les parties au cœur de l'instruction de leur propre affaire. Mais, la procédure participative fait l'objet de critiques, notamment pour sa lourdeur et l'illisibilité de son régime. Elle est avant tout dépendante de son appropriation par les parties et leurs conseils »[157].

- Le président peut considérer que l'affaire est en état ou sur le point de l'être (art. 778, 779 du CPC). L'instruction suit alors ce qui est parfois désigné comme un « circuit court », en ce sens qu'elle est directement renvoyée pour plaidoiries, éventuellement pour un dernier échange d'écritures entre les parties. Il est même possible, par application de l'art. L. 212-5-1 du COJ, de ne pas prévoir de plaidoirie. Auquel cas, le greffe indique aux parties la date à laquelle le jugement sera rendu.

- Troisième possibilité (art. 779, dernier al.), « *le président renvoie au juge de la mise en état, les affaires qui ne sont pas en état d'être jugées. Il fixe la date de l'audience de mise en état* ». C'est l'hypothèse la plus fréquente. On parle parfois de « circuit long », pour signifier que l'instruction prendra un temps significatif, d'où la nécessité de solliciter un juge de la mise en état. Les procédures avec représentation obligatoire devant le tribunal judiciaire concernent souvent des litiges présentant des enjeux significatifs. Il est donc assez naturel que la mise en état requière un « circuit long ».

2°) Instruction devant le juge de la mise en l'état

Dans l'hypothèse où l'affaire est renvoyée à la mise en état (troisième hypothèse), le juge désigné pour la suivre exerce alors les pouvoirs précédemment décrits. La chronologie de la mise en état obéit à l'alternative suivante, que précise en ces termes l'article 781 du CPC :

- « *Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats.* ». Naturellement, « *il peut accorder des prorogations de délai*. » C'est la formule classique. C'est probablement celle qui conservera un moment la préférence des conseils dès lors qu'elle leur laisse la possibilité de faire évoluer la stratégie au fil des échanges ; il ne faut pas y voir un goût pour le dilatoire ; simplement, chaque échange de conclusions suscitent naturellement de nouveaux arguments et sont parfois des invitations à réviser sa stratégie. La souplesse est la principale aspiration de ceux qui concluent.

[157] M. KEHBIR, « Réforme de la procédure civile : promotion de la mise en état conventionnelle et extension des pouvoirs du juge de la mise en état », *Dalloz Actualité*, 23 décembre 2019.

- « *Il* (le JME) *peut, après avoir recueilli l'avis des avocats, fixer un calendrier de la mise en état. Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et (…) celle du prononcé de la décision* ». Cette seconde possibilité a probablement vocation à se développer. Elle suppose une certaine organisation de la juridiction, mais elle aura probablement la faveur des magistrats, soucieux, on peut le comprendre, que les mêmes affaires n'occupent pas trop longtemps le rôle.

3°) Ordonnance de clôture

La fin de la mise en état donne lieu à une « *ordonnance de clôture* » (art. 798, CPC) qui produit les effets d'une clôture des débats, au moins sous l'angle de la matière litigieuse.

> Les effets de l'ordonnance de clôture ont été largement précisés en jurisprudence. De manière générale, la Cour de cassation considère que « les conclusions postérieures à l'ordonnance de clôture par lesquelles une partie demande [...] le rejet des débats des conclusions, ou productions de dernière heure de l'adversaire sont irrecevables »[158]. Le rejet de ces conclusions peut être décidé d'office par le juge car il s'agit d'un moyen d'ordre public (Civ. 2, 27 février 1985, solution constante).
>
> Par ailleurs, la Cour s'est prononcée sur le sort des conclusions déposées très peu de temps avant ou le jour même de l'ordonnance de clôture. Bien que le dépôt de conclusions tardives soit toléré, comme l'a rappelé la deuxième chambre civile dans un arrêt du 25 février 2010 (n°09-13.400), il faut que l'autre partie ait été en mesure d'en prendre connaissance en temps utile, conformément au principe du contradictoire. Le juge peut dès lors écarter du débat des pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile (Ch. mixte, 3 février 2006, n°04-30.592). Au contraire, le juge peut décider de la révocation ou du report de l'ordonnance de clôture afin de faire respecter la contradiction. A cet égard, la deuxième chambre civile a énoncé le 1er mars 2018 (n°16-27.592, *Publié au Bulletin*) que la réouverture des débats doit être ordonnée avant de procéder à la révocation de l'ordonnance de clôture ou à la fixation d'une nouvelle date de clôture.

La procédure est écrite. Par conséquent, il est normal que cette matière soit figée à l'issue des échanges écrits (art. 802 CPC). A noter que la clôture peut intervenir comme une sanction d'un défaut de diligence. L'article 800 du CPC dispose ainsi que :

[158] Civ. 1, 16 mai 2003, n°12-19.078

> « *Si l'un des avocats n'a pas accompli les actes de la procédure dans le délai imparti, le juge peut ordonner la clôture à son égard, d'office ou à la demande d'une autre partie, sauf, en ce dernier cas, la possibilité pour le juge de refuser par ordonnance motivée non susceptible de recours. Copie de l'ordonnance est adressée à la partie défaillante, à son domicile réel ou à sa résidence.* »

Nous avons vu que le défaut de diligence est sanctionné par une radiation du rôle ou par une extinction de l'instance. La procédure devant le tribunal judiciaire fait apparaître une nouvelle sanction : la clôture à l'égard d'une des parties. On parlera alors de clôture partielle, car prononcée à l'encontre de la partie qui aura été négligente. Elle signifie qu'après celle-ci, le conseil n'est plus recevable à verser de nouveaux éléments au dossier. A l'égard de la partie que cet avocat représente, tout se passe comme si l'instance était figée, définitivement arrêtée. Un point discutable est que la juridiction adresse directement à la partie concernée, l'ordonnance qui pointe le défaut de diligence de son conseil. Cette dénonciation faite par le juge au justiciable des insuffisances de son avocat crée un climat de suspicion qui n'est pas de nature à favoriser la sérénité des mises en état. C'est l'illustration de la tendance contemporaine[159] à sans cesse « discipliner » l'instance et ses principaux acteurs.

> Un rapport annuel de la Cour de cassation de 2014 avait pu énoncer que « ces règles de procédure visent à rythmer le déroulement de l'instance ou l'exercice de l'action. Les sanctions organisées par le droit en cas de non-respect des délais ont, avant d'être appliquées, une fonction incitative, voire comminatoire »[160]. Le Président du tribunal de grande instance de Paris expliquait en 2004[161] que le but était de limiter au maximum ce qui contrarie le jeu normal de l'institution judiciaire au regard de l'exigence du « délai raisonnable » de traitement des dossiers, imposé par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.
>
> D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Glykantzi c/ Grèce* du 30 octobre 2012 (n°40150/09), a affirmé que le respect des diligences procédurales prévues dans

[159] M-L. CAVROIS, H. DALLE ET J-P. JEAN « La qualité de la justice », coll. Perspectives sur la justice, *La Documentation Française*, Paris, 2002 (sur la question de la célérité, voir p. 103-109 et p. 144 et s. et p. 228-238) ; E. BREEN, « Evaluer la justice », coll. Droit et justice, *PUF*, 2002 ; L. CADIET ET L. RICHER, « Réforme de la justice, réforme de l'Etat », coll. Droit et justice, *PUF*, 2003 ; Le Rapport annuel de 2014 de la Cour de cassation, *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2014, p. 226.
[160] Rapport annuel de la Cour de cassation, 2014
[161] J-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès*, Rapport au Garde des Sceaux, 15 juin 2004.

> l'instance d'appel est conforme à l'objectif du procès équitable issu de l'article 6 de la Convention européenne, puisqu'il remédie aux problèmes des délais excessifs dans les procédures civiles, particulièrement au stade de l'appel. Le considérant 30 précise qu'« en France, le juge et le conseiller de la mise en état disposent respectivement d'une compétence exclusive pour prononcer la caducité de l'appel, l'irrecevabilité de l'appel ou déclarer les conclusions des parties irrecevables pour non-respect des délais ».

Après la clôture, l'affaire vient normalement à *l'audience*, sauf à préciser que cette dernière peut désormais ne plus avoir lieu (art. L. 212-5-1 du C.O.J.) et qu'il est désormais prévu, en termes généraux que :

> « *Le juge de la mise en état ou le magistrat chargé du rapport peut, si les avocats ne s'y opposent pas, tenir seul l'audience pour entendre les plaidoiries. Il en rend compte au tribunal dans son délibéré.* »

En pratique, il n'est pas toujours facile aux avocats de s'opposer à une demande du juge de la mise en état d'une audience à juge unique (les avocats ne doivent pas hésiter à demander une « collégiale », spécialement si le dossier pose une question de principe). Et il est de fait qu'une audience à juge unique prive l'audience d'une partie de son intérêt.

Juge unique vs. collégialité

> Discuter de l'intérêt d'une audience à juge unique par rapport à une audience où siègent plusieurs juges met en exergue les débats qui, depuis de nombreuses années, comparent les mérites respectifs de la collégialité et de l'unicité du juge. Si la collégialité est considérée comme une garantie de bonne justice, mieux éclairée et plus sereine[162], la tendance est aujourd'hui au juge unique, qui présente l'avantage indéniable de simplifier les procédures et d'en accélérer l'examen, à l'heure où notre justice fait face à une lenteur excessive et à un encombrement croissant[163]. Pourtant, il est clair qu'une audience à juge unique prive l'audience d'une partie de son importance, tout du moins pour les affaires les plus complexes, et ce pour différentes raisons :

[162] R. PERROT, « Le juge unique en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, 1977. 29-4. pp. 659-674.

[163] « Les données de la performance 2019 », Ministère de l'Action et des Comptes publics, Mission du Budget général de l'Etat : la durée moyenne de traitement des affaires civiles, toutes natures de contentieux confondues, était, en 2018, de 11,2 mois devant les tribunaux de grande instance, de 5,6 mois devant les tribunaux d'instance, de 16,7 mois pour les conseils de prud'hommes, de 8,1 mois pour les tribunaux de commerce et de 13,7 mois devant les cours d'appel.

• La décision, entendue lors de l'audience en collégialité, est réfléchie et mûrie par une réflexion collective ;

• La collégialité est un gage d'indépendance car plusieurs juges sont responsables de la décision qu'ils ont prise ensemble, et ce n'est pas un juge unique qui porte la responsabilité de la décision prise ;

• La collégialité est un gage d'impartialité car la présence de plusieurs juges évite les dérapages, comme le témoigne l'adage « juge unique, juge inique » ;

• La collégialité limite les risques de mauvaise décision juridictionnelle car chaque juge est un contre-pouvoir pour l'autre. Il existe donc une certaine logique entre, d'une part, le juge unique pour les affaires classiques, et, d'autre part, la collégialité pour les affaires qui présentent certaines difficultés[164].

Conclusion en forme d'incidente

Il est enfin prévu aux articles 812 à 816 du Code de procédure civile que l'intégralité de la procédure devant le tribunal judiciaire puisse se dérouler devant *un juge unique*. Ce qui appelle trois observations :

- Une première observation d'opportunité correspond au fait que cette possibilité peut ressembler à un dispositif de gestion de la pénurie. Permettre qu'il n'y ait qu'un juge au lieu de trois démultiplie les possibilités d'un tribunal. Il n'est cependant pas sûr que ce soit au bénéfice de la qualité. Un bon usage de cette possibilité est de la réserver à l'hypothèse où, en cours d'instruction (art. 812, CPC), le litige se révèle dans sa relative simplicité, ce qui autorise un traitement à juge unique.
- Une seconde observation plus technique s'appuie sur l'article 813 du CPC, en vertu duquel « *lorsqu'une affaire est attribuée au juge unique, celui-ci exerce les pouvoirs conférés tant au tribunal qu'au juge de la mise en état* ». Toutes les séquences de la procédure se déroulent donc devant le même juge. Il est probable qu'alors, il en résulte une contraction, et que la procédure à juge unique se déroule sur le modèle d'un « circuit court », en tout cas s'en rapprochant.
- Une troisième observation porte sur les droits des justiciables. Ces derniers peuvent demander le renvoi à la formation collégiale. Mais, une telle demande n'a pas les faveurs du code. L'article 815 du CPC dispose ainsi : « *la demande de renvoi à la formation collégiale d'une affaire attribuée au juge unique doit, à peine de forclusion, être formulée dans les quinze jours de la réception de l'avis prévu à l'article 814* (i.e., l'avis informant du renvoi au juge unique) ». Quand un texte

[164] J-M. COULON, E. BONNET, B. COZE, « Réflexions et propositions sur la procédure civile », *LPA* 12 févr. 1997, n° PA199701901, p. 4.

prévoit une forclusion dans un délai aussi court, c'est le signe que la faculté ainsi contrainte est envisagée avec une certaine défiance.

II.- LA PROCEDURE SANS REPRESENTATION OBLIGATOIRE

Il faut comprendre que la fusion des TI et des TGI au sein des tribunaux judiciaires a eu pour conséquence que ces derniers ont mécaniquement récupéré les compétences des premiers. Or, les procédures en vigueur devant les TI et les TGI étaient conçues sur des modèles parfaitement antagonistes. La procédure devant le TGI était, comme l'est celle devant le tribunal judiciaire, une procédure écrite avec représentation obligatoire, conduite en principe devant une formation collégiale, cependant que la procédure devant le TI était une procédure à juge unique, orale et sans représentation obligatoire. Les TI connaissaient des petits litiges civils (moins de 10.000 €) et l'on estimait qu'il n'était pas nécessaire d'imposer la représentation obligatoire. Par ailleurs l'oralité était privilégiée, aux fins de favoriser l'issue amiable des litiges (l'idée, assez théorique au demeurant, est que moins on écrit, moins on cristallise le litige et plus on facilite un règlement négocié).

Pour l'essentiel, la procédure sans représentation obligatoire devant le tribunal judiciaire correspond peu ou prou à celle en vigueur il y a peu encore devant les tribunaux d'instance. Ainsi, l'art. R. 212-8 du COJ prévoit d'ailleurs que les procédures qui avaient cours devant le TI et se déroulent maintenant devant tribunal judiciaire, sont systématiquement conduites à juge unique. Le juge unique n'est pas une option, comme en cas de procédure avec représentation obligatoire. C'est ici la norme.

Deux questions : quels sont les litiges concernés ? Quelles sont les modalités de ces procédures ?

A.- Les litiges

Les litiges relevant de la procédure sans représentation obligatoire sont ceux que vise l'article 761 du CPC, ainsi rédigé :

> « *Les parties sont dispensées de constituer avocat dans les cas prévus par la loi ou le règlement et dans les cas suivants :*
> *1° Dans les matières relevant de la compétence du juge des contentieux de la protection ;*
> *2° Dans les matières énumérées par les articles R. 211-3-13 à R. 211-3-16, R. 211-3-18 à R. 211-3-21, R. 211-3-23 du code de l'organisation judiciaire et dans les matières énumérées au tableau IV-II annexé au code de l'organisation judiciaire ;*

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

3° A l'exclusion des matières relevant de la compétence exclusive du tribunal judiciaire, lorsque la demande porte sur un montant inférieur ou égal à 10 000 euros ou a pour objet une demande indéterminée ayant pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10 000 euros. Le montant de la demande est apprécié conformément aux dispositions des articles 35 à 37. Lorsqu'une demande incidente a pour effet de rendre applicable la procédure écrite ou de rendre obligatoire la représentation par avocat, le juge peut, d'office ou si une partie en fait état, renvoyer l'affaire à une prochaine audience tenue conformément à la procédure applicable et invite les parties à constituer avocat. »

Il faut s'habituer à ce type de textes qui, comme il est fréquent pour les procédures dérogatoires au modèle que constitue la procédure avec représentation obligatoire devant le tribunal judiciaire, abondent en renvois. Leur lecture est pénible, mais il est nécessaire de s'y accoutumer. C'est un passage obligé.

Là comme ailleurs, il est nécessaire d'avoir des repères, c'est-à-dire une vision générale qui permettra d'aborder le détail sans s'y perdre. L'idée générale est que cette procédure est réservée aux petits litiges. Qu'est-ce qu'un petit litige ? Il y a *deux critères alternatifs* :

- Un critère quantitatif : 10.000 € ; jusqu'à ce montant, le litige est perçu comme un litige de personnes physiques, lesquelles, on peut le comprendre, s'accommodent d'une procédure sans représentation obligatoire (donc, en pratique, sans frais d'avocat) ;
- Un critère qualitatif : la proximité et le quotidien. Ces deux termes n'ont pas de signification juridique et il n'est pas raisonnable d'en concevoir une définition permettant d'identifier les procédures dispensées de représentation obligatoire. Ce sont cependant les deux idées qui permettent de comprendre la logique qui anime l'inventaire à la Prévert que semble constituer en première lecture l'ensemble des dispositions figurant dans « *les articles R. 211-3-13 à R. 211-3-16, R. 211-3-18 à R. 211-3-21, R. 211-3-23 du code de l'organisation judiciaire et dans les matières énumérées au tableau IV-II annexé au code de l'organisation judiciaire* » . On y trouve le contentieux électoral professionnel, les litiges de voisinage (par ex., bornage), les funérailles aussi, qui peuvent être source de litige.

Il faut retenir que le domaine des procédures sans représentation obligatoire ne coïncide pas exactement avec celui des procédures à juge unique. Le second est plus étendu que le premier de sorte que le domaine de la procédure avec représentation obligatoire s'est étendu.

B.- Les modalités

Lorsque les parties sont dispensées d'une représentation par avocat, elles peuvent néanmoins s'en choisir un pour se faire *assister et représenter*. Elles peuvent aussi (art. 762, CPC) choisir :
- Leur conjoint, leur concubin ou la personne avec laquelle elles ont conclu un pacte civil de solidarité ;
- Leurs parents ou alliés en ligne directe ;
- Leurs parents ou alliés en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclus ;
- Les personnes exclusivement attachées à leur service personnel ou à leur entreprise (utile pour les entreprises qui sont appelées en qualité de défenderesses dans des litiges de consommation et qui peuvent ainsi assurer leur défense au moyen d'un juriste de leurs services).

> La liste de personnes pouvant assister ou représenter une partie est limitative. Pour cette raison, il avait été jugé qu'un huissier de justice, qui ne figure pas sur ladite liste, n'a pas qualité pour représenter une partie devant le tribunal d'instance (Civ. 2, 1er juillet 1981, Bull. Civ. II, n°145). Il est également admis que l'huissier ne puisse pas non plus représenter les parties devant le juge de l'exécution. Cependant, depuis la loi n°87-550 du 16 juillet 1987, il n'est plus interdit à l'huissier d'assister et de représenter les parties devant le tribunal de commerce. L'huissier peut ainsi servir les intérêts de son client jusque dans une phase contentieuse.

Si leur représentant n'est pas avocat, il doit justifier d'un pouvoir spécial, concrètement, une procuration ad hoc visant spécialement la procédure engagée et le litige objet de celle-ci.

> La Cour de cassation a ainsi, à plusieurs reprises, affirmé que le défaut du pouvoir de représentation est une irrégularité de fond affectant la validité même de l'acte introductif d'instance. Tel est le cas pour le représentant en justice d'une organisation syndicale, lequel devant justifier d'un pouvoir spécial ou d'une disposition des statuts l'habilitant à agir en justice[165]. Quant au mandat *ad hoc*, il ne doit pas être exprimé en des termes généraux ne comportant aucune mention relative à la date de la décision attaqué. C'est ainsi que la première chambre civile a sanctionné d'irrecevabilité la déclaration adressée au greffe par une personne agissant pour le compte de ses parents, ayant reçu pouvoir de les « représenter en toutes démarches judiciaires et légales » (Civ. 1, 23 novembre 2000). De plus, la procuration *ad hoc*, valable en première instance, ne vaut pas mandat d'interjeter appel[166].

[165] Soc., 14 mars 2018, n°17-16.265
[166] Soc., 13 mai 1986, n°85-41.654

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05 – Tél. : +33 (0)1 44 07 80 00 – www.univ-paris1.fr

> Toutefois, la Cour a récemment rappelé que le défaut de capacité d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice peut être couvert si la cause de cette nullité a disparu au moment où le juge statue[167].

Pour les litiges dont l'enjeu est inférieur à 5000 € et pour ceux relatifs à des questions de voisinage (plus précisément, ceux visés aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire ; par exemple le bornage), l'introduction de l'instance doit être précédée d'une *tentative préalable de règlement amiable* (art. 750-1 CPC), qu'il s'agisse d'une conciliation, d'une médiation ou encore d'une procédure participative. A défaut de tentative, les demandes sont irrecevables.

L'introduction de l'instance se fait en principe *par voie d'assignation*, ce qui signifie que, le demandeur, même dispensé de représentation obligatoire, doit néanmoins s'adresser à un huissier afin qu'il établisse l'assignation. La saisine par la voie simplifiée de la *requête* est réservée aux litiges dont l'enjeu est inférieur à 5000 € (art. 750 CPC ou, selon la formule consacrée, « *dans certaines matières fixées par la loi ou le règlement* »). La saisine peut également être faite par *requête conjointe*. Cette modalité de saisine, anecdotique pour les procédures avec représentation obligatoire, peut ici présenter une certaine utilité, notamment pour les litiges dont l'enjeu est compris entre 5 et 10.000 € et à l'occasion desquels, les parties ne souhaitent pas procéder par voie d'assignation (v. *infra*).

La procédure est orale (art. 817 CPC). Ce point est important car cela signifie que les éléments du litige (prétentions et faits), leur discussion contradictoire ainsi que celle de ses instruments (moyens et pièces), s'inscrivent uniquement dans l'oralité. Cette absence de trace écrite est gênante dans la mesure où, par définition, les paroles ne restent pas. En réalité, lorsque la procédure est vraiment orale, les éléments du litige sont fixés par écrit, en considération de ce que le juge en retient dans sa décision. C'est en quelque sorte le juge qui écrit le litige en considération de ce qu'en disent les parties. En pratique, il est fréquent que les parties prennent des écrits, spécialement d'ailleurs quand elles sont représentées par un avocat, ce qui reste assez fréquent, même quand elles en sont dispensées. Les articles 446-1 et suivants du code de procédure civile posent à cet égard des règles générales, applicables aussi bien devant le tribunal judiciaire que devant les autres juridictions pour lesquelles l'oralité est prévue.

Le principe est simple : les parties sont autorisées à prendre des écrits et à s'y référer à l'oral. Autrement dit, même en procédure orale, les parties peuvent faire comme si la procédure était écrite. C'est alors elles qui retrouvent la maîtrise de la formalisation de leurs prétentions et moyens. Les éléments et les instruments du litige procèdent alors

[167] Civ. 2, 10 janvier 2019, n°17-28.805

d'un dossier composé de documents écrits, comme dans n'importe quelle autre procédure.

> Un arrêt récent de la deuxième chambre civile, en date du 22 juin 2017 (n°16-17.118, *Publié au Bulletin*), illustre les effets et intérêts du recours à l'écrit. En l'espèce, une exception d'incompétence avait été soulevée oralement à l'audience avant toute référence à des prétentions au fond mais après la formulation de ces prétentions par écrit. Le jugement du tribunal et la cour d'appel avaient jugé que cette exception était recevable et y avaient fait droit. La Cour de cassation a finalement reproché au juge du fond de ne pas avoir recherché si le juge n'avait pas organisé les échanges écrits entre les parties conformément au dispositif de mise en état de la procédure orale prévu par l'article 446-2 du Code de procédure civile, ce qui aurait rendu l'article 446-4 applicable, peu important que les parties aient été ou non dispensées de comparaître. La Cour de cassation fait donc prévaloir l'écrit sur l'oral lorsque le juge use de la faculté d'organiser les échanges entre les parties comparantes, conformément à l'article 446-2 du Code de procédure civile. Cet arrêt met avant la conséquence procédurale du recours à l'écrit dans les procédures par nature orales, car le recours à la mise en état écrite inverse le principe et fait que c'est l'écrit qui prime, et non l'oral, peu important qu'une dispense de comparution ait été ou non accordée. A noter que ledit article 446-2 du code de procédure civile concerne le cas où les parties ont choisi d'être représentées par un avocat et que les prétentions et moyens ont été formulés par écrit. Ce cas de figure est en réalité relativement fréquent.

Il reste néanmoins nécessaire de maintenir le principe d'une oralité.

> Pour cette raison, la Cour de cassation considère que lorsque la procédure est orale, seules les conclusions écrites réitérées verbalement à l'audience des débats saisissent valablement le juge[168].

Même si le principe tend à devenir une solution subsidiaire, l'oralité demeure utile pour des justiciables qui maîtrisent mal l'écrit et qui s'accommoderont donc mieux d'une procédure au cours de laquelle il leur sera seulement demandé d'exprimer oralement leur différend.

Pour les procédures sans représentation obligatoire, en principe orales, le demandeur peut, comme on s'y attend, soumettre ses prétentions au tribunal, *aux fins de jugement*. En ce cas, et c'est une particularité de ces procédures (art. 827, CPC), le tribunal prévoit une

[168] Civ. 2, 15 mai 2014, n°12-27.035

conciliation préalable (qu'il conduit lui-même ou qu'il délègue). En cas d'échec, de deux choses l'une :

- Soit la procédure est réellement orale et alors l'affaire sera audiencée pour être ensuite jugée (art. 830, CPC) ;
- Soit les parties font le choix de l'écrit et la mise en état se déroule selon les règles générales applicables devant toutes les juridictions.

Deux précisions importantes. Tout d'abord, en l'absence de représentation obligatoire, il n'y a pas de désignation d'un juge de la mise en état. Le tribunal judiciaire connaît en effet de l'affaire à juge unique et c'est le juge désigné qui assure la mise en état, essentiellement en fixant des délais pour permettre à chacune des parties de conclure (art. 831, CPC). Ensuite et au rebours de l'oralité, le juge désigné peut même en cette occurrence proposer aux parties de statuer sans audience (art. 828, CPC ; la rédaction de cet article laisse penser que cette voie de règlement du litige est privilégiée).

Les articles 820 et suivants du CPC donnent la possibilité au demandeur de saisir le tribunal judiciaire uniquement *aux fins de conciliation*. Dans ce cas, la saisine est formée par voie de requête, quel que soit le montant du litige. Et même, la requête peut être « faite » directement au greffe de la juridiction. Concrètement, une partie qui maîtrise mal l'écrit peut donc se présenter au greffe et déposer oralement sa requête ; ses propos seront consignés par le greffier qui l'entendra. Le juge saisi tente ensuite une conciliation des parties, lui-même ou en délégant cette mission à un conciliateur. Si la tentative de conciliation échoue, il y a lieu de saisir à nouveau le tribunal selon les modalités habituelles de saisine (schématiquement, assignation ou requête selon le montant du litige ; en tout état de cause, par requête conjointe). En cette hypothèse, la saisine par requête conjointe peut être utile. Si la conciliation échoue, il se peut qu'elle ait néanmoins permis de clarifier les termes du litige et d'en permettre un exposé sur lequel les parties s'entendent. Si les parties ont l'écrit difficile, le conciliateur désigné, voire le juge s'il conduit lui-même la conciliation, leur viendra en aide et leur permettra de saisir le tribunal sans qu'il leur soit nécessaire de passer par une assignation. La suite de la procédure est identique à celle prévue en cas de saisine à fins de jugement.

§ 2.- Le Tribunal de commerce

La procédure devant le tribunal de commerce est une sorte de synthèse des deux procédures en cours devant le tribunal judiciaire. La représentation obligatoire est le principe[169], mais la procédure est orale[170]. L'instruction est pratiquement toujours sous contrôle judiciaire, mais le juge désigné n'a pas les pouvoirs du juge de la mise en état.

[169] Article 653 du Code de procédure civile
[170] Article 860-1 du Code de procédure civile

Attention, une partie des dispositions propres au tribunaux de commerce se trouvent au Livre VII du Code de commerce (il n'y a rien dans le Code de l'organisation judiciaire ; ceci s'explique par le caractère consulaire de leur composition).

> Les tribunaux de commerce sont composés de commerçants élus et non de magistrats professionnels. Une élection a lieu tous les ans et ils sont élus pour deux ans lors de leur première élection et pour quatre ans lors de leur deuxième élection. Les juges sont bénévoles. Le tribunal de commerce est compétent pour les litiges entre commerçants concernant leur exercice professionnel, les activités commerciales, ou entre des commerçants et une société commerciale ou concernant un litige portant sur des actes de commerce[171]. Il l'est également entre un non-commerçant demandeur et un commerçant défendeur si le non commerçant a choisi de saisir le tribunal de commerce.[172]

L'article 853 CPC dispose ainsi :

> « *Les parties sont, sauf disposition contraire, tenues de constituer avocat devant le tribunal de commerce. (…)*
>
> *Les parties sont dispensées de l'obligation de constituer avocat dans les cas prévus par la loi ou le règlement, lorsque la demande porte sur un montant inférieur ou égal à 10 000 euros, dans le cadre des procédures instituées par le livre VI du code de commerce ou pour les litiges relatifs à la tenue du registre du commerce et des sociétés.*
>
> *Dans ces cas, elles ont la faculté de se faire assister ou représenter par toute personne de leur choix.*
>
> *Le représentant, s'il n'est avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial*. »

Les parties peuvent donc se dispenser d'un avocat lorsque le litige est d'un montant inférieur ou égal à 10.000 € (attention, devant le tribunal judiciaire, le seuil de dispense d'avocat est fixé à 5000 € ; pourquoi ? tout simplement, parce que la notion de « petit litige » ne s'apprécie pas exactement de la même manière pour un particulier que pour un commerçant).

> Cette règle est protectrice pour les commerçants en mettant à leur charge moins de contraintes dans un but de ne pas dissuader les recours. En effet, ne pas rendre la présence d'un avocat obligatoire

[171] Article L110-1 du Code de commerce
[172] R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 13e ed, 2019

permet au commerçant de diminuer le coût de la procédure. La différence de montant entre les deux juridictions peut se justifier par le fait que 10 000 euros représente une somme relativement moins importante pour un commerçant que pour un particulier. On aurait pu s'étonner du fait que le montant de dispense d'avocat ne soit pas corrélé avec le seuil de décision en dernier recours. En effet, celui-ci était de 4000 euros et est passé à 5000 euros[173] pour les litiges concernant une créance, l'exécution d'une obligation ou une procédure de surendettement. Ce qui veut dire que seul un recours en cassation est possible. La justification du seuil de 5000 euros réside dans le fait que l'enjeu du litige dont le montant est peu élevé s'avère être plus faible. La distinction de seuil peut s'expliquer par la volonté de faire fonctionner de manière efficiente la justice et de favoriser la succession des recours tandis que le recours est également plus accessible, à moindre frais en dispensant d'avocat pour un montant supérieur.

Elles peuvent également s'en dispenser lorsqu'elles sont en difficulté, ce qui se conçoit aisément. L'objectif premier est, dans cette hypothèse, de parvenir à redresser l'entreprise ou de pouvoir liquider les actifs, ce qui correspond à éviter d'accroitre le passif et permettre d'effectuer un recours. En procédure collective, la dispense d'avocat a des conséquences pour les autres créanciers puisque les créances de frais de justice nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure sont en deuxième rang dans le classement externe. Ces derniers sont désintéressés avant ceux bénéficiant du privilège de conciliation et du privilège de procédure[174] mais après les créanciers titulaires du « superprivilège » des salaires. La dispense intervient également en matière de « gage de stocks, de gage sans dépossession »[175].

Pour les autres litiges, les parties sont tenues d'être représentées. Il est d'ailleurs fréquent qu'elles se dotent de deux avocats, l'un qui postule (le postulant), l'autre qui plaide (l'avocat plaidant), mission qui inclut celle de rédiger les écritures. Ce dédoublement est un produit de l'histoire, mais il conserve une réelle utilité. Tout d'abord, la postulation est une mission permettant d'accomplir au nom d'un plaideur les actes de la procédure par un mandat de représentation de justice. Elle ne comprend pas les actes graves (désistement, acquiescement, transaction) qui nécessitent un pouvoir spécial (art. 417 du CPC). A l'inverse d'un avocat plaidant, un avocat postulant est limité territorialement.

[173] Article 55 du décret n°2019-1333 entrant en vigueur le 1er janvier 2020 et applicables aux instances en cours, R721-6 du code de commerce
[174] Article L622-17 II du code de commerce
[175] Article 874 du code de procédure civile alinéa 2, article 5 du décret d'application du 11 décembre 2019

Historiquement, la loi ne déterminait pas le champ d'exercice de la profession d'avocat en raison du fonctionnement indépendant des juridictions. Le développement du numérique et des réseaux entrainant une dématérialisation de la procédure intensifie les liens entre les juridictions. La tendance est d'éviter d'avoir recours à deux avocats. Les rapports de l'inspection générale des finances de 2012[176] et 2014[177] demandaient la fin de la postulation. Les raisons invoquées étaient une complexification de la relation en raison de la limite géographique et une hausse des coûts de procédure. En réaction, la loi Macron[178] a élargi le ressort à la cour d'appel. Pour contrer cette règle, une plateforme Hub Avocat a été créée[179] et affiche sur la première page de son site internet une rubrique Postulations et vacations : « Assurez des postulations et vacations pour vos confrères. A l'inverse, vous pouvez aussi trouver un postulant partout, en 1 clic ! »[180].

Cependant, la distinction avait un intérêt pour les avoués d'appel (par une délimitation des compétences) et les anciens tribunaux de grande instance (délimitation territoriale bien que les avocats puissent cumuler les deux statuts). Une autre explication historique est que jusqu'en 1971, les auxiliaires de justice avaient le monopole de la représentation devant le tribunal de commerce, il y avait alors un monopole des mandataires au commerce. Puis, en 1971, ces mandataires ont été fondus dans la profession d'avocat. Aujourd'hui, le postulant a la même mission pour plusieurs parties et donc on lui confie les audiences plutôt que de se déplacer. Ils sont ainsi spécialisés et plus compétents pour comprendre la procédure devant le juge commissaire. La représentation se restreint aux actes de procédure tandis que les avocats plaidants assistent et définissent une stratégie fondée sur des arguments juridiques et plaident. Les postulants sont en fait en petit nombre devant les tribunaux de commerce et ils assurent cette mission dans de nombreux dossiers. Cela leur permet d'optimiser la gestion des audiences de procédure (au cours desquelles il se présentent comme postulants dans de nombreux dossiers), ce dont il résulte un moindre coût pour les parties au litige

[176] Rapport de l'inspection générale des finances, N°2012 M 057 03, Les professions réglementées, Tome 1
[177] Rapport de l'inspection générale des finances, Professions réglementées, Pour une nouvelle jeunesse, 2014
[178] Loi n°2015-990, 6 aout 2015 relative à la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite Loi Macron), JORF n°0181 du 7 août 2015 page 13537 texte n° 1
[179] D. IWEINS, « Réformée, la postulation s'organise », Gaz. Pal. 14 février 2017, n°286z6, p8
[180] https://www.hub-avocat.fr/

qui doivent, certes, payer les deux professionnels mais en mutualisant les coûts.

Selon l'article 854 CPC, « *la demande en justice est formée par assignation ou par la remise au greffe d'une requête conjointe* ». Il n'y a donc pas de place pour une saisine par voie de requête unilatérale. A défaut de s'entendre avec le défendeur sur les termes de son litige, le demandeur n'a donc d'autre choix que d'assigner s'il entend conduire une procédure devant le tribunal de commerce. Le juge rapporteur a la possibilité de proposer un recours aux procédures amiables telles que la conciliation ou la médiation.

L'article 860-1 du CPC est d'une sobriété sans équivoque. Il dispose en une phrase que, devant le tribunal de commerce, « *la procédure est orale* ». C'est évidemment devant le tribunal de commerce, qui connaît le plus souvent de dossiers aux enjeux significatifs, que la « *scripturalisation* » de l'oralité, prévue aux articles 446-1 et suivants du CPC, est la plus nécessaire et la plus fréquente. Dans ce cas et ainsi qu'il a été dit à propos du tribunal judiciaire, la mise en état procède essentiellement de l'échange des écritures entre les parties, conformément à ce qui a été dit dans l'étude des dispositions générales.

Compte tenu de l'importance et de la complexité des dossiers dont les tribunaux de commerce sont amenés à connaître, le besoin d'une mise sous contrôle judiciaire de la mise en état s'est fait ressentir, comme devant le tribunal judiciaire, pour les procédures avec représentation obligatoire. Au sein de la formation collégiale (art. L. 722-1 code de commerce) saisie du dossier, il est donc d'usage de désigner un « juge chargé d'instruire l'affaire », parfois désigné, selon l'ancien usage terminologique, comme le juge-rapporteur. La principale mission de ce juge est d'organiser la mise en état et de fixer les délais pour conclure à chacune des parties. La mise en état est effectuée par toute juridiction avant que le litige soit jugé. Elle comporte l'instruction de l'affaire, les échanges de conclusions entre les parties, les communications des pièces. C'est l'étape entre la saisine et l'audience des plaidoiries**.** Il a cependant un peu plus de pouvoirs, notamment celui d'ordonner des mesures d'instruction (art. 865, al. 2, CPC), également celui de constater l'extinction de l'instance (al. 3). En revanche, ce juge n'a pas de pouvoir juridictionnel, étant entendu comme « l'aptitude d'une juridiction, considérée en elle-même à trancher un litige »[181].

> Le juge rapporteur organise l'instruction mais ne peut pas se prononcer sur un incident de l'instance**,** une exception de procédure ou une fin de non-recevoir. Il constate alors un désistement des parties, l'extinction de l'instance mais ne peut pas statuer sur la caducité, la péremption de l'instance ou son extinction**.** De ce point de vue, ses pouvoirs sont très en-deçà de celui du juge de la mise en état désigné par le tribunal judiciaire. Le juge chargé d'instruire l'affaire est garant du respect de la procédure, des droits de la défense, du

[181] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 7e éd., 2011, n°106

principe du contradictoire[182], et il fixe le calendrier. Il instruit en ordonnant des expertises et des enquêtes en prenant des ordonnances[183]. Il peut constater un compromis entre les parties ou désigner un conciliateur[184]. Mais, les ordonnances du tribunal de commerce n'ont pas autorité de la chose jugée[185]. Ce ne sont pas des actes juridictionnels. Cela justifie le fait que les ordonnances ne sont susceptibles d'aucun recours indépendamment du jugement sur le fond[186].

A l'issue de la mise en état, une audience est prévue. C'est le juge de l'instruction qui détermine le moment du renvoi de l'affaire devant le tribunal[187] en ordonnant la clôture de l'instruction. Sans doute est-ce ce qui demeure de l'oralité, la dispense possible d'audience devant le tribunal judiciaire n'a pas d'équivalent devant le tribunal de commerce. L'affaire peut cependant être plaidée devant le juge chargé d'instruire l'affaire seul qui ensuite rend compte de l'audience au tribunal si les parties ne s'y opposent pas (art. 871, CPC). En pratique et spécialement dans les dossiers dont la difficulté tient essentiellement à la complexité des faits et au nombre de pièces, une audience à juge unique, souvent interactive, est souvent plus productive qu'une audience collégiale. La collégialité est bienvenue si l'affaire pose des questions de principe. Elle peut toujours être demandée par les parties et cette demande n'est pas mal perçue des juridictions consulaires.

SECTION 2 – LES REGLES PROPRES A CERTAINES MATIERES

Les règles propres à certaines matières sont celles exposées à partir de l'article 1038 du CPC. Il s'agit de règles dont l'objet est de prévoir des adaptations procédurales en considération de la matière à traiter par le juge (personnes, biens, régimes matrimoniaux et successions, obligations et contrats). Généralement, ces règles sont présentées en même temps que la matière à laquelle elle s'applique. Par exemple, l'usage est de présenter les spécificités de la procédure de divorce à l'occasion de l'enseignement de droit de la famille. La suite n'est donc pas destinée à une étude de ces règles spéciales.

[182] Articles 861-3 et 862, CPC
[183] Article 864, CPC
[184] Article 863, CPC
[185] Article 867, CPC
[186] Article 868, CPC
[187] Article 869, CPC

Il est cependant des matières qu'il est permis de caractériser au moyen de catégories procédurales. Il s'agit bien de matières car c'est en considération du contenu de ce qui est soumis au juge que celles-ci sont appréhendées. La catégorisation est d'ordre procédural en ce sens que celle-ci procède, non pas de la substance de la matière appréhendée (droit des personnes, droit des biens, etc.), mais d'un trait caractéristique faisant abstraction de cette substance et dont la pertinence est d'ordre procédural (c'est un peu abstrait, mais vous allez comprendre en lisant la suite).

Dans cette perspective, deux catégories peuvent être isolées :

- Tout d'abord, ce que le Code de procédure civile désigne à l'article 25 comme la « *matière gracieuse* » ; cette matière est paradoxale en ce sens que l'un de ses traits caractéristiques est l'absence de litige ; il vaut mieux considérer que dans ses matières, la dimension litigieuse est à l'état éventuel ; mais à ce moment des développements, le point important est de bien comprendre que le CPC prévoit des règles spéciales en considération d'une matière caractérisée, non par sa substance, mais par son intensité litigieuse, ainsi en considération d'un critère procédural.
- Ensuite et même si l'expression ne figure pas dans le Code de procédure civile, cette même méthode de catégorisation, à l'aide d'un critère procédural, permet d'identifier ce que l'on peut appeler la « *matière urgente* », c'est-à-dire la matière litigieuse qui appelle un traitement accéléré ; les procès civils durent longtemps, trop dans certains litiges dont un règlement utile appelle une réponse rapide

Ce sont ces deux matières qu'il y a lieu de présenter.

§1. La matière gracieuse

L'article 25 du Code de procédure civile dispose que « *le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle* ». La matière gracieuse présente donc deux traits caractéristiques : l'absence de litige et la nécessité d'un contrôle judiciaire.

L'existence d'une matière gracieuse surprend en première analyse dès lors qu'*a priori*, l'office du juge est de trancher des litiges. Pourquoi donc solliciter le juge, en dehors d'un litige ? En pareille occurrence, les effets de droit procèdent normalement de manifestations de volonté concordantes (des contrats). Il y a lieu de s'en tenir à l'autonomie de la volonté qui, en principe, permet de tels effets sans qu'il soit nécessaire d'en référer préalablement au juge.

Le titre 1 du livre premier du Code de procédure civile comporte deux chapitres : le premier est dédié aux principes directeurs du procès civil, le second à la matière gracieuse. La plupart des auteurs en déduisent que la procédure civile obéit à une *summa divisio* entre le contentieux et le « gracieux ». Cette présentation est peut-être un peu théorique. Le principal office du juge civil est de trancher des litiges. La matière gracieuse reste plus marginale et elle est assez largement la marque d'une séquence historique.

Cette *summa divisio* interroge sur le caractère juridictionnel des décisions rendues en matière gracieuse. Pour certains auteurs, les deux notions s'opposent[188]. Pour A. Sériaux, en matière gracieuse, « le juge ne dit pas le droit, il se borne […] à vérifier que la solution proposée par les gouvernés n'est pas contraire au droit ». Toutefois, pour d'autres, le juge est mis dans une position de dire le droit, car si l'acte n'est pas conforme, alors il doit l'établir. Les actes en matière gracieuse seraient donc juridictionnel [189].

A.- LE DOMAINE DE LA MATIERE GRACIEUSE

1°) L'évolution de la matière

La raison pour laquelle la matière gracieuse occupe une place dans le Code de procédure civile est essentiellement historique. Elle tient pour l'essentiel au mouvement de réforme du droit de la famille et du droit des personnes initié à partir des années 60. L'introduction, en 1975, du divorce par consentement mutuel est emblématique de cette évolution et pour en comprendre la signification, on raisonnera sur cet exemple. Avant cette réforme, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes s'opposait à ce que les époux puissent librement divorcer, par l'effet de leur seul consentement commun. Ce qui était possible en droit des contrats (le mutus dissensus) ne l'était pas pour le mariage, précisément en raison de l'indisponibilité de l'état des personnes. Pour divorcer, il fallait donc justifier d'une faute. En 1975, le législateur a admis que l'on puisse donner effet à la volonté commune des époux de divorcer. Cependant, il a posé comme condition un contrôle préalable du juge. Ainsi, dans les matières dites indisponibles, et spécialement en matière de mariage, la libre volonté des parties s'est vue reconnaître une certaine efficacité, sauf à être soumise au contrôle du juge. Le réceptacle technique de ce contrôle

[188] A. SERIAUX, *Le Droit, une introduction*, Ellipses, 1997, n°177, p. 168

[189] Y. BALENSI, RTD civ. 1978. 42 s., 233 s ; G. CORNU, « La codification de la procédure civile en France », Rev. jur. et pol. 1986. 689, repris in : L'art du droit en quête de sagesse, PUF, 1998, p. 385 ; P. HEBRAUD, « Commentaire de la loi du 15 juill. 1944 », D. 1946. 333, col. 3. ; *S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil : Dalloz 2016, 33e éd., spéc. n°1053*

judiciaire a été la procédure gracieuse. Ainsi l'office du juge a-t-il accueilli le contrôle de situations juridiques non contentieuses.

Cependant, ce rôle historique du juge décline et se retrouve concurrencé notamment du fait de l'exercice de la fonction de contrôle par d'autres officiers publics tels que les notaires. La loi du 18 novembre 2016 admet ainsi que le notaire puisse contrôler le divorce par consentement mutuel. Il faut d'ailleurs avoir à l'esprit que cette innovation est toute relative puisque la fonction de contrôle des actes les plus graves (et le divorce en est un) a toujours été partagée entre le juge et le notaire.

2°) L'état du droit positif

Le juge intervient donc en matière gracieuse quand une règle spéciale prévoit qu'un acte fasse l'objet d'un contrôle judiciaire préalable. Pour être pleinement efficace, l'acte doit ainsi faire l'objet, selon la terminologie en usage, d'une homologation. L'intervention du juge caractérise l'unité fondamentale entre le gracieux et le contentieux[190]. Le juge doit dans les deux cas lever les obstacles : en contentieux, ce sont les obstacles créés par les parties ; en matière gracieuse, la nécessité d'une homologation (contrôle de légalité et d'opportunité de l'acte) par le juge constitue un obstacle posé par la loi.

Il y a deux types d'actes concernés par la procédure gracieuse. D'abord, les actes graves par leur objet, à savoir les actes qui modifient l'état des personnes (par exemple, un divorce ou une adoption) ou encore ceux qui, pour avoir un objet patrimonial ne sont pas dépourvus d'incidences sur la situation personnelle des individus, (par exemple, un changement de régime matrimonial, qui, dans certaines conditions, doit faire l'objet d'une procédure gracieuse). Ces actes sont lourds de conséquences et ils sont de surcroît porteurs d'un contentieux latent ; d'où, un contrôle judiciaire. Ensuite, sont également concernés par les procédures gracieuses, des actes graves à raison des circonstances. Il s'agit d'actes dont l'importance nécessite un contrôle approfondi dès lors qu'ils sont accomplis dans des circonstances particulières. Il s'agit, par exemple, d'un acte de disposition pour le compte d'un majeur protégé ou encore dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire voire de liquidation judiciaire. Dans ces domaines, la

[190] P. HEBRAUD, « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 », D. 1946. 1. 333, spéc. p. 334, 1re col. « (…) Les différences entre la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse, qui sont de degré plus que de nature, recouvrent une unité substantielle : il s'agit toujours de protéger les intérêts privés en les plaçant sous la tutelle du droit »

transaction est souvent recherchée et il est nécessaire qu'en raison des circonstances, il y ait un contrôle judiciaire

B.- LE REGIME DE LA PROCEDURE GRACIEUSE

1°) L'introduction de l'instance

En matière gracieuse, l'instance est unilatérale en ce sens qu'il n'y a pas de défendeur. Il peut y avoir plusieurs parties, mais toutes demandent la même chose (par exemple, dans un divorce, les deux époux demandent la même chose). Une ou plusieurs parties sollicitent ainsi le juge aux fins d'homologation de leur accord.

La procédure est introduite par une requête (art. 60, CPC). Elle contient les mentions habituelles que sont le nom, l'objet de la demande, la juridiction saisie et les éléments qui motivent la requête. Comme il n'y a pas de défendeur, aucune assignation n'est délivrée à une quelconque partie adverse.

> L'assignation est exclue, car elle est définie par l'article 55 du Code de procédure civile comme « un acte d'huissier de justice par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge »[191]. Ainsi, elle implique la matière contentieuse. Toutefois, la requête peut aussi être considérée comme le signe de l'existence d'un contentieux. En effet, elle doit comporter « l'indication des nom, prénom, domicile de la personne contre laquelle la demande est formée, ou, s'il s'agit d'une personne morale, de sa dénomination et de son siège social » (art. 58, CPC). La requête bien caractérise en principe l'existence d'un litige.

La requête est simplement déposée au greffe (art. 61, CPC) de la juridiction compétente et celle-ci l'examine dans les meilleurs délais, sans qu'il y ait à proprement parler de mise en état. Cela s'explique parce qu'il n'y a pas de débat contradictoire à organiser.

2°) L'instruction de la requête

La procédure est unilatérale et le risque est que la requête soit présentée sous ses meilleurs aspects et que le juge, faute de contradiction, ne puisse apprécier de manière

[191] S. HAZOUG, *Répertoire de procédure civile*, Février 2019

éclairée l'opportunité de l'homologation et la conformité de celle-ci aux différents intérêts en présence. Ainsi, le « juge peut se prononcer sans débat »[192].

Du point de vue théorique, le risque de complaisance inhérent au défaut de contradiction de la procédure gracieuse justifie des règles qui permettent au juge chargé d'apprécier la requête de se procurer d'autres éléments d'appréciation que ceux fournis par les parties. La contradiction n'est pas totalement écartée.

- D'abord, l'affaire est communicable au ministère public qui est, par conséquent, partie jointe. A ce titre, il tient le rôle, dit-on, de « contradicteur légitime »[193] et représente les intérêts de ceux qui ne sont pas appelés lors de la procédure gracieuse.
- Ensuite, le juge peut fonder sa décision sur des faits qui n'ont pas été allégués par les requérants (art. 26, CPC) et procéder à toutes les investigations utiles (art. 27, CPC). Cette atteinte au principe dispositif est une compensation du défaut de contradiction. Puisque les auteurs de la requête ont naturellement tendance à présenter les éléments favorables à son admission, il est normal que le juge ait le pouvoir de porter son appréciation au-delà de ces seuls éléments. Son pouvoir est toutefois limité par l'obligation qu'il a de respecter le principe de contradiction, c'est-à-dire de placer le requérant dans la possibilité d'expliquer les faits allégués[194].

Article 26, Code de procédure civile

Le juge peut fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués.

Article 27, Code de procédure civile

Le juge procède, même d'office, à toutes les investigations utiles.

Il a la faculté d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision.

[192] Civ. 2, 1er décembre 1993, n°92-12.276, Bull. civ. II, n°343; JCP 1995. II. 22399, note LE NIVIN. – Ph. BERTIN, « Le grand Noël du procédurier », Gaz. Pal. 15-16 févr. 1976, spéc. nos 67 s. ; G. BOLARD, « La liberté des plaideurs dans la procédure gracieuse », D. 1976. Chron. 54
[193] R. PERROT, RTD civ. 1981. 212, n° 6
[194] Civ. 1re, 13 janvier. 1993, no 91-04.135, Bull. civ. I, n°17; RTD civ. 1993. 647, obs. Perrot

3°) Les effets de la décision

La décision du juge rendue en matière gracieuse ne produit pas les effets d'un acte juridictionnel et n'a pas l'autorité de la chose jugée (Civ. 1, 27 oct. 1992 n°91-13.449 ; Civ. 1, 6 avril 1994 n°92-15.170 ; Soc., 3 mars 1977 n°76-11.000). Cette solution est diversement appréciée en doctrine.

> Cette jurisprudence semble acquise depuis le début du siècle dernier[195]. La Chambre civile s'est appuyée sur deux arguments principaux : le non-respect du contradictoire et le caractère rétractable de l'acte en raison de sa nature provisoire. Concernant le premier argument, le Professeur Hébraud écrivait que « la négation de l'autorité de la chose jugée des décisions gracieuses prend un air d'évidence du fait qu'on se dispense de la justifier ». Cependant, pour les opposants au défaut d'autorité de la chose jugée tels que le Professeur Guinchard[196] ou le Professeur Cadiet[197], comme le jugement gracieux peut toujours faire l'objet d'un recours contentieux, il est difficile de voir « en quoi, le fait, pour une décision, de n'avoir pas été contestée, affaiblirait son autorité ». Concernant les seconds arguments, ils opposent le fait que les décisions provisoires ont toujours une autorité de la chose jugée provisoire. Ils s'appuient pour cela sur des décisions qui tendent à reconnaître l'autorité de la chose jugée aux décisions gracieuses définitives[198]. Beaucoup d'auteurs déplorent que le nouveau Code de procédure civile ne se soit pas positionné à propos de l'autorité de la chose jugée, même si pour certains, l'admission des recours contre les décisions le lui confère. Toutefois, la jurisprudence même postérieure refuse de la lui reconnaître.

De surcroît, l'absence d'autorité de chose jugée ne prive pas d'effet la décision rendue en matière gracieuse. On dit que celle-ci a une « efficacité substantielle » en ce sens que la décision d'homologation permet à l'acte de produire effet. La décision du juge est en quelque sorte l'équivalent de la réalisation d'une formalité *ad validitatem* dans un acte solennel. La procédure gracieuse ajoute une condition procédurale à l'efficacité d'un acte juridique. L'effet de la décision gracieuse est de permettre l'accomplissement de cette

[195] Civ. 25 oct. 1905, DP 1906. I. 337.
[196] S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 2018, Précis Dalloz, n°1840, p. 1316
[197] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8e éd., 2013, Lexis, n° 99, p. 100. – J. HERON et Th. LE BARS, Droit judiciaire privé, 5e éd., 2012, Domat Montchrestien, n° 334, p. 272.
[198] Civ. 2, 25 nov. 1999, JCP 2000. II. 10338, note GUEDJ, à propos de l'homologation d'une convention définitive de divorce gracieux.

condition et conséquemment l'efficacité de l'acte[199]. La décision du juge est de surcroît un acte instrumentaire rendu par un officier public de sorte qu'il a force exécutoire.

3°) Les effets de la décision

La décision du juge rendue en matière gracieuse ne produit pas les effets d'un acte juridictionnel et n'a pas l'autorité de la chose jugée (Civ. 1, 27 oct. 1992 n°91-13.449 ; Civ. 1, 6 avril 1994 n°92-15.170 ; Soc., 3 mars 1977 n°76-11.000). Cette solution est diversement appréciée en doctrine. Elle s'explique par le défaut de contradiction de la procédure gracieuse.

> Selon une doctrine classique, les décisions gracieuses ne sont pas des actes juridictionnels. Elles ne sont donc pas dotées de l'autorité de la chose jugée. Par conséquent, dès lors que la preuve de nouveaux faits est rapportée, le juge peut revenir sur sa décision (Civ., 25 oct. 1905, DP 1906, 1. 337, note Planiol). Au contraire, la doctrine contemporaine majoritaire affirme que les décisions gracieuses relèvent de la fonction juridictionnelle du juge[200] et sont revêtues de l'autorité de la chose jugée. À titre d'exemple, il semblerait particulièrement burlesque d'affirmer qu'une décision de divorce par consentement mutuel ne revête pas d'autorité de la chose jugée. En effet, dans ce cas, les parties divorcées pourraient réitérer leur demande.
>
> Enfin, la doctrine soutient que le fait d'admettre les voies de recours contre les décisions gracieuses (Civ. 2, 25 nov. 1999, n°97-16.488, Bull. civ. II, n°177) est de nature à conférer à ces dernières l'autorité de la chose jugée[201].

L'absence d'autorité de chose jugée ne prive pas d'effet la décision rendue en matière gracieuse. On dit que celle-ci a une « efficacité substantielle » en ce sens que la décision d'homologation permet à l'acte de produire effet. La décision du juge est en quelque sorte

[199] Le juge opère, au minimum, un contrôle de qualification de l'acte et de comptabilité à l'ordre public (V. not. Civ. 2e, 26 mai 2011, no 06-19.527, Bull. civ. II, n°120; D. 2011. 2150, D. 2012. 1509, obs. LEBORGNE ; RTD civ. 2011. 559, obs. GAUTIER ; RTD civ. 2011. 593, obs. PERROT

[200] G. CORNU, et J. FOYER, et déjà P. HEBRAUD, « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 », D.1946. L.333 ; D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, 1975, LGDJ, n° 138 à 141.

[201] WIEDERKEHR, « L'évolution de la justice gracieuse », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges Drai, 2000, Dalloz, p. 483 et s. ; CADIET, NORMAND et AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2010, PUF, p. 894.

l'équivalent de la réalisation d'une formalité *ad validitatem* dans un acte solennel. La procédure gracieuse ajoute une condition procédurale à l'efficacité d'un acte juridique. L'effet de la décision gracieuse est de permettre l'accomplissement de cette condition et conséquemment l'efficacité de l'acte. La décision du juge est de surcroît un acte instrumentaire rendu par un officier public de sorte qu'il a force exécutoire.

De surcroît, l'absence d'autorité de chose jugée ne prive pas d'effet la décision rendue en matière gracieuse. On dit que celle-ci a une « efficacité substantielle » en ce sens que la décision d'homologation permet à l'acte de produire effet. La décision du juge est en quelque sorte l'équivalent de la réalisation d'une formalité *ad validitatem* dans un acte solennel. La procédure gracieuse ajoute une condition procédurale à l'efficacité d'un acte juridique. L'effet de la décision gracieuse est de permettre l'accomplissement de cette condition et conséquemment l'efficacité de l'acte[202]. La décision du juge est de surcroît un acte instrumentaire rendu par un officier public de sorte qu'il a force exécutoire.

§2. – La « matière urgente »

La justice est lente et il arrive que la matière litigieuse justifie un traitement accéléré. A défaut de quoi, la décision attendue serait finalement rendue en pure perte. Il faut donc qu'existent des procédures accélérées pour à l'exigence de célérité de la justice, laquelle ne signifie pas que la justice doit toujours aller vite mais que dans les cas d'urgence, le service public de la justice soit être en mesure de réagir en temps utile. C'est un peu comme à l'Hôpital, il faut un service des « urgences ».

Parmi les procédures permettant de traiter dans l'urgence la matière litigieuse, il y a lieu de distinguer les procédures provisoires des procédures définitives.

I.- LES PROCEDURES PROVISOIRES

En principe, les procédures provisoires sont contradictoires. Ce sont les procédures dites de référé. Par exception et par nécessité, il est parfois dérogé au principe du contradictoire. On parle alors de procédure sur requête.

> Il n'en demeure pas moins que ces deux procédures d'urgence partagent des points communs : monopole des juridictions

[202] Le juge opère, au minimum, un contrôle de qualification de l'acte et de comptabilité à l'ordre public (V. not. Civ. 2e, 26 mai 2011, no 06-19.527, Bull. civ. II, n°120; D. 2011. 2150, D. 2012. 1509, obs. LEBORGNE ; RTD civ. 2011. 559, obs. GAUTIER ; RTD civ. 2011. 593, obs. PERROT

présidentielles et absence d'autorité de la chose jugée (même si cela reste à nuancer pour le référé).

Notons que la Cour européenne des droits de l'homme applique depuis une dizaine d'années au juge du provisoire les garanties du procès équitable de l'article 6 § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[203].

A.- Les procédures de référé

Elles permettent d'obtenir une décision, appelée « ordonnance (parce que rendue à juge unique) de référé », ainsi définie par l'article 484 du CPC :

> « Une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires »

Cette définition renvoie aux trois caractéristiques de la procédure de référé. D'abord, la procédure de référé aboutit au prononcé d'une décision provisoire et non définitive. En effet, le juge des référés ne se prononce pas sur le fond du litige. Ensuite, la procédure de référé offre la possibilité à un requérant d'obtenir du juge toute mesure utile afin de préserver ses droits et intérêts. Enfin, la procédure de référé est soumise au principe du contradictoire si bien que le défendeur doit être convoqué et entendu, contrairement à la procédure sur requête.

En pratique, le référé est un dispositif très fréquemment utilisé, spécialement dans le contentieux des affaires, pour désigner un expert par exemple[204]. Les dispositions générales du Code de procédure civile en définissent les traits principaux. Les cas d'ouverture à référé sont définis dans les règles propres à chaque juridiction. Cependant, les règles prévues pour le référé devant le tribunal judiciaire sont reproduites à l'identique pour le référé devant le tribunal de commerce et le conseil de prud'hommes.

Pour le tribunal judiciaire, les cas où il y a lieu à référé sont déterminés aux articles 834 et 835 du Code de procédure civile (décret du 11 décembre 2019).

[203] CEDH, gde ch., 15 oct. 2009, *Micallef c. Malte*, n° 17056/06.
[204] V. par exemple Com., 18 mars 2020, n° 18-22.173.

Article 834, Code de procédure civile

Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal judiciaire (…) dans les limites de sa compétence, (peut) ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.

Article 835, Code de procédure civile

Le président du tribunal judiciaire (…) dans les limites de sa compétence (peut) toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, ils peuvent accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

Le contenu de ces deux articles est repris à l'identique respectivement aux articles 872 et 873 du Code de procédure civile pour les référés devant le tribunal de commerce. S'agissant du tribunal paritaire des baux ruraux, il conviendra de se reporter aux articles 893 à 896 du même Code.

Les conditions du référé dépendent du type de mesure que sollicite le demandeur.

1°) Les types de mesure

Les mesures peuvent être de différente nature. Le requérant peut solliciter des mesures d'attente, des mesures d'anticipation et des mesures probatoires.

a.- Des mesures d'attente

Les mesures d'attente correspondent parfaitement à l'esprit des référés car ce sont des mesures provisoires par leur contenu et nécessaires afin d'éviter des *conséquences irréversibles* avant le jugement définitif au principal. Par exemple, dans le contentieux immobilier, il est fréquent qu'une construction présente des désordres ; avant de déterminer les responsabilités de chacun des intervenants, le prononcé de mesures de référé va permettre une intervention rapide sans laquelle ces désordres pourraient entrainer la destruction de l'ouvrage. La mesure d'attente permet d'éviter le pire et son prononcé est ainsi conditionné par la démonstration d'une urgence (l'évitement de conséquences irréversibles à défaut d'une décision à brève échéance).

L'urgence ne suffit pas et il faut justifier d'une seconde condition. On retrouve trois expressions différentes dans les articles 834 et 835 du Code de procédure civile pour en expliciter la substance. Ainsi le juge des référés peut-il ordonner toutes les mesures

- *Que justifie l'existence d'un différend* ;
- Qui permettent de *prévenir un dommage imminent*,
- Ou encore de faire *cesser un trouble manifestement illicite*.

L'une des conditions doit être remplie, outre l'urgence, pour obtenir du juge le prononcé d'une mesure de référé.

Bien qu'elles soient différentes, ces expressions recouvrent des hypothèses relativement similaires où le fond du litige est incertain et la situation est telle qu'on ne peut attendre que cette incertitude soit levée pour prendre des mesures d'attente. Cela signifie qu'il ne suffit pas de démontrer l'urgence des mesures, il faut encore démontrer l'incertitude du fond, en tout cas son issue probable. S'il est évident qu'au fond, les demandes sont sans espoir, les parties ne pourront pas demander des mesures d'attente. Par exemple, un commerçant qui se plaint de la concurrence d'une enseigne voisine qui vient d'ouvrir ne peut, motif pris de l'urgence liée à la fragilité de sa trésorerie, demander que ce commerce concurrent soit momentanément suspendu. La concurrence est libre et sur le fond, la demande qui sous-tend la mesure d'attente sollicitée n'a aucune chance de prospérer.

Lorsque l'incertitude du fond est relative à un fait juridique, susceptible de provoquer la mise en œuvre de la responsabilité d'une personne, la mesure d'attente pourra être demandée à l'appui de la démonstration d'un « dommage imminent ». Dans l'attente de l'établissement des responsabilités, il importe de prendre des mesures urgentes pour limiter le dommage. L'article 835, alinéa 1er, du CPC offre au juge des référés la possibilité de prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état, dès lors qu'il est saisi d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent. La charge de la preuve du trouble ou du dommage pèse sur le demandeur (Civ. 3, 14 janv. 2014, n° 12-29.667, *inédit*).

Lorsque l'incertitude du fond porte sur un acte juridique et que la mesure tend à en suspendre les effets, celle-ci devra être justifiée par l'existence d'un différend. Par exemple, les dirigeants de deux sociétés s'apprêtent à signer un traité de fusion alors qu'une contestation sérieuse existe sur les majorités requises pour signer un tel acte et que les conséquences de la signature seraient irréversibles. Sachant qu'il y a un différend sur la validité de ce traité de fusion, il peut paraître opportun d'en suspendre le cours, alors surtout que la situation (un hypothétique défaut de pouvoir) est régularisable.

Lorsque l'incertitude porte indifféremment sur un fait juridique ou sur un acte juridique, la justification des mesures d'attente sera la nécessité de faire cesser un trouble manifestement illicite. La situation correspond à celle où une partie se fait justice à elle-

même et commet une voie de fait. La saisine du juge des référés permettra qu'en urgence, un terme soit mis à la voie de fait dans l'attente d'une décision définitive du juge sur le fond. Par exemple, dans le cadre d'un litige sur la validité d'un contrat, il arrive que la partie qui entende se prévaloir de la nullité du contrat cesse de l'exécuter. C'est pourquoi, le cocontractant peut demander l'exécution du contrat dans l'attente de la décision du juge sur la nullité. Il en va de même pour les servitudes. Lorsqu'une partie considère qu'il n'y a pas de servitude sur son terrain et fait construire un mur alors que le voisin allègue le contraire, celui qui fait abstraction de la servitude commet une voie de fait. Les mesures de référé permettront d'empêcher le voisin entreprenant de construire davantage dans l'attente d'une décision définitive sur le fond.

b.- Des mesures d'anticipation

Les mesures d'anticipation permettent d'obtenir de manière paradoxale, des mesures provisoires par nature, mais définitives par leur contenu, en ce que ce dernier est identique à celui d'une mesure définitive. Par exemple, une partie peut demander le paiement de la créance dans la mesure où la créance est fondée par le biais d'une procédure de référé, appelée référé-provision. La possibilité d'obtenir une mesure d'anticipation fait l'objet de certaines critiques en ce qu'elle trahit quelque peu l'esprit du référé.

> S'agissant du référé-provision, le Professeur Libchaber soutient que « le juge du provisoire allou[e] une provision, dans des conditions qui [ont] toutes chances de n'être pas provisionnelles »[205]. Dans cette hypothèse, le juge du provisoire rend une décision qui a de fortes chances de se révéler définitive, alors qu'il n'a pas en principe la compétence de connaître le fond du droit. Il se voit ainsi reconnaître, via cette procédure, la capacité de vider la saisine judiciaire par une décision d'urgence.

Pour le demandeur qui a obtenu en référé une mesure d'un contenu identique à ses prétentions, il devient inutile pour lui d'engager une procédure au principal. La décision définitive ne fera que confirmer la décision définitive, elle n'y ajoutera rien. D'ailleurs, pour celui qui souhaite renverser une décision prise en référé, la tache semble ardue puisqu'il devra combattre une décision rendue en référé en raison de l'évident bienfondé de la mesure prise. Le juge du principal aura donc plutôt tendance à suivre le sens de la décision rendue en référé.

C'est pourquoi, les mesures d'anticipation font l'objet d'un double cantonnement.

[205] R. LIBCHABER, « La procédure au secours du fond : référé-provision et paiement », *RDC*, 2015, n°02, p. 254.

Il faut, d'abord, démontrer l'absence de contestation sérieuse. La mesure sollicitée doit être à l'évidence bien fondée.

Ensuite, lorsque l'absence de contestation sérieuse a été obtenue, le demandeur ne pourra obtenir que l'exécution d'une obligation (la condamnation au paiement de la dette et non par exemple, et sauf clause résolutoire, la résolution d'un contrat, ou encore la nullité du contrat) ou la cessation d'un trouble manifestement illicite. La preuve du trouble manifestement illicite consiste dans cette hypothèse à démontrer que l'illicéité ne se heurte à aucune contestation sérieuse. Par exemple, l'occupation sans titre d'un local constitue un trouble manifestement illicite qui pourra permettre au juge des référés de prononcer l'expulsion de l'occupant.

Le juge des référés peut considérer que les conditions d'acquisition de la clause résolutoire sont réunies pour prononcer la résolution du contrat. La position de la Cour de cassation résulte de l'arrêt de la troisième chambre civile rendu en date du 16 janvier 2013 (n°11.25-362). Dans ce cas, le prononcé de la résolution n'est en quelque sorte que l'exécution de la clause résolutoire et le juge des référés n'excède donc pas ses pouvoirs.

c.- Des mesures probatoires

L'article 145 du Code de procédure civile prévoit qu'avant tout procès, il est possible de demander au juge des référés d'obtenir une mesure d'instruction s'il est justifié d'un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve, « sur requête ou en référé ». C'est ce que l'on appelle les mesures d'instruction *in futurum*.

> La rédaction de l'article 145 du Code de procédure civile laisse penser que le requérant dispose d'une liberté de choix entre la procédure en référé ou sur requête. Cette thèse a ainsi été soutenue par M. Jeantin[206]. Toutefois, l'utilisation de la voie non-contradictoire de la requête est subsidiaire car elle déroge au principe cardinal de la contradiction. Le requérant doit donc justifier de certaines circonstances imposant une dérogation à un tel principe pour pouvoir s'engouffrer dans la voie de la procédure sur requête[207].

Ces mesures sont très fréquentes dans le contentieux de la construction notamment pour demander à un huissier d'apprécier que le bâtiment n'a connu aucun désordre.

[206] M. JEANTIN, « Les mesures d'instruction *in futurum* », D. 1980, Chron. p. 206.
[207] Civ. 2ème, 5 juin 1985, n° 83-14.268, Bull. civ. II, n° 111.

Elles sont également très utiles dans les contentieux de concurrence pour demander qu'un huissier soit missionné aux fins de se rendre au siège d'un établissement concurrent pour pénétrer les disques durs et trouver des actes significatifs de concurrence déloyale.

Cette requête est encadrée par certaines conditions qui sont énoncées par les textes : le requérant doit démontrer l'existence d'un motif légitime[208], l'absence de procès au fond, l'utilité et la pertinence des faits à prouver et le caractère légitime de la mesure.

Notons que le secret des affaires et le respect de la vie personnelle du salarié sont insusceptibles, en eux-mêmes, d'empêcher l'application de l'article 145 du Code de procédure civile dès lors que ces conditions sont remplies[209]. La procédure sur requête est très efficace.

Toutefois, lorsqu'une juridiction du premier degré a déjà été saisie mais que le requérant souhaite obtenir une requête probatoire, il ne peut se fonder sur l'article 145 du code de procédure civile qui ne peut s'appliquer qu'avant tout procès. Il devra alors se fonder sur l'article 812 du code de procédure civile et solliciter une ordonnance sur requête générale.

2°) La procédure

La procédure de référé est une procédure dite présidentielle. Le juge des référés est le président de la juridiction compétente pour connaitre du fond du litige. Ce n'est toutefois quasiment jamais le président qui est juge des référés en pratique. Le président de la juridiction délègue son pouvoir à des délégués à la juridiction des référés.

C'est une procédure accélérée par rapport à la procédure normale et l'assignation est à jour fixe (et rapproché). L'auteur de l'assignation prend une date auprès du greffe des référés pour une audience qui en principe sera déjà l'audience de plaidoirie, sans qu'il y ait nécessairement de mise en état. En pratique, il peut y avoir un renvoi avec deux échanges d'écriture.

L'assignation doit être signifiée au défendeur dans un délai raisonnable avant la date de l'audience qui figure sur l'assignation.

[208] Civ. 2, 2 juil. 2009, n°08-19.070, inédit.
[209] V. Soc., 23 mai 2007, n°05-17.818, Bull. civ. V, n° 84 ; Civ. 2, 9 avril 2009, n° 08-12.503, inédit.

Le juge des référés statue dans une formation à juge unique et rend une « ordonnance de référé ». L'article 488 du Code de procédure civile dispose que l'ordonnance du juge des référés n'a pas autorité au principal. D'abord, cela signifie que lorsque le litige sera examiné par le juge du principal, de manière définitive, celui-ci ne sera pas lié par ce qu'aura décidé le juge des référés. Ensuite, cela signifie que l'ordonnance a néanmoins une autorité au provisoire. La décision du juge des référés a une autorité en référé si bien qu'au cas où les prétentions soutenues ne sont pas accueillies par le juge des référés, le demandeur ne pourra pas soutenir la même demande devant le même juge mais aura la possibilité de faire appel de la décision rendue. Par exception, le demandeur peut retourner devant le juge des référés soutenir une demande identique s'il justifie d'un élément nouveau.

B.- Les procédures sur requête

Les procédures sur requêtes sont visées par l'article 493 du Code de procédure civile, selon lequel :

> « *L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse* ».

L'expression est ambiguë en ce sens que toutes les procédures unilatérales sont des procédures dont le premier acte de procédure est une requête. Cependant, la procédure sur requête peut s'entendre dans le sens plus strict de l'article 493 CPC. C'est alors une procédure contentieuse provisoire non contradictoire, en termes plus synthétiques, une sorte de référé non contradictoire.

On peut obtenir les mesures de référé (d'attente, d'anticipation, mesures probatoires) mais sans contradiction, c'est à dire sans que le défendeur ne soit appelé en la cause. Par exemple, le requérant peut demander que les comptes de son débiteur fassent l'objet d'une mesure d'instruction qui sera ordonnée sans que celui-ci ne soit prévenu.

Le recours à la procédure de requête doit se fonder sur un texte spécial ou la démonstration que l'utilité de la mesure nécessite l'absence de contradiction.

Les hypothèses où le caractère non contradictoire répond à une nécessité sont principalement des hypothèses de référé probatoire où l'efficacité de la mesure probatoire suppose un effet de surprise et donc l'absence de contradiction à l'égard de celui qui subira la mesure. Il en est ainsi lorsque le requérant souhaite solliciter le constat

d'un huissier sur les ordinateurs de la partie adverse. L'absence de contradictoire protège contre la suppression et la disparition des éléments de preuve.

L'obtention d'une ordonnance sur requête, au sens de l'article 493 CPC. Suppose que le requérant apporte une double démonstration :

- D'une part, qu'il est dans l'un cas de référé ;
- D'autre part que l'utilité de la mesure sollicitée requiert l'absence de contradiction.

Naturellement, celui qui fait l'objet de la mesure peut aussitôt qu'il en subit les effets demander au juge qui a rendu l'ordonnance de la rapporter (art. 496 et 497 CPC).

II. LES PROCEDURES DEFINITIVES

A.- La procédure à jour fixe

L'article 788 du Code de procédure civile prévoit ce qu'il est convenu d'appeler la procédure à jour fixe. C'est en quelque sorte une procédure d'urgence aux fins d'obtenir rapidement une décision définitive. La procédure à jour fixe permet à la fois la célérité du référé, matérialisée par l'absence de mise en état, et l'obtention d'une décision définitive (qui n'est pas une décision provisoire).

Il y a deux temps dans la procédure.

- D'abord, le demandeur se rend seul devant un juge délégué au jour fixe pour obtenir le droit d'assigner à jour fixe. Pour y être autorisé, le requérant doit justifier de l'urgence, mais également se présenter avec un projet d'assignation et l'ensemble des pièces destinées à soutenir ses prétentions, moyens et allégations. Il faut donc convaincre de l'urgence, mais également du fait que le dossier se trouve en état d'être jugé.
- Ensuite, si le juge autorise l'assignation à jour fixe, il donne une date d'audience (assez proche) et une date antérieure avant l'audience à laquelle l'assignation complète doit être signifiée au défendeur.

  Toutefois, si le président rejette la requête de l'assignation à jour fixe, sa décision constitue une mesure d'administration judiciaire et est ainsi insusceptible de recours[210].

En pratique, l'assignation à jour fixe est très utile car elle peut être combinée avec la procédure de référé. Elle permet alors d'accélérer encore le rythme du référé. On parle en

[210] Civ. 2, 24 juin 2004, n° 02-14.886, D. 2004. IR 2086.

ce sens de référé d'heure à heure. Le requérant présente sa requête pour obtenir la date d'audience, par exemple le lendemain, et délivre immédiatement l'assignation.

B.- La procédure d'injonction de payer

La procédure d'injonction de payer est prévue aux articles 1405 et suivants du Code de procédure civile. Elle permet à un créancier d'obtenir un titre exécutoire à l'encontre d'un débiteur qui demeure taisant à l'issue d'un certain délai. En obtenant un titre exécutoire en dehors de tout contentieux, le créancier peut obtenir paiement d'une créance contestée.

> Cette procédure réservée à certaines créances dont la liste limitative est fixée par l'article 1405 du Code de procédure civile. Il s'agit des créances contractuelles, des créances statutaires et les engagements résultant de l'acceptation d'une lettre de change, de la souscription d'un billet à ordre, de l'endossement ou de l'aval de l'un ou l'autre de ces titres ou de l'acceptation de la cession de créances conformément aux articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier.

La procédure d'injonction de payer a lieu en deux temps. Durant la première phase, le requérant présente une requête au juge compétent pour connaitre de la créance et justifie à la fois de l'existence et du montant de la créance. La créance doit être issue soit d'un contrat ou d'une obligation (le montant de la dette devant être inscrit sur les documents visés), soit d'une lettre de change, d'un billet à ordre, ou de l'acceptation d'une cession de créance professionnelle (comme une cotisation à une société ou une association).

> Les paiements des cotisations aux ordres professionnels ou aux caisses de retraite sont des obligations statutaires dont le paiement peut être obtenu par la voie de la procédure d'injonction de payer. Les charges de copropriété peuvent également être regardées comme des charges statutaires. Leur recouvrement par voie d'injonction de payer est spécifiquement prévu par l'article 60 du décret n°67-223 du 17 mars 1967.

Durant la seconde phase, si le juge constate que la créance existe et que son montant est justifié, il prononce, unilatéralement, sans débat contradictoire, une ordonnance en injonction de payer. Le créancier ayant obtenu cette ordonnance va la signifier au débiteur qui dispose alors d'un délai d'un mois pour contester cette injonction de payer. S'il la conteste, il s'engage un débat contradictoire devant la juridiction compétente, le créancier sera demandeur et il devra mieux justifier sa créance. En revanche, si le débiteur reste silencieux, le créancier peut obtenir du greffe de la juridiction un titre exécutoire.

Cette procédure est relativement efficace si bien que l'on compte environ 700 000 injonctions de payer par an.

La loi de programmation et de réforme de la justice du 23 mars 2019, qui entrera en vigueur le 1er janvier 2021, est venue simplifier la procédure d'injonction de payer, dont le traitement a été dématérialisé[211].

Notons par ailleurs que cette procédure est gratuite pour les créances s'élevant jusqu'à un montant de 10 000 euros, ce qui est également un facteur de simplification de ce système.

[211] Loi n°2019-222, 23 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* (JORF n°0071, 24 mars 2019)