Parce qu'elle permet de vérifier la régularité ou la non régularité d'une situation. Elle ne crée pas de droits, elle n'est qu'un réalisateur de droits.

B. Un droit auxiliaire :

Elle se définit par rapport au droit fondamental qui la qualifie et elle s'adapte à la branche du droit qu'elle doit servir et elle est conditionnée par cette dernière. En effet, on peut constater que les règles propres à certaines matières déteignent sur la procédure.

Cela prouve bien que c'est un droit auxiliaire.

**§2 Les caractères de la procédure civile :**

Traditionnellement, on est tous d'accord pour dire que la procédure civile est une branche du droit privé. Mais il ne faut pas oublier que c'est un pouvoir judiciaire a la disposition des justiciables.Ca lui confère un caractère formaliste et un caractère impératif.

A. Formaliste :

Cela semble aller de soi puisque la définition même de la procédure est d'accomplir des actes dans certaines formes et dans certains délais. Ce formalisme vise à assurer au justiciable une totale sécurité juridique et à le protéger contre des manœuvres dilatoires de l'adversaire ou contre l'arbitraire du juge. Par exemple, le délai qui permet au défendeur de préparer sa défense. Ce formalisme n'est donc qu'une technique aux services de principes supérieurs, et c'est donc un gage de sécurité. Son inconvénient principal est son caractère excessif, en effet dans cette hypothèse, il devient un facteur de rigidité. On essaie de combattre ce facteur par des réformes.

B. Caractère impératif :

On ne peut abandonner au plaideur ne serait-ce que le choix de la juridiction à saisir car ce serait source d'insécurité et d'inégalités. C'est ce qui explique que la plupart des règles de procédure civile sont d'ordre public, elles s'imposent aux parties et au juge. Néanmoins, il y a une atténuation à apporter a ce caractère, par son essence la procédure gère un contentieux de droit privé et le service public de la justice vise à la défense des intérêts particuliers et a ce titre doit prendre en compte l'intérêt des plaideurs.

N’apparaissent véritablement d’ordre public que les règles d’intérêt général.

## Section II : le litige :

En effet, la réalité première de la procédure c'est l’existence d’un litige, c'est-à-dire d’un désaccord présentant un caractère juridique entre des sujets de droit relativement à leurs intérêts divergents. Le fait est que le conflit qui oppose les parties existe toujours avant le procès. Le litige est bien une réalité antérieure au procès qui en tire son origine et sa matière.

Si tout procès suppose un litige, tout litige ne débouche pas nécessairement sur un procès, il existe en effet différentes façons d’éteindre un litige.

### §1 La naissance de ce litige :

A. L’origine du litige :

En ce qui concerne la naissance du litige, c'est tout simplement un trouble a l’ordre juridique, son origine est facile a cerner, un litige peut trouver son origine dans l’incertitude de la règle de droit, la chose est litigieuse tout simplement parce qu'elle est douteuse. Cela suppose une interprétation sur une question de droit ou sur une question de fait. Ce litige peut aussi trouver son origine dans la mauvaise foi, tout simplement parce qu'une des parties soumet une prétention qu'elle sait mal fondée. C'est pourquoi les juges n’hésitent pas à sanctionner les abus. Le litige peut également résulter d’une règle de droit.

B. Les éléments constitutifs de ce litige :

Il va résulter d’au moins deux prétentions antagonistes, un sujet de droit prétend une chose que lui conteste un autre sujet de droit. Sur le plan procédural cette matière se définit par deux éléments : l’objet et la cause.

1°) L’objet du litige :

Il s’identifie en pratique à la prétention même. La nature de la prétention va varier selon les procès, on pourra prétendre à des dommages et intérêts, on va revendiquer une chose, on va

revendiquer la paternité d'un enfant, etc.… Cet objet est la reconnaissance d'un droit sur une chose ou sur une personne. Il est possible que ces prétentions émanent de celui qui est à l'origine du procès ou même du défendeur. L'objet du litige est l'ensemble des prétentions des deux parties (article 4 du nouveau code de procédure civile).

Il va falloir que cet objet bénéficie d'une certaine stabilité, d'où la règle de l'immutabilité du litige : article 4 alinéa 2 nouveau code de procédure civile. « Cet objet ne peut être modifié arbitrairement », il est possible de faire des rajouts dès lors qu'ils se rattachent aux prétentions par un lien suffisant. Article 5 du nouveau code de procédure civile : « le juge doit se prononcer sur tout ce qui lui est demandé et seulement ce qui lui est demandé ». le juge est donc également prisonnier de l'objet du litige. Le juge ne doit statuer ni *infrapetita* ni *ultrapetita*.

2°) La cause du litige :

Elle est nécessaire parce qu'il n'est pas logique de réclamer une chose sans cause. Pourtant aucune disposition d'ensemble n'est consacrée à cette notion dans le nouveau code de procédure civile. Opposition sur les contours et le contenu de cette notion. On n'est pas d'accord sur la nature de ce fondement, pour certains il s'agirait d'une règle juridique.

Exemple : si vous intentez une action pour obtenir des dommages et intérêts : vous devez alors vous fonder sur une règle de droit. L'article 565 du code civil semble soutenir cette définition.

Mais pour d'autres auteurs, la cause n'est constituée que des circonstances de fait qui sont invoquées pour établir le droit subjectif allégué. Exemple : une action en résolution de contrat en fondant sa prétention sur le fait que l'autre contractant a eu un comportement abusif.

L'article 6 du nouveau code de procédure civile explique bien que les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à fonder leurs prétentions. Alors, qui a raison ? En réalité derrière la controverse doctrinale se cache une question plus pernicieuse : celle de la répartition des tâches entre les parties et le juge. Il est rare qu'une partie se contente d'alléguer les faits sans citer la règle de droit qu'elle entend invoquer et le fait que le juge puisse requalifier les faits allégués par les parties suppose bel et bien que les parties ont le pouvoir de lier le juge par leur qualification. En réalité, cela montre bien que faits et droits sont très liés.

Pour en revenir à la cause : c'est l'ensemble des faits juridiquement qualifiés.

C. Les protagonistes :

On a différents intervenants : les parties, le juge, les tiers

Les parties : ce sont les personnes entre lesquelles se noue le procès et entre lesquelles se crée un lien d'instance. On distingue ensuite le demandeur du défendeur. Ce qui est important c'est que c'est la qualité processuelle, c'est-à-dire la position occupée par rapport à l'introduction de la demande qui détermine qui est demandeur et qui est défendeur. La qualité processuelle a une importance capitale au regard des droits et obligations des parties. Si on prend le demandeur, celui-ci a un avantage considérable, c'est lui qui détermine le cadre primitif du procès, son moment et, en cas d'option de compétence, le tribunal qui lui convient. Cependant, pèse sur lui la charge de l'allégation et la charge de la preuve.

Le défendeur, lui, subit le procès dans un premier temps mais rien ne l'empêche de faire des demandes reconventionnelles en émettant a son tour des prétentions et donc sans se contenter d'attendre que l'autre ait prouvé son bon droit.

Les conditions de la régularité de leur présence au procès : pour qu'une partie soit régulière, il faut qu'elle ait la capacité d'agir en justice, c'est-à-dire être capable, à commencer par la capacité de jouissance, il suffit d'être en vie mais cela veut dire qu'une personne décédée ne peut plus agir en justice et si l'action n'est pas transmissible, elle tombe. Pour les personnes morales, cela suppose une immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Il faut également avoir la capacité d'exercice : les personnes frappées d'incapacité d'exercice sont énumérées clairement par le code civil : les mineurs non émancipés et les majeurs incapables placés sous tutelle. Ces plaideurs ne peuvent donc agir que par l'intermédiaire d'un représentant.

Il existe deux types de représentation : représentation à l'action qui touche l'exercice même de l'action en justice, ce sont les personne frappées d'une incapacité d'exercice. Pour les personnes morales, il s'agit de leurs organes sociaux. Mais il arrive que le plaideur titulaire du droit d'agir choisisse de se faire représenter par une personne a qui il va confier un pouvoir, on parle alors de représentation conventionnelle, cette personne doit nécessairement être titulaire d'un mandat écrit et spécial.

Elle s'oppose à la représentation à l'instance : beaucoup plus limitée par son objet : le législateur a parfois exigé que la partie soit assistée ou représentée. L'assistance, c'est le pouvoir d'agir et de conseiller pour le compte de la personne représentée alors que la représentation inclut le pouvoir et le devoir de conseiller et d'agir au nom et pour le compte de la personne représentée. Ce sont en premier lieu les auxiliaires de justice qui ont une fonction *ad litem* alors que les mandataires doivent justifier d'un mandat écrit et spécial.

Les tiers : il y tout d'abord les tiers qui vont chercher à intervenir et à influencer la décision du juge, ce sont les tiers intervenants qui deviennent partiellement partie à l'action. D'un autre coté, on trouve les tiers qui sont là pour témoigner, ce sont les tiers extérieurs.

Le juge : il intervient en matière contentieuse en tant que personne chargée d'appliquer une règle de droit à une situation alors qu'il n'a en cas de recours gracieux qu'un rôle de contrôle.

**§2 La solution du litige :**

Elle consiste tout simplement pour le juge à appliquer le droit aux faits qu'on lui présente. Le juge est investi du pouvoir de *juridictio* et de celui d'*imperium* autrement dit il tranche et il ordonne que sa décision soit appliquée.

Il y a plusieurs façons de trancher le litige : par le juge mais autrement que par des règles de droit : il arrive que la loi l'autorise à statuer en équité ou en amiable compositeur. Cette mission d'amiable composition peut même être confiée à un arbitre et donné naissance à une justice arbitrale. Si le procès a normalement vocation à donner au litige une solution judiciaire, il peut également donner lieu à un accord, ce sont les modes amiables de règlement des conflits.

Il y a donc d'une part la voie contentieuse et d'autre part la voie amiable.

A. la voie contentieuse :

Il existe en fait deux modes juridictionnels de règlement des litiges, ce pouvoir appartient par nature aux juges d'état investis de la mission de dire le droit et de trancher le litige. L'appel à la juridiction étatique est le mode primordial de solution des litiges mais ce pouvoir peut aussi être confié à des arbitres que des parties ont chois comme juges privés. Cette justice arbitrale constitue un mode subsidiaire de résolution des litiges puisque d'une part ce n'est pas autorisé dans toutes les matières et que d'autre part cela dépend d'un accord initial entre les deux parties. Mais il s'agit dans les deux cas de modes juridictionnels de résolution des litiges parce que dans les deux cas les parties ont décidé de soumettre à un tiers leur litige et de le trancher par un jugement ou par une sentence arbitrale. A ce titre les mêmes principes directeurs doivent être respectés par l'arbitre et par le juge. Le résultat est également comparable, la sentence arbitrale s'assimile au jugement, l'arbitre était saisi comme le juge et la décision a autorité de la chose jugée. Autre ressemblance, l'article 1474 du nouveau code de procédure civile impose a l'arbitre de se référer à des règles de droit sauf lorsqu'il statue en amiable compositeur. Mais le juge lui-même peut statuer en équité lorsque les parties lui demandent en vertu d'un accord express et que le sujet ne soit pas d'ordre public.

Il existe cependant des différences : si les parties sont libres de recourir aux juridictions étatiques ou non, le législateur impose parfois de recourir à un juge. En outre, l'arbitrage n'est pas autorisé dans toutes les matières. C'est surtout autorisé en droit des affaires et en contentieux immobilier ou de succession… Le secteur d'activité n'est pas le même et l'arbitrage participe de la nature d'une convention puisque les parties doivent nécessairement décider de recourir à l'arbitrage d'un commun accord. On distingue deux types de conventions : - la clause compromissoire : c'est la convention par laquelle les parties a un contrat décident de recourir à l'arbitrage si un litige venait à survenir dans le cadre de l'exécution du contrat. Pour être efficace, cette clause compromissoire doit être écrite dans le

document principal ou dans un document auquel celui-ci réfère, elle doit prévoir les arbitres ou leur modalité de désignation sous peine d'être réputée non écrite.

-le compromis d'arbitrage : c'est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à un arbitrage. Le litige existe déjà et il est même possible que les juridictions étatiques se soient penchées dessus. Pour être efficace, il doit être constaté par écrit, désigner les arbitres ou leur modalité de désignation et bien sûr l'objet du litige.

L'un est un juge public nommé par l'état dont l'investiture est officielle et la mission durable, ce juge est doté d'un double pouvoir *juridictio* et *imperium*, c'est-à-dire qu'il détient une fraction de la puissance publique. L'autre est un juge privé d'investiture conventionnelle et sa mission est temporaire d'une durée légale de 6 mois si le compromis ou la clause compromissoire n'a pas prévu de délai plus long ou plus bref. Enfin cette clause est consentie, c'est-à-dire, qu'elle s'épuise une fois le litige achevé. La sentence a bien autorité de la chose jugée mais pas force exécutoire parce qu'on suppose que si les parties se sont mises d'accord pour recourir à un arbitre, elles accepteront sa sentence. Cependant si celle-ci n'est pas acceptée il faudra recourir à un juge.

B. La voie amiable : les modes alternatifs de règlement des conflits :

Les parties ont décidé de recourir à une solution, qui procède de leur volonté, ce qui confère à ce mode de règlement le titre d'amiable. On parle aussi de modes alternatifs parce qu'il est de l'essence de ce type de règlement d'être une alternative à un procès. Dans ce cas là, on pourrait penser que l'arbitrage est un mode alternatif de règlement des conflits. Cependant les modes alternatifs de règlement des conflits n'englobent que les modes extrajudiciaires de résolution des conflits par un tiers neutre à l'exception de l'arbitrage. Quelles sont les raisons du succès des modes alternatifs de règlement des conflits, tout d'abord la rapidité ensuite leur faible coup et surtout la consensualité qui les animent. On privilégie le dialogue à l'application stricte de la loi. Ces modes alternatifs de règlement des conflits peuvent prendre plusieurs formes : un contrat, c'est le cas de la transaction.

1°) La transaction :

Qu'est-ce que la transaction ? C'est un contrat conclu par les parties a un litige né ou à naître pour y mettre fin ou le prévenir par des concessions réciproques. En tant que contrat tout d'abord, la transaction va obéir aux conditions de validité du contrat. En tant que mode de résolution des conflits, la transaction possède un certain nombre de particularités, elle doit être écrite, son objet doit être déterminée, il s'agit de régler un litige né ou à naître. La transaction

entraîne nécessairement l'abandon d'une action. On ne peut transiger sur des droits dont on n'a pas l'entière disposition ni sur ce qui concerne l'ordre public. Ne peuvent transiger les mineurs et les majeurs incapables. L'essence de la transaction est la réciprocité des sacrifices, il ne peut y avoir transaction que s'il y a concessions réciproques et mutuelles. Une fois la transaction établie, l'état la considère comme une solution similaire au jugement. Ça lui confère d'une part un effet extinctif et accessoirement un effet obligatoire pour les obligations qui sont prises en contrepartie de cette renonciation. Celle-ci comme le jugement va être dotée de l'autorité de la chose jugée par contre elle n'a pas en elle même force exécutoire. On distingue deux hypothèses, si la transaction intervient au cours du procès, il appartient au juge saisi de donner force exécutoire à l'accord conclu en ou en dehors sa présence. Si la transaction intervient hors procès, c'est au TGI de lui donner force exécutoire et l'article 17 du nouveau code de procédure civile permet aux personnes qui s'estiment lésées par cet accord de former un recours.

2°) La conciliation :

On la définit comme un mode de règlement des litiges par lequel les parties font appel à un tiers pour rapprocher leur point de vue afin d'éteindre le litige. Elle présente plusieurs visages. Elle peut se réaliser dans un cadre judiciaire, en effet le juge a reçu en plus de sa mission traditionnelle une mission de conciliation (article 21 du nouveau code de procédure civile). S'il décide d'y recourir, il doit convoquer les parties, à ce moment là, soit elle aboutit et elle entraîne un procès-verbal signé par les parties et le juge dont on peut délivrer des extraits ayant force exécutoire. Si la conciliation échoue, le juge va immédiatement la trancher. Une phase de conciliation obligatoire ou facultative a été intégrée à la procédure devant certaines juridictions et dans certaines matières. Elle est obligatoire préalablement au procès devant le conseil des prud'hommes, de même en droit de la famille. Dans toutes les autres juridictions, cette tentative est purement facultative. En second lieu, il faut savoir que les pouvoirs publics ont créé des institutions spécialisées dans la conciliation. C'est le conciliateur de justice institué par un décret du 20 Mars 1978 mais qui n'a véritablement pris son essor qu'après la loi du 8 février 1995. Ce sont des personnes bénévoles nommées pour un an renouvelables pour deux ans, ils sont nommés par le premier président de la cour d'appel avec avis du procureur général et sur proposition du juge d'instance.

Leur mission a évolué, leur mission initiale était de faciliter en dehors de tout processus judiciaire le règlement des conflits portant sur des droits dont les personnes avaient l'entière disposition mais le décret de 1998 leur a aussi conféré la mission de procéder aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi sauf en matière de divorce et de séparation de corps. Le conciliateur peut faire l'objet de deux saisines, tout d'abord d'une saisine des parties en dehors de toute procédure et d'une saisine par le juge qui peut renoncer à concilier personnellement les parties et déléguer cette mission au conciliateur de justice. Mais lorsque le juge décide de faire intervenir un conciliateur, il doit tout d'abord en aviser les parties et obtenir ensuite leur acceptation sur le principe de l'intervention d'un conciliateur. Quel que soit le mode de saisine, le déroulement de la conciliation devant le conciliateur de justice est le même, il bénéficie d'un délai d'un mois, ses parties doivent se présenter en personne devant lui, elles peuvent être assistées mais aucunement représentées. Il faut en effet instaurer un dialogue qui permettra la confrontation des points de vue et le dégagement de la solution. En

ce qui concerne ses pouvoirs, le conciliateur peut se rendre sur les lieux du conflit avec l'accord des parties et il peut aussi entendre des tiers avec accord des parties. La liberté de parole est totale puisque tout ce qui est dit ne pourra être utilisé dans une instance ultérieure sans l'accord des parties et le conciliateur est tenu à une obligation de secret. A l'expiration de la conciliation, le conciliateur informe le juge du résultat positif même si partiel, dans ce cas on établit un constat d'accord signé par les parties et le conciliateur, il s'agit à ce stade d'une convention qui n'a ni autorité de la chose jugée ni la force exécutoire attachée au jugement. Pour assurer l'effectivité de cet accord, il faudra le transmettre au juge pour qu'il soit homologué. La conciliation peut échouer, on dressera alors un procès-verbal de non conciliation et le greffe préviendra les parties qu'elles peuvent saisir la juridiction de jugement.

3°) La médiation :

A l'origine, c'est une invention du tribunal de commerce qui n'hésitait pas à nommer un tiers pour le charger de trouver une solution, cette pratique prétorienne n'était pas très conforme à l'article 21 du nouveau code de procédure civile, du coup, une réforme est venue instituer la médiation en parallèle de la conciliation le 8 février 1995. La médiation se définit par le pouvoir du juge de charger une tierce personne de réunir les parties de confronter leurs points de vue et de proposer une solution contre rémunération. Si l'on s'en tient au respect du code, il est difficile de faire la différence entre médiation et conciliation. La Cour de Cassation est venue expliquer que la médiation était une modalité d'appréciation de la conciliation. S'il s'agit de mode conventionnel de mêmes natures, ils n'ont pas le même degré, les différences tiennent essentiellement aux domaines respectifs et à la méthode suivie par l'un et par l'autre mode. Par exemple, le médiateur élabore la solution et s'il ne peut l'imposer, il en est l'unique auteur alors que dans la conciliation, la solution émane des parties. De même le médiateur peut être nommé en tout état de cause, c'est-à-dire à tous les stades de la procédure mais uniquement dans le cadre d'une procédure. Si le rôle du médiateur peut paraître plus actif, il n'a pas plus de pouvoir qu'un conciliateur et son intervention reste amiable. Le médiateur est désigné par le juge avec l'accord des parties, il s'agit d'une personne physique qui dispose de compétences techniques et de qualités personnelles qui lui permettent de remplir cet office. Il est rémunéré et à cette fin, le juge doit déterminer la provision à valoir sur sa rémunération qui est consignée des le départ par les parties. La médiation peut être imposée par le tribunal ou elle peut être proposée par les parties. La médiation doit comporter certaines mentions la durée de la mission du médiateur (3 mois maximum), mention de la date a laquelle l'affaire reviendra devant le juge, le montant de la provision et le délai de consignation. Une fois, la décision émise, il convient que le médiateur accepte sa mission. Il doit ensuite convoquer les parties dans le cadre de cette mission, il n'a pas de pouvoir d'instruction, il peut seulement avec l'accord des parties, entendre les tiers. En cas de difficultés, le médiateur doit en informer le juge car ce dernier n'est pas dessaisi et garde la maîtrise du déroulement de la médiation à laquelle il peut mettre fin prématurément. Le médiateur va se présenter comme un intermédiaire confidentiel entre les parties et à ce titre est tenu d'une obligation de secret. Lorsque l'échange renseigne suffisamment le médiateur, celui-ci élabore un accord. Il peut donner lieu à deux situations : soit il satisfait les parties et le jour où l'affaire revient devant le juge, cet accord est homologué, soit l'accord est rejeté par les parties et le jour où l'affaire revient devant le juge et si elle est en état d'être jugé, le jugement intervient.

## Section III : Les sources de la procédure civile :

La plupart des sources sont écrites cependant il existe des sources non écrites comme la coutume qui prend la forme d'usage d'origine locale qui constitue des habitudes suivies par les praticiens d'un lieu et qui conduit à l'élaboration d'un *style du palais.* Ces styles sont de forces obligatoires inégales. Ces pratiques peuvent aussi venir combler des lacunes de la loi et se développer de deux manières soit *praeter legem* c'est-à-dire en complément de la loi, c'est ainsi que certaines juridictions vont adapter les règles de procédure afin de s'adapter à la densité des affaires. Ces pratiques peuvent aussi se développer *contra legem* quand on n'utilise pas volontairement des règles de procédure, ces règles sont alors bien sûr dépourvues de force obligatoire. Une autre source non écrite est la jurisprudence qui est en pleine extension notamment celle du Conseil Constitutionnel , de la cour européenne des droits de l'homme et de la cour de justice des communautés européennes. Enfin, la doctrine, elle a contribué à certaines grandes réformes de la procédure civile.

Nous allons essentiellement nous intéresser aux sources écrites.

### § 1 Le contenu des sources :

A. les sources législatives et réglementaires :

Ce sont tout d'abord les sources législatives et réglementaires car en procédure civile lorsqu'on invoque la loi c'est au sens large (parlementaire comme réglementaire). Depuis la constitution de 1958, la procédure civile est marqué par une distinction, les matières qui relèvent du domaine législatif et celles qui relèvent du domaine réglementaire. Relèvent en vertu de l'article 34 de la constitution le statut des magistrats ou encore les lois d'exécution. Relèvent en vertu de l'article 37, toute la compétence judiciaire et la procédure au sens strict à condition de ne pas enfreindre de grands principes. Ces règles de procédure civile se trouvent essentiellement dans deux codes : le nouveau code de procédure civile entré en vigueur en 1976. Il fut élaboré en plusieurs étapes, une commission a d'abord abouti à la création de quatre décrets qui ont ajouté deux livres dans le code de procédure civile : le livre I et le livre II. Dans une seconde étape, ce nouveau code de procédure civile a été complété par un décret du 12 Mai 1981 qui a mis en place le livre III et le livre IV. Le livre V est resté vide, celui-ci était destiné à accueillir les lois d'exécution qui constitue une matière législative. Le législateur a donc réformé les lois d'exécution par une loi du 9 Janvier 1991 mais celle-ci n'a pas été intégrée dans le nouveau code de procédure civile alors même que sa place était prévue. On pense aujourd'hui à intégrer ces voies d'exécution dans un éventuel code de l'exécution qui n'a pas été créé. On se retrouve donc avec un peu plus de 400 articles qui se retrouvent autonomes. Le nouveau code de procédure civile s'avère donc inachevé.

A coté de ce code, on trouve celui de l'organisation judiciaire qui résulte un décret du 19 Mars 1978 qui traite de l'organisation et du fonctionnement des juridictions de l'ordre judiciaire.

B. Les sources supra-législatives :

1°) Les sources constitutionnelles :

Comme toute branche du droit, la procédure civile a connu un phénomène de constitutionnalisation sous l'influence de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et des suites données par les juges de l'ordre judiciaires à ses principes constitutionnels. Ce phénomène est cependant contesté par certains auteurs qui invoquent trois arguments :

- Il apparaît clairement à la lecture de la constitution que la procédure civile relève du domaine réglementaire par conséquent elle échappe au contrôle de constitutionnalité et ne peut donc pas subir de constitutionnalisation.

- On ne trouve pas de principes qui régissent la procédure civile dans la constitution.

- Vouloir fonder une base constitutionnelle serait un anachronisme politique.

Ces arguments sont réfutables.

- On peut constater que le conseil constitutionnel, à l'occasion de textes totalement étrangers à la procédure civile a néanmoins posé des principes de portée universelle qui intéressent tous les contentieux toutes les procédures y compris la procédure civile. Par exemple le principe du contradictoire ou du respect des droits de la défense.

- Si les sources textuelles sont limitées, les sources jurisprudentielles sont légion et ont la même valeur.

- La vocation même de la constitution étant d'être au sommet, elle devrait s'appliquer à toutes les branches du droit.

Néanmoins, la constitutionnalisation de la procédure civile est évidente et se concrétise de plusieurs manières. L'article 34 de la constitution émet une réserve et permet de remettre dans le domaine législatif des règles relevant a priori du domaine réglementaire, d'une part toutes les règles de procédure civile qui par leur nature relèvent du domaine législatif doivent faire l'objet d'une loi. Par exemple, toutes les règles qui remettent en cause les droits de la défense relèvent du domaine législatif. Décision du 14 Mai 1980, le recours en cassation constitue pour les justiciables un recours fondamental et relève par conséquent du domaine législatif. C'est ainsi que le conseil constitutionnel a aussi dans une décision du 13 Novembre 1985

décidé que le caractère des règles de procédure dès lors qu'il est indispensable au droit de la défense est du domaine législatif.

Le second exemple de cette constitutionnalisation est l'affirmation par le conseil constitutionnel de principes constitutionnels qui s'imposent aux gouvernements et aux parlements. Ils reposent le plus souvent sur le bloc de constitutionnalité. On crée ainsi une emprise des principes fondamentaux sur la procédure civile. La question se pose quand même de savoir comment cette jurisprudence constitutionnelle est réceptionnée en procédure civile. Les juridictions judiciaires et administratives refusent en vertu de la séparation des pouvoirs de vérifier la conformité de la loi à la constitution. Mais ces juridictions peuvent tout de même prendre en compte la jurisprudence du conseil constitutionnel puisque l'article 62 énonce que les décisions du conseil constitutionnel s'imposent à toutes les autorités. Ainsi lorsque le juge administratif examine un acte administratif, il doit en apprécier la légalité en vertu des règles constitutionnelles. Le juge judiciaire doit respecter l'autorité de la chose jugée ou interprétée par le Conseil judiciaire à propos des lois soumises à son contrôle. Le juge judiciaire est juge de la constitutionnalité et de la légalité des actes administratifs et juridictionnels. La violation de la constitution est un cas d'ouverture à cassation et donc par ce biais la Cour de Cassation peut se transformer en juge constitutionnel. Cour de Cassation 30 Juin 1995 : affirmation d'un droit à la défense qualifié de droit fondamental à caractère constitutionnel. Néanmoins, on doit souligner le paradoxe français qui fait qu'on réserve le contrôle de constitutionnalité des lois au conseil constitutionnel et qu'on l'interdit au juge judiciaire alors que celui-ci peut examiner la constitutionnalité des actes administratifs et qu'il peut écarter un texte législatif non conforme à une convention internationale ratifiée par la France. Du coup le contrôle de la compatibilité d'une loi avec des conventions internationales le conduit à prendre des décisions similaires à celles d'un contrôle de constitutionnalité.

2°) Les sources internationales, européennes et communautaires :

Le développement de ses sources est essentiellement dû à l'internationalisation des échanges qui ont conduit à une internationalisation des litiges qui ont alors créé un besoin de convention internationales.

Indépendamment de tout litige international, les états ont accepté de respecter dans la conduite de leur procédure nationale certains principes fondamentaux qui seraient l'expression d'un ordre naturel. Ces principes se trouvent exposés tout d'abord dans des traités internationaux généraux. Par exemple, le pacte des nations unies relatifs aux droits civils et politiques de 1966 dont l'article 14 consacre le droit à un procès équitable. Ces principes sont aussi exposés dans des traités internationaux spéciaux. Par exemple, la convention de New York du 26 Janvier 1990 relatif aux droits de l'enfant. On constate aussi des sous ensembles établissant des droits processuels régionaux, c'est le cas du droit européen. Avec la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 Novembre 1950 dont l'article 6 consacre le droit à un procès équitable. Cette convention est d'autant plus efficace que sa violation est sanctionnée par un organe spécifique la cour européenne des droits de l'homme. Le deuxième organe après le droit européen, c'est le droit communautaire. Pourtant les traités originaires ne comportent pas de dispositions relatives à la procédure à l'exception des règles qui ont mis en place les organes communautaires.

Néanmoins, les traités d'Amsterdam et de Maastricht ont prévu une collaboration judiciaire dans le domaine de la justice et des affaires intérieures. Mais surtout c'est la cour de justice des communautés européennes qui a véritablement élaboré un droit processuel communautaire en s'appuyant sur deux points :

- Tout d'abord en se servant de l'article 5 du traité de Rome pour fonder l'obligation juridique des états membres d'assurer le droit à un recours juridictionnel effectif pour faire respecter les droits que les justiciables tiennent des règles communautaires.

- La cour de justice des communautés européennes a également développé des principes communautaires de procédure en s'inspirant des droits constitutionnels des états membres et des principes consacrés par la cour européenne des droits de l'homme dont elle s'est inspiré. Ce qui est paradoxal étant donné que l'Union Européenne n'est pas signataire. Néanmoins, le traité de Maastricht mentionne que l'Union Européenne respecte les droits fondamentaux tels que définis dans la convention européenne des droits de l'homme et tels que dégagés par les états membres. Il faudra maintenant compter avec la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne crée par le traité de Nice qui mentionne le droit à un recours effectif et le droit à un tribunal impartial. Pour l'instant cette charte n'a pas été intégrée dans un traité européen, elle ne peut servir au mieux que de norme de référence.

**§ 2 L'application des règles nouvelles dans le temps :**

Lorsque les textes de procédure prévoient des dispositions transitoires dans l'attente de nouvelles réglementations. Il n'y a alors pas de problème puisque ces mesures transitoires prévoient l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

La situation est plus complexe s'il n'y a pas de mesure transitoire, il faut alors se référer à l'article 2 du code civil qui dispose qu'une loi ne dispose que pour l'avenir et qu'elle n'a point d'effet rétroactif. Cela signifie tout d'abord qu'un texte nouveau ne peut remettre en cause ce qui a été définitivement jugé ou permettre l'annulation d'actes qui ont été régulièrement accomplis antérieurement. Cela signifie aussi que les lois de procédure sont d'effet immédiat, c'est-à-dire qu'elle concerne toutes les procédures en cours et tous les actes à intervenir. Néanmoins ce principe d'application immédiate de la loi doit être nuancé, il est vrai que le texte s'applique à l'organisation judiciaire et à sa compétence mais il est abandonné dans ce domaine en cas de transfert de compétence à la survie de la loi ancienne. Ce principe de l'immédiateté de la loi est également écarté lorsque le texte porte sur les conditions de recevabilité du recours. C'est ainsi qu'en matière de surendettement la loi du 8 Février 1995 qui restreignait la possibilité de faire appel des décisions des juges du surendettement ne s'est pas appliqué à tous les jugements rendus acquis sous la loi ancienne. Il est aussi écarté lorsque la loi change les modes de preuve.

# PREMIERE PARTIE

## LES ELEMENTS FONDAMENTAUX DE LA PROCEDURE CIVILE

L'article 30 alinéa 1 du nouveau code de procédure civile a défini l'action comme le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée et que l'alinéa 2 poursuit en expliquant que l'action en justice, c'est aussi le droit pour l'adversaire de discuter du bien-fondé de cette prétention. Autrement dit le droit d'action est un droit qui est défini aussi bien du coté du demandeur que celui du défendeur.

### Chapitre I : La notion d'Action en justice :

Dans la mesure où l'action va réaliser une jonction entre le droit et la procédure, on eu tendance à la confondre avec la demande qui n'est que la concrétisation de l'action et on l'a confondu avec le droit substantiel dont elle assure la jonction alors même que la loi présente l'action comme un droit subjectif.

#### Section 1 : La nature de l'action en justice :

Le droit substantiel est le fondement de l'action qui se concrétise dans une demande en justice. On affirme ainsi l'autonomie de l'action qu'il reste à qualifier et dont on doit préciser les caractères.

**§ 1 L'autonomie de l'action :**

A. L'action et le droit substantiel :

Au début, les deux droits étaient confondus mais l'action était définie comme le droit en temps de guerre en temps de crise. C'est un héritage du droit romain. On doit rejeter aujourd'hui cette confusion d'une part parce qu'il existe des actions sans droit et d'autre part, il existe des droits sans actions, c'est l'exemple de l'obligation naturelle. Il n'y a pas identification entre l'action et le droit substantiel mais il existe tout de même des liens entre eux qui tiennent au fait que l'action va réaliser la jonction entre le droit substantiel et la procédure pour en assurer la sanction. On classe ainsi les actions selon la nature du droit mis en œuvre.

B. L'action et la demande en justice :

La demande n'est que l'acte de procédure par lequel une partie saisit le juge. La demande n'est donc que la concrétisation processuelle de l'action. La demande permet la mise en œuvre du droit d'agir dans une affaire précise alors que l'action est générale.

Il y a aussi une indépendance entre action et demande en justice sur le plan strictement procédural : il existe des demandes sans actions : une demande peut être valable sans acte juridique parce qu'elle remplit toutes les conditions formelles exigées mais cette demande peut être rejeté si le juge constate que les personnes qui l'ont exprimée ne disposent pas du droit d'agir. L'action préexiste nécessairement à la demande par laquelle elle s'exprime et l'action peut parfois même survivre à la demande. Par exemple, imaginons qu'une demande soit annulée pour vice de forme, ce n'est pas pour autant que le demandeur sera privé d'agir en justice, il suffira qu'il respecte les formes. Ce sont des notions distinctes mais elles ont tout de même des liens étroits, ne serait-ce que parce que la demande n'est que l'exercice de l'action et que l'existence du droit d'agir et une des conditions de recevabilité de la demande relativement à la prétention qu'elle exprime.

**§ 2 la qualification et les caractères de l'action en justice :**

L'article 30 évoque l'action comme un droit subjectif puisqu'il appartient précisément et exclusivement à ceux qui ont un intérêt à agir. Cette action, ce n'est donc pas une liberté générale, c'est vraiment un droit propre à un titulaire donné, celui qui a un intérêt au succès ou au rejet de la prétention. En tant que droit subjectif, l'action fait l'objet d'une protection supra-législative à la fois sur le plan national et international.

Sur le plan international, l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme énonce le droit de faire entendre sa cause à un tribunal. Ce droit implique qu'une personne puisse voir sa cause entendue et pour ça qu'on l'ait accompagné du recours approprié. Cependant, ce droit a ses limites.

Sur le plan constitutionnel, il n'y a aucune allusion à un droit d'agir dans la constitution mais le Conseil Constitutionnel a dans une décision du 9 Avril 1996 établi sur le fondement de

l'article 16 qu'il existait un droit d'exercice à un recours spécifique par les personnes intéressées. Le Conseil d'Etat dès 1970 admettait le droit d'action comme une liberté fondamentale et la Cour de Cassation l'a suivi peu après.

Cette qualification en droit subjectif va lui conférer certains caractères :

- L'action en justice est facultative

- L'action en justice est libre : c'est-à-dire que l'action même si elle n'aboutit pas n'est pas en elle même fautive. Seul l'abus du droit d'agir peut donner lieu à des dommages et intérêts et à une amende. Enfin l'action en justice est transmissible, cependant il y a des exceptions, toutes les fois où le droit sous tendu est viager, l'action est intransmissible. Certaines actions ont un caractère strictement personnel et vont s'éteindre avec le décès de leur détenteur.

## Section 2 : La classification des actions en justice :

### § 1 : les actions réelles, personnelles ou mixtes :

Les actions réelles portent sur des droits réels. L'action personnelle tend à permettre l'assomption d'un droit de créance.

L'action mixte : elle a pour caractéristique que son titulaire est dans une situation qui lui permet d'invoquer en même temps un droit personnel et un droit réel qui ont leur source dans la même opération juridique. On en distingue deux catégories :

- D'une part les actions tendant à l'exécution d'un acte qui a transféré ou créé un droit réel immobilier tout en donnant naissance à un droit de créance. Par exemple, l'acheteur qui réclame la délivrance de l'immeuble agit a la fois en qualité de créancier de livraison (action personnelle) mais comme il est devenu propriétaire dès l'échange des consentements, il agit aussi en tant que propriétaire (action réelle).

- Tous les actes transmissifs ou restitutifs de droits réels sur un bien mobilier ou immobilier. L'objectif de ces actions est l'anéantissement d'un acte en raison d'une inexécution (action personnelle) et comme il y aura restitution d'un bien, l'action a également un caractère réel.

Le principal intérêt de cette classification est de déterminer la juridiction compétente territorialement. En matière personnelle, l'action est portée devant le tribunal du lieu où demeure le défendeur alors qu'en matière réelle immobilière c'est la juridiction du lieu de situation de l'immeuble qui est compétent. En cas d'action mixte, le demandeur bénéficie d'une option.

**§ 2 Les actions mobilières et immobilières :**

L'action mobilière tend à assurer la sanction d'un droit portant sur un meuble néanmoins on sait que la liste des immeubles est limitative donc tout ce qui n'y figure pas est nécessairement qualifié de meuble. Par conséquent, l'action destinée à en assurer la sanction sera mobilière. C'est ainsi, par exemple, que l'obligation d'accomplir des travaux sur un immeuble est mobilière. Toutes les obligations de faire ou de ne pas faire sur un immeuble sont mobilières. Ne pourra être immobilière que l'action qui a directement pour objet un immeuble, par exemple l'action en récision d'une vente d'immeuble pour lésion est nécessairement immobilière. Cette distinction est nécessaire en ce qui concerne la compétence d'attribution, le TGI ayant une compétence exclusive pour connaître des actions immobilières pétitoires alors que le tribunal d'instance connaît des actions immobilières possessoires. Et ces deux juridictions en matière mobilière se partagent la compétence puisqu'elles ont un taux de compétence différente. En ce qui concerne la compétence territoriale, les actions immobilières sont jugées par le tribunal du lieu de situation de l'immeuble alors que les actions mobilières relèvent du tribunal du lieu de la demeure du défendeur.

**§ 3 Les actions possessoires et pétitoires :**

Le législateur a aménagé une protection de la possession dès lors qu'elle remplit certaines conditions à l'aide d'actions spéciales qu'on appelle possessoires tout simplement parce qu'elles ont pour but de protéger l'état de fait de la possession voire même de la détention. On en distingue trois :

- La complainte : Elle est donnée à tout possesseur ou détenteur précaire d'un immeuble dont la possession est troublée par autrui.

- La réintégrande ou l'action en réintégration : Elle sanctionne la dépossession brutale.

- La dénonciation de nouvelle œuvre : Elle est donnée en cas de trouble éventuel résultant de ce que le propriétaire voisin fait sur son fonds des travaux qui une fois achevés entraîneront un trouble pour le possesseur actuel du fonds voisin.

L'action pétitoire tend à faire sanctionner un droit réel, on distingue selon la nature de ce droit :

- Dans le cas de la propriété : action en revendication

- Usufruit et servitude : action confessoire

Les actions pétitoires relèvent du tribunal de grande instance mais à certaines conditions le tribunal d'instance peut en connaître. Pour toutes les autres juridictions les questions pétitoires relèvent de questions préjudicielles.

Le non cumul du pétitoire et du possessoire est une règle présente à l'article 1265 du nouveau code de procédure civile. Le législateur a en effet voulu protéger la possession en elle même, il faut donc que le possesseur connaisse un trouble porté à sa situation de fait or s'il on admettait de débattre sur le terrain du titre de propriété, on ne pourrait pas faire de protection efficace. Le juge saisi au possessoire ne doit s'occuper que de la question de la possession et cette règle a aussi des conséquences sur les parties puisque le demandeur qui agit au pétitoire n'est plus recevable à agir au possessoire parce qu'implicitement on va considérer qu'il a renoncé à invoquer sa possession.

## Chapitre II : Les conditions d'ouverture de l'action en justice :

L'action a beau être un droit fondamental, ce n'est pas un droit absolu. Il est donc soumis à des conditions d'exercice et c'est l'article 31 du nouveau code de procédure civile évoque l'existence d'un intérêt à agir et d'une qualité à agir.

### Section I : L'intérêt à agir :

Cet intérêt se mesure au préjudice aussi bien patrimonial que moral subi par celui dont le droit a été bafoué. L'idée est de n'accorder la protection judiciaire qu'à celui qui démontre qu'il retirera de l'action un avantage pratique. Autrement dit, il faut que le jugement soit de nature à faire cesser le trouble. Mais cet intérêt ne doit pas être quelconque mais caractérisé.

#### § 1 Un intérêt légitime :

C'est un intérêt juridique fondé sur un droit qui ne peut protéger que des situations légitimes. Cet article 31 ne fait ici que reprendre une condition jurisprudentielle qui parlait d'intérêt légitime juridiquement protégé. Et c'est justement sur le fondement sur le défaut d'intérêt légitime que jusqu'en 1970 les tribunaux ne reconnaissaient pas d'action à la concubine qui demandait réparation pour le préjudice éprouvé par la mort du concubin dans un accident de la route. Le concubinage n'était pas en effet à cette époque un lien légitime donc l'action ne pouvait pas être légitime non plus. On trouve une autre application de cette idée dans la règle selon laquelle on ne peut pas se prévaloir de sa propre turpitude. La critique que font certains auteurs sur cette exigence d'un intérêt légitime, c'est que quand on en vient à aborder la question de la légitimité de l'intérêt, on aborde le fond du droit alors que le juge ne devrait ne s'intéresser qu'à la recevabilité. Néanmoins il est toujours exigé.

**§ 2 Un intérêt né et actuel :**

Cela veut dire que l'ordre doit être troublé pour qu'il soit permis de recourir au juge. Ce juge, d'ailleurs, ne peut trancher que des litiges nés c'est-à-dire qui existent au moment où la demande est formée. Il est certain que cet intérêt est né et actuel lorsque le demandeur souffre d'un trouble et que sa demande tend justement à obtenir des mesures propres soit à faire cesser ce trouble soit à réparer les conséquences de ce trouble. Les faits constitutifs de ce trouble sont divers, l'essentiel étant qu'ils constituent une atteinte effective qu'ils constituent vraiment une modification patente à une situation antérieure. A l'opposé, cela sous entend que l'on ne pourra jamais s'appuyer sur un intérêt hypothétique puisque pour apprécier la réparation adéquate, il faut connaître le préjudice or s'il est hypothétique on ne peut le réparer. Le problème, c'est qu'entre intérêt né et actuel et intérêt hypothétique s'intercalent des actions plus délicates à qualifier. On a admis des actions dans lesquelles l'intérêt n'était qu'éventuel ou encore futur. La loi a accordé une action alors que l'intérêt est incertain puisque le préjudice n'est pas réalisé mais la menace est réelle. C'est-à-dire que si on n'intervient pas, sa réalisation est possible.

On a par exemple :

- Les actions déclaratoires : on a un intérêt à dissiper une menace dont la survenance est possible, par exemple : un couple non marié qui se sépare alors que la femme est enceinte. Il y a de grandes chances que la paternité soit un jour ou l'autre l'objet d'un conflit. Si ce père se sait pertinemment non père de l'enfant, il peut faire une action déclaratoire de désaveu préventif.

- Les actions possessoires : on intervient en effet en prévision de préjudice patrimoniaux.

Dans certains cas, on admet des actions qui ne sont que futures, l'article 145 du nouveau code de procédure civile autorise en matière de la preuve des mesures d'instructions futures. Celles-ci sont accordées s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de fait dont pourrait dépendre la solution d'un procès éventuel. Par exemple, lorsque des dégâts sont causés par un accident, on a intérêt à faire un constat de manière à se ménager une preuve future. De la même manière, les actions interrogatoires par lesquelles on va obliger une personne de prendre parti durant le terme qui lui est accordé sont interdites. De même les actions provocatoires contre des personnes titulaires d'un droit qu'elles le prouvent immédiatement.

**§ 3 Un intérêt direct et personnel :**

L'intérêt personnel s'oppose à l'intérêt d'autrui et plus largement à l'intérêt général. Dans la majorité des cas le titulaire du droit d'agir prétend que l'un de ses droits a été méconnu

et il en demande la reconnaissance ou la réparation. Néanmoins, il arrive que l'intérêt d'un procès rejaillisse sur les membres d'un même groupement qui peut alors défendre un intérêt collectif qui peut être défini soit comme la somme des intérêt individuels soit comme quelque chose qui dépasse la somme des intérêts individuels. C'est ainsi que les actions de défense regroupent plusieurs personnes afin d'exercer en commun une action en justice qui va aboutir à satisfaire l'ensemble des intérêts individuels. Quand un syndicat agit pour défendre l'intérêt de la profession, il agit par rapport à un intérêt supérieur aux intérêts individuels.

Le caractère direct met l'accent sur l'implication immédiate d'une personne dans un litige. Lorsqu'on exige que l'intérêt soit direct, on demande que la personne soit concernée par l'issue du litige dans la sphère immédiate de ses conséquences dommageables ou avantageuses. Le mari d'une victime d'un accident a un intérêt direct. De la même façon la femme du mari qui a perdu son emploi alors qu'il était l'unique salaire de la famille a aussi un intérêt direct.

## Section II : La qualité à agir :

La qualité, c'est le titre légal en vertu duquel une personne a le pouvoir de figurer dans un procès. Généralement, cette qualité ne soulève pas de difficultés car elle se ramène à l'obligation de justifier d'un intérêt direct et personnel. Autrement dit, la notion de qualité est absorbée par la notion d'intérêt direct et personnel. Lorsqu'on lit l'article 31 du nouveau code de procédure civile, on comprend que l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt. On parle alors d'action banale en ce qu'elle est attribuée à tout intéressé en tant que tel. Pourtant la qualité à agir est bien une condition autonome de l'ouverture de l'action. Pour cela, il faut évoquer deux articles, tout d'abord l'article 122 du nouveau code de procédure civile qui évoque parmi les causes d'irrecevabilité à la fois le défaut d'intérêt mais aussi le défaut de qualité ce qui implique qu'il s'agit de deux choses différentes. On comprend mieux dans la suite de l'article 31 qui tout simplement réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie ( actions attitrées). Par opposition à l'action banale, on a aussi des actions attitrées qui tiennent à ce que la loi réserve dans certains cas la seule action aux personnes qu'elle qualifie et ces actions peuvent être réservées soit à la défense d'intérêts personnels spéciaux soit à la défense de l'intérêt des tiers.

### §1 L'attribution de qualité pour la défense d'intérêts personnels spéciaux :

La loi ouvre ici une action à des personnes qui ont un intérêt défini. Cette attribution de la qualité s'inscrit le plus souvent dans un ensemble de mesures qui, le plus souvent, enferme l'action dans un régime restrictif. On peut trouver ces actions attitrées tout d'abord en matière familiale et plusieurs exemples peuvent être donnés :

- L’action en divorce n’est donnée qu’aux seuls époux.

- L’action en recherche de paternité naturelle n’est donnée qu'à l’enfant.

Toutes les actions qui tendent à invoquer un intérêt exclusif d’un contractant sont des actions attitrées. On peut par exemple faire rentrer dans cette catégorie toutes les action en nullité pour vice du consentement : c'est la victime du vice qui a seule qualité pour agir en nullité sur ce fondement.

**§2 L’attribution de qualité pour la défense de l’intérêt des tiers :**

Il s’agit d’une personne qui n’a pas par nature d’intérêts personnels et directs et se voit pourtant donner qualité à agir par la loi.

Certaines personnes se voient reconnaître qualité pour défendre les intérêts personnels d’un tiers. Par exemple, l’action *ut singuli*. C'est en fait une action que l’on donne aux associés d’une société pour demander réparation du préjudice subi par la société du fait du comportement des dirigeants. On a bien des associés qui vont défendre l’intérêt personnel d’une autre personne : la société (personne morale).

L’action de substitution des syndicats entre dans la même catégorie, par exemple, en matière d’inégalité professionnelle, ils peuvent intervenir dans l’intérêt personnel du salarié victime de l’inégalité professionnelle.

Les personnes qui ont qualité pour la défense d’intérêts collectifs : la notion d’intérêts collectifs est multiple, on peut avoir un intérêt collectif privé. Par exemple, le représentant des créanciers dans le cadre d’une procédure collective s’est vu reconnaître qualité à agir pour défendre l’intérêt de tous les créanciers. Il s’agit bien d’un intérêt collectif mais il est bel et bien privé. Il est possible de défendre un intérêt public dans ces aspects généraux. C'est ainsi qu'on reconnaît au ministère public un droit d’action. Enfin, une action peut être attribuée pour la défense des aspects spéciaux d’un intérêt collectif public. On évoque ici en fait l’action des syndicats et des ordres professionnels ainsi que l’action des associations. Néanmoins, il ne faut pas confondre les deux situations entre syndicats et associations, il y a tout de même des nuances. Les syndicats et ordres professionnels sont largement autorisés à défendre l’intérêt collectif de la profession qu'ils représentent en vertu d’un texte fondamental : l’article 411-11 du code du travail. Néanmoins si on investit par cette disposition générale les syndicats d’une large qualité à agir, il faut quand même que le préjudice invoqué soit d’ordre professionnel, qu'il intéresse la profession exercée par les membres du syndicat et il faut qu'il soit fait état d’un trouble ressenti par toute la profession. En ce qui concerne les associations, la grande différence, c'est qu'il n’existe aucun texte de portée générale qui leur confère le droit d’agir au nom de l’intérêt collectif pour la défense duquel elles se sont constituées. En réalité, il existe uniquement des textes spéciaux qui sous certaines conditions donnent qualité à agir à certaines associations pour lé défense d’intérêts collectifs. Par exemple, les associations de consommateurs qui ont été agréés ont qualité à agir en matière de clauses abusives pour défendre l’intérêt collectif des consommateurs. Ce moyen d’action pèse plus sur les

rédacteurs de contrats que si un consommateur tout seul se plaignait des clauses abusives mais ça implique qu'en dehors de textes spéciaux, la jurisprudence n'admet pas l'action qui tend à la défense de grandes causes objectivement envisagées. On évoque ici un concept anglo-saxon qu'on appelle la *class action*, ce concept n'existe pas en France, c'est une action qui est exercée par une personne physique ou morale pour représenter en justice un groupe inorganisé de personnes qui sont placées dans une même situation juridique. Cette *class action* n'est pas transposable en France à cause d'un adage comme quoi « nul ne plaide par procureur ». Cela signifie que celui qui agit, le mandataire, doit nécessairement faire figurer dans la procédure le nom de tous les mandants qu'il représente. On ne veut pas que la personnalité du mandant ne soit substituée par celle du mandataire. Le deuxième obstacle à cette transposition est le principe selon lequel « la chose jugée n'a qu'une autorité relative entre les parties au procès ». Or l'intérêt d'un jugement rendu à la suite d'une *class action* va avoir des effets vis-à-vis de tous ceux qui se seraient trouvés dans la même situation juridique et qui ne se seraient pas manifestés au début de la procédure. On a cependant, en France, des actions qui conduisent au même résultat et on constate aussi que la jurisprudence a parfois tendance à reconnaître qu'une action d'une association puisse être engagé pour défendre une grande cause. On a admis que l'association de lutte contre l'alcoolisme pouvait demander des dommages et intérêts du fait d'une publicité illicite en faveur de l'alcool. On a considéré qu'en raison de son but qui est de lutter contre l'alcoolisme, elle avait qualité à agir sur des publicités qui, abusivement, incitaient à la consommation d'alcool. C'est cependant un exemple relativement isolé, la jurisprudence rejette en général ce type d'action. Par exemple, lors d'une interview de Fidel Castro par PPDA qui était en réalité truquée, on a rejeté la demande d'une association de téléspectateurs.

## Chapitre III : L'exercice de l'action en justice :

Si on peut dire que toute personne qui prend part à une instance agit, il faut cependant distinguer suivant la manière dont sont présentées les prétentions des plaideurs et on distingue pour cela d'un coté les demandes, de l'autre, les défenses.

### Section 1 : Les demandes :

La demande en justice, c'est l'acte juridique par lequel une personne saisit le juge d'une prétention. On peut constater qu'à partir de cette définition générale, il existe une grande diversité de demandes qu'il importe de distinguer en raison de plusieurs intérêts.

#### §1 La diversité des demandes :

On distingue deux catégories de demandes : lorsque la demande entame l'action, on parle alors de demande introductive d'instance ou de demande initiale (article 53 nouveau code de procédure civile). Cette demande est donc celle par laquelle le plaideur prend l'initiative du procès. L'autre catégorie de demande, ce sont toutes les demandes qui vont intervenir au cours du procès, elles sont qualifiées d'incidentes pour la seule raison qu'elles sont formées alors qu'une instance est déjà engagée. L'article 63 du nouveau code de procédure civile distingue plusieurs sortes de demandes incidentes d'après la personne qui les forme. Tout d'abord, on distingue les demandes incidentes qui concernent les parties à l'instance et on évoque ici deux types de demandes incidentes : en premier lieu la demande additionnelle, c'est celle par laquelle une partie modifie ses prétentions antérieures. Cette demande va donc modifier l'objet d'une demande précédente à laquelle elle se rapporte et il peut s'agir soit s'augmenter la demande primitive soit d'y ajouter un objet de nature différente. Par exemple, on a intenté une action en dommages et intérêts que l'on a fixé à tel montant et on se rend compte que le préjudice s'aggrave avec le temps et qu'il faut demander des dommages et intérêts plus importants, il faudra faire une demande incidente qui va modifier la demande primitive en augmentant les dommages et intérêts. Ou encore, une action en résolution d'un contrat mal exécuté, mais on se dit que la mauvaise exécution du contrat a causé des dommages, on va donc demander des dommages et intérêts ce qui nécessite une demande additionnelle. La demande additionnelle peut être formée tant que l'affaire n'est pas jugée par toute personne partie au procès.

Un autre type de demande incidente est la demande reconventionnelle, c'est la demande par laquelle le défendeur originel prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la demande de son adversaire. Cette demande se caractérise à deux égards :

- Son but : c'est l'obtention d'un avantage autre que le simple rejet de la demande. Par exemple, imaginons qu'un époux soit assigné en divorce pour faute. Il va tout d'abord combattre tout simplement la demande initiale mais il peut ensuite faire une demande reconventionnelle, c'est-à-dire à son tour demander le divorce en offrant de prouver la faute du conjoint.

- Son auteur : cette demande ne peut émaner que du défendeur originaire.

A coté des demandes incidentes qui concernent les parties, on trouve les demandes incidentes qui concernent les tiers, on évoque alors le terme de demande en intervention. Ce terme recouvre plusieurs types de demandes. Tout d'abord, on peut avoir une demande en intervention volontaire. C'est celle qui est spontanément formée par un tiers qui demande à s'associer à l'instance engagée entre les parties. Cette demande va avoir pour effet d'étendre l'instance à une personne qui pour l'instant était étrangère au procès mais qui a un lien suffisant aux prétentions des parties pour prétendre être associée à cette instance. Cette demande en intervention volontaire peut être principale ou accessoire. Elle est principale lorsque l'intervenant invoque un droit propre et émet une prétention différente de celle dont la juridiction est saisie mais qui entretient avec elle un lien suffisant. Par exemple, une propriété est revendiquée ou disputée entre deux parties : François se prétend propriétaire du tableau inédit de Van Gogh et Paul de la même manière ; si une troisième personne vient réclamer la propriété du bien litigieux, elle fera alors une demande en intervention volontaire principale.

Cette demande en intervention volontaire peut être aussi accessoire, elle l'est lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie. Cette action est faite dans un but de conservation de ses droits. Par exemple, imaginons des époux en instance de divorce qui sont en train de procéder à la séparation des biens, les créanciers de chaque époux ont tout intérêt à intervenir pour empêcher une diminution de son gage.

Cette demande en intervention volontaire se distingue de la demande en intervention forcée qui émane de l'une des parties et vise à attirer un tiers à l'instance. Autrement dit, une partie ou le juge oblige un tiers à intervenir au procès. On peut trouver d'autres termes au hasard des dossiers : la demande principale : on appelle demande principale celle qui établit pour la première fois un lien juridique d'instance entre deux personnes ce qui recouvre aussi bien la demande juridique d'instance que la demande en intervention. La demande subsidiaire est une demande qui présente en second rang une prétention au cas où la première ne serait pas retenue.

**§ 2 Les intérêts de la distinction des demandes :**

Tout d'abord, sur le plan de la recevabilité, les demandes introductives d'instance et incidente obéissent aux mêmes règles générales mais en outre les demandes incidentes obéissent à des règles particulières. La première règle particulière ne concerne que la demande reconventionnelle, c'est celle qui exige que la demande n'émane que du défendeur originaire ce qui implique qu'il est interdit au demandeur principal de répondre à son adversaire par une demande reconventionnelle : « Reconvention sur reconvention ne vaut ». L'autre caractéristique commune à toutes les demandes incidentes est l'exigence d'un lien de connexité suffisant entre les demandes incidentes et les prétentions originaires.

La forme des demandes varie tout simplement parce que la demande initiale est formée selon les formes prévues pour l'introduction de l'instance qui sont déterminées à l'article 68 du nouveau code de procédure civile, on parle d'assignation, de requête, de déclaration au greffe et de présentation volontaire. Les demandes incidentes quant à elles sont introduites généralement par acte d'avocat à avocat, c'est-à-dire qu'elles sont formées par conclusions écrites et sinon elles doivent être formées par assignations.

Enfin, les demandes incidentes échappent à certaines règles de compétence.

**§ 3 Les effets de la demande :**

A. A l'égard du juge :

La demande est la condition nécessaire de la saisine du juge et lui impose de rendre une décision sous peine de déni de justice. La demande détermine aussi le cadre de la décision du juge, en réalité, ce cadre est déterminé à la fois par la demande initiale mais aussi par les demandes incidentes et, bien entendu, il faudra aussi tenir compte des moyens de défense.

B. A l'égard des parties :

La demande est à l'origine d'un lien juridique d'instance entre les parties et le juge qui crée à la charge de chacun d'eux des obligations. La demande a aussi un effet interruptif de la prescription et des délais à agir. Enfin, la demande veut mise en demeure et elle produit des effets différents selon que le défendeur est débiteur d'une somme d'argent. Dans ce cas, la demande fait courir les intérêts moratoires. Si le défendeur est débiteur d'un corps certain, la demande met la chose à ses risques. Si le défendeur détient une chose frugifère, il est comptable des fruits de cette chose à compter de la demande.

## Section II : Les défenses :

Au sens large, on peut dire que la défense, c'est tout simplement la contradiction à la demande. C'est la raison pour laquelle on parle au pluriel de moyens de défense, c'est-à-dire de tous les procédés qui permettent de réagir à une attaque. On distingue tout d'abord la défense au fond.

### § 1 La défense au fond :

Elle est définie à l'article 71 du nouveau code de procédure civile comme « tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifié après examen du fond la prétention de l'adversaire ». autrement dit, dans la défense au fond, le défendeur accepte le combat sur le terrain où le demandeur a porté la contestation et son objectif et de faire juger que la prétention du demandeur est mal fondée tant en droit qu'en fait. Imaginons qu'on intente contre nous une action en paiement d'une somme d'argent et que nous avons le récépissé du remboursement de cette somme, notre défense consistera à dire qu'on a remboursé cette somme.

### § 2 L'exception de procédure :

L’exception de procédure est définie à l’article 73 du nouveau code de procédure civile comme « tout moyen destiné à faire apparaître la procédure comme éteinte soit à en suspendre le cours ». Ici, le défendeur se contente de critiquer la procédure engagée. On peut lancer une exception d’incompétence. Une autre exception est l’exception de nullité :

C'est le fait tout simplement d’invoquer une cause de nullité, par exemple, il manque un élément. On trouve également des exceptions dilatoires qui ont pour but d’obtenir un délai, par exemple, à l’article 108 du nouveau code de procédure civile.

L’exception de *litis pendance* : lorsqu’un même litige est pendant devant deux juridictions également compétentes pour en connaître. Imaginons qu'un demandeur ait intenté une action devant un tribunal et il décède. Les héritiers agissent et saisissent une autre juridiction car il y avait une option. Dans cette hypothèse, lorsque les juridictions saisies sont de même degré, la seconde juridiction doit de dessaisir. Si elles ne sont pas de même degré, une exception de *litis pendance* doit être soulevée devant la juridiction de degré inférieur. On assimile à cette exception l’exception de connexité : quand il existe entre deux affaires différentes portées devant deux juridictions différentes un lien tel qu'il est dans l’intérêt d’une bonne justice qu'elles soient jugées ensemble. Il suffira alors que l’une des parties soulèvent cette exception et demande à une juridiction de se dessaisir au profit de l’autre.

**§ 3 Les fins de non recevoir :**

Il s’agit d’un moyen de défense par lequel le défendeur soutient que la demande est irrecevable car l’une des conditions de sa recevabilité fait défaut. Là encore, on ne touche pas au fond du droit mais on conteste l’existence même du droit d’agir du demandeur.

Cette fin de non recevoir ressemble à la défense au fond en ce qu'elle va entraîner un échec définitif de la demande telle qu'elle a été formulée et en même temps, elle ressemble à une exception de procédure puisqu’elle paralyse la demande sans entrer ouvertement en conflit avec elle.

## TITRE II LA JURIDICTION

L'intérêt de distinguer la fonction juridictionnelle tient aux effets qui s'attachent exclusivement aux actes juridictionnels :

- L'autorité de la chose jugée
- L'exercice des voies de recours
- La décision du juge

Cela permet également de garantir un autre droit du justiciable qu'est celui d'être jugé de manière égale devant les mêmes juridictions statuant de la même manière. La fonction juridictionnelle est fractionnée entre plusieurs tribunaux, il faut donc informer la personne qui veut engager un procès sur les règles qui permettront d'identifier la juridiction compétente.

## Chapitre I : La nature de l'activité du juge :

### Section 1 : La diversité des actes du juge :

Dans l'activité quotidienne du juge, tout n'est pas juridictionnel, il prend des actes administratifs à forme judiciaire aussi. Encore faut-il pouvoir tracer la frontière entre ce qui est juridictionnel et ce qui ne l'est pas.

#### §1 Les actes juridictionnels :

Un des premiers problèmes a été de trouver le critère des actes juridictionnel et même une fois ce critère constaté, on constate la dualité de ces actes.

A. Les critères de l'acte juridictionnel :

On a d'abord recherché des critères formels pour reconnaître un acte juridictionnel. Selon tout d'abord Carré de Maldberg : « l'activité d'un juge doit être envisagée de l'extérieur » et suivant cette idée, Carré de Maldberg définit l'acte juridictionnel comme celui qui est accompli par un organe indépendant hiérarchisé et autonome et qui suit des règles de procédure offrant des garanties aux plaideurs. Il est vrai que son critère a ainsi permis de

reconnaître à certains organismes a priori administratifs le caractère de juridictions. Mais on a constaté aussi que ce critère n'avait rien de décisif. Par exemple, un jury d'examen est soumis à des obligations de forme, de publicité qui sont des garanties pour les candidats. Les examinateurs sont indépendants et autonomes pourtant un jury d'examen rend des décisions administratives. D'autres auteurs ont alors évoqué d'autres critères possibles et certains se sont intéressés à la structure même de l'acte juridictionnel en faisant cette fois intervenir des critères matériels. Selon ces auteurs, un acte juridictionnel suppose, en fait, l'existence d'une contestation que les parties auraient accepté de soumettre à un juge pour qu'il trouve une solution spécifique. Partant de cette définition, on identifie l'acte juridictionnel à deux critères :

- L'existence d'une contestation

- L'acceptation de l'instance par deux parties

Mais là encore, la théorie est imparfaite, ne serait-ce parce qu'il existe des cas où une prétention unilatérale suffit à mettre en œuvre une activité juridictionnelle. Au final, un dernier groupe d'auteurs a choisi d'orienter sa recherche dans une autre direction en s'intéressant tout simplement à la finalité de l'acte du juge. On s'est rendu compte que le but de la fonction juridictionnelle est tout simplement d'opérer une vérification des situations juridiques à l'occasion d'une contestation et le résultat de cette vérification constitue l'acte juridictionnel. En définitive, on constate que pour caractériser un acte juridictionnel, tous ces critères se conjuguent. On a un critère déterminant de la finalité de l'acte mais on a aussi des critères secondaires tout aussi importants qu'ils soient formels ou matériels. Ce qu'il faut retenir, c'est que l'acte juridictionnel, c'est l'acte qui règle un conflit d'intérêt par application d'une règle de droit dans le respect d'une procédure offrant des garanties aux justiciables. Et si on définit l'acte de cette manière, on peut faire un premier constat, celui de la dualité des actes juridictionnels.

B. La dualité des actes juridictionnels :

En effet, si l'on met en exergue le critère de la finalité de l'acte qui concerne la vérification d'une situation juridique, on constate que l'acte juridictionnel peut être contentieux ou gracieux.

Les actes contentieux concernent tous les actes rendus contradictoirement et peu importe que la contestation soit définitivement ou provisoirement tranchée par le juge. A ces jugements que l'on qualifie d'ordinaires, on oppose des jugements qualifiés de convenus ou d'expédients qui ont soulevé des interrogations quant à leur nature puisque dans ce type de jugement, le juge ne fait que s'approprier un accord préparé par les parties. Mais on a conféré à ce jugement le caractère juridictionnel en se référant au critère dominant qui tient au contrôle que le juge exerce sur cet accord et ce contrôle suffit à qualifier ce jugement de juridictionnel.

Les actes juridictionnels gracieux sont des actes juridictionnels de nature spéciale puisque par définition, il n'y a pas de litige mais on sollicite un juge pour deux raisons :

- Soit pour qu'il vérifie certains actes et leur confère leur authenticité : c'est le cas par exemple d'un jugement qui prononce l'émancipation d'un mineur.

- Soit on a recours à un magistrat dans un souci de protection : c'est les cas par exemple lorsqu'on décide qu'une décision du conseil de famille relativement à un mineur doit être homologuée. L'homologation sera un moyen de contrôler que le mineur n'a pas été défavorisé.

**§2 Les actes non juridictionnels :**

A. Les mesures d'administration judiciaire :

Ce sont des mesures internes. Il y en a deux sortes :

- Celles qui tiennent dans l'environnement général de la juridiction : c'est ainsi par exemple que la nomination du juge de la mise en état par le TGI dans une affaire donnée constitue une mesure d'administration judiciaire.

- Celles qui concernent le déroulement même de l'instance : c'est par exemple la décision du juge de la mise en état qui fixe un délai pour l'échange des conclusions.

Les caractéristiques de ces mesures sont qu'elles sont prises d'office par le juge de manière discrétionnaire sans contradictoire et sans possibilité de recours.

B. Les actes non juridictionnels ayant trait à la solution du litige :

Il s'agit d'exceptions, on en distingue deux :

- Les jugements de donné acte : ce sont des jugements dans lesquels le juge constate tout simplement un accord.

- Les jugements dans lesquels le juge a statué en amiable compositeur : pourtant ces jugements présentent une caractéristique, c'est qu'ils sont susceptibles d'appel or normalement, ils ne devraient pas l'être.

**<u>Section 2 : Les effets de l'acte juridictionnels :</u>**

**§1 L’autorité de la chose jugée :**

La principale caractéristique d’un jugement est d’être doté d’une autorité spécifique qui consiste dans l’impossibilité de remettre en cause le point sur lequel le tribunal a tranché. Cette autorité est reconnue par l’article 1351 du code civil au titre de la preuve. C'est un caractère attribué par la loi au contenu du jugement. On lui attache une présomption de vérité. Faut-il encore déterminer clairement le domaine et les conditions de cette autorité.

A. Le domaine :

Cette autorité de la chose jugée est attachée au jugement définitif relativement à la contestation qu'il tranche. C'est ainsi que ne possèdent pas cette autorité sur le principal les jugements avant dire droit qui se limitent à ordonner une mesure d’instruction ou une mesure provisoire. Cette autorité n’est attachée qu'aux dispositifs, c'est-à-dire à ce qui a été réellement jugé par le juge, c'est-à-dire à sa constatation. Mais il arrive que cette autorité de la chose jugée s’étende aussi aux motifs lorsqu’ils constituent le soutien du dispositif. Enfin, l’autorité de la chose jugée ne joue qu'entre les parties à l’instance. Le jugement est seulement opposable aux tiers.

B. Les conditions :

Il faut tout simplement se référer à l’article 1351 qui dispose que : « 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 même qualité.» Cela veut dire que l’on opposera à une personne l’autorité de la chose jugée que lorsqu’il y aura une triple identité de parties, d’objet et de cause. Autrement dit, une demande avec le même objet fondée sur la même cause et formée entre les mêmes parties ne pourra pas prospérer si une décision a déjà été rendue. Prenons un exemple pratique : une action en revendication de la propriété d’un terrain entre François d’un côté et Philippe de l’autre. Imaginons que le juge ait décidé que Philippe était le propriétaire du terrain. François ne peut en aucun cas exercer une action dans le même but que la précédente. Mais si François a été débouté de sa revendication de la propriété d’un terrain, rien ne s’oppose à ce qu'il revendique dans le cadre d’un autre procès la construction présente sur ce même terrain. De la même manière, si François a été débouté de son action en nullité de la vente sur le fondement d’un vice du consentement, rien ne lui interdit de former une nouvelle demande en invoquant par exemple un vice de violence. Enfin, si Philippe a été reconnu propriétaire, rien n’interdit à un troisième intervenant, Mathieu, d’agir en revendication de la propriété du terrain. Autrement dit, cette autorité de la chose jugée est soumise à une triple condition.

C. La portée :

La portée de cette autorité de la chose jugée, elle s'impose aux parties à un double point de vue, en ce qui concerne le fond du droit, l'autorité de la chose jugée implique que le plaideur dont le droit a été reconnu peut se prévaloir du jugement. Le fait que le juge se soit prononcé en sa faveur est acquis. A l'inverse, pour celui qui a perdu le procès, il lui est désormais interdit de soumettre à un même tribunal ce qui a déjà été jugé. En ce qui concerne la procédure, ce jugement va bénéficier d'une double présomption de validité et de régularité. Mais au lendemain du jugement, cette présomption a une force provisoire qui ira en se fortifiant au fur et à mesures que les voies de recours seront utilisées ou au contraire auront fait l'objet d'une renonciation. Plusieurs distinctions :

- Lorsque le jugement est rendu, il a autorité de la chose jugée ce qui implique que lorsque l'exécution provisoire est possible, il peut être exécutoire mais il n'a pas encore force de chose jugée. Ce jugement ne va acquérir force de chose jugée que lorsqu'il n'est plus susceptible d'aucun recours suspensif.

- Lorsque ce jugement a force de chose jugée, il est exécutoire mais il n'est pas encore irrévocable. En effet, un jugement n'est irrévocable que lorsque les délais des voies de recours extraordinaires sont expirés ou qu'il en a été fait usage sans succès.

L'autorité de la chose jugée n'est que relative à l'égard des tiers. Le jugement ne peut créer de droits ou d'obligations à leur encontre. Néanmoins, les tiers ne peuvent pas ignorer l'existence de la situation juridique née du jugement, le jugement leur est donc opposable. Enfin, cette autorité de la chose jugée va produire son effet à l'égard du juge auquel on interdit de connaître à nouveau de la même affaire.

**§2 Le dessaisissement du juge :**

A. Le principe :

Le principe énoncé à l'article 481 paragraphe 1° du nouveau code de procédure civile est clair : « le juge épuise son droit au moins provisoirement lorsqu'il prononce son jugement. »

Cela implique que ce juge ne pourra plus revenir sur sa décision même avec le consentement des parties. C'est ainsi par exemple que si vous êtes poursuivis en paiement d'une dette et que vous avez oublié de demander au cas où vous seriez condamnées un délai de grâce, vous ne pourrez plus obtenir ce délai devant le juge qui vous a condamné à payer.

C. Les dérogations :

Ce principe connaît des dérogations : tout d'abord certains jugements ne dessaisissent pas le juge, il s'agit des jugements avant dire droit ou bien encore des ordonnances de référé. Par ailleurs, l'article 481 du nouveau code de procédure civile prévoit que le juge peut à nouveau intervenir dans certaines circonstances. Ces circonstances sont par exemple l'hypothèse où il faut réparer une erreur matérielle, l'hypothèse dans laquelle la décision est tellement obscure qu'il faut que le juge l'interprète ou bien encore l'hypothèse d'un jugement incomplet parce que le juge a omis de statuer sur un chef demandé.

**§3 L'effet déclaratif ou constitutif du jugement :**

En principe, le jugement est déclaratif parce qu'on demande au juge de déclarer un droit afin de pouvoir en assurer la réalisation. Il en découle qu'un jugement déclaratif produit ses effets à la date de constitution de la situation juridique constatée dans le jugement.

Il arrive que le jugement soit constitutif, c'est-à-dire qu'il crée une situation juridique nouvelle et dans ce cas le jugement ne produit ses effets qu'à compter du moment où il est rendu.

## Chapitre II : La compétence :

La fonction juridictionnelle est fragmentée entre plusieurs juridictions, par conséquent, lorsqu'une personne veut intenter une action, elle doit rechercher la juridiction compétente pour lui répondre. A cette fin, on a posé des règles de répartition de compétence mais on a aussi élaboré un régime de la compétence qui répond au souci d'assurer un traitement égal à tous et donc d'imposer certaines règles mais aussi un souci de protection des intérêts privés des plaideurs qui parfois sont autorisés à modifier les règles de compétence.

### Section 1 : Les règles de détermination de compétence :

Cette compétence se détermine d'un double point de vue, il faut déterminer quel type de juridiction saisir, c'est la question de la compétence d'attribution. Il faudra également localiser géographiquement la juridiction compétente, c'est la question de la compétence territoriale.

**§1 La compétence d’attribution :**

Elle définit l’étendue des pouvoirs d’une juridiction par rapport à deux critères :

- Le montant des intérêts en jeu dans une affaire : c'est-à-dire la valeur du litige
- La nature du litige : c'est-à-dire son objet

A. La valeur du litige :

Effectivement, en principe, le demandeur doit chiffrer sa demande et pour cela on a prévu des méthodes d’évaluation de la demande. Celle-ci est très importante car elle va être comparée à deux taux, le taux du ressort et le taux de compétence qui confèrent à la valeur du litige une double fonction.

1°) La fonction de la valeur du litige :

Premièrement, la demande évaluée est comparée au taux du ressort. Il s’agit ici de déterminer si le jugement rendu est susceptible d’appel ou ne peut seulement être frappé que d’un pourvoi en cassation. Ici, la valeur du litige remplit une fonction générale puisque la question se pose à toutes les juridictions du premier degré dans toutes les matières. En effet, en dessous d’une certaine valeur, le jugement est rendu en premier et dernier ressort et échappe à l’appel. Au-delà d’une certaine valeur, le jugement est rendu en premier ressort à charge d’appel. On peut constater ici que ce taux du ressort joue le rôle d’un filtre des voies de recours puisqu’il a pour but d’écarter du double degré de juridiction les litiges que la loi qualifie de mineurs. Il convient de préciser que ce taux du ressort si il s’applique à toutes les juridictions n’est pas le même pour toutes les juridictions. D’autre part, il est des matières dans lesquelles la juridiction ne tiendra pas compte de la valeur du litige et rendra toujours un jugement en premier ressort à charge d’appel.

Le taux de compétence : la valeur du litige remplit ici une fonction spéciale puisqu’elle permet de déterminer en matière personnelle et mobilière quelle juridiction est compétente pour connaître du litige. Cette hypothèse, c'est celle qui conduit à partager la compétence entre le TGI qui est compétent pour les litiges d’une valeur supérieure à 7600€ alors que le tribunal d’instance est compétent si le litige est inférieur à 7600€ et il faudra aussi compter désormais avec la juridiction de proximité qui est compétente pour les litiges inférieurs à 1500€.

2°) Les méthodes d’évaluation de la valeur du litige :

Articles 33 et suivants du nouveau code de procédure civile qui distingue deux situations :

- Une demande unique

- Une pluralité de demandes

Dans le premier cas, c'est celle dans laquelle un demandeur forme une demande unique contre un seul défendeur. La règle dans cette situation, c'est que le montant de la demande doit s’apprécier en tenant compte uniquement du principal sans tenir compte des accessoires.

Un élément de complication lorsqu’un demandeur formule plusieurs prétentions contre le même adversaire dans la même demande. L’article 35 distingue selon que les prétentions sont connexes et dans ce cas on additionne les prétentions ou si les prétentions sont fondées sur des faits différents et bien la compétence et le ressort sont déterminés par la nature et la valeur de chaque prétention émise isolément. Autrement dit, un juge pourra être compétent sur certaines prétentions et pas sur d’autres, il pourra statuer à charge d’appel pour certaines et en premier et en dernier ressort pour d’autres.

Lorsqu’il y a une pluralité de demandeurs contre un défendeur. Une distinction est faite selon que les demandeurs ont un titre commun, dans cette situation, le taux de compétence et le taux de ressort sont déterminés pour l’ensemble des prétentions par la plus élevée d’entre elles. Si au contraire, les demandeurs n’ont pas de titres communs, les prétentions sont alors indépendantes les unes des autres et le taux de ressort et celui de compétence sont déterminés isolément pour chacune d’elles.

Quelle est l’incidence d’une demande incidente sur le taux de ressort et le taux de compétence ? En effet, on peut très bien imaginer que le défendeur fasse une demande reconventionnelle ou qu'un tiers soit à l’origine d’une demande incidente. On a alors quatre situations :

- Lorsque la demande ou les demandes incidentes ne dépassent pas le taux de compétence, l’article 37 pose une règle d’indépendance des demandes incidentes entre elles et par rapport à la demande principale.

- Si les demandes incidentes dépassent le taux de compétence, le juge peut ne statuer que sur la demande initiale et se déclarer incompétent pour la demande incidente.

- Si aucune des demandes incidentes n’est supérieure au taux du ressort, le jugement est rendu en premier et dernier ressort sauf exceptions prévues à l’article 35.

- Lorsque l’une des demandes incidentes est supérieure au taux du ressort, le juge statue sur toutes les demandes en premier ressort à charge d’appel.

On a bien des méthodes d'évaluation mais il arrive que dans certains cas, il soit impossible de déterminer le montant de la demande. Par exemple en matière de défense d'un droit extrapatrimonial. Dans ce cas, le jugement est toujours susceptible d'appel sauf dispositions contraires.

B. La compétence des juridictions en raison de la nature du litige :

Selon l'article 33 du nouveau code de procédure civile, la compétence des juridictions en raison de la matière est déterminée par les règles relatives à l'organisation judiciaire et par des dispositions particulières du nouveau code de procédure civile. Le principe est simple : la juridiction de droit commun est compétente sauf si une disposition particulière attribue spécialement compétence à une juridiction d'exception.

Bref tableau des juridictions d'exception et des juridictions de droit commun :

- les juridictions de droit commun sont les TGI au premier degré et la cour d'appel au second degré : le TGI a une plénitude de juridiction, c'est-à-dire qu'il a une vocation à connaître de tous les litiges tant qu'un texte particulier n'en confie pas la connaissance à une autre juridiction. Il a aussi été doté d'une compétence générale et de compétences exclusives ce qui implique dans ce dernier cas qu'aucune juridiction ne saurait en connaître. Par exemple, en matière d'état des personnes et de matière de famille. La cour d'appel a le monopole de l'appel mais il y a des exceptions ; les jugements des tribunaux de l'incapacité sont portés devant une cour nationale spécialiste du contentieux de l'incapacité. En principe aussi, la voie d'appel est ouvert en toute matière contre tous les jugements de première instance à moins qu'il en soit disposé autrement ; en principe, la cour d'appel a une compétence générale pour statuer sur les appels, néanmoins, certaines cour d'appel sont dotées de compétences spéciales. C'est le cas de la cour d'appel de Paris qui peut seule connaître des décisions du conseil de la concurrence.

- Les juridictions d'exception : le tribunal d'instance qui a une compétence générale pour les litiges en matière personnelle et mobilière et une compétence spéciale dans des matières énumérées à l'article R321-2 et suivants du code de l'organisation judicaire. Il faut ajouter la juridiction de proximité qui a une compétence générale pour les litiges en matière personnelle et mobilière pour les litiges inférieurs à 1500€ et qui s'est vu également attribué des compétences spéciales. Le tribunal de commerce a une compétence générale en matière de litiges commerciaux et une compétence exclusive pour les litiges relatifs aux actes de commerce par leur forme et en matière de procédure collective. Enfin, le conseil des prud'hommes qui connaît du contentieux relatif aux contrats de travail.

**§2 La compétence territoriale :**

Parmi les juridictions de même nature et de même degré, il va falloir choisir celle qui localement peut connaître du procès. Cette localisation ne concerne que les juridictions du premier degré puisqu'en appel, la cour d'appel compétente est tout simplement celle dans le ressort de laquelle se trouve le tribunal qui a rendu la décision attaquée. Ce n'est que par exception que certains recours sont portés par exemple devant la cour d'appel de Paris. Ces règles ont été aménagées dans un double souci, dans celui du plaideur et dans celui du défendeur que l'on veut préserver en lui épargnant un déplacement. Mais souci également d'ordre pratique.

A. Le principe de la compétence du tribunal du défendeur :

C'est une règle traditionnelle héritée du droit romain qui veut que le demandeur porte son action devant le tribunal du défendeur. C'est à celui qui prend l'initiative du procès d'en supporter la gêne éventuelle et jusqu'à ce que le demandeur ait été déclaré fondé dans son action, le défendeur n'est sensé ne rien lui devoir. Ce principe est repris dans l'article 42 du nouveau code de procédure civile. L'article 43 du nouveau code de procédure civile vient préciser les modalités de ce principe :

Pour la personne physique, le lieu où elle demeure est son domicile ou sa résidence en sachant que la résidence est un lieu plus précaire que le domicile. En l'absence de domicile connu, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure et s'il demeure à l'étranger, il choisira la juridiction qu'il veut. Pour les gens du voyage ou les forains, ils possèdent un carnet d'immatriculation qui nomme la commune à laquelle ils ont souhaité leur rattachement et qui vaut domicile. En cas de pluralité de défendeurs, le demandeur peut assigner devant le tribunal du domicile de n'importe lequel des défendeurs à sa discrétion. En ce qui concerne les personnes morales, on retient le critère du siège social, c'est en général celui inscrit dans les statuts de la société mais il arrive que le siège social réel comprenant les organes de direction diffère du siège social statutaire, dans ce cas là, le demandeur possède une option.

Les plus grandes sociétés avaient leur siège social à Paris pour des raisons de prestige mais leurs activités d'étendaient sur la totalité du territoire par l'intermédiaire de succursales et d'agence, or à chaque fois qu'un accident survenait, il y avait de fortes chances que les affaires remontent devant la juridiction parisienne. Pour contrer cela, la jurisprudence a pris un arrêt des *gares principales*, en cas d'accident de chemins de fer, le demandeur peut assigner la SNCF devant la gare principale la plus proche du lieu de l'accident. Cette jurisprudence a été étendue a toutes les sociétés ; on peut assigner une banque devant le tribunal d'une agence ou d'une succursale à la condition qu'il y ait dans cette succursale quelqu'un capable d'engager l'établissement et qu'il y ait un rapport entre la succursale et le litige.

B. Les exceptions :

1° Les exceptions absolues :

Ce sont les hypothèses dans laquelle la loi impose au demandeur de saisir un tribunal déterminé à l'exclusion de tout autre. Cette règle tient à la nature de l'affaire ou à des raisons pratiques. Par exemple, en matière réelle immobilière, l'article 44 déclare compétente la juridiction du lieu de situation de l'immeuble. Cette exception est fondée sur la nature des choses, on considère qu'il vaut mieux que ce juge soit compétent, ne serait-ce que pour lui permettre de se rendre sur les lieux ou tout simplement parce que la connaissance des pratiques locales est importante. L'article 45 prévoit que la juridiction compétente est celle du lieu d'ouverture de la succession, c'est-à-dire le tribunal du lieu de décès du défunt. On veut centraliser par là même les opérations de partages de la succession là où l'on va pouvoir trouver tous les titres et biens à partager.

En matière de contrat de travail, une distinction doit être faite selon que le travail a lieu dans un établissement, dans ce cas le conseil des prud'hommes compétent est celui du lieu de cet établissement, dans le cas contraire, il faudra saisir le tribunal du domicile du salarié.

2° Les exceptions relatives :

Ici, il s'agit juste d'une option de compétence ; les articles 49 et 47 demandent au demandeur de choisir au mieux de ses intérêts entre le tribunal du défendeur et une ou plusieurs autres juridictions ; une fois le choix effectué, il est irrévocable. Il en est ainsi en matière de responsabilité contractuelle. le demandeur peut aussi porter le litige devant la juridiction du lieu de livraison effective de la chose ou devant la juridiction de l'exécution de la prestation de service. De même en matière de responsabilité délictuelle, l'article 46 offre au demandeur le choix entre saisir la juridiction où le fait dommageable s'est produit ou la juridiction où le fait dommageable a été subi. En effet, ces lieux ne coïncident pas toujours comme en cas de pollution d'un cours d'eau. De même en cas d'action contre des gens de justice, le demandeur a la possibilité de saisir la juridiction située dans un ressort limitrophe à celui ou l'auxiliaire exerce ses fonctions.

## Section II : Le régime de la compétence :

### §1 L'aménagement des règles de compétence :

Cet aménagement est possible dans certaines limites. En effet le législateur a parfois institué des règles de compétence dans un but d'intérêt général ou parfois dans un but d'intérêt privé. Pour répondre à ces deux exigences, le législateur peut admettre des aménagements de compétence mais dans certaines limites. On distingue trois aménagements possible : le législateur autorise les parties à saisir à titre principal une juridiction normalement incompétente sur le plan territorial ou d'attribution pour connaître de leur litige : c'est la prorogation conventionnelle. Ensuite le législateur autorise le juge à renvoyer un litige dont il est saisi à une autre juridiction qui normalement n'a pas compétence territorialement ou matériellement : c'est la prorogation judiciaire. Enfin, le législateur étend parfois la compétence d'un juge saisi régulièrement d'une demande principale à la connaissance de moyens de défense ou de demandes incidentes présentées à l'occasion du procès mais pour lesquelles il n'est pas normalement compétent : c'est la prorogation légale.

A. La prorogation judiciaire :

La compétence d'une juridiction est étendue dans des conditions définies par la loi à des causes étrangères à sa compétence normale par une simple décision émanant d'une autre juridiction. Tel est le cas lorsqu'une juridiction renvoie la connaissance d'une affaire à une autre juridiction. Ce renvoi judicaire peut se décliner de trois manières :

- Renvoi après cassation ordonné par la Cour de Cassation

- Renvoi par une juridiction hiérarchiquement supérieure à une autre juridiction que celle initialement saisie pour cause de suspicion légitime ou de récusation : par exemple, un époux est dans une instance de séparation de biens avec sa femme, malheureusement pour lui, le président du tribunal qui doit trancher son affaire est son beau-frère…

- Renvoi ordonné par un juge qui statue sur sa compétence et estime que l'affaire relève de la compétence d'une autre juridiction qu'il désigne. Cette désignation va alors s'imposer aux parties et à la juridiction désignée.

B. La prorogation conventionnelle :

Il s'agit de la situation dans laquelle les parties s'accordent *ab initio* pour saisir une juridiction d'une demande principale à l'égard de laquelle elle n'est pas normalement compétente. Cette prorogation doit intervenir à la suite d'un accord entre les parties avant ou après la survenance du litige et peut prendre diverses formes. Ça peut être une clause attributive de compétence ou l'abstention du défendeur attrait devant la juridiction incompétente. En principe, il faut tout de même savoir que ces conventions sont nulles aussi bien sur le plan matériel que territorial mais il existe des exceptions dans les deux cas. En ce qui concerne la compétence d'attribution : on distingue en fonction du type de

règles auxquelles la convention de compétence déroge. On considère que les clauses qui portent sur l'ordre de juridiction ou sur le degré de juridiction ne sont pas autorisées dès lors que les règles en jeu sont qualifiées d'ordre public. C'est ainsi qu'il est interdit de prévoir qu'une juridiction pénale sera compétente pour trancher un litige civil. Il est aussi interdit de convenir d'instaurer un double degré de juridiction là où la loi l'a interdit.

Les clauses portant sur la nature des juridictions, dans ce cas, la prorogation conventionnelle de la compétence d'une juridiction du premier degré au profit d'une autre juridiction de même degré est admise à la condition que la règle de compétence à laquelle il est dérogé ne soit pas d'ordre public. De cette règle, découlent plusieurs situations :

- Il est admis que les parties puissent proroger la compétence du TGI au détriment d'une autre juridiction dès lors que la matière litigieuse ne relève pas de la compétence d'ordre public de cette juridiction. Par exemple, le TGI peut très bien être saisi d'un litige commercial dès lors que la question n'entre pas dans la compétence exclusive du tribunal de commerce or on ne lui connaît que deux compétences exclusives en matière de litiges relatifs aux actes de commerce par la forme et en matière de procédures collectives. Ce qui signifie qu'en dehors de ces litiges le TGI peut connaître de tous les litiges relevant normalement du tribunal de commerce

- Les parties ne peuvent pas proroger la compétence d'une juridiction d'exception au détriment d'une autre juridiction d'exception. Cette règle s'applique que la matière relève ou non de la compétence exclusive. On ne pourra donc jamais demander à un tribunal de commerce de statuer en matière de contrat de travail. toutefois, il existe quand même un cas de prorogation de compétence du tribunal de commerce au détriment du tribunal d'instance dans tous les actes mixtes. Cette exception tient au fait que la compétence va varier selon la partie qui prend l'initiative du procès. Si le demandeur est commerçant, il doit saisir le TGI ; si le défendeur est commerçant, le demandeur a une option de compétence.

- Régime particulier concernant la compétence respective du TGI et du tribunal d'instance en matière civile, personnelle ou mobilière. L'article 41 autorise les parties à donner compétence au tribunal qui a priori ne l'est pas par application des règles relatives au taux de compétence. Il faut remplir deux conditions : que les parties se soient mises d'accord et que le litige ne soit né qu'après leur accord. C'est ainsi que le tribunal d'instance pourra connaître d'un litige d'une valeur supérieure à 7600€.

La prorogation conventionnelle peut aussi concerner la compétence territoriale, l'article 48 du nouveau code de procédure civile interdit toute clause qui déroge directement ou indirectement aux règles territoriales en alinéa réputant non écrite. Cette solution s'explique par la volonté de protéger le contractant le plus faible, par exemple, le consommateur adhérant à un contrat préétabli qui subirait en cas de conflit les frais de déplacement devant une juridiction éloignée. Néanmoins, à titre d'exception, l'article 48 admet la validité des clauses dérogatoires à la condition que la clause concerne deux parties ayant la qualité de commerçant, que la clause ait été passé dans l'intérêt de leur commerce et que la clause soit spécifiée dans l'engagement de manière apparente.

C. La prorogation légale :

Il est fréquent que des questions préalables se posent n'entrant pas dans la compétence de la juridiction saisie de la demande principale. Lorsque une juridiction est saisie d'une demande principale relevant de sa compétence, la question se pose de savoir si elle peut connaître d'une question accessoire posée dans un moyen de défense, dans une demande incidente, ou lors d'un incident de compétence qui de toutes les manières ne relève pas de sa compétence. La réponse tient compte de deux impératifs, d'une part, il faut éviter de morceler le procès et de perdre du temps. Ce qui commande d'étendre la compétence du juge saisi de la demande principale aux questions accessoires. D'un autre coté, il ne faut pas que cette extension permette à n'importe quelle juridiction de statuer sur n'importe quelle question. C'est en tenant compte de cette nécessite que le législateur a précisé les conditions et les limites de cette prorogation légale aux articles 49 à 51 du nouveau code de procédure civile. Le législateur a distingué plusieurs hypothèses :

- Pour les incidents de l'instance : l'article 50 prévoit qu'ils sont tranchés par la juridiction devant laquelle se déroule l'instance qu'ils affectent. Il semble donc que le juge devant lequel se déroule l'instance puisse statuer sur tous les incidents qui peuvent suspendre ou modifier l'instance pendante devant lui. Il peut s'agir d'un incident relatif à la preuve ou bien encore d'une interruption pure et simple dans des circonstances prévues par le code.

- En ce qui concerne les moyens de défense et les demandes incidentes : il parait souhaitable que le juge puisse connaître de tous ces points qui ne relèvent pas de sa compétence mais dont la solution préalable commande son jugement sur la demande principale. La loi a donc admis la prorogation de compétence mais elle l'a encadrée de manière différente selon qu'il s'agit de moyens de défense ou de demandes incidentes.

- En ce qui concerne la prorogation de compétence aux moyens de défense : l'article 49 a repris un adage selon lequel « le juge de l'action est le juge de l'exception ». cet adage signifie que le juge de la demande initiale est aussi le juge de tous les moyens de défense qui sont soulevé devant lui par le défendeur. L'article 49 du nouveau code de procédure civile reprend cet adage dans des termes un peu plus modernes en disposant que toute juridiction saisie d'une demande de sa compétence connaît même s'ils exigent l'interprétation d'un contrat de tous les moyens de défense. Cette solution est nécessaire d'un double point de vue : d'un point de vue pratique, elle permet d'éviter le morcellement du procès et surtout réduit le risque d'avoir des jugements contradictoires. D'un point de vue théorique, la solution est aussi nécessaire car une décision sur le bien-fondé d'une prétention ne peut être rendue qu'après examen des moyens de défense qui lui sont opposés et qui constituent des questions préalables. En principe, cette solution va s'appliquer à toutes les juridictions, qu'il s'agisse de juridictions de droit commun ou de juridictions d'exception. Néanmoins, l'article 49 a porté une limite a cette prorogation en réservant les moyens de défense qui soulèvent une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Dans cette hypothèse, la question n'est plus dite préalable mais préjudicielle et à ce titre ne peut être tranchée que par la juridiction ayant compétence exclusive. Le juge saisi de la demande initiale doit donc surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction compétente ait statué sur cette question préjudicielle qui relève de sa compétence exclusive. En ce qui concerne ces questions préjudicielles, il en existe deux catégories, des questions préjudicielles générales, c'est-à-dire commune à toutes les juridictions de l'ordre

judiciaire privé, elles concernent en fait tous les moyens de défense qui relèvent de la compétence exclusive d'une juridiction de l'ordre administratif, pénal ou bien encore de la cour de justice des communautés européennes. La deuxième catégorie, c'est tout simplement les questions préjudicielles spéciales qui se posent à l'intérieur de l'ordre civil, elles concernent des moyens de défense qui relèvent de la compétence exclusive d'une autre juridiction de l'ordre civil que celle saisie du procès. En principe, il n'y a pas lieu de distinguer selon que la question préjudicielle relève de la compétence du TGI ou relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction d'exception et soit présentée devant le TGI ou une autre juridiction. Il faut y apporter deux nuances, le tribunal d'instance peut connaître d'une question de nature immobilière pétitoire qui relève en principe de la compétence exclusive du TGI en vertu de l'article R.321-22 du code de l'organisation judiciaire ; la deuxième nuance à apporter, c'est que si les compétences spéciales du TGI sont toutes exclusives, il n'en va pas de même des compétences spéciales des juridictions d'exception et à chaque compétence spéciale, il faudra vérifier si en plus, elle est exclusive ou pas.

- En ce qui concerne la prorogation de compétence aux demandes incidentes : l'article 51 opère une distinction entre le TGI et les juridictions d'exception. En ce qui concerne le TGI : le principe est qu'il peut connaître de toutes les demandes incidentes qui ne rentrent pas dans la compétence exclusive d'une autre juridiction. En effet, l'article 51 pose un principe de prorogation légale de la compétence de ce TGI. En ce qui concerne les juridictions d'exception, elles ne peuvent connaître que des demandes incidentes entrant dans leur compétence d'attribution. Le principe ici est celui d'une absence de prorogation légale de compétence d'attribution puisque la juridiction d'exception ne pourra statuer sur la demande incidente que si elle entre dans sa compétence d'attribution. Par contre, en ce qui concerne la compétence territoriale, il n'y a aucun souci, les prorogations légales sont totalement possibles.

**§3 Les incidents de compétence :**

On distingue deux catégories d'incident, l'incompétence proprement dite et le renvoi pour cause de *litis pendans* ou de connexité.

A. L'incompétence de la juridiction saisie :

L'incompétence de la juridiction saisie évoque l'hypothèse dans laquelle on prétend que la juridiction saisie sur le plan matériel ou territorial est incompétente.

1° L'initiative de l'incident :

Ce contentieux peut-être soulevé par l'une des parties au moyen d'une exception de procédure, elle décline la compétence de la juridiction saisie et lui demande le renvoi de la cause devant le juge compétent. Cette exception vient en général du défendeur mais il peut venir du demandeur par l'intermédiaire d'une demande reconventionnelle ou d'une demande en intervention. Pour prospérer, cette exception d'incompétence doit remplir deux conditions, elle doit être soulevée simultanément aux autres exceptions et avant toute défense au fond ou fin de non recevoir. La partie qui soulève l'exception doit la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle désire que la cause soit portée. Le plaideur va donc participer à la recherche du tribunal compétent. Le contentieux peut venir du juge lui même qui peut procéder à la vérification de sa propre compétence dans les cas prévus par la loi, on parle alors d'incompétence relevée d'office. Ce pouvoir de relever d'office son incompétence va a priori de soi, pourtant, il n'existe que dans des cas limités, en outre ce n'est qu'une faculté et non une obligation. Ce relevé d'office varie selon qu'il s'agit de relever une incompétence d'attribution ou une incompétence territoriale. L'article 92 du nouveau code de procédure civile prévoit que l'incompétence d'attribution peut être prononcée d'office :

- Lorsqu'elle résulte de la violation d'une règle de compétence d'attribution d'ordre public

- Lorsque le défendeur ne comparait pas puisque seul le juge est là pour faire en sorte que l'on respecte le principe du contradictoire.

- Son exercice est limité devant la cour d'appel et devant la Cour de Cassation. Ces juges ne peuvent soulever leur incompétence que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction administratives, répressive ou si elle échappe à la compétence d'une juridiction française.

L'article 93 prévoit quant à lui des règles différentes au sujet de l'incompétence territoriale selon que l'on se trouve en matière gracieuse ou contentieuse. En matière gracieuse, le juge peut toujours relever d'office son incompétence territoriale. En matière contentieuse, le juge ne peut relever d'office son incompétence territoriale que :

- Si le litige est relatif à l'état des personnes

- Dans les cas où la loi attribue une compétence exclusive à une autre juridiction

- Lorsque le défendeur n'a pas comparu.

2° Le règlement de l'incident :

Là encore, on doit concilier des impératifs contradictoires, il faut laisser au juge d'un coté le temps nécessaire pour résoudre l'incident ; d'un autre coté, il ne faut pas que cet incident ne soit un moyen de retarder le terme du procès. Le juge a deux possibilités, la

première consiste à se déclarer incompétent ; l'article 96 du nouveau code de procédure civile oblige alors le juge à deux choses :

- Si la juridiction qu'il estime compétente est répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, le juge doit renvoyer les parties à mieux se pourvoir.

- Si la juridiction n'est pas dans la liste ci-dessus, le juge doit renvoyer devant la juridiction compétente qu'il désigne de manière expresse. Cette désignation s'impose aux parties et à la juridiction de renvoi.

Le juge peut également se déclarer compétent et décider de statuer sur le fond du litige dans un seul et même jugement. Pour cela, l'article 76 exige qu'il mette les parties préalablement en demeure de conclure au fond et il doit statuer dans le dispositif par deux dispositions distinctes sur la compétence et sur le fond. Le règlement de l'incident est concomitant à la décision. Il est possible aussi que le juge se prononce uniquement sur la compétence sans statuer sur le fond, il choisit donc de procéder au règlement préalable de l'incident de compétence.

3° Les voies de recours :

Sachant que la diversité des jugements exercent une influence directe sur ces voies de recours. La voie de recours de droit commun, c'est l'appel. Il est ouvert contre tous les jugements par lesquels le juge s'est déclaré compétent et a statué sur le fond du litige. Mais il y a des nuances à apporter :

- Si le jugement a été rendu en dernier ressort, seule la compétence peut faire l'objet de l'appel. Mais pas le fond du droit. La cour d'appel peut confirmer la compétence du juge du premier degré, le jugement va alors produire pleinement effet sur le fond sous réserve d'un éventuel pourvoi en cassation. La cour d'appel peut aussi infirmer la décision sur la compétence du juge du premier degré, le jugement est alors sans valeur et la cour d'appel devra désigner la juridiction devant laquelle l'affaire doit être reprise.

- Si le tribunal a statué en premier ressort, son jugement peut être frappé d'appel dans son ensemble. Quant à la cour d'appel, elle peut confirmer la décision des premiers juges et statuer à son tour sur le fond en vertu de l'effet dévolutif de l'appel. Mais la cour d'appel peut aussi infirmer la décision en ce qui concerne la compétence. il faut distinguer alors selon que la cour d'appel est la juridiction d'appel du tribunal qui a son avis est compétent. Dans ce cas là, la cour d'appel est alors saisie du litige et elle est obligée à son tour de statuer sur le fond en vertu toujours de l'effet dévolutif de l'appel. Si par contre la cour d'appel n'est pas la juridiction d'appel du tribunal qu'elle estime compétent, elle doit renvoyer l'affaire devant la juridiction d'appel du tribunal à qui revenait la compétence.

Le contredit est une voie de recours spécifique à l'incident de compétence. C'est la seule voie de recours contre une décision statuant uniquement sur la compétence que le juge la

décline ou la reconnaisse. L'article 80 prévoit aussi que le contredit est possible contre un jugement dans lequel le juge a du trancher une question de fond dont dépend la compétence. il n'a pas en réalité statué au fond, il a juste évoqué une question de fond. Par exemple, il arrive qu'on ne puisse résoudre l'incident de compétence qu'après avoir fait une appréciation sur le fond telle qu'une opération de qualification. Par exemple, pour savoir si le conseil des prud'hommes est compétent, il faut savoir si le contrat en cause est ou non un contrat de travail. Ce contredit est une voie de recours un peu particulière puisqu'il doit être formé dans les quinze jours à compter de la date du jugement. Il doit être motivé pour autant l'auteur n'a pas l'obligation de désigner la juridiction qu'il estime compétente. Ce contredit a le même effet que l'appel, il est suspensif. LA cour d'appel a alors deux solutions :

- Elle peut trancher l'incident et conclure soit à la compétence du juge saisi et elle renvoie l'affaire à ce juge pour qu'il statue au fond.

- Elle peut aussi conclure à l'incompétence de la juridiction saisie en première instance et elle désigne la juridiction compétente et renvoie l'affaire devant elle.

Contre cet arrêt que l'on qualifie d'arrêt de contredit, un pourvoi en cassation peut encore être intenté. La cour d'appel a aussi une autre solution, elle statue sur le contredit et use de sa faculté d'évocation prévue à l'article 49 du nouveau code de procédure civile et tranche le litige au fond. La cour d'appel tranche l'incident, considère que la juridiction est bien compétente mais au lieu de lui renvoyer l'affaire, elle tranche elle même le litige au fond. Cette procédure permet de gagner du temps mais on sacrifie alors au principe du double degré de juridiction puisque cette affaire n'a jamais été évoquée au fond par le premier juge. Cette procédure d'évocation est donc soumise à certaines conditions, il faut que la cour d'appel soit compétente et que les parties aient été mises en demeure de constituer avoués, enfin il faut bien entendu que les parties soient invitées à s'expliquer sur leurs prétentions.

B. Le renvoi pour cause de *litispendance* ou de connexité :

Ces deux termes évoquent un conflit de compétence entre deux juridictions civiles différentes et toutes les deux compétentes.

La litispendance, il s'agit d'une même affaire qui est pendante devant deux juridiction également compétente, c'est souvent le cas lorsque la loi offre au demandeur une option de compétence. Elle doit être invoquée soit par une partie, soit d'office par le juge devant la juridiction qui a été saisie la dernière en date si ces juridictions appartiennent au même degré. La solution est simple, la juridiction saisie en second doit tout simplement se dessaisir. Dans le cas où les juridictions seraient de degrés différents, cette exception doit être portée devant la juridiction de degré inférieur qui doit se dessaisir.

La connexité, il s'agit de deux affaires pendantes devant des juridictions différentes mais qui sont voisines et sont unies par un lien de connexité mais si étroit qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice de les faire juger ensemble. L'article 101 du nouveau code de procédure civile prévoit que l'une des parties doit soulever l'exception de connexité pour obtenir de l'un des juges qu'il se dessaisisse et qu'il renvoie en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction ; il y a deux éléments à prendre en compte : le degré de juridiction et la compétence exclusive conférée à certaines. Si les juridictions ne sont pas du même degré, c'est la juridiction de degré inférieur qui doit connaître de l'exception et se dessaisir et renvoyer l'affaire à l'autre juridiction. En présence de la compétence exclusive d'une juridiction saisie de l'affaire, le renvoi pour connexité ne peut être demandée qu'à l'autre juridiction qui doit se dessaisir au profit de celle qui a une compétence exclusive. Cette question de la connexité est une question qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond et cette exception peut être soulevée en tout état de cause, c'est-à-dire à n'importe quel moment de la procédure.

# TITRE III L'INSTANCE

Dans une première approche, on considère l'instance comme une suite d'actes de procédure qui s'étalent de la demande jusqu'au jugement irrévocable. Ces actes sont accomplis par les parties ou par leurs représentants ou bien encore par le juge. Ils ont des formes variables et des contenus très différents. Néanmoins, ils forment un tout cohérent puisqu'ils ponctuent le cours du procès.

Dans une seconde approche, on s'est rendu compte que l'instance était une réalité vivante, un processus qui provoque la naissance d'un rapport juridique particulier entre les plaideurs qui perdure tout au long du procès. On s'est rendu compte que cette instance doit en tant que telle être encadrée par des principes dont le point commun est d'assurer un déroulement du procès conforme aux garanties fondamentales d'une bonne justice. Si on réunit ces deux approches, on constate que l'instance est doublement encadrée, elle est encadrée sur le plan processuel par des principes et sur un plan formel par des règles de formalisme et de délai qui partagent le même but, la protection des libertés fondamentales.

## CHAPITRE I : LE CADRE PROCESSUEL DE L'INSTANCE

## Section 1 : Les principes fondamentaux de l'instance :

Sur le plan théorique, on considère que tout état de droit doit assurer la réalisation de la justice dans la société et à cette fin, chaque état de droit doit mettre en place un service public de la justice auquel tout justiciable doit pouvoir accéder pour être jugé équitablement. Cet objectif passe par l'affirmation de deux principes : le droit à un tribunal et le droit à une justice de qualité.

### §1 Le droit à un tribunal :

A. La reconnaissance d'un droit d'accès au juge :

Sur le plan interne, l'accès à la justice n'est reconnu expressément par aucun texte constitutionnel. Néanmoins, le conseil constitutionnel a rendu plusieurs décisions dans lesquelles on a qualifié le droit de recourir à un juge de droit fondamental consacré par un principe de valeur constitutionnelle. Cet avis est partagé par le Conseil d'Etat qui considère le droit d'accès à un juge comme une liberté fondamentale, de son coté, la Cour de Cassation a également admis le caractère fondamental de ce droit au juge dans le fameux arrêt du 30 juin 1995 dans lequel elle a affirmé que l'exécution effective de la défense exige que soit assuré l'accès de chacun avec l'assistance d'un défenseur au juge chargé de statuer sur sa prétention. Sur le plan international, ce droit d'accès à un juge a été reconnu de manière allusive dans la convention européenne des droits de l'homme à l'article 13, on affirme que toute personne dont les droits reconnus par la convention et ont été violés a droit a l'octroi à un recours effectif devant une instance nationale. L'article 5 § 4 énonce beaucoup plus précisément le droit à un recours mais sur la privation de liberté et la détention arbitraire mais c'est sur le fameux article 6 § 1 que la cour a reconnu le droit a un recours juridictionnel dans un premier arrêt (Golder du 21 février 1975). Pour la cour européenne des droits de l'homme, le droit d'accès à un tribunal est un élément inhérent au droit à ce que sa cause soit entendue équitablement qui est un droit expressément reconnu par l'article 6 § 2 concernant ce droit d'accès à un juge, il faut tenir compte de ce que ce droit se dédouble. C'est non seulement le droit à ce que sa cause soit entendue par un premier juge mais on devrait aller plus loin en considérant qu'il englobe aussi le droit à un recours contre la décision juridictionnelle. A ce sujet, les choses sont incertaines, la cour européenne des droits de l'homme s'est montré très exigeante a l'égard des états membres en ce qui concerne le droit d'accès a un premier juge, en revanche, elle ne s'est pas prononcé sur le droit à un second degré ou a un pourvoi en cassation. Au contraire, la cour considère que ce droit à un recours peut être librement aménagé par les parties. Cependant, la cour considère que ce recours doit

respecter toutes les exigences de l'article 6 § 1 et elle considère que ce droit à un recours doit être proportionné. La cour de justice des communautés européennes a elle aussi reconnu le droit à un recours, il faut simplement attendre son interprétation de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne qui affirme le droit à un recours effectif devant un tribunal.

B. L'effectivité du droit d'accès à un juge :

La cour a imposé aux états l'adoption de mesures d'ordre matériel et d'ordre normatif.

Sur le plan matériel, la mesure consiste tout simplement dans l'aide juridique.

1° L'aide juridique :

C'est un bénéfice accordé aux personnes qui en raison de l'insuffisance de leurs ressources sont pratiquement dans l'impossibilité d'exercer leurs droits en justice. En effet, le justiciable doit faire face à diverses charges financières, ne serait-ce que les honoraires d'avocat, les frais de greffe, les frais d'actes d'huissier et le coût d'une exécution forcée. Or tous ces frais peuvent constituer un obstacle financier à la saisine des juridictions. L'aide juridique vise ainsi à briser cette entrave pécuniaire et assure de la même manière l'égalité entre les justiciables et à ce titre l'aide juridique participe pleinement à rendre effectif l'accès à la justice. Cette aide juridique n'est pas nouvelle, précédemment, on parlait d'aide judiciaire et si on remonte dans le temps d'assistance judiciaire. Aujourd'hui, l'aide juridique est régie par la loi du 10 juillet 1991 et a été profondément réformée par la loi du 18 décembre 1998, loi qui réunissait deux objectifs contradictoires : réduire les dépenses incombant à l'Etat et étendre son champ d'application et le nombre de bénéficiaires. C'est une matière mouvante et le prochain changement proviendra sans doute de la prise en compte de la directive du 25 janvier 2003 consacrée à la justice au sujet des litiges transfrontaliers au sein de l'Union Européenne. Cette directive cherche à harmoniser les droits nationaux en matière d'aide juridique. Cette aide juridique est en effet fondamentale et consacrée comme tel par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux qui la qualifie d'essentielle pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. En France, cette aide juridique comporte deux aspects. Le premier est l'aide juridictionnelle, c'est un droit destiné à faciliter l'accès de tous à toutes les juridictions pour tous les contentieux que ce soit en demande ou en défense. Quel est le champ d'application de cette aide juridique ? Elle peut être accordée totalement ou partiellement à des personnes physiques et exceptionnellement à des personnes morales à but non lucratif. Cette aide fonctionne auprès de toutes les juridictions en matière civile, en matière administrative et même devant le tribunal des conflits. Elle est aussi accordée lorsqu'on est partie civile devant les juridictions répressives. Elle fonctionne aussi pour toutes les procédures, les procédures contentieuses, les procédures gracieuses. Elle est même accordée aux actes d'exécution d'un jugement ou d'un acte. Elle est même

accordée en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance. Pour finir, cette aide concerne aussi les voies de recours, plus précisément une personne admise à l'aide juridictionnelle en conserve de plein droit le bénéfice pour se défendre en cas d'exercice contre elle d'une voie de recours. Par contre, si c'est le bénéficiaire de l'aide qui forme un recours, on considère qu'il engage une nouvelle instance. Par conséquent, il doit à nouveau solliciter l'aide juridictionnelle. Quant aux conditions à remplir pour obtenir cette aide juridictionnelle, il faut tout d'abord la demander au bureau d'aide juridictionnelle, sachant qu'il y en a un au siège de chaque TGI et auprès de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat et on peut la demander en tout état de cause au cours de l'instance. La deuxième condition est bien sûr la justification d'une insuffisance de ressources. Ce sont les articles 3 et 4 du décret du 19 décembre 1991 qui indique comment doivent se calculer les ressources et quelle aide totale ou partielle doit être accordée. La dernière condition concerne le demandeur à l'action, il ne faut pas que l'action du demandeur apparaisse manifestement irrecevable ou dénuée de fondement conformément à l'article 7 alinéa 1° du décret du 19 décembre 1991. En outre, dans son alinéa 3, cet article 7 ajoute que l'aide doit être refusée si aucun moyen de cassation sérieux ne peut être relevé. On a eu l'occasion de se poser la question de savoir si cet article ne considérait pas une entrave à l'accès au droit et donc à l'article 661 de la convention européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt du 16 mars 2000, la cour européenne des droits de l'homme a considéré que cette exigence s'inspirait d'un souci légitime d'allouer l'aide au demandeur ayant une chance de succès et la cour européenne des droits de l'homme a considéré que le requérant ne pouvait se plaindre de ce refus dans la mesure où la procédure était sans représentation obligatoire. De toutes les manières, il existe quand même une soupape de sécurité en cas d'erreur d'appréciation. Imaginons que votre action soit déclarée infondée ou irrecevable et que le juge lui fasse droit à votre action alors que l'aide contre a été refusé sur ce motif, alors tous les frais vont pouvoir être remboursé au demandeur à concurrence de l'aide juridictionnelle dont il aurait pu bénéficier. Cette aide juridictionnelle produit deux effets principaux, elle offre le concours d'avocats d'officiers ministériels et de notaire que le justiciable peut d'ailleurs choisir librement. L'état dispense le bénéficiaire de l'aide du paiement des frais de l'instance ; le trésor, en effet, fait l'avance de certains frais et les dépositaires publics délivrent gratuitement les actes nécessaires.

L'aide à l'accès au droit : la loi de 1991 a voulu faciliter l'accès au droit en dehors de toute phase contentieuse. Cette forme secondaire d'aide comprend premièrement l'information générale des personnes sur leurs droits et obligations ainsi que leur orientation vers les organismes chargés de la mise en œuvre de ces droits. Elle comprend aussi l'aide dans l'accomplissement de toute démarche en vue de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation juridique. Elle comprend aussi la consultation en matière juridique et enfin l'assistance au cours de procédures non juridictionnelles.

Toute cette aide provient en fait de structures juridiques différentes, les principales étant les comités départementaux de l'accès au droit qui sont issus de la loi du 18 décembre 1998 et qui viennent remplacer les conseils départementaux de l'aide juridique. Il y a aussi les maisons de justice et de droit dont l'article 7-12-1 du code l'organisation judiciaire prévoit l'institution facultative sous l'autorité des chefs des tribunaux de grande instance.

2° La mise en œuvre de moyens appropriés :

Le législateur a effectué une modification des modes de saisine en simplifiant le formalisme, on a incité les justiciables à agir plus facilement. Ensuite, cette effectivité du droit d'accès à un tribunal a non seulement consisté à permettre aux justiciables de recourir à un premier juge mais a aussi consisté à instaurer un recours juridictionnel offrant un véritable contrôle. En France, on a reconnu en matière civile la possibilité dans la majorité des cas d'avoir un deuxième ou troisième examen de sa cause, pour autant, il existe tout de même des obstacles et surtout le droit d'appel comme le pourvoi en cassation sont quand même aménagés. Mais la cour européenne des droits de l'homme sur cette question des droits de recours n'est pas très regardante puisqu'elle n'oblige pas les états à instituer des recours et des juridictions supérieures et elle admet que des limitations soient accordées lorsque ces recours sont instaurés.

**§2 Le droit à une justice de qualité :**

A partir du moment où le justiciable a un droit d'accès au tribunal, il doit aussi bénéficier durant le déroulement du procès des garanties fondamentales. Ces garanties fondamentales sont consacrées à l'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme et offre au justiciable le droit d'être entendu équitablement, publiquement, dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial. Ici, on ne peut que souligner le fait que la procédure civile subit de plein fouet les effets de l'encadrement du procès par la convention européenne des droits de l'homme qui a une autorité supralégislative mais aussi et surtout par la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme qui se charge d'assurer le respect de cette convention. Ce contrôle est d'autant plus efficace et redoutable qu'aujourd'hui la cour européenne des droits de l'homme est devenue permanente, elle est dotée de juges élus pour 6 ans renouvelables, elle dispose d'un greffe et de référendaires qui sont là pour assister les juges. Puis surtout, cette cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, ONG, groupe de particuliers dès lors qu'ils sont victimes d'une violation de la convention.

A. Le droit à un procès équitable :

Cette expression n'est pas spécifique au droit européen et n'est pas nouvelle, elle était déjà exprimée à l'article 10 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 mais cette déclaration n'a de valeur qu'idéal et aucun organe de contrôle n'en assure le respect. On la trouve aussi à l'art14 § 1 du pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966. Ici l'importance est réelle puisque ce pacte est auto exécutoire et est doté d'un organe de contrôle : le comité des droits de l'homme de l'ONU. Mais ce droit a surtout pris son essor dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme qui a su faire de cette notion évoquée à l'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme un instrument autonome. Cette dénomination de droit à un procès équitable

désigne l'ensemble des garanties procédurales énoncées à l'article 6 § 1 mais la référence à l'équité présente aussi une autonomie propre. En effet, la cour européenne des droits de l'homme ne se contente jamais d'un simple examen formel de toutes les garanties énumérées à l'article 6-1 pour conclure que le procès est équitable. Il lui est arrivé de sanctionner un procès alors même que toutes les garanties formelles auraient été respectées. Ce droit à un procès équitable est en fait un instrument qui sert à juger l'ensemble de la procédure pour en juger la régularité ; a ce titre, l'équité a un sens très précis. L'équité se comprend dans son sens d'égalité, d'équilibre. On évoque en fait le terme d'*equity* qui en fait la qualité d'être loyal. Ce que vérifie la cour européenne des droits de l'homme est que le procès dans son ensemble a assuré à chacun un traitement égal. C'est ainsi que la cour européenne des droits de l'homme peut sanctionner tout procès qui se déroulerait dans des conditions de nature à placer injustement une partie dans une situation désavantageuse par rapport à une autre. C'est en se fondant sur ce droit au procès équitable que la cour a consacré des droits qui ne sont pas comme tels exprimés dans la convention. En ce qui concerne la procédure civile, on peut regrouper ces droits dans trois catégories essentielles :

- L'égalité des armes : la cour européenne des droits de l'homme considère que l'égalité des armes constitue une exigence essentielle du procès équitable et elle la définit comme la possibilité pour chaque partie d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantage pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse.

- Le principe du contradictoire : la contradiction implique pour une partie la faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre ainsi que d'en discuter.

- Le droit à la motivation : la cour européenne des droits de l'homme considère que l'énoncé des motifs est seul de nature à permettre au justiciable de vérifier que le juge a bien examiné ses prétentions et donc qu'il a été entendu. Cette notion de motivation obligatoire est très importante, elle a donné lieu a trois condamnations de la France dans trois affaires : l'affaire Fouquet du 12 octobre 1994 et 31 janvier 1996, l'affaire Higgins du 19 février 1998 et l'affaire Dulaurans du 21 mars 2000. trois condamnations pour défaut de motivation.

B. Le droit à un tribunal indépendant et impartial :

En réalité, l'article 6 § 1 offre deux sortes de garanties au justiciable, les premières garanties sont liées au fonctionnement de la justice et implique que cette justice soit tout d'abord publique. Cette publicité vise en fait à inspirer confiance et répond à une exigence de transparence. Néanmoins, ce principe de publicité connaît des tempéraments. Deuxième qualité de cette justice, en plus d'être publique, cette justice doit être rapide, rendue dans un délai raisonnable. Seule la rapidité permet d'avoir une justice crédible et efficace. Ce délai raisonnable a valu beaucoup de condamnations à la France. Ce caractère s'apprécie suivant les circonstances de la cause et utilise différents critères tels que la complexité de l'affaire, le comportement des requérants ou bien encore l'enjeu du litige pour le plaignant. Dans l'affaire du sang contaminé la France s'est fait condamner.

Deuxième sorte de garantie offerte par l'article 6-1, ce sont des garanties liées à l'organisation institutionnelle. En effet, l'article 6-1 pose des conditions relatives au juge appelé à statuer sur les droits à caractère civil, il doit s'agir d'un tribunal établi par la loi, indépendant et impartial. Le tribunal auquel le droit d'accès est garanti n'est pas défini par référence aux droits nationaux, il s'agit d'une notion autonome que la cour européenne des droits de l'homme a défini a partir de plusieurs critères dans deux arrêts *Sramek* et *Demicoli*, la cour a défini le tribunal comme celui qui a pour objet de trancher sur la base de normes de droits à l'issue d'une procédure organisée toute question relevant de sa compétence. Cette définition adopte une approche matérielle puisqu'on tient compte de la finalité de l'intervention du juge, on prend en compte sa fonction juridictionnelle.

Cette notion a été établie a partir de plusieurs critères. Le premier critère utilisé est celui de la fonction juridictionnelle. Cela a permis de qualifier de tribunal un organe indépendamment de la qualification qui lui est donnée en droit interne. C'est ainsi que dans un arrêt du 22 Août 2002 *Didier contre France*, le conseil des marchés financiers qui est une autorité administrative indépendante a été qualifié de tribunal au sens de l'article 6-1 lorsqu'il statue en matière disciplinaire. Cette précision avait un seul objectif qui était de lutter contre les juridictions d'exception *ad hoc* créées pour répondre à des besoins spécifiques. L'arrêt invoque un tribunal qui décide, ce qui signifie que le droit d'accès à un tribunal est réservé à un jugement ce qui exclut les actes ou les décisions qui ne tranchent pas au fond. Ce tribunal ainsi défini n'est apte à trancher une contestation que lorsqu'il est aussi indépendant et impartial. Indépendant et impartial, il s'agit de deux mots différents mais qui entretiennent un point commun. Il est vrai que l'indépendance est une condition préalable à l'impartialité. La cour européenne des droits de l'homme a défini de manière autonome des deux notions. Cette notion exige de prohiber toute influence qui pourrait être exercée sur le juge. Il peut y avoir par exemple, une influence de l'Etat qui emploie le juge. C'est pour empêcher cette influence qu'on a élaboré un statut d'indépendance des juges qui composent la juridiction en prévoyant un certain mode de désignation, une certaine durée dans leurs fonctions et bien sûr l'inamovibilité. En outre, on a créé un organe qui s'interpose entre l'Etat et les juges qui est indépendant le conseil supérieur de la magistrature et qui veille à assurer l'indépendance des juges. Cette influence peut aussi provenir des juges avec lesquels le juge doit statuer. C'est la raison pour laquelle on a instauré la règle du roulement ou que l'on interdit aux alliés, aux conjoints ou aux parents d'être simultanément membres d'un même tribunal. L'influence pourrait aussi provenir des parties elles-mêmes, c'est la raison pour laquelle on a instauré le principe de la gratuité de la justice et prohibé la rémunération des juges par les plaideurs eux-mêmes. On a instauré des procédures telles que la procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime où dans l'intérêt de la bonne administration de la justice. Ainsi qu'une procédure de récusation pour assurer cette indépendance. L'impartialité traduit le principe de neutralité du juge. Elle revêt deux aspects. On a d'un coté l'impartialité subjective qui se définit comme l'absence de préjugés dans son for intérieur. Et cette impartialité subjective est présumée jusqu'à preuve du contraire. Pour la remettre en cause, il faudra des éléments objectifs, c'est-à-dire faire état de paroles ou d'écrits du juge démontrant qu'il a un préjugé au sujet de l'affaire qu'il doit trancher. A coté de l'impartialité subjective, on a l'impartialité objective qui se trouve remplie lorsque le tribunal donne toute apparence de garanties organiques pour exclure tout doute dans l'esprit du public. C'est justement pour éviter cette partialité objective qu'on a édicté quatre incompatibilités :

- Ne peut être juge celui qui a décidé de faire juger l'affaire

- Ne peut être juge celui qui l'a instruite : valable uniquement en matière répressive.
- Ne peut être juge celui qui l'a déjà jugée
- Ne peut être juge celui qui a antérieurement donné un avis à son propos

C'est ainsi que la Cour de Cassation dans un arrêt du 6 novembre 1998 a estimé qu'un juge des référés qui avait accordé une provision sur le fondement de l'article 809 alinéa 2 du nouveau code de procédure civile relatif à une obligation non sérieusement contestable ne peut pas ensuite siéger dans la juridiction qui traitera du fond de l'affaire. En effet, lorsqu'il a décidé en tant que juge des référés d'accorder une provision parce que l'obligation n'était pas contestable, il a déjà formé une opinion.

## Section 2 : les principes directeurs de l'instance :

Ces principes directeurs contiennent l'essentiel du droit commun du procès civil et se trouvent édictés en tête du code des articles 1 à 24. Ces principes sont pour la plupart issus de la jurisprudence et n'ont été que consacrés par le législateur qui d'ailleurs ne les a pas qualifiés. C'est la doctrine qui a trouvé leur nom. Le point commun de ces principes, c'est qu'ils ont pour objet de régler le rôle des parties et du juge afin de poser les bases d'une bonne justice. Ils sont d'ordre public et se rattachent pour certains d'entre eux à des principes généraux du droit.

### §1 Le principe accusatoire :

En effet, traditionnellement, on considère que la procédure civile est de type accusatoire. Le rôle majeur revient aux parties auxquelles la loi laisse le soin de déterminer les éléments de l'instance et de conduire le procès au mieux de leurs intérêts privés. A l'inverse, le juge n'a qu'un rôle effacé d'arbitre entre les parties chargées tout simplement de trancher avec les éléments qu'on lui apporte. Et c'est ce qui a fait dire que le procès, c'est la choses des parties ; le fait est que les dernières réformes de la procédure civile ont profondément transformé cette vision traditionnelle, on a réduit la liberté des parties afin d'assurer une meilleure gestion du procès et parallèlement, on a développé l'intervention du juge. Et au final, le procès apparaît comme la chose des parties et du juge, certes les parties conservent une marge importante de liberté dans la détermination du procès mais le juge régule activement ce procès.

A. Le pouvoir de direction des parties :

Il suffit de partir des articles 1 et 2 du nouveau code de procédure civile dans lesquels il est clairement dit que les parties ont la direction du procès au stade de l'introduction de l'instance, dans son déroulement et dans son extinction. « Seules les parties introduisent l'instance hors les cas où la loi en dispose autrement » article 1. Cet article évoque ce que la doctrine appelle un principe d'initiative, d'impulsion ou tout simplement accusatoire. Les parties ont en principe le monopole de l'introduction de l'instance, ce n'est que par dérogation, la loi a prévu des hypothèses dans lesquelles le juge peut se saisir d'office. Par exemple, en matière de mesures d'assistance éducative, des matières de tutelle ou dans des matières économiques telles que des procédures collectives.

En ce qui concerne la conduite de l'instance, l'article 2 prévoit que les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. A ce titre, il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et les délais requis. Il découle de ce texte que les parties donnent le rythme à l'instance, elles maîtrisent le déroulement de l'instance dès lors qu'elles respectent certaines formes et certains délais. Ce qui constitue des limites assez dérisoires à la liberté des parties.

En ce qui concerne l'extinction de l'instance, il suffit de reprendre la lecture de l'article 1 pour y apprendre que les parties ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi. La liberté de mettre fin à l'instance est le corollaire de la liberté d'introduire l'instance mais la symétrie est imparfaite puisque ici, on n'évoque pas d'exclusivité, au contraire, on explique que si les parties ont la faculté de mettre fin à l'instance, celle-ci peut prendre fin pour d'autres causes. Les parties peuvent également suspendre l'instance, en effet, le décret du 26 décembre 1998 a consacré une pratique jurisprudentielle consistant pour les parties à demander ensemble que l'affaire soit tout simplement retirée du registre des affaires en cours. Pour quelle raisons ? Pour éventuellement tenter une dernière conciliation. Cette technique est qualifiée de retrait conventionnel du rôle.

B. Le pouvoir régulateur du juge :

Il est très important car il permet d'accélérer le cours de la justice parce qu'il est évident qu'un plaideur qui sait qu'il va perdre son procès a intérêt à freiner des deux pieds.

L'article 3 confie au juge le soin de veiller au bon déroulement de l'instance. Le juge est ainsi investi d'une mission de régulation de l'instance qui se manifeste à deux moments.

Tout d'abord, au cours de l'instruction afin de veiller à la mise en l'état de l'affaire. Ce juge dit juge de la mise en état a des pouvoirs spéciaux qui lui permettent de rythmer l'instruction. Il peut ainsi imposer des délais aux parties pour conclure. Il peut imposer des délais pour l'échange des pièces. Il peut intervenir pour obliger une partie à mettre en conformité ses écritures aux exigences légales. Ce rôle est d'autant plus important que le juge peut sanctionner un comportement négligent de l'une des parties en décidant tout

simplement le renvoi de l'affaire telle quelle et donc aux risques et périls du plaideur négligent. Il peut même décider de radier l'affaire.

Au stade terminal de l'instruction, c'est le juge qui appréciera si ou non l'affaire est en état d'être jugée.

**§2 Le principe dispositif :**

Ce principe résulte des articles 4, 5, 6 et 7 du nouveau code de procédure civile. Ces articles nous informent que les parties ont la maîtrise de la matière du procès. C'est elles qui déterminent la matière litigieuse et en particulier ces articles donnent aux parties la maîtrise des faits. En contrepartie, le juge lui, semble avoir un rôle réduit à jouer. D'une part, il ne peut pas se prononcer sur ce qui ne lui est pas demandé. Et il ne peut se prononcer en deçà ou au-delà de ce qui est demandé. Il ne peut pas s'échapper des faits qui sont apportés par les parties. Son seul domaine de prédilection, cela semble être le droit. C'est ce qu'évoque l'article 12 du nouveau code de procédure civile en donnant au juge la maîtrise du droit. On constate à travers ce bref descriptif, un principe majeur de répartition des pouvoirs entre les parties et le juge, c'est la distinction entre les faits et le droit. En général, on considère que les faits appartiennent aux parties et le droit au juge. Mais en pratique, cette distinction n'est qu'un guide.

A. Le rôle des parties dans la détermination de la matière litigieuse :

Il appartient tout d'abord aux parties de faire connaître leurs prétentions et donc l'objet du litige. L'objet du litige est selon l'article 4 déterminé par l'acte introductif d'instance et les conclusions en défense. Le décret du 26 décembre 1998 est venu considérablement renforcer le rôle des parties dans la détermination de l'objet du litige en énonçant trois règles. La première tient à ce que les parties ont l'obligation d'annexer à leurs conclusions un bordereau énumérant les pièces justifiant leurs prétentions. Les parties doivent formuler expressément les moyens de faits et de droit sur lesquelles leurs prétentions sont fondées ; c'est ainsi que l'on exige que leurs assignations ou conclusions soient qualificatives. Cette obligation de rédiger des conclusions qualificatives était déjà une obligation déontologique reprise par le décret pour lui donner plus de force. Les parties ont un rôle à jouer dans la présentation de leur affaire au juge. Mais la portée de cette obligation est quand même limitée car elle ne vaut que pour l'assignation or il existe bien d'autres modes d'introduction de l'instance. Les parties et leurs représentants ont désormais l'obligation de reprendre dans leurs dernières conclusions les prétentions et les moyens successivement présentés dans leurs conclusions antérieures. On exige en fait des conclusions récapitulatives. Cette exigence répond seulement à une réalité, c'est qu'il peut y avoir plusieurs jeux d'écriture entre les parties avec beaucoup de moyens différents invoqués. La partie qui se soustrait à cette obligation est réputée avoir abandonné toutes les prétentions et moyens qu'elle 'na pas repris dans ses conclusions récapitulatives. Les

juges ne statueront donc que sur les dernières conclusions. Il existe un dernier rappel de faire des conclusions récapitulatives.

Une certaine stabilité doit s'imposer à l'égard des parties et à l'égard du juge. On a donc exposé deux principes. Le premier principe est celui de l'immutabilité du litige qui veut que les parties ne puissent pas tout au long du procès modifier l'objet du litige ; ce principe est largement vidé de son contenu par de nombreuses exceptions. Notamment avec les demandes incidentes.

La question se pose aussi dans le cadre plus large du procès qui nécessite qu'on tienne compte des voies de recours et là il faut distinguer selon que la voie de recours est un appel ou un pourvoi en cassation. Normalement, quand un appel est exercé, la juridiction saisie a compétence pour réexaminer l'affaire en fait et en droit. C'est le principe de l'effet dévolutif propre à l'appel. Et normalement, le juge de la cour d'appel doit revoir ce qui a été jugé en première instance. Dans cette hypothèse, il semble qu'aucun élément nouveau par rapport à l'instance de premier degré ne puisse être introduit en appel. C'est ainsi que l'article 564 interdit les demandes nouvelles. Mais la réalité est plus complexe.

Aujourd'hui, on considère moins l'appel comme une voie de réformation que comme une voie d'achèvement du procès or cette exigence d'achèvement du procès conduit à admettre qu'on puisse recevoir de nouveaux moyens en appel et c'est cette règle qu'exprime l'article 563 qui autorise les parties a introduire de nouveaux moyens de droit. En outre, pour élargir la possibilité d'entendre un élément nouveau, la jurisprudence a donné une définition très étroite à la notion de demande nouvelle. En effet, on ne considère comme nouvelle que des demandes qui tendent à des fins différentes, du coup, on peut accueillir un grand nombre de demandes. Dès lors que la fin est la même, on peut accueillir de nouveaux fondements juridiques. Devant la Cour de Cassation, la possibilité d'évolution est beaucoup plus réduite pour la simple raison qu'il y a une véritable rupture entre l'instance des juges du fond et l'instance de cassation qui ne juge que du droit. Ce qui explique que seule est admise devant la Cour de Cassation la demande en intervention volontaire formée a tire accessoire, c'est ce qui explique que les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de Cassation. Par contre, il y a des exceptions, sont recevables les nouveaux moyens de pur droit et les moyens nés de la décision attaquée.

C'est un principe qui résulte de la combinaison des articles 4 et 5 du nouveau code de procédure civile, c'est le principe d'indisponibilité du litige qui implique que les juges du fond sont liés par les conclusions des parties. Ils sont enfermés dans le cadre tracé par les parties et ne peuvent pas modifier l'objet du litige. Néanmoins, ce principe connaît quelques exceptions, tout d'abord, la jurisprudence a adopté une conception restrictive de l'objet du litige ce qui du coup ouvre une large marge de manœuvre au juge. On considère que tant que l'intervention du juge ne modifie pas le résultat recherché par les parties, il n'y a pas de modification de l'objet du litige. Une autre exception tient à l'obligation qui pèse sur le juge de rechercher le véritable objet du litige lorsque les parties ont mal indiqué l'objet de leur demande.

Les parties ont la maîtrise des faits : L'article 6 explique que les parties doivent réunir les faits pertinents, c'est-à-dire ceux qui sont fondés sur une règle de droit et qui sont de nature à convaincre le juge. A cela, l'article 9 ajoute que chaque partie qui allègue un fait au succès de sa prétention doit le prouver. Cette attribution légale de la charge de la preuve ne dépend pas de la qualité de demandeurs ou de défendeurs au procès, elle

concerne tout plaideur qui allègue un fait que ce soit en défense ou en demande. Dans cet apport de la preuve, les parties ont deux principes à respecter, un principe de légalité et une obligation de loyauté. En effet, on ne peut utiliser qu'un mode de preuve prévu par la loi et non des modes de preuves qu'on a obtenu déloyalement.

Le rôle des partes par rapport au droit : les parties jouent seulement un rôle subsidiaire qui se manifeste de trois manières :

- L'article 12 alinéa 3 du nouveau code de procédure civile permet aux parties de lier le juge à leur qualification à deux conditions. Il faut que le droit litigieux soit à leur libre disposition et il faut que les parties aient conclu un accord exprès. Dans ces conditions, le juge ne pourra plus changer le fondement juridique qui lui est imposé par les parties.

- A l'occasion d'un litige né, les parties peuvent conférer au juge la mission de statuer en amiable compositeur ce qui le dispense de l'application du droit.

- L'article 13 du nouveau code de procédure civile dispose que le juge peut demander lui-même aux parties de s'expliquer sur le droit ce qui est une matière de solliciter leur opinion juridique.

B. Le rôle du juge dans la détermination de la matière litigieuse :

1° Le rôle du juge quant aux faits :

Il dispose d'une certaine initiative. L'article 8 permet au juge d'inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaire à la solution du litige ; c'est un article important parce qu'en invitant les parties à fournir certaines explications de fait, le juge peut faire entrer dans le débat des faits qui jusqu'à présent n'avaient pas été pris en compte. L'article 10 lui permet de ne pas se contenter de la présentation spontanément faite par les parties des faits puisqu'il a la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction. Ces mesures peuvent être prises d'office ou bien à la demande d'une partie. Bien évidemment, ces mesures d'instruction vont permettre d'élargir le champ des informations de fait. Pour assurer l'efficacité de ces mesures, l'article 11 impose aux parties d'apporter leur concours aux mesures d'instruction. A défaut, le juge pourrait tirer toutes les conséquences d'une abstention ou d'un refus. Enfin, l'article 7 alinéa 2 autorise le juge à prendre en considération des faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions mais qui se trouvent dans les éléments du débat. Le juge va pouvoir exploiter les pièces mêmes des parties en mettant l'index sur un fait que les parties auraient passé sous silence parce que pour elles ce n'était pas utile. Ce sont des fait *adventices* soient allégués par les parties mais dont elles n'ont tiré aucune conséquence juridique soit des faits qui peuvent être trouvés dans le dossier. Contrairement à cette idée préconçue qui veut que le juge n'ait aucun pouvoir sur les faits.

2° Le rôle du juge quant au droit :

Le juge tranche les faits compte tenu des règles de droit qui lui sont applicables (article 12 alinéa 1 du nouveau code de procédure civile). Lorsque les parties n'ont pas précisé le fondement juridique sur lequel repose leurs prétentions, il appartient au juge de rechercher à partir des éléments de fait fournis par les parties la règle de droit applicable ; cette situation est amenée à se raréfier avec l'obligation maintenant de conclusion qualificative mais celle-ci ne concerne que l'assignation donc dans tous les autres modes d'introduction de l'instance, le juge a un rôle à jouer. En outre, à l'occasion du décret de 1998, on a expliqué que cette obligation de conclusion qualificative n'était qu'une aide pour le juge et n'avait aucune influence sur son rôle à jouer par rapport au droit. De toutes les manières, lorsque le fondement juridique a été précisé parles parties, le juge doit au moins vérifier les conditions d'application de la règle invoquée. La suite de l'article 12 nous apprend alors comment le juge va procéder. Selon l'article 12 alinéa 2, il est précisé que le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en aurait proposé. Cet article donne au juge un pouvoir de qualification et de requalification qui peut s'exprimer à plusieurs stades.

L'alinéa 3 de l'article 12 confère au juge le pouvoir de soulever d'office les moyens de droit. Le conseil d'Etat a cependant supprimé cet alinéa mais il est toujours utilisé en pratique. L'article 12 du nouveau code de procédure civile pose des problèmes en ce qu'il évoque un devoir de requalification dans son premier alinéa alors que l'alinéa 3 évoque un simple pouvoir de relever d'office.

On a droit à une profusion de solutions différentes en jurisprudence. On a tendance en principe à considérer qu'il y a une obligation de requalification mais on reconnaît que parfois il ne s'agit que d'une faculté de requalification. Quant au relevé d'office, on a des arrêts qui évoquent la faculté de relever d'office mais on considère que dans certaines circonstances, il existe une obligation de soulever d'office. Il faut tenir compte de la nature du moyen en question. Si le moyen est de pur droit, le juge a l'obligation de le requalifier ou de le relever pour la simple raison que le juge ne peut pas ignorer des faits expressément invoqués par les plaideurs. Cette obligation recouvre trois hypothèses :

- Si les parties ont invoqué des faits sans les qualifier, le juge a le devoir de les qualifier.

- Si les parties ont invoqué des faits en les qualifiant de manière inexacte, le juge a l'obligation de les requalifier.

- Si les parties n'ont pas invoqué des faits à l'appui de leurs prétentions mais que le juge est allé les chercher spontanément, il doit aussi les qualifier.

Si le moyen est mélangé de droit et de faits, le juge a une simple faculté de le relever ou de le requalifier.

Ces pouvoirs connaissent de toutes les manières certaines limites. Tout d'abord, le juge quand il a l'obligation de requalifier ou de relever d'office doit nécessairement respecter le principe du contradictoire en provoquant l'explication des parties.

Le juge doit toujours respecter l'objet du litige, sa requalification ne doit donc pas le modifier.

Il n'y a pas de requalification possible dans le cas d'un ordre public de protection, par exemple, on ne peut pas requalifier un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée car les dispositions relatives à ces contrats ont été édictées dans le seul but de protéger le salarié, s'il n'intervient pas lui-même, le juge ne peut pas le faire à sa place.

Le juge a l'obligation de relever d'office les moyens de pur droit qui seraient en outre d'ordre public. Que cet ordre public résulte plutôt d'une énonciation de la loi ou qu'il interprète la loi en ce sens.

**§ 3 le principe du contradictoire :**

Les principes du droit de la défense englobent plusieurs obligations dont le principe du contradictoire est le plus important. C'est un principe général du droit affirmé par toutes les hautes juridictions que ce soit le conseil constitutionnel, le conseil d'Etat ou l'assemblée plénière de la Cour de Cassation dans un arrêt du 30 juin 1995 sans oublier les arrêts de la cour européenne des droits de l'homme et de la cour de justice des communautés européennes. Le sens de ce principe est simple : chaque partie doit avoir le même pouvoir de discuter les prétentions, les arguments et les preuves de l'adversaire. C'est donc un principe qui va structurer le débat puisque le jugement n'est rendu qu'après une libre discussion sur les arguments de chaque partie. La contradiction s'adresse donc aux parties mais aussi au juge qui en est le garant.

A. le principe du contradictoire s'impose aux parties :

Le premier devoir des parties évoqué à l'article 14 est celui d'être présent et le second invoqué à l'article 15 est celui d'être en mesure de défendre ses intérêts en se faisant mutuellement connaître les moyens de droit de fait et de preuve. Chaque adversaire est à la fois créancier et débiteur de la contradiction. Cette contradiction se manifeste au début de l'instance et postule un face à face des parties ou de leurs représentants devant le juge. Ainsi, avant d'être jugées, les parties doivent être entendues, pour cela, il faut que le demandeur ait régulièrement appelé son adversaire et que ce dernier ne se soit pas dérobé. La

contradiction va naître de la comparution des adversaires. Le terme de comparution est susceptible de deux interprétations, il a un sens technique devant les juridictions où la représentation est obligatoire, elle consiste à constituer avocat ou avoué ; elle a un sens usuel devant les juridictions devant lesquelles la représentations n'est pas obligatoire, elle consiste dans la simple présence à l'audience. Cependant, si la contradiction est un impératif, ce n'est pas un absolu, en effet, l'article 14 dispose que nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée. Autrement dit, cet article n'exige pas que la contradiction soit effective, il faut seulement qu'elle soit rendue possible. L'intéressé doit avoir été mis en mesure de s'exprimer. Par conséquent, si une personne a été régulièrement appelée et qu'elle est donc informée de cette procédure mais qu'elle ne vient pas pour être entendue, elle pourra tout de même être jugée. Son défaut, même s'il est gênant parce qu'on va l'avoir condamné sans l'avoir entendue n'est pas un obstacle au cours de la justice. Ce serait trop facile de ne pas venir pour échapper au jugement. Ce défaut a suscité la réflexion des rédacteurs du nouveau code de procédure civile et on a plus précisément envisagé deux types de défaut :

Le défaut de comparution : c'est-à-dire que la partie ne comparait pas au sens technique ou usuel ou bien alors, après avoir comparu, la partie n'accomplit pas les actes de la procédure dans les délais. On parle alors de défaut faute de diligence.

Le défaut de comparution peut émaner du demandeur, ce défaut n'est valable que quand la comparution a un sens usuel, elle n'est pas concevable dans les domaines dans lesquels la comparution a un sens technique, le demandeur lance une procédure et pense que l'action va suffisamment impressionner son adversaire pour que celui-ci s'exécute. Il arrive donc que le demandeur ne se présente pas à l'audience. Il arrive aussi qu'il soit empêché physiquement de comparaître. L'article 468 prévoit une possibilité pour le défendeur d'obtenir un jugement sur le fond qui sera dit contradictoire avec toutes les conséquences qui en découlent mais pour cela, il faut deux conditions : il suffit que le défendeur fasse une demande en ce sens et il faut que le défaut de comparution du demandeur ne soit pas justifié par un motif légitime. En cas de motif légitime, tel que par exemple, une hospitalisation, le juge peut renvoyer l'affaire. Le défendeur a également la possibilité de demander au juge qu'il prononce la caducité de la citation prévue à l'alinéa 2 de l'article 468. Cette solution sera en général préférée par le défendeur qui estimera que le jugement sur le fond risque de lui être défavorable.

Ce défaut de comparution peut également être celui du défendeur et c'est le cas le plus fréquent. Il suffit que le défendeur reste passif face au demandeur en ne constituant pas avocat ou en ne se présentant pas à l'audience ; l'article 471 prévoit la possibilité d'une nouvelle citation si la première n'a pas été délivrée en personne mais ce n'est qu'une possibilité. L'article 472 autorise aussi le juge à statuer sur le fond après avoir vérifié que le défendeur n'est plus dans les délais pour comparaître et après avoir vérifié que la demande est régulière, recevable et bien fondé ; ce jugement va être qualifié différemment selon les circonstances. Il sera réputé contradictoire s'il est susceptible d'appel ou si la citation a été délivrée à la personne du défendeur. Ce jugement sera rendu par défaut s'il est en dernier ressort ou si la citation n'a pas été remise à la personne du défendeur.

Autre type de défaut, c'est le défaut d'accomplissement des actes de la procédure, il peut être le fait d'une seule partie, l'article 469 condamne cette inertie procédurale en autorisant le juge à statuer au vu des seuls éléments dont il dispose et son jugement sera contradictoire. Néanmoins, la jurisprudence considère que cette sanction est sévère et ne doit pas conduire à une condamnation par surprise. Le juge demande donc en général d'abord à la partie négligente de s'exécuter. De même, lorsque le défaut émane du demandeur, le défendeur peut

avoir intérêt à éviter un jugement sur le fond et il est autorisé à demander au juge qu'il prononce simplement la caducité de la citation. Lorsque la carence émane des deux parties, l'article 470 prévoit que le juge peut d'office radier l'affaire après avoir adressé un dernier avis aux parties ou à leurs mandataires ; cette radiation qui est une sanction va suspendre l'instance qui ne reprendra que sur justification de l'accomplissement d'un acte de procédure de l'une des deux parties.

En cas de défaut, l'exigence de contradiction est tout de même largement écornée pourtant, elle n'est absolument pas réduite à néant, d'une part parce qu'avant d'en arriver au jugement, le juge a la possibilité de renvoyer l'affaire si le demandeur ne comparait pas ou d'inviter le défendeur à comparaître si il fait défaut. D'autre part, lorsque le jugement est rendu, on laisse une chance à la contradiction de s'instaurer mais sur recours. Il faut savoir que l'appel ou le pourvoi est possible si le jugement est réputé contradictoire et l'opposition est possible si le jugement est rendu par défaut. On aura donc une contradiction mais différée. Ce n'est en fait que dans des circonstances exceptionnelles que la loi peut autoriser un demandeur à ne pas appeler le défendeur. En effet, l'article 17 admet que dans certaines circonstances exceptionnelles, un mesure puisse être prise à l'insu de l'adversaire mais cette possibilité n'et offerte que lorsque la loi le permet ou lorsque la nécessité le commande. En outre, les mesures qui seraient prises dans le cadre d'une telle procédure en sont que provisoires ce qui implique qu'en référé, l'adversaire non prévenu pourrait demander au juge de se rétracter. A ce stade, on a encore une contradiction décalée.

Cette contradiction se manifeste sinon tout au cours de l'instance. Au cours de l'instance, on va assister à une discussion contradictoire entre les parties, l'article 15 organise cette contradiction en prévoyant que les parties doivent se faire connaître en temps utile les moyens de preuve, les moyens de faits et les moyens de droit afin que chacune soit à même d'organiser sa défense. Cet article impose en fait une obligation de communication entre les parties. Communication qui doit réunir plusieurs qualités, tout d'abord, elle est mutuelle, chaque partie la supporte, elle doit s'effectuer en temps utile, c'est-à-dire que chaque partie doit disposer d'un laps de temps suffisant pour prendre connaissance des éléments communiqués et préparer la discussion. Cette mesure de temps utile sera affaire de circonstances, c'est une question de fait appréciée par le juge mais c'est sur ce fondement que le juge pourra rejeter du débat des pièces tardivement communiquées à moins qu'il décide de révoquer par exemple l'ordonnance de clôture afin de permettre une réponse à ces pièces fournies en extrême limite. Cette communication doit ensuite être spontanée, si ce n'est pas le cas, il y a deux solutions possibles : l'adversaire peut ne pas réagir immédiatement et demander au moment des débats que le juge écarte ces pièces qui n'ont pas fait l'objet d'une communication. Il est aussi possible que l'adversaire décide immédiatement de réagir en provoquant un incident de procédure et en demandant au juge qu'il ordonne la communication forcée d'une pièce qui a été évoquée mais n'a pas été fournie. Cette communication est fondamentale puisqu'elle est à la base même de la contradiction, on considère que cette communication est présumée régulière, cette régularité est facilement prouvée dans la procédure écrite grâce aux bordereaux de communication des pièces, dans la procédure orale, on considère que tant qu'il n'y a pas de contestation, cela veut dire que les pièces ont été régulièrement soumise au débat jusqu'à preuve du contraire.

B. La contradiction s'impose au juge :

Le juge est en dehors de cette contradiction mais il n’est pas en dessous d’elle ; l’article 16 précise que le juge en toutes circonstances doit faire observer et observer lui-même le principe du contradictoire. Il découle de ce texte que le juge est garant de la contradiction à deux titres, d’une part, il doit faire observer la contradiction, il exerce donc un contrôle sur la bonne exécution par les parties de leurs obligations et ce contrôle peut s’exercer en toutes circonstances. L’efficacité de ce contrôle va tenir tout d’abord en ce que le juge peut ordonner une communication ou une restitution et en ce qu'il peut écarter des pièces non communiquées. D’autre part, le juge doit lui-même respecter la contradiction et l’article 16 nous explique dans quelles circonstances, dans son alinéa 2, il est précisé que le juge ne peut retenir dans sa décision les moyens, explications ou documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement. Autrement dit, il est fait interdiction au juge de retenir au soutien de sa décision des éléments qui n’ont pas été soumis à la contradiction, en aucun cas, il ne pourra fonder sa décision dessus. Mais cette obligation n’est pas absolue puisque la loi n’exige pas que tout est été discuté entre les parties, il suffi que la discussion ait été possible. En outre, il est tout à fait possible pour le juge de réintégrer dans le débat des éléments qui n’ont pas été débattus contradictoirement afin de pouvoir prendre sa décision. Dans son alinéa 3, l’article 16 nous précise aussi que le juge 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. Le juge a donc l’obligation de se soumettre à la contradiction lorsqu’il relève d’office des moyens de droit, il peut au cours des débats solliciter l’avis des parties, ou même, rouvrir les débats afin que les parties lui adressent des notes sur ces moyens. Certaines initiatives du juge pourtant ne sont pas soumises à la contradiction, le juge n‘est pas tenu de provoquer la contradiction lorsque les moyens qu'il relève ne le sont pas d’office, lorsqu’il ne s’agit pas de moyens de droit et surtout lorsque les moyens sont tirés de la violation des droits de la défense.

**§4 Les principes de publicité et d’oralité des débats :**

Il s’agit de corollaires au principe du contradictoires puisqu’ils garantissent la qualité du débat. En ce qui concerne le principe de l’oralité tout d’abord, ce n’est pas a proprement perler un principe directeur, ce n’est qu'une règle qui n’a une importance essentielle que devant les juridictions d’exceptions surtout. Malheureusement, l’oralité est en perte de vitesse devant les juridictions de droit commun faute de moyens, pourtant cette oralité permet d’instituer un lien direct entre le justiciable et le juge. En ce qui concerne le principe de publicité énoncé à l’article 22 du nouveau code de procédure civile et a été reconnu comme ayant valeur de principe général. La raison est tout simplement qu'il permet de se rendre compte de la façon dont est rendue la justice et il participe ainsi à l’exigence d’indépendance et d’impartialité du juge. Concrètement, il signifie que l’accès aux salles d’audience est libre, que la presse peut assister aux débats et effectuer des comptes-rendus. Il ne s’applique cependant qu’à la matière contentieuse et pas à la matière gracieuse, en outre, il connaît des exceptions. En effet, il existe des cas où les débats auront lieu en chambre du conseil soit parce que la loi l’exige en matière d’état des personnes, soit parce qu'elle l’autorise, à l’article 435 toutes les fois où la publicité risque de provoquer des désordres ou de permettre un atteinte à l’intimité de la vie privée.

## CHAPITRE 2 : LE CADRE FORMALISTE DE L'INSTANCE

Ce formalisme se traduit d'une part par l'accomplissement d'actes de procédure qui pour être valable doivent revêtir une certaine forme et d'autre part par le respect de délais fixés pour l'accomplissement de certains actes. Le délai apparaît ici comme une forme supplémentaire de l'acte.

### Section 1 : les actes de procédure :

Il n'y a pas de définition officielle, on peut cependant considérer que cette expression vise tous les actes se rattachant à l'instance, qu'ils soient l'œuvre des parties, de leurs représentants, du juge ou bien encore des auxiliaires de justice. Ce qui implique une très grande diversité d'actes. Ces actes de procédure peuvent revêtir plusieurs formes, le plus souvent,ils sont écrits et les conditions de leur rédaction sont même déterminées par la loi mais dans d'autres circonstances, les actes de procédure peuvent être simplement oraux mais l'oralité n'implique pas l'absence de forme. Par exemple, il arrive que pour certains actes, la loi exige un prononcé verbal et puis ensuite une rédaction ou bien encore, une rédaction et une lecture. L'essentiel du formalisme réside dans une formalité, celle par laquelle l'acte est communiqué. C'est tout simplement la question de la notification qui permet aux actes de procédure de produire leurs effets ou du moins d'être susceptibles d'exécution forcée.

#### §1 La notification des actes de procédure :

La forme de cette notification est minutieusement réglementée dans le nouveau code de procédure civile aux articles 651 et suivants. Ces notifications obéissent à quelques dispositions communes que l'on peut trouver à l'article  qui définit les destinataires de la notification ainsi que les articles 689 à 692 relatifs au lieu de la notification. En dehors de ces articles, chaque notification obéit à des règles particulières. A la lecture du code, on s'aperçoit qu'il existe des modes normaux et des modes spéciaux.

A. Les modes normaux :

On en distingue deux :

- La notification en la forme ordinaire qui se fait par voie postale ou par remise de l'acte à son destinataire contre émargement ou récépissé. Elle n'est soumise à aucune condition de jour et d'heures.

- La signification : c'est tout simplement une notification faite par acte d'huissier. Ce modifier de notification est considéré comme le procédé le plus noble comme la voie royale puisque la signification s'impose en l'absence de dispositions contraires. Il y a une raison à cela qui tient au fait que l'huissier de justice est un professionnel qui doit s'investir dans sa mission de notification et qu'il doit procéder à toutes les investigations nécessaires pour que cette signification soit faite à personne. La signification à personne, c'est le procédé prioritaire. L'idée est tout simplement de remettre à la personne même de l'intéressé l'acte à l'endroit où il est possible de le joindre. Il existe des procédés subsidiaires dans le cas où la signification à personne est impossible. On a par exemple la signification à domicile qui consiste pour l'huissier à remettre la signification à toute personne présente au domicile de l'intéressé à condition que cette dernière accepte cette signification (elle n'y est pas obligée) et qu'elle fournisse à l'huissier son identité. Autre type de signification, c'est la signification au parquet. En effet, si l'acte est signifié à une personne qui réside dans un territoire d'outre mer ou à l'étranger, la signification est faite au parquet.

B. Les modes spéciaux :

Ces modes peuvent résulter de la qualité particulière des personnes auxquelles la notification doit être faite. Par exemple, les actes entre avocats se font le plus souvent par notification directe, c'est à dire, la remise de l'acte en double exemplaire à son destinataire, lequel va restituer à son confrère l'un des exemplaires après l'avoir daté et signé. Autre critère de particularisme, celui qui tient à la nature de l'acte. On peut citer à ce titre le jugement qui est généralement notifié par voie de signification sauf dans quelques hypothèses en matière gracieuse, les jugements sont notifiés par lettre recommandée et devant certaines juridictions d'exception, la loi prévoit des modes spécifiques de notification. Dernier critère de particularisme, c'est celui qui réside dans un élément d'extranéité, c'est tout simplement la question des notifications internationales. A ce titre, un décret du 3 décembre 2002 pris en application d'un règlement du 29 mai 2000 est venu créer une nouvelle section dans le nouveau code de procédure civile relative aux significations et notifications internationales, actes judiciaires et extrajudiciaires au sein de l'union européenne.

**§2 La sanction des irrégularités de forme :**

Dans le nouveau code de procédure civile, on distingue deux catégories de nullité, les nullités de forme et les nullités de fond.

A. Les nullités de forme :

Elles sont prévues dans les articles 113 à 116 du nouveau code de procédure civile, les causes sont très vastes. On peut citer l'absence de signature de l'huissier sur un ace signifié ou bien encore l'absence de mention de la date d'audience sur une assignation. C'est la plus fréquente. Cette nullité ne peut être prononcée que si trois conditions sont remplies.

La nullité doit être expressément prévue par la loi à moins que la formalité méconnue soit essentielle ou d'ordre public. Il faut que celui qui invoque la nullité formelle prouve un grief que lui cause cette irrégularité. Il faut démontrer que le vice de forme a causé un préjudice. La nullité ne doit pas avoir été régularisée. Il ne faut pas avoir complété l'acte ou en avoir eu la possibilité.

Cette nullité doit être soulevée par une exception de procédure, ce qui par conséquent exclut que le juge puisse soulever ce moyen. Cete nullité peut être invoquée au moment de l'accomplissement de l'acte. Il faut en tous cas intervenir rapidement pour que cette exception puisse prospérer. Avant de faire valoir ses défenses au fond ou ses fins de non recevoir. Si on dispose de plusieurs moyens de nullité, il faut les invoquer simultanément.

Cette nullité a des effets restreints à l'acte de procédure attaqué, l'acte est alors sensé n'avoir jamais existé. Dans certaines hypothèses, cette nullité pourra même s'étendre à tous les actes accomplis sur le fondement de l'acte annulé.

B. Les nullités de fond :

Il s'agit ici des nullités les plus graves et les plus énergiques, on envisage l'acte de procédure en tant que manifestation de volonté et c'est justement cette manifestation de volonté qui est viciée. On trouve à l'article 117 une énumération des irrégularités susceptibles d'affecter la validité au fond des actes de procédure. Dans cette liste, on trouve par exemple, le défaut de capacité pour agir, on trouve également le défaut de pouvoir d'une personne figurant par exemple comme représentant d'une personne morale. Cette liste n'est cependant pas limitative, c'est ce que confirme l'article 119 qui envisage l'hypothèse où la nullité pour irrégularité de fond ne résulterait d'aucune disposition expresse. Autrement dit il y a d'autres hypothèses dans lesquelles l'irrégularité peut être qualifiée d'irrégularité de fond suffisamment rave pour tomber sous le couperet de l'article 117.

Le régime est un peu différent que pour la nullité de forme. Tout d'abord, l'article 118 précise que ces nullités peuvent être prononcées sans texte et sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief. Ces nullités peuvent être proposées en tout état de cause à condition néanmoins d'éviter toute manœuvre dilatoire. De même, cette nullité ne doit pas avoir été couverte puisque dans cette hypothèse, la nullité ne pourra pas être prononcée par le juge. C'est ce que prévoit l'article 121 qui autorise la régularisation donc il y a pas de forclusion.

La sanction est plus énergique puisque la nullité est valable.

En outre, dans certaines hypothèses, il peut même y avoir perte du droit même. Par exemple, l'annulation d'un acte d'appel peut entraîner l'expiration du délai d'appel et ainsi priver d'appel celui qui est à l'origine de la nullité.

## Section 2 : Les délais de procédure :

Là encore, la notion de délai de procédure n'est pas clairement délimitée ; on s'entend pour dire que le délai est un laps de temps au cours duquel un acte doit être accompli ou au contraire ne saurait être accompli régulièrement.

### §1 Les différentes sortes de délais de procédure

Si on tente de cerner quelles sont les différentes sortes de délais possibles, on distingue les délais selon la fonction qu'ils assument.

En effet, il existe des délais de réflexion ou d'attente avant l'accomplissement d'un acte. Ces délais d'attente permettent d'assurer la protection des droits de la défense en évitant toute précipitation. Par exemple, on offre au défendeur un délai pour constituer avocat. Ce délai va offrir un laps de temps au défendeur pour organiser sa défense en toute sérénité puisque pendant ce délai, on interdit au demandeur de poursuivre la procédure ; à l'inverse, il y a des délais qui au contraire visent à accélérer l'accomplissement d'un acte, le plus souvent dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. C'est ainsi par exemple qu'on fixe un délai d'accomplissement d'une voie de recours.

On peut aussi distinguer les délais selon un autre critère qui tient à leur nature ; c'est ainsi que l'on a des délais légaux qui s'opposent à des délais judiciaires, c'est à dire des délais fixés par le juge au cours de l'instance. Par exemple, le juge de la mise en l'état fixe aux avocats des délais pour déposer leurs conclusions.

### §2 La computation des délais :

L’article 640 pose le principe que le délai court du jour de l’acte ou de sa notification. Généralement, le jour à partir duquel le délai commence à courir qu'on appelle le *dies a quo*, est en principe inclus dans le décompte sauf lorsque le délai est en jours. Dans cette hypothèse, le délai ne commence à courir que le jour suivant à 0 heure. Une assignation délivrée le 5 novembre ne fait courir le délai de comparution qu'à partir du 6 novembre.

En ce qui concerne le *dies at quem*, jour auquel tend le délai : on parle de délais francs ou non francs ; lorsque le délai est non franc, le dernier jour est inclus dans le délai. A l’inverse, le délai est franc lorsque le dernier jour ne compte pas. En réalité, la majorité des délais de procédure ne sont pas francs.

**§3 La modification des délais de procédure :**

La modification peut être judiciaire : la loi peut autoriser un juge à réduire un délai ou à le proroger.

Ou la modification peut être légale : les articles 643 et 644 mentionnent que les délais varient selon les distances, par exemple, les délais de comparution sont augmentés d’un mois pour les personnes demeurant dans un département d’outre mer et de deux mois pour celles qui résident à l’étranger.

**§4 La sanction de l’inobservation des délais :**

Lorsque la loi fixe un délai, l’inobservation de cette règle est si grave qu'elle entraîne la déchéance. C'est-à-dire que le droit lui même est perdu et l’acte qui lui même devait être accompli dans un certain délai ne peut plus l’être utilement lorsque le délai est expiré. Cette déchéance constitue une fin de non recevoir que le juge peut relever d’office lorsqu’elle a un caractère d’ordre public. Il n’y a que l’article 540 qui organise un relevé de forclusion dans les cas où un jugement a été rendu par défaut ou est réputé contradictoire.

# DEUXIEME PARTIE : LE DEROULEMENT DE L'INSTANCE

On peut préciser dès maintenant qu'il n'existe pas qu'une seul sorte d'instance destinée à se dérouler invariablement ; l'instance peut varier selon les types de procédure. Il faut savoir que le code fait déjà une distinction majeure entre la procédure contentieuse et la procédure gracieuse. Mais au sein même de la procédure contentieuse, il y a des variantes que l'on connaît déjà : l'hypothèse où les adversaires sont présents, on aura donc une procédure contradictoire. Mais il peut y avoir un autre type de procédure,la procédure par défaut, dans laquelle au moins l'un des adversaire est absent. De même, on distingue la procédure définitive, c'est-à-dire la procédure qui débouche sur un jugement qui tranche au fond et on la distingue par exemple de la procédure de référé qui ne conduit qu'à une décision provisoire. Sans oublier l'ordonnance sur requête qui est une procédure ni contradictoire ni définitive. D'autre part, il peut y avoir des instances simples, il y en a d'autres qui sont sujettes à des incidents et par conséquent perturbe le schéma idéal que l'on peut avoir de l'instance.

## Titre I : Les procédures suivies devant les juridictions de première instance

En ce qui concerne les procédures suivies devant les juridictions de première instance, le code fait une distinction fondamentale entre la juridiction de droit commun que constitue le TGI et les juridictions d'exceptions.

### CHAPITRE 1 : LES PROCEDURES SUIVIES DEVANT LE TGI, JURIDICTION DE DROIT COMMUN

En réalité, c'est le plus important car cette procédure est considérée comme le modèle de la procédure de l'instance civile.

Il existe des procédures spéciales qui peuvent être suivies soit devant le TGI lui-même soit devant le président du TGI qui a été investi au fil du temps d'une fonction juridictionnelle propre. Ces procédures spéciales, leur principal intérêt, c'est qu'elles sont nées de la pratique pour alimenter des besoins ponctuels pour améliorer le système.

## Section 1 : La procédure contentieuse ordinaire :

Cette procédure présente trois caractéristiques fondamentales :

La représentation par avocat est obligatoire

La procédure est écrite

L'instruction est judiciaire

### §1 La phase d'introduction de l'instance :

A. Le mode d'introduction de l'instance :

Il faut partir de l'article 750 qui propose plusieurs modes d'introduction de l'instance parmi lesquels, on doit nettement dégager l'assignation qui constitue le mode normal de l'introduction de l'instance devant le TGI. C'est un acte d'huissier par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge compétent. Ici, le terme de comparaître a un sens technique, il s'agit pour le défendeur de constituer avocat. Cette assignation doit comporter un certain nombre de mentions énoncées aux articles 56 et 752 à peine de nullité pour vice de forme. Cette assignation va établir un lien entre le demandeur et le défendeur.

B. La comparution du défendeur :

En contrepartie de l'assignation qui lui a été délivrée, le défendeur doit comparaître dans un délai de 15 jours. Cette constitution d'avocat se fait par acte du palais. L'avocat du défendeur informe l'avocat du demandeur de cette constitution et une copie de cette constitution est déposée au secrétariat greffe de la juridiction saisie. La comparution vaut ultérieurement non seulement pour le défendeur mais aussi pour toute personne participant au procès.

C. La saisine du tribunal : l'enrôlement

Cette saisine du tribunal se réalise par la délivrance d'une copie de l'assignation au secrétariat greffe du tribunal dans un délai de 4 mois à compter de l'assignation. Si le placement ou l'enrôlement n'a pas lieu dans ce délai imparti, l'assignation est caduque et l'instance est tout simplement périmée. Cette saisine du tribunal est généralement effectuée par le demandeur mais il n'y a aucun monopole et l'avocat du défendeur peut très bien prendre l'initiative de cet enrôlement. L'affaire va être inscrite sur un répertoire général tenu par le secrétariat greffe de chaque juridiction. On inscrit dans ce répertoire par ordre d'arrivée, toutes les affaires dont la juridiction est saisie. Et pour chaque affaire on indique la date de saisine, le numéro d'inscription, le nom des parties et la nature de l'affaire. Le greffier va alors ouvrir un dossier dans lequel seront versés tous les actes de la procédure à venir. Lorsque cet enrôlement a eu lieu, le TGI va devoir prendre deux décisions :

- Le TGI va devoir distribuer l'affaire à la chambre compétente pour traiter de l'affaire litigieuse, on va alors inscrire l'affaire sur le registre d'audience de la chambre que l'on appelle le sous rôle

- Le TGI va devoir arrêter une date et une heure d'audience que l'on qualifie d'appel des causes. Lors de cet appel des causes qu'on appelle aussi conférence, le président va évaluer avec les avocats l'état d'avancement de l'affaire. Soit l'affaire est en état d'être jugé dès l'échange entre l'assignation et les conclusions du défendeur. Dans ce cas, l'affaire est renvoyée à l'audience des plaidoiries. Soit au contraire, l'affaire n'est absolument pas préparée, il faut la mettre en état, c'est-à-dire l'instruire sous le contrôle d'un juge de la mise en l'état. On peut concevoir un état entre les deux dans lequel le président va fixer une date pour un ultime échange des écritures et le jour J les avocats reviennent devant le président, l'affaire est déclarée en l'état et on fixe alors la date de l'audience.

**§2 L'instruction de l'affaire : la mise en l'état**

Le président comme un des magistrats de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée statue comme juge de la mise en l'état. Cette institution avait été créée à titre expérimental par un décret de 1965, le succès a été tel qu'on a généralisé l'institution et amélioré en renforçant le pouvoir de ce juge de la mise en l'état. Cette instruction va s'effectuer sous le contrôle du juge de la mise en l'état.

A. Le rôle des parties au cours de l'instruction :

Dans la procédure avec représentation obligatoire, il appartient aux parties par l'intermédiaire de leurs représentants de rédiger des conclusions qui sont définies comme des actes de procédure dans lesquels les parties vont fixer leurs prétentions et proposer au juge une argumentation fondée sur des moyens de droit et de fait. Ces conclusions sont une nécessité puisqu'une partie ne peut déposer aucun moyen si elle ne conclut pas. L'assignation vaut

conclusion pour le demandeur. Quant au défendeur, il doit aussi déposer des conclusions après avoir constitué avocat. Cet échange de conclusions peut être unique ou multiple. C'est la raison pour laquelle on a instauré un calendrier de procédure. C'est tout simplement un calendrier qui fixe les dates auxquelles les échanges doivent avoir lieu. Ces conclusions qui sont fondamentales sont soumises à certaines formalités ; leur notification est soumise à une réglementation particulière de même que la communication des pièces. Le décret du 26 décembre 1998 avait posé des prescriptions de rédaction de ces conclusions.

- L'article 753 exige que ces conclusions soient qualificatives. Ces conclusions qualificatives sont un instrument pour le juge mais ne s'imposent pas à lui. Ces conclusions quant à leurs modalités de rédaction sont relativement libres, l'essentiel étant d'atteindre l'objectif dans l'argumentation en fait et en droit sachant que le juge de la mise en l'état peut toujours inviter les parties à mettre leurs conclusions en conformité avec cette exigence. Il existe également une procédure complexe qui permet de faire des conclusions en plusieurs fois, l'article 753 exige donc des conclusions récapitulatives. Cette obligation a causé pas mal de problèmes. Tout d'abord de savoir ce qui était entendu par « conclusions récapitulatives », on a conclu qu'il s'agissait d'un véritable travail de réécriture et pas une simple addition des moyens précédemment cités. Le 10 juillet 2000, la Cour de Cassation a affirmé dans un avis qu'aucune référence à des textes antérieurs ne pouvait être faite dans des conclusions récapitulatives ; toutes les conclusions successives doivent donc répondre à cette exigence de récapitulation. Le second problème posé par ses conclusions récapitulatives concerne leur domaine, l'exigence de récapitulation concerne-t-elle toutes les conclusions produites ou certaines d'entre elles uniquement. La Cour de Cassation a affirmé que la récapitulation concerne toutes les conclusions successives en demande ou en défense qui déterminent l'objet du litige ou soulèvent un incident de nature à mettre fin à l'audience. Les conclusions de pure procédure échappent donc à cette obligation. La sanction de cette obligation est qu'il n'est fait au juge obligation que de statuer que sur les dernières conclusions ce qui implique que les conclusions antérieures non reprises sont réputées abandonnées. La Cour de Cassation a cependant affirmé une réserve en expliquant que certains effets de droit restent attachés aux conclusions que celles-ci soient ou non reprises.

- L'annexion aux conclusions d'un bordereau récapitulatif des pièces utilisées qui ne doit pas être confondu avec le bordereau de communication des pièces. Le bordereau récapitulatif est adressé au juge pour lui permettre de vérifier les pièces communiquées et alléguées et de s'assurer qu'elles ont bien été communiquées tandis que le bordereau de communication des pièces n'est qu'un moyen de transmission des pièces entre avocats.

B. Le rôle du juge de la mise en l'état :

Il a une mission de contrôle effectif de la bonne marche du procès et surtout il aune mission de mise en l'état intellectuel. Il doit prendre une connaissance personnelle des affaires qui lui

ont été confiées. Dans cette mission, il a certains pouvoirs, notamment en matière de communication, d'obtention et de production des pièces. Il a le pouvoir d'ordonner toutes les mesures d'instruction comme les enquêtes ou les expertises.

Il a aussi une mission de régulation des causes, c'est là qu'il impose un rythme à l'instance en utilisant deux pouvoirs : celui de fixer des délais pour l'échange des conclusions ou pour la communication des pièces. Sachant qu'en cas de non respect de ces délais, il peut à titre de sanction renvoyer l'affaire en l'état devant le tribunal et donc clôturer l'instruction. Lorsque le manque de diligence émane de toutes les parties, il peut aussi prononcer une radiation. Il a aussi un pouvoir d'injonction envers les avocats qu'il peut entendre à tout moment et peut inviter à conclure ou à fournir des explications sur des questions aussi bien de fait que de droit. C'est à cette occasion qu'il peut mettre en demeure les avocats de rédiger des conclusions en conformité avec la loi. Il a également une mission de règlement des incidents, dès ce stade de la procédure, des incidents peuvent survenir. Il a le droit de purger l'affaire des incidents procéduraux qui peuvent l'être lors de l'instruction. C'est l'article 771 qui prévoit sa compétence dans trois domaines, il peut statuer sur toutes les exceptions de procédure et à ce titre, le décret de 1998 a considérablement élargi son pouvoir. Il statue sur toutes les mesures conservatoires ou provisoires et enfin, il a le pouvoir d'allouer une provision au créancier.

Dans l'exercice de ces missions, il peut prendre deux types de décisions : des décisions d'ordre juridictionnel que sont les ordonnances qui doivent être motivées et rendues en respectant le contradictoire. Elles n'ont pas autorité de chose jugée. Ces ordonnances dans certaines circonstances peuvent faire l'objet d'un appel dans les 15 jours de leur notification. Dans tous les autres cas, les appels et pourvois contre ces ordonnances ne pourront être exercées qu'avec le jugement sur le fond. Il peut également prendre des mesures d'administration judiciaire insusceptible de recours. Ces mesures peuvent être diverses : verbale versées au dossier ou des lettres.

C. L'ordonnance de clôture de l'instruction :

Lorsque le juge de la mise en l'état l'a décidé, il ordonne de clore l'instruction. Cette mesure cristallise le litige, par conséquent, à compter de son prononcé il est interdit de produire de nouvelles conclusions ou de nouvelles pièces.

Cette règle sévère est tempérée dans certains cas : on peut dans certains cas rouvrir l'instruction ou révoquer l'ordonnance. L'article 784 permet aussi de révoquer l'ordonnance en cas de cause grave survenue depuis la clôture. De même, pour essayer de ne pas prendre les avocats par surprise, il est possible de retarder le prononcé de cette ordonnance de clôture, c'est toute la question du report de l'ordonnance de clôture. Concrètement, lorsque le juge de la mise en l'état estime l'affaire prête envoie un bulletin aux avocats pour les prévenir de la date de clôture de l'instruction. Si au cours de cette période, une des parties fait un nouvel acte de procédure, il faut que le juge laisse répondre l'autre partie en repoussant au besoin l'audience.

**§3 Les débats :**

Cette phase de débats précède le jugement. Elle est gouvernée par deux notions essentielles : le respect du principe du contradictoire et les plaidoiries. Ceci étant, la réalité est bien différente. Faute de temps, les plaidoiries commencent à s'étioler. Et dans le pire des cas, on va même se contenter de remettre un dossier de plaidoirie. Ce dépérissement des plaidoiries est favorisé par le nouveau code de procédure civile qui permet d'effectuer des plaidoiries devant le juge de la mise en l'état qui rendra compte devant son collègue qui doit statuer.

A. L'ouverture des débats :

Elle a lieu au cours d'une audience dont on aura préalablement fixé la date et l'heure conformément à l'article 432. Cette ouverture des débats va produire des effets importants. Tout d'abord, elle va dessaisir le juge de la mise en l'état. C'est à ce stade que l'on va apprécier la composition du tribunal. C'est ce que prévoit l'article 430 qui dispose qu'en cas de contestation sur la question, il faut intervenir dès l'ouverture des débats.

B. Le déroulement des débats :

Il obéit à certaines règles :

- Les débats ont lieu en langue française qui est la langue de la république : cependant, si le juge maîtrise la langue de l'une des parties, il peut parfaitement se passer d'un interprète. Ces débats sont oraux et publics.

- Ils sont dirigés par le président qui seul a le pouvoir de donner la parole aux uns et aux autres.

- C'est également le président qui détient le pouvoir de « police », c'est tout simplement le fait qu'il puisse imposer une attitude de dignité et de respect des juges aussi bien aux parties qu'aux public. A ce sujet, on voit certaines audiences perturbées par les parties et par le public et l'autorité de la justice s'en ressent considérablement même s'il est vrai que cela concerne prioritairement les juridictions pénales.

- Dès lors qu'il y a un incident, celui-ci va être répertorié sur le registre d'audience. En théorie, ces débats devraient s'achever lors de la première audience mais l'article 432 prévoit qu'ils peuvent être poursuivis au cours d'audiences ultérieures dont on planifie les dates.

C. L’organisation des débats :

Le juge rapporteur est généralement le juge de la mise en l’état. Il aura préparé un rapport de manière à présenter objectivement l’affaire et de mieux préparer les débats. Après lui, les plaidoiries commencent. La parole est d’abord donnée à l’avocat du demandeur puis à celle du défendeur. Sachant qu'ils peuvent bien entendu se réfuter. Les parties ne sont pas exclues de ces débats, elles peuvent présenter des observations orales mais à la condition d’en avoir fait la demande et d’être assistées de leurs représentants. Le président peut retirer la parole à une partie. Surtout lorsqu’il constate sous le coup de la passion ou de l’inexpérience et qu'elle se saborde. Le ministère public peut intervenir, s’il est partie principale, il occupe la position soit de demandeur soit de défendeur. Par conséquent, il prendra la parole comme un plaideur ordinaire. S’il intervient comme partie jointe, il n’intervient que pour donner un avis quant à la solution du litige et dans cette hypothèse, il intervient en dernier lieu.

D. La clôture des débats et leur réouverture éventuelle :

Le président arrête les débats, sa décision vaut clôture. Néanmoins, l’article 444 autorise à rouvrir les débats à titre facultatif si un élément nouveau et décisif est porté à sa connaissance et à titre obligatoire lorsque les parties n’ont pas été à même de s’expliquer contradictoirement ou en cas de changement survenu dans l composition de la juridiction au cours de ces débats.

Une ois les débats clos, c'est le délibéré de l’affaire durant lequel les parties ne peuvent plus déposer aucune note sauf exception invoqué à l’article 445 ; c'est le cas lorsque le ministère public a pris la parole en dernier et que les avocats veulent lui répondre. Le tribunal peut lui même solliciter une note explicative sur certains points de la part des parties. Ce délibéré est secret et s’achève par le prononcé du jugement. Ce délibéré peut prendre plus ou moins deux temps. Il peut avoir lieu sur le siège,case les juges se concertent à voix basse sans quitter la salle ou alors se retirent quelques instants en chambre du conseil mais dans les deux cas, le jugement est rendu le jour même,on parle alors de jugement sur le champ. On peut aussi renvoyer à plus tard et c'est au président de décider de la date à laquelle le prononcé est renvoyé.

## **Section 2 : Les procédures spéciales :**

Le code distingue les procédures spéciales devant le tribunal lui même ou devant le président du tribunal.

On distingue deux catégories : les procédures subordonnées à l'accord des parties ou les procédures accélérées.

L'idée est de suivre un autre chemin que la procédure classique par une option expresse ou implicite. L'option expresse, c'est la procédure sur requête conjointe.

**§1 Les procédures spéciales devant le tribunal de grande instance lui-même :**

A. Les procédures subordonnées à l'accord des parties :

1° La procédure sur requête conjointe :

Elle témoigne d'une volonté de coopération des parties puisqu'elle offre à ces parties la possibilité d'introduire l'instance ensemble. Cete requête v être le résultat d'un accord des parties sur les limites de leur désaccord. Les parties s'entendent en réalité sur ce qui les oppose. Par exemple, en matière d'assurance, il est courant que l'on soit d'accord sur l'obtention d'une indemnité mais que l'on ne s'entende pas sur le montant.

Cette requête s'effectue facilement mais dans la mesure où elle constitue un acte introductif d'instance, elle doit contenir u certain nombre de mentions énoncées à 'article 57. Le plus important étant de retenir que cette requête vaut conclusion. On doit y trouver les éléments de fait, de droit et de preuve. Elle doit mentionner la constitution d'avocats et être signés par ceux-ci. Il n'y a pas d'obligation de délai, aucune obligation d'enrôlement dans les 4 mois. La saisine du tribunal s'opère par la simple remise de la requête au greffe. L'affaire en suite suivra la procédure ordinaire.

2° La procédure suivie devant un juge unique :

C'est une exception à la tradition de collégialité pourtant elle prend de l'envergure. On trouve le juge un peu partout dans les matières spécialisées. On trouve aussi ce juge devant la juridiction définitive, cas devant le tribunal de grande instance. C'est en effet l'article 311-10 qui a posé le principe de faire statuer sur une affaire par un seul juge du tribunal. Ce principe est retenu dans deux cas :

- Soit parce que la loi en décide ainsi de plein droit dans des textes spéciaux. C'est le cas par exemple, en matière d'accident de la route provoqué par des véhicules à moteur.

- Soit en toute matière parce que le président du tribunal de grande instance en décide ainsi. Néanmoins, les matières disciplinaires ainsi que celles relatives à l'état des personnes ne sont pas concernées.

Ce sont ensuite, les articles 801 à 805 qui attribuent une affaire à un juge unique. L'intérêt tient à ce que ce juge unique se voit conférer les pouvoirs de la mise en l'état et ensuite ceux du tribunal ?ms cette attribution de l'affaire à un juge unique n'est pas nécessairement définitive. L'une des parties peut toujours demander le renvoi à la forme collégiale dans les 15 jours qui suivent l'avis adressé aux avocats de recourir à un juge unique. Ce renvoi est de droit. Ensuite, le président du tribunal peut à tout moment renvoyer l'affaire devant la formation collégiale si la question litigieuse lui parait tout compte fait beaucoup plus complexe qu'au premier abord.

B. Les procédures accélérées :

1° Le Circuit Court :

Le président va regarder l'affaire. Si il constate quelle est en état d'être jugé au seul échange des conclusions il peut renvoyer à l'affaire de l'audience des plaidoiries sans autre forme d'instruction.

Cette possibilité existe parce que l'assignation vaut conclusion et parce qu'un délai plus ou moins long peut s'écouler entre l'assignation est le jour où l'affaire est appelée. Ce qui implique que des deux cotés les avocats et leurs clients ont eut le temps de préparer leur dossier.

Suppose que l'affaire soit simple

2° Procédure d'urgence à jour fixe :

Le demandeur va être autorisé en cas d'urgence à assigner le défendeur à un jour fixe.

Consiste à fixer la date à laquelle l'affaire sera plaidée au fond. On se dispense ainsi de l'inscription au rôle et de tout ce que cela implique.

Pour autant les conditions de recours à la procédure sont précises : UREGENCE caractérisée et il faut une AUTORISATION du président tu tribunal pour qu'il accède à cette demande.

Lorsqu'il accepte, il rend une ordonnance dans laquelle il fixe la date de l'audience des débats.

Le demandeur doit ensuite introduire l'instance par une assignation qui indiquera l'ordonnance et précisera au défendeur qu'il peut prendre connaissance de tous les éléments.…

Le jour de l'audience l'affaire peut être plaidée sur le champ si le défendeur a déjà un avocat et cela même si il n'a pas déposé de conclusion.

Si il n'a pas constitué d'avocat il encourt le risque d'être condamné au vue du dossier fournit par le demandeur.

## §2 Les procédures devant le président du Tribunal de Grande Instance :

### A- La procédure de référé : une procédure provisoire contradictoire

Article 484 : Décision provisoire rendue contradictoirement et qui permet à un juge, non saisit du principal, d'ordonner l'exécution immédiate de mesures nécessaires.

Aujourd'hui, tous les tribunaux sont dotés d'une procédure de référé bâtie sur le modèle du référé du Tribunal de Grande Instance.

Nez en moins, l'article 810 prévoit toujours que le président du Tribunal de Grande Instance exerce sa juridiction dans toutes les matières où il n'existe pas de procédure de référé.

Il peut être le prélude d'une instance au fond devant le tribunal, il peut mettre intervenir au court d'une instance au fond. Comme il peut aussi intervenir en dehors de tous litiges.

Mais pour qu'il soit possible il faut qu'il existe un cas d'ouverture à référé.

1° Cas d'ouverture à référé :

Cas général :

**Article 808** : Permet au Tribunal de Grande Instance d'intervenir dans tous les cas d'urgence.

Question de fait qui est appréciée souverainement par le président du tribunal et qui est malléable. Mais l'article 808 prévoit que le président ne peut intervenir que si la mesure sollicitée ne se heurte à aucune contestation sérieuse.

En réalité ce que l'on veut éviter c'est que le juge puisse trancher une question qui relève du domaine du fond. Il ne doit pas avoir besoin d'interpréter ou de qualifier un acte pour autoriser la mesure. Ce faisant, il empièterait forcément sur le fonds.

Les mesures qu'il peut autoriser sont celles permettant d'éviter des effets irréparables pour la partie qui sollicite ces mesures d'urgence.

Mais si le juge constate l'urgence, mais qu'il constate aussi l'existence d'une contestation sérieuse, il pourra alors accorder la mesure sollicitée s'il peut constater l'existence d'un différent.

Cette existence va permettre d'éliminer l'obstacle de l'existence d'une contestation sérieuse.

Cas Spéciaux :

- Article 809, alinéa 1 : Evoque la prévention d'un dommage imminent et la cessation d'un trouble manifestement illicite.
    - L'urgence est ici présumée mais l'existence d'un dommage imminent et d'un trouble illicite sont les conditions du recours en référé.
        - Le dommage imminent se réfère au préjudice que le demandeur va forcément subir si la mesure demandée en référé n'est pas accordée.
        - Le trouble manifestement illicite c'est le trouble à l'ordre public
- Article 809, alinéa 2 : Existence d'une obligation non sérieusement contestable qui permet au juge des référés d'accorder une provision au créancier ou d'ordonner l'exécution d'une obligation.

- Article 145 : Référé préventif. Le juge peut ordonner des mesures d'instructions *IN FUTURUM* s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de fait dont dépend la solution.

2° Pouvoir du juge quant aux mesures ordonnées :

Article 808 qui autorise toutes mesures alors que l'article 809 n'autorise que les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent.

L'article 145, lui, n'évoque que des mesures d'instruction. Mais l'amplitude est large : nomination d'un expert, d'un administrateur provisoire, conciliation…

Le point commun de ces mesures c'est qu'elles ne doivent pas être de nature à empiéter sur le fond. On ne pourrait pas par exemple prendre une mesure de destruction, car ce serait irréversible et que donc on empiète sur le fond.

3° Quant au déroulement de l'instance de référé :

Article 485 : Introduit par assignation, ou référé sur Placet qui consiste dans la remise au greffe d'une copie de cette assignation pour que l'affaire soit placée à l'audience des référés qui se tient à jour fixe dans chaque juridiction.

Lors de l'audience on procède à l'instruction et au débat. Procédure essentiellement orale vu que les conclusions ne sont pas obligatoires. Idem pour la Constitution d'avocats.

A la fin, le président rend une ordonnance de référé prononcée en audience publique…

Dans certains cas elle accorde la mesure sollicitée ;

Dans d'autre il peut prendre une ordonnance de renvoi devant le Tribunal de Grande Instance :

- Renvoi en état de référé : L'affaire est trop compliquée pour le pauvre président qui renvoie devant la chambre collégiale qui statuera en procédure de référé

- Renvoie au fonds : Il n'y a pas lieu à référer et le juge renvoie à une audience au fonds dont il fixe la date.

Décision provisoire donc elle n’a pas au principal d’Autorité de Chose Jugée et que le juge des référés peut la faire modifier en cas de circonstances nouvelles.

Il n’en demeure pas moins qu’elle est exécutoire de plein droit à titre provisoire. Le juge peut prononcer une astreinte pour faciliter l’exécution. Il peut même ordonner une exécution sur Minute, c'est-à-dire au seul vu de l’original de la décision sans avoir besoin de signification.

B- procédure sur requête

Article 493 : C’est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse.

Cette procédure appartient à tous les chefs de juridiction.

Néanmoins, le président du Tribunal de Grande Instance est le seul à pouvoir statuer sur requête en toutes matières et même au-delà de sa compétence d’attribution.

1° Domaine de la procédure :

Article 812 qui distingue un cas général de compétence. L’alinéa 2 précise que le président du Tribunal de Grande Instance est compétent si l’urgence le justifie.

Il peut ainsi prendre une ordonnance sur requête lorsqu’il craint que la partie adverse face disparaître les preuves.

Il faut savoir que la rectification d’état civil se fait selon la procédure sur requête. Donc certaines choses ne se font que par la procédure de requête.

Exigence commune : Nécessité de ne pas appeler l’adversaire, soit parce qu’on ne veut pas qu’il soit présent ou parce qu’on ne peut pas l’identifier

Mais recours spécifique offert à l’adversaire qui permet de rétracter la décision : C’est le contredit.

2° La procédure :

Requête en double exemplaire au président du Tribunal de Grande Instance qui doit être motivée (l'ordonnance pas le président…).

A l'issu de la procédure non contradictoire, le président va rendre une ordonnance dans laquelle il a pu accéder à la demande.

Cette ordonnance et cette requête seront adressées à la personne à qui on les oppose.

Caractère provisoire de l'ordonnance donc elle n'a pas au principal d'Autorité de Chose Jugée et qu'elle peut être modifier.

Mais elle est exécutoire de plein droit sur Minute.

## Section III : La procédure Gracieuse

Articles 25 et suivants mais aussi des règles particulières déterminées par la matière de chaque juridiction.

### §1 Le domaine de la procédure :

A- L'absence de tous litiges :

Passé, présent ou à venir.

Il peut exister un litige potentiel mais qui ne fait pas obstacle à la procédure gracieuse. Cependant cette qualification n'est pas immuable lorsque le litige potentiel devient réel alors il y a élévation du contentieux et on passe de la matière gracieuse à la matière contentieuse…

Intervention d'un tiers ou du Ministère Public est possible…

B- La nécessité d'un contrôle judiciaire

En raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant.

Contrôle prévu par la loi qui peut être minimum, le juge vérifiera uniquement la légalité de l'acte, et peut aussi être maximum, c'est le cas lorsque le juge appréciera l'opportunité de l'acte.

### §2 Le déroulement de la procédure :

Demande introduite par une requête qui est nécessairement présentée par un avocat ou un officier public.

Cette requête est transmise au président du tribunal qui désigne un juge rapporteur dont les pouvoirs sont extrêmement importants.

D'office il va vérifier sa compétence, la validité de la saisine et procéder à l'examen au fonds de l'affaire.

A cette occasion il se présente comme le contradicteur légitime du requérant.

Audience des débats : Elle n'est pas imposée.

L'article 28 autorise le juge à se prononcer sans débat. L'essentiel c'est qu'il respecte le contradictoire en sollicitant les observations du requérant.

Le jugement :

Son prononcé a lieu hors de la présence du public en raison de la spécificité des matières concernées.

Ce n'est qu'à titre exceptionnel que la loi impose un prononcé en audience publique.

C'est le cas par exemple en matière de jugement prononçant une adoption.

## CHAPITRE II : LES PROCEDURES DEVANT LES JURIDICTIONS D'EXCEPTION

Il est plus difficile de définir la spécialité du tribunal d'instance qui a suscité des réflexions doctrinales. C'est une juridiction chargée de régler les litiges de la vie quotidienne. Elle est aujourd'hui concurrencée sur ce terrain par la juridiction de proximité compétente sur des plus petits litiges encore dont la valeur ne dépasse pas 1500€.

## Section 1 : La procédure devant le tribunal d'instance :

Le fonds du droit est le même que devant le tribunal de grande instance, la différence ne tenant qu'au taux de compétence. La première originalité que présente la procédure suivie devant le tribunal d'instance, c'est que c'est une procédure simplifiée dominée par l'oralité. C'est l'oral qui domine, de ce fait le ministère d'avocat n'est pas obligatoire. Les parties peuvent se défendre elles-mêmes devant le juge et cette oralité et l'absence de ministère d'avocat fait que cette procédure est simple et moins onéreuse. La seconde originalité est qu'on distingue la procédure ordinaire dérivant de la procédure suivie devant le tribunal de grande instance avec quelques aménagements et on distingue des procédures spéciales qui pour certaines d'entre elles marquent le particularisme de ce tribunal d'instance.

### §1 La procédure ordinaire :

Elle est marquée par l'esprit de conciliation puisqu'on a aménagé une phase de conciliation avant la phase contentieuse. Tout d'abord la phase de conciliation, ensuite la phase contentieuse.

A. La phase de conciliation :

Elle s'explique parce qu'elle est l'héritière des juges de paix. Pour faciliter cette conciliation, le législateur a choisi de la rendre facultative et l'a envisagée sous deux angles. Cette conciliation peut être tentée préalablement à l'instance contentieuse, elle peut aussi intervenir au cours de l'instance contentieuse et être donc intégrée.

1° La tentative préalable de conciliation :

Pour qu'il y ait une tentative préalable de conciliation, il faut que le demandeur ait saisi le tribunal d'instance d'une demande de conciliation, c'est donc une demande spontanée de sa part. le juge peut alors hésiter entre deux choix. Le premier consiste à désigner avec l'accord des parties un conciliateur. Les parties sont donc informées que la conciliation sera menée par un conciliateur et elles doivent donner leur accord sur cette conciliation. En réalité, les parties ont tout d'abord la possibilité de répondre qu'elles sont d'accord sur le principe d'une conciliation, le défendeur accepte l'idée d'une conciliation, il faut aussi qu'elles acceptent que cette conciliation soit menée sous l'égide d'un conciliateur. Si le défendeur rejette toute idée de conciliation, l'affaire pourra être immédiatement jugée si les parties y consentent.

Si le défendeur ou même le demandeur ne sont pas d'accord sur le fait que cette conciliation ait été confiée à un conciliateur, le juge devra procéder lui-même à cette conciliation.

A la fin de sa mission, soit on a un constat d'accord signé par les parties qui sera transmis aux juges pour être homologué, soit la conciliation est un échec, les parties sont avisées de cet échec et de la possibilité qui leur est offerte si elles y consentent à ce que l'affaire soit immédiatement jugée. Cette conciliation peut aussi être menée par le juge lui-même à une date et une heure fixée par le greffier, les parties sont convoquées à une audience de conciliation. Bien entendu, les parties doivent être présentes et elles peuvent être assistées.

En cas de succès, on dresse un procès-verbal de conciliation, en cas d'échec, l'affaire peut être immédiatement jugée si les parties y consentent.

Il est possible aussi que cette conciliation soit dès le départ intégrée à l'instance contentieuse.

2° La tentative de conciliation intégrée à l'instance contentieuse. :

L'assignation à toutes fins dont l'objet est à la fois d'obtenir du juge une conciliation si cela est possible ou à défaut, d'obtenir un jugement.

La requête conjointe dont la finalité est d'introduire ensemble l'instance en exposant leurs prétentions au juge.

La présentation volontaire des parties, les parties se présentent ensemble à l'instance pour qu'il soit statué sur leurs différends.

La déclaration au greffe : c'est le procédé le plus récent et le plu utilisé, elle permet au demandeur de s'adresser directement au greffe qui enregistre sa déclaration qui doit préciser l'objet de sa demande et l'identification des parties. Ces parties seront convoquées par lettre recommandée avec accusé de réception à une audience où le juge commencera par les concilier et à défaut, tranchera le différend.

B. La phase contentieuse :

Selon le mode de saisine du tribunal, la phase contentieuse ne commence pas de la même manière. Dans l'hypothèse où il y a eu une tentative préalable de conciliation, la phase de jugement ne commence après l'échec de la conciliation que si les parties y consentent. Si elles y consentent, on procède alors, selon les modalités de la présentation volontaire, si elles n'y consentent pas, le demandeur devra assigner son adversaire aux fins de jugement ce qui du coup retarde le cours des choses.

Dans tous les autres cas où il y a intégration de la conciliation dans la phase contentieuse, cette phase contentieuse commence à la suite de l'échec de la conciliation sans autres formalités. L'affaire peut donc être immédiatement jugée si elle est en état, elle peut aussi être reportée à une audience ultérieure et durant ce laps de temps, le juge d'instance pourra mettre en état l'affaire. Il pourra ainsi inviter les parties à s'expliquer, il pourra les mettre en demeure de produire certains documents. Il pourra même ordonner des mesures d'instruction.

A l'audience de jugement, la procédure est orale ce qui signifie que les parties peuvent elles-mêmes présenter au juge leurs moyens de fait de droit et de preuve.

Il faut savoir que la preuve de la présentation orale des prétentions tiendra au compte-rendu des débats qui seront mentionnés au dossier et consignés sous forme de procès-verbaux où tiendra aux énonciations du jugement ce qui implique que dans tous les cas de figure, vous vous en remettez aux bons soins du greffier. Or la pratique révèle que ces notations sont sommaires et la partie court le risque qu'une de ses prétentions n'ait pas été retenue d'où le conseil fait aux parties de déposer des notes écrites et même d'élaborer de véritables conclusions. Cependant, en raison de l'oralité de la procédure, ces écrits n'ont pas le statut juridique de conclusions. Cela veut dire que le débat n'est lié que par les déclarations faites à l'audience, cela veut dire aussi qu'en cas de contradiction entre les écrits et les déclarations orales enregistrées par le greffier, ce sont ces dernières qui priment. D'autre part, l'oralité a aussi des conséquences sur les conditions d'admission des écrits, les écrits des parties ne sont pris en considération que si la partie comparaît ou se fait représenter, à défaut, les écrits sont irrecevables.

**§2 Les procédures spéciales :**

A. les ordonnances de référé ou sur requête :

Le nouveau code de procédure civile a conféré au juge d'instance le pouvoir de rendre des ordonnances de référé aux articles 848 et suivants, le juge d'instance intervient dans les mêmes hypothèses et peut prononcer les mêmes mesures que le président du tribunal de grande instance. Le nouveau code de procédure civile a aussi conféré au juge d'instance le pouvoir de rendre des ordonnances sur requête lorsque les circonstances exigent que des

mesures urgentes ne soit pas prises contradictoirement (article 851). La forme de la requête comme la procédure à suivre obéissent aux mêmes règles générales que celles suivies devant le président du tribunal de grande instance. La seule spécificité c'est que bien entendu ces ordonnances de référé ne peuvent être ordonnées que dans la limite de ses compétences.

B. La procédure d'injonction de payer et de faire :

L'article 1405 du nouveau code de procédure civile organise la procédure d'injonction de payer,cette procédure permet au créancier d'obtenir du juge un titre exécutoire contre un débiteur récalcitrant en déposant au greffe du tribunal une requête indiquant le montant de la créance accompagnée des documents justificatifs. Cette procédure est un moyen rapide, simple et peu coûteux pour un créancier d'obtenir un titre exécutoire. Elle connaît un fort succès puisque cette procédure permet d'évacuer la moitié des contentieux d'instance relativement au recouvrement. Elle a cependant un domaine bien déterminé. Elle ne peut être utilisée que pour le recouvrement de créance ayant une cause contractuelle ou résultant d'une obligation statutaire et s'élevant à un montant déterminée. Si le juge considère que la requête est fondée, il va rendre une ordonnance d'injonction de payer qui va être signifiée au débiteur dans un délai de 6 mois. L'idée est que à la réception de cette ordonnance, le débiteur paie au créancier ce qu'il lui doit. C'est donc un procédé incitatif.

Une injonction de faire obéit un peu au même état d'esprit. Elle est plus récente (décret du 4 mars 1988). C'est une procédure i a vocation à protéger les consommateurs en leur permettant d'obtenir l'exécution rapide et simplifiée des obligations de faire dont ils sont créanciers. Le domaine de cette injonction est donc bien déterminé à l'article 1425-1 du nouveau code de procédure civile qui évoque l'exécution en nature d'une obligation née d'un contrat conclu entre commerçant et non commerçant ou entre non commerçants. Là encore, si le juge accueille la requête, il rend une ordonnance d'injonction de faire en fixant l'objet de l'obligation et les conditions de son exécution. Si l'injonction fait fléchir le professionnel, l'objectif est atteint, en cas d'inexécution partielle ou totale, le tribunal statuera sur la demande après avoir tenté une conciliation.

**§3 La juridiction de proximité :**

C'est donc une nouvelle juridiction créée par la loi du 9 septembre 2002, c'est une loi organique du 26 février 2003 qui a défini le statut de ces juges non professionnels. En application de ces textes, le décret du 23 juin 2003 est venu déterminer les règles d'organisation et de fonctionnement de cette nouvelle juridiction. Cette juridiction est nouvelle mais elle est indéniablement dépendante du tribunal d'instance sur plusieurs plans. Tout d'abord, en ce qui concerne son organisation, il faut savoir que cette juridiction partage le greffe du tribunal d'instance et c'est au magistrat chargé de la direction et de l'administration du tribunal d'instance à installer les juges de proximité. C'est en effet à lui par exemple de fixer les audiences, c'est lui également qui sera le destinataire du rapport

d’activités que devra dresser le juge de proximité. Sur la compétence, il y a aussi une imbrication notable, la compétence territoriale est déterminée selon les règles applicables au tribunal d'instance. En ce qui concerne la compétence d’attribution, sur le plan civil, l’article L331-2 du code de l’organisation judiciaire confère compétence aux juges de proximités pour les actions personnelles et mobilières jusqu’à 1500€ introduites par une personne physique pour els besoins de sa vie non professionnelle. Le décret est venu réaménager cette compétence pour éviter des chevauchements. Les pouvoirs de la juridiction de proximité sont identiques à deux différences près. La juridiction de proximité ne peut pas connaître des demandes incidentes, des exceptions et moyens de défense impliquant une interprétation du contrat,en outre,elle ne peut statuer si l’exception ou le moyen défense implique l’examen d’un question de nature immobilière pétitoire. La juridiction de proximité peut aussi connaître des procédures d’injonction de payer ou de faire dans la limite de sa compétence fixée à 1500€. Enfin, sur le plan de la procédure, il y a une véritable identité entre ces deux juridictions, le pouvoir réglementaire a d’ailleurs choisi de fusionner dans un nouveau titre II du livre II du code les règles applicables au tribunal d'instance et aux juridictions de proximité. Les deux seules exception à ce sujet étant les procédures de référé et de requête et pour souligner l’étroite dépendance des juridictions de proximité à l’égard du tribunal d'instance, l’article L.311-4 du code de l’organisation judiciaire a prévu un mécanisme de renvoi de l’affaire devant le tribunal d'instance par le juge de proximité lorsqu’il se heurte à une difficulté juridique sérieuse.

Section 2 et 3 non traitées

## TITRE II : LES INCIDENTS DE LA PROCEDURE

Les incidents, ce sont tout simplement des facteurs de complication de l’instance qu'il faut résoudre dans le cadre de l’instance. Il existe plusieurs sortes d’incidents : des incidents de compétences, des incidents relatifs au personnel judiciaire. Il existe aussi des incidents relatifs à la preuve qu'il faut absolument résoudre puisqu’il appartient aux parties de prouver les faits au succès de leurs prétentions. Le juge néanmoins dispose de pouvoirs en la matière.

Enfin, il y a des incidents relatifs au cours de l’instance elle-même, il arrive en effet que des incidents provoquent des retournements de situation et modifient le cours normal d’une instance.

### CHAPITRE I : LES INCIDENTS RELATIFS A LA PREUVE

Les principes directeurs consacrés à la preuve sont énoncés aux articles 9 et 10, ils découlent de ces principes qu'il existe en fait deux moyens de preuve : les preuves préconstituées, ce sont celles qui sont fournies par les plaideurs au soutien de leurs prétentions, c'est ainsi que le titre 7 du nouveau code de procédure civile sur la question de la preuve commence par traiter de la question des pièces. Mais il y a une deuxième catégorie de preuves, ce sont celles qui se cherchent au cours de l'instance, qui doivent être ordonnées par le juge et mise en œuvre sous son contrôle. Il s'agit des mesures d'instruction qui sont réglementées aux articles 143 à 284-1 du code.

## Section 1 : Les pièces :

La réglementation vise un objectif, celui d'avoir connaissance des pièces de son adversaire ; c'est ainsi que l'on organise la communication des pièces qui en principe doit être volontaire. Chacun des plaideurs devra volontairement verser aux débats tous les éléments de preuve qu'il invoque. Néanmoins, cette spontanéité peut faire défaut, il s'agit donc d'organiser leur production forcée. D'autres incidents peuvent également surgir. Les pièces peuvent être détruites par des tiers, c'est la question de l'obtention des pièces et l'autre question à régler concerne celle des contestations qui peuvent s'élever relativement à la preuve libérale.

### §1 La communication des pièces entre les parties :

A. La communication volontaire :

Celui qui fait état d'une pièce doit la communiquer à l'autre partie à l'instance sinon elle ne pourra pas être produite aux débats, c'est-à-dire invoquée devant le juge (article 132 du nouveau code de procédure civile). L'article 132 cause aussi certains critères de qualité de cette obligation en évoquant le fait que cette communication soit globale et soit effectuée en temps voulu. Quant à la preuve de la communication, elle résultera du bordereau que chaque avocat établit en énumérant les pièces, l'original étant laissé à la partie adverse et une copie tant donnée au tribunal. Malgré tout, la jurisprudence a du poser des présomptions de communication pour ne pas écarter du débat des pièces qui ont été régulièrement communiquées mais dont aucune preuve directe de cette communication ne peut être faite.

Lorsque les pièces dont la communication est contestée ont été visées dans les conclusions de l'une des parties, que ces conclusions ont été signifiées et qu'aucune contestation n'a été élevée à propos de leur production, il est présumé que ces documents ont été régulièrement versées aux débats contradictoires.

Dans l'hypothèse où ces pièces ne sont pas visées par les conclusions mais que les juges se sont appuyés sur ces documents dont la production au débat n'a donné lieu à aucune

contestation devant eux, ces pièces bénéficient d'une présomption de régularité en ce qui concerne leur communication et leur production.

B. La production forcée :

Si la communication n'est pas volontaire, la partie qui en est victime peut demander au juge d'enjoindre à son adversaire d'effectuer la communication. Cette demande d'injonction de communiquer doit être précise, c'est-à-dire qu'il faut désigner la pièce réclamée et cette demande doit être pertinente. C'est-à-dire que la pièce réclamée doit être en relation suffisante avec les faits de l'espèce. Elle doit en tous cas permettre ou favoriser la solution du litige. Le juge appréciera bien entendu cette demande et il s'assurera aussi de l'absence d'obstacle à la communication de la pièce. Effectivement, la partie qui ne communique pas la pièce peut se prévaloir d'un intérêt invoqué par exemple que le document contient des éléments protégés par le secret professionnel ou contient des éléments qui relèvent de a vie privée. C'est au juge à apprécier ici la nature de l'obstacle. Sinon, le juge fixe librement les modalités de la communication au besoin sous astreinte. L'idéal étant que la partie s'exécute devant l'injonction en cas de défaut de communication, les pièces devront être écartées du débat par le juge. Et si jamais le juge venait à les utiliser, le jugement pourrait être frappé de nullité pour violation des droits de la défense.

**§2 L'obtention des pièces détenues par des tiers :**

Il n'est pas rare en effet que des pièces soient détenues par un tiers personne physique ou morale de droit privé ou public. Les articles 138 à 141 reconnaissent au juge un pouvoir d'injonction vis-à-vis des tiers. Il suffit qu'une des parties présente une demande au juge indiquant la pièce qu'il cherche à obtenir et son lien de rattachement avec la cause et il faut convaincre le juge qu'il n'y a pas d'autre moyen d'obtenir cette pièce qui est indispensable à la manifestation de la vérité. Après avoir reçu cette demande, le juge vérifiera l'absence d'empêchement légitime conformément à l'article 11. En effet, l'existence d'un empêchement légitime donne droit aux tiers de contester la validité de cette injonction. Si au final, le juge estime la demande ondée, il ordonnera la délivrance de la pièce et son ordonnance est exécutoire à titre provisoire. Le tiers a quand même la possibilité d'intenter un recours contre cette ordonnance, recours en rétractation devant le juge qui l'a ordonné et il peut encore faire appel de la décision qui sera rendue sur la demande en rétractation.

**§3 Les contestations relatives à la preuve littérale :**

Il arrive qu'au cours d'un procès, un litige survienne sur l'attribution d'un acte ou sur son contenu. On a donc instaure deux procédures qui permettent de vérifier l'authenticité ou la sincérité des actes litigieux.

A. La demande en vérification d'écriture :

La vérification d'écriture permet à un plaideur qui suspecte l'origine d'un acte que son adversaire produit en justice de aire établir la sincérité de l'origine de l'acte ou l'authenticité de la signature. Cette demande en vérification d'écriture peut être présentée à l'occasion d'un procès, elle est alors dite incident, elle peut être présentée directement sans attendre le procès, elle est dite principale. Dans les deux cas, ce sont les mêmes règles qui s'appliquent, celles qui découlent de l'article 298 du nouveau code de procédure civile. Sinon il doit personnellement procéder à la vérification et si les éléments en sa possession ne suffisent pas, il peut ordonner des mesures d'instruction, plus particulièrement une expertise graphologique éventuellement.

Si il s'avère que cette pièce a bien été écrite par celle qui l'a signée, il peut y avoir amende civile et dommages et intérêts.

B. La demande en faux :

Le faux peut être matériel, l'acte a été altéré ou fabriqué de toute pièces. On peut aussi avoir un faux intellectuel, c'est-à-dire que les énonciations de l'acte sont fausses. Là encore, la demande en faux peut être faite incidemment ou à titre principale. Elle peut concerner un acte sous seing privé comme un acte authentique. Lorsque le faux est un acte sous seing privé, on applique les règles de compétence de la vérification d'écriture. C'est-à-dire qu'à titre principal, c'est le tribunal de grande instance qui est compétent. Qu'il soit à titre principal ou incident, la fausseté de l'écrit pourra être établie par tous moyens et la procédure suivie est similaire à celle de la vérification d'écriture. Lorsque le faux est un acte authentique, les articles 303 à 316 ont organisé une procédure particulière en raison de la gravité de la situation. Tout d'abord, seules les juridictions de droit commun sont compétentes, c'est-à-dire tribunal de grande instance ou Cour d'appel. En outre, cette procédure donne lieu à communication au ministère public. Lorsque ce faux est demandé à titre principal, l'assignation doit être précédée d'une inscription de faux, c'est-à-dire de la remise au greffe du tribunal de grande instance d'un acte dans lequel le demandeur expose ses moyens pour établir le faux. Si le défendeur déclare ne pas vouloir se servir de l'acte inscrit en faux, le juge en prend acte et les choses peuvent s'arrêter là. Si le défendeur ne comparaît pas ou déclare vouloir se servir de l'acte, la procédure est engagée et la preuve se fait par tous moyens. La preuve se fait également par tous moyens quand la procédure est engagée de manière incidente.

Le jugement qui déclare le faux sera mentionné en marge de l'acte reconnu faux avec toutes les sanctions éventuelles qui en découleraient. Si le faux n'est pas retenu, le demandeur succombera et sera condamné à une amende civile.

## Section 2 : Les éléments de preuve résultant de l'intervention judiciaire : les mesures d'instruction :

### §1 Les règles communes à toutes les mesures d'instruction

A- Les mesures ordonnant une mesure d'instruction

1) Les conditions

Article 10 et 154 du nouveau code de procédure civile. Les conditions doivent être ordonnées par le juge soit que les parties en ait fait la demande, soit que le juge l'ait décidé d'office.

Caractère subsidiaire de ces mesures, soulignés par l'article 146 en précisant que ces mesures ne peuvent être ordonnées en vue de suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve.

Ces mesures d'instructions peuvent être ordonnées en tout état de cause au court de l'instance, c'est-à-dire à tous moments entre l'instant où l'affaire s'engage jusqu'au jour de la mise en délibérée.

Cette condition ne concerne pas les mesures d'instruction, *in futurum* pouvant être ordonnée avant tout procès dès lors qu'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de fait dont pourrait dépendre la solution du litige.

2) Décision du juge

Peut prendre la forme d'une ordonnance ou d'une simple mention au dossier ou au registre d'audience, dans le cas où la décision ne peut être l'objet d'un recours immédiat.

Le juge peut alors ordonner une mesure, il peut aussi conjuguer plusieurs mesures.

Mais l'article 147 lui commande de limiter le choix de la mesure a ce qui est suffisant pour la solution du litige, et lui commande aussi de ne retenir que la mesure la plus simple et la moins onéreuse.

Cette décision ne dessaisie pas le juge. Il peut donc revenir et à tous moments restreindre ou accroître l'étendu des mesures d'instructions. Il peut même statuer au fonds avant leur exécution si il s'estime au final suffisamment informé.

3) Les voies de recours

Décision insusceptible d'opposition et n'est pas susceptible d'appel ni de pourvoi immédiat indépendamment du jugement sur le fond, sauf cas spécifié par la loi.

Mesures d'instruction in futurum : Elles peuvent faire l'objet de voie de recours ordinaires.

B- L'exécution des mesures d'instruction

Elles sont mises à exécution à l'initiative du juge ou de l'une des parties et peuvent être exécutées sur le champ.

Lorsque plusieurs mesures ont été ordonnées, leur exécution peut être simultanée. Lorsqu'elles doivent être exécutées devant une juridiction, elles le seront en audience publique ou en chambre du conseil selon les règles applicables au débat sur le fond.

Le juge joue un rôle prépondérant dans leur exécution. Si le juge ne procède pas lui même à la mesure d'instruction, elle est dans tous les cas exécutée sous son contrôle. Aucune mesure ne peut être exécutée indépendamment du juge.

Contrôle par le juge qui a ordonné cette mesure…Mais si mesure ordonnée par une juridiction collégiale, contrôle par le juge chargé de l'instruction, à défaut par un juge de la formation auquel le contrôle est attribué, et sinon au président de cette formation collégiale.

Contrôle spécialisé dans les mesures d'instruction, confié par un technicien.

Les tiers doivent apporter leur concours afin de respecter le principe du contradictoire. Et le défaut de convocation est durement sanctionné puisqu'il entraîne la nullité de la mesure d'instruction.

**§2 Les règles spécifiques aux différentes mesures d'instruction :**

Le code énumère les différentes mesures en distinguant selon les personnes qui fournissent l'information.

A- Les vérifications personnelles du juge

Le juge, afin de vérifier les faits litigieux, peut en prendre en toutes matières une connaissance personnelle.

En gros et en français cela veut dire que le juge peut procéder aux constations, aux évaluations, aux reconstitutions qu'il estime nécessaire en se transportant au besoin sur les lieux.

Cette dernière caractéristique explique que cette vérification personnelle était assimilée à une descente sur les lieux.

Ces vérifications sont effectuées en présence des parties ou du moins après les avoir appelées.

B- La comparution personnelle des parties

Article 184 : Le juge peut faire comparaître personnellement les parties ou l'une d'elle. Cette comparution a changé d'esprit avec le temps. A l'origine elle visait surtout à obtenir l'aveu

des parties, aujourd'hui elle sert surtout à établir un contact direct avec elles, de manière à ce que le juge puisse se faire une opinion en leur posant des questions.

Les parties doivent venir en personne.

Elles doivent répondre personnellement aux questions posées sans pouvoir lire un texte préparé d'avance.

L'interrogatoire se fait en présence de toutes les parties et la comparution ne vise qu'une seule d'entre elle à moins qu'il n'existe des motifs justifiant des comparutions séparées.

Les parties peuvent tout faire : Comparaître et répondre ; Comparaître et ne pas répondre ; Ne pas comparaître etc…

Les parties peuvent être assistées pendant la comparution.

C- Les déclarations de tiers et les témoignages

Lorsque a preuve testimoniale est admissible le juge peut recevoir des tiers des déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ces tiers ont une connaissance personnelle.

On distingue deux formes de déclarations :

- Celles écrites : Attestations rédigées à la main du témoin, signées et datées par lui dans laquelle il va relater les frais auxquels il a personnellement assisté. Cette attestation doit aussi mentionner qu'il est au courrant qu'elle est établie en vue de sa comparution en justice et qu'il est au courant des sanctions en cas de fausse attestation.

- Celles orales : Ce qui implique qu'il y a eut enquête. Sur le champ (et dans la ville ensuite…merci Anne-Claire…), c'est le cas lorsque l'enquête est faite sur le vif ; Enquête ordinaire qui organise l'audition de témoin sur des faits qui ont été préalablement déterminés.

D- Les mesures d'instruction exécutées par un technicien

Le juge peut recourir à un technicien lorsque les faits sont complexes.

1) Dispositions communes

Article 232 à 248 : Le juge peut choisir le technicien sur une liste d'experts ou se départir de cette liste, sauf dans les cas où la profession est strictement réglementée.

Personne morale ou personne physique….

Faut un agrément du juge si pas assermenté.

Le technicien doit personnellement accomplir sa mission, l'accomplir avec objectivité et impartialité et il doit respecter les délais qui lui sont impartis par le juge au risque de voir sa rémunération diminuée.

Droit de recueillir des informations de toutes personnes, pouvoir de communication de documents détenus par les parties et les tiers.

Le technicien peut solliciter le juge. Lorsque par exemple il est confronté à un refus de communication.

Le juge peut modifier la mission du technicien, l'assister…bref le contrôler…

Rémunération fixée par le juge puisque l'article 248 interdit au technicien de recevoir d'une partie une quelconque rémunération.

A la fin, il donne un avis sur les points qui lui ont été soumis. Il ne doit faire état que des informations légitimement recueillies et qui sont seules de nature à éclairer la question litigieuse.

De toutes les manières cet avis ne lie pas le juge qui peut très bien ne pas le suivre, nez en moins il est très rare qu'un juge ne suive pas l'avis d'un technicien.

Le code de procédure civil a adapté les mesures d'intervention du technicien pour les adapter aux besoins.

2) Les modalités d'intervention

La constatation :

Le juge demande d'éclairer sur une question de fait, purement matérielle.

La consultation :

Question purement technique mais qui nécessite plus qu'un constat, une interprétation des faits.

En réalité la constatation et la consultation obéissent aux mêmes règles puisqu'on a fait que remplacer le mot.

L'Expertise :

Plus lourde, plus onéreuse mais tellement pratiquée…

Le juge ne doit ordonner l'expertise que lorsque les deux autres modalités ne suffisent pas.

Lorsque le juge décide de recourir à l'expertise il doit exposer les circonstances qui la rendent nécessaire et il doit définir précisément les missions de l'expert et le délai dans lequel ce dernier doit donner son avis.

Rémunération immédiate consignée à la charge de la partie consignée par le juge.

Depuis le décret de 98, les parties peuvent même être sanctionnées en cas de défaut de communication de pièces aux experts.

Il doit rendre des comptes et tenir le juge informé de ses opérations et des diligences qu'il accomplis.

L’expert doit respecter le principe du contradictoire et doit appeler les parties lorsqu’il réalise une expertise.

Elles doivent dans le meilleur des cas être présentes.

A la fin il rend un avis :

- Verbal : Exposé à l’audience qui fera l’objet d’un PV.
- Rapport : Communiqué aux parties et déposés au Greffe.

L’avis ne lie pas le juge (et parfois le juge ne lit pas l’avis…facile…).

Mais il doit quand même le suivre…c’est du moins préférable.

## CHAPITRE II : LES INCIDENTS RELATIFS AU COURS DE L’INSTANCE :

Ces incidents désignent des situations qui provoquent un blocage, un arrêt ou l’extinction même de l’instance sans qu'une décision définitive ne soit intervenue.

### Section 1 : L’interruption de l’instance

L’interruption de l’instance est une situation de fin provisoire du procès en raison de la survenance d’un événement lié à la situation personnelle des parties ou de leur représentants. Ces incidents vont interrompre le lien juridique d’instance et le mettre en veilleuse dans un but de protection des plaideurs dont la situation est affectée par cet événement.

#### §1 Les conditions :

Elles sont énoncées dans deux articles, tout d'abord l'article 369 qui dénombre trois cases d'interruption de plein droit qui sont cumulatifs :

- La survenance de la majorité d'une des parties

- La cessation des fonctions d'avocat de l'une des parties alors que la représentation est obligatoire.

- La survenance d'un jugement de redressement ou de liquidation judiciaire qui emporte assistance ou dessaisissement du débiteur.

L'article 370 prévoit trois autres causes d'interruption subordonnées à la notification à l'autre partie:

- La cessation des fonctions de celui qui représente légalement un incapable

- Le recouvrement ou la perte par l'une des parties de sa capacité d'agir en justice

- Le décès de l'une des parties.

**§2 Les effets :**

Tous les actes à l'encontre du bénéficiaire de cette interruption sont réputés non avenus. Mais la partie bénéficiaire de l'interruption peut s'il y va de son intérêt confirmer ces actes.

Pour que l'audience reprenne, il faut qu'un acte de reprise soit accomplie, toute partie peut en prendre l'initiative, elle peut émaner de la partie bénéficiaire de l'interruption par conclusions devant le tribunal de grande instance ou par simple réclamation orale devant les juridictions d'exception. Elle peut émaner de la partie adverse par citation. Dans la mesure où l'audience n'est qu'interrompue, le juge n'est pas dessaisi et peut inviter les parties à reprendre l'audience.

## Section 2 : la suspension de l'instance :

La suspension intervient en cas d'événement étranger à la situation personnelle des parties ou de leurs représentants mais qui constituent tout de même des obstacles à la poursuite de l'instance. La progression de l'instance est momentanément arrêtée mais l'instance continue à être inscrite au rôle du tribunal et l'instance reprendra d'elle-même dès la disparition de sa cause de suspension sans aucune formalité à accomplir. C'est l'article 377 qui distingue deux catégories de sources de suspension, il y a tout d'abord celles prévues par la loi, c'est ainsi par exemple que l'article 73 prévoit que l'instance est suspendue quand une partie soulève une

exception de procédure. La deuxième catégorie de suspensions concernent celles qui concernent le sursis à statuer, la radiation ou le retrait du rôle.

**§1 Le sursis à statuer :**

Le sursis à statuer est défini à l'article 378 comme la période de l'instance pendant laquelle l'audience est suspendue par suite d'une décision de la juridiction pour le temps ou jusqu'à la survenance d'un événement qu'elle détermine. L'exemple le plus simple est le souci nécessité par le règlement d'une question préjudicielle. Lorsque la solution d'un litige suppose le règlement d'une question qui relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction, le juge doit suspendre l'instance jusqu'à ce que le juge compétent ait statué sur cette question. Il est des cas où le sursis à statuer est imposé de manière impérative, tantôt il revient aux juges du fons d'ordonner ou non le sursis en prenant comme critère l'intérêt d'une bonne justice. Le sursis à statuer va suspendre l'audience provisoirement ce qui implique que le juge n'est pas dessaisi pendant cette période. A l'expiration du sursis l'instance va donc naturellement se poursuivre à la diligence du juge ou à celle des parties.

**§2 La radiation et le retrait du rôle :**

Ils doivent être abordés ensemble car dans les deux cas, il s'agit de mesures d'administration judiciaire qui mettent l'instance sur une voie de garage puisque dans l'immédiat, l'affaire est retirée du rang des affaires en progression mais elle reste inscrite au rang des affaires sur lesquelles la juridiction doit statuer. Malgré tout, leur esprit est totalement différent, la radiation a pour but de permettre au magistrat saisi de sanctionner toutes leurs parties de leur défaut de diligence. L'article 381 subordonne la radiation à deux conditions, l'inaction doit prévenir de toutes les parties. Ensuite, il faut qu'il y ait un non accomplissement des actes de la procédure dans les formes et les délais requis. Cette décision ne peut être prise qu'à l'initiative du juge, l'instance est mise sur une voie de garage mais n'a pas disparu, ce qui implique que tous les actes antérieurs produisent leurs effets et que tous les actes produits pendant la période de radiation produisent aussi leurs effets. D'ailleurs, pour que l'instance reprenne son cours, il suffit qu'une seule des parties accomplisse un acte de procédure et qu'elle en justifie.

En ce qui concerne le retrait du rôle, l'esprit est ici radicalement différent puisqu'il s'agit pour les parties d'un commun accord de demander une radiation conventionnelle afin éventuellement de se concilier. Cette radiation conventionnelle a été reconnue par l'assemblée plénière dans un arrêt du 24 novembre 1989 et le décret du 28 décembre 1998 a entériné cette pratique. Tout simplement parce que cela permet d'évacuer du rôle une affaire encours alors que celle-ci peut peut-être se résoudre à l'amiable. Cela facilité la conciliation et cela désencombre le tribunal qui en attendant peut statuer sur d'autres affaires. ce retrait du rôle ne eut être ordonné que si toutes les parties en font la demande écrite et motivée. Il appartient au

juge de contrôler le sérieux de cette demande de retrait du rôle qu'il peut accorder ou refuser, dernière option rare car cela lui permet d'alléger son emploi du temps.

## Section 3 : Les incidents relatifs à l'extinction de l'instance :

Cette extinction de l'instance est en principe la conséquence d'un jugement sur le fond réglant le litige mais il peut aussi y avoir une extinction de l'instance accessoirement à l'action par l'acquiescement , il peut aussi y avoir une extinction de l'instance à titre principal par l'effet de la péremption, du désistement d'instance, ou de la caducité de la citation.

### §1 La péremption :

La péremption est définie à l'article 386 comme l'extinction de l'instance par l'inaction de toutes les parties pendant un délai de deux ans. Ici, l'absence en fait de diligence des parties durant un temps aussi long laisse présumer qu'elles ont en réalité abandonné leur combat judiciaire. Accessoirement, cette péremption va permettre aussi de désencombrer le rôle des juridictions d'affaires anciennes et figées. Cette péremption doit nécessairement être demandée par l'une des parties par voie d'action ou d'exception. Pour être recevable, la demande doit remplir deux conditions, il faut qu'un délai de deux ans soit expiré, délai qui part soit de l'enrôlement de l'affaire soit du dernier acte de procédure. Il faut que durant ce délai, aucun acte ne soit venu interrompre son écoulement. Si ces conditions sont remplies, le juge n'a pas d'autre choix que d'accepter la péremption qui est de droit. Cette péremption va éteindre l'instance, ce qui veut dire que tous les actes de la procédure sont périmés, ils ne peuvent plus être opposés à quiconque et nul ne peut s'en prévaloir. Cependant, la péremption n'atteint pas l'action  qui pourra toujours être reprise dans le cadre d'une nouvelle instance à condition qu'il n'y ait ni prescription ni forclusion.

### §2 Le désistement d'instance :

Se désister signifie renoncer à ce que l'on à préalablement accompli. On distingue ainsi trois types de désistement :

- Le désistement d'action : il s'agit ici de renoncer au droit lui-même qui sert de fondement à l'action, ce désistement est régi par l'article 384.

- Le désistement d'un acte de la procédure : il s'agit tout simplement de renoncer à un acte qui a été accompli à son profit mais qu'on estime tout compte fait inutile, cela

peut-être par exemple se désister d'une procédure d'inscription de faux ou d'une demande reconventionnelle.

- Le désistement d'instance prévu aux article 394 à 405 comprend deux variantes : première variante, il s'agit du désistement de la demande en première instance, ce désistement de la demande en première instance est possible en toute matière, néanmoins, on exige le respecte de certaines conditions, le plaideur qui se désistent doit avoir la capacité d'agi en justice,sa volonté doit être certaine et son désistement doit être accepté par le défendeur lorsque ce dernier a déjà conclu au fond ou soulevé une fin de non recevoir. Cependant, l'article 396 autorise le juge à passer outre un tel refus s'il n'est fondé sur aucun motif légitime. Les effets de ce désistement son évoqués à l'article 398 qui énonce que ce désistement entraîne l'extinction de l'instance. Mais l'étendue de cette extinction est variable, le désistement peut concerner toutes les prétentions à l'égard de toutes les parties, dans cette hypothèse, on a bien une extinction de l'instance totale. Mais le désistement peut être partiel dans son objet, dans ce cas, l'instance n'est éteinte que relativement à l'objet d'une prétention à laquelle on renonce, mais l'instance subsiste pour toutes les autres prétentions. Ce désistement ne peut être adressé qu'à certaines parties et lorsque l'instance est divisible, le désistement aura effet à l'égard de la partie concernée mais n'en aura aucun envers les autres parties. Bien entendu, comme le précise l'article 398, ce désistement n'emporte pas extinction de l'action, la partie qui s'est désistée conserve toujours son droit d'agir tant qu'aucune cause d'extinction de l'action ne survient. Deuxième variante, c'est le désistement de l'appel, ou de l'opposition et du pourvoi. Et bien, là encore, il y a un certain encadrement, en ce qui concerne le désistement d'appel, il peut être unilatéral, néanmoins, l'article 401 exige le consentement du défendeur dans deux cas, lorsque le désistement comporte des réserves ou lorsque le défendeur a préalablement formé un appel incident. En ce qui concerne le désistement d'opposition,il est en principe parfait unilatéralement sauf dans un cas prévu à l'article 402 lorsque le demandeur initial a préalablement formé une demande additionnelle. Quant au pourvoi en cassation, l'article 1024 n'exige l'acceptation du désistement que si le demandeur a formé des réserves ou lorsque le défendeur a préalablement formé un pourvoi incident. Quant aux effets de ce désistement, on a un effet classique qui tient à ce que le désistement de la voie de recours éteint l'instance relativement à la voie de recours exercée et cela dans les mêmes conditions que le désistement de la demande en première instance quant à l'objet des prétentions ou quant aux personnes concernées. Mais le désistement d'appel ou de pourvoi produit aussi un autre effet, il emporte acquiescement du jugement. En effet, la partie qui s'est désistée de son appel, de son pourvoi, ne peut plus reprendre une instance au premier degré puisqu'elle jugement a désormais autorité de la chose jugée et elle ne peut pas non plus exercer une autre voie de recours qui lui serait encore ouverte. Néanmoins, il y a tout de même une faculté de rattrapage, en effet l'article 403 prévoit que le désistement sera non avenu dans le cas où une autre partie interjetterai elle-même appel ou pourvoi postérieurement au désistement.

**§3 La caducité de la citation :**

C'est l'état d'un acte introductif d'instance qui a été créé valablement mais qui se trouve privé d'effet en raison de la survenance d'un fait postérieurement à sa création. Cette caducité qui est prévue à l'article 406 ne peut être prononcée que dans les cas et conditions déterminées par la loi. Autrement dommages et intérêts, pas de caducité sans texte. En principe, les cas de caducité sont dus à une carence des parties et visent à démasquer des citations qui seraient faites à titre purement conservatoires. Comme cas de caducité, on peut citer le défaut de placement de l'affaire dans le délai de 4 mois au greffe du tribunal de grande instance, ou encore le défaut de comparution du demandeur. Cette caducité fait l'objet d'un incident qui va être réglé par la juridiction saisie du fond qui est aussi juge de la régularité de la saisine. Lorsque ce cas de caducité est constatée, l'instance est éteinte et tous les actes postérieurs à cette caducité deviennent sans effet. Néanmoins, cette caducité peut être rapportée par le juge qui l'a prononcée en cas d'erreur de fond.

**§4 L'acquiescement :**

C'est le fait de la part d'un plaideur de se soumettre aux prétentions de l'autre à deux moments différents, dès sa demande, on parlera alors d'acquiescement à la demande ce qui implique que le plaideur abandonne son droit de discuter le bien-fondé de la prétention émise contre lui. Et acquiescement peut se faire aussi après un jugement, on parle alors d'acquiescement au juge ment et s'exprime tout simplement dans le fait que le plaideur renonce à exercer une voie de recours en laissant le délai de son exercice s'écouler. Cet acquiescement est dans tous les cas conformément à l'article 410 un acte unilatéral , il doit être certain, il doit aussi émaner d'une personne capable. Lorsqu'il s'agit d'un acquiescement à la demande, il faut que els droits litigieux soient à la libre disposition des parties. Par contre, l'acquiescement au jugement peut avoir lieu en toutes matières.

L'article 408 précise les effets de l'acquiescement à la demande, il emporte reconnaissance du bien-fondé des prétentions de l'adversaire et renonciation par l'acquiescant à son droit d'agir. Quant à l'acquiescement au jugement, il produit deux effet,s tout d'abord, il y a soumission à tous les chefs principaux comme accessoires du jugement, donc la partie se soumet à tout ce qui a été jugé et surtout, il y a renonciation aux voies de recours. L'article 409 prévoit cependant que si postérieurement à cet acquiescement au jugement, une autre partie forme régulièrement un recours, les effets de cet acquiescement se trouvent anéantis et la personne qui a acquiescé retrouve la possibilité de se défendre mais pour cela, il faudra que la partie auteur du recours défende des intérêts qui sont opposés à l'auteur de l'acquiescement.

## Troisième partie : le dénouement du procès

LE dénouement du procès est prévu à l'article 384 qui présente le jugement qui présente le jugement comme la cause d'extinction normale de l'instance. Néanmoins, ce jugement peut encore être remis en cause par l'exercice de voies de recours. On va donc s'intéresser dans un titre premier au jugement et dans un titre deux aux voies de recours.

# TITRE I : LEJUGEMENT

Le jugement est ici défini dans un sens large comme l'acte par lequel le juge se prononce sur une situation de fait par application des règles de droit. Pour que ce jugement soit régulier et efficace, on doit tout d'abord envisager les conditions de son élaboration et ensuite, celles de son exécution. On traitera un chapitre premier consacré à l'élaboration du jugement et un dans chapitre deux la question de l'exécution.

## CHAPITRE PREMIER : L'ELABORATION DU JUGEMENT

Pour qu'un jugement soit régulier, il doit remplir certaines conditions dont le respect permet de vérifier que les intérêts des parties ont été sauvegardés lorsque la justice a fait son œuvre. En cas de violation de ces conditions, la sanction encourue est sévère puisqu'il s'agit de la nullité du jugement.

### Section 1 : Les conditions d'élaboration du jugement :

On distingue deux phases, celle de la rédaction du jugement et celle de son prononcé.

#### §1 La rédaction du jugement :

Le jugement sur le fond est élaboré lors du délibéré mais il reste à en faire un acte solennel qui à ce titre doit contenir un certain nombre de mentions. Tout d'abord, le jugement doit contenir les mentions formelles énoncées à l'article 454 du nouveau code de procédure civile. Ce sont tout d'abord des mentions relatives à la juridiction auteur du jugement, c'est ainsi qu'on doit trouver dans le jugement l'indication de la juridiction, le nom des juges qui ont délibéré, le nom des représentants du ministère public s'il a assisté aux débats ainsi que le nom du secrétaire ; en outre, l'article 456 exige plus spécifiquement la signature du président ainsi que celle du secrétaire. Cette mention des signatures est en fait ce qui va conférer au jugement son caractère d'acte authentique. Comme autre mention formelle, on trouve aussi la date du jugement qui est celle de son prononcé ainsi que des mentions relatives aux parties. En effet, ces parties doivent être identifiées de même que leurs représentants ou les personnes qui les ont assisté. Ce jugement doit outre les mentions formelles comporter des mentions de fond prévues à l'article 455. on trouve tout d'abord l'exposé des prétentions et des moyens des parties, cette mention est en effet essentielle pour vérifier qu'il n'y a pas eu dénaturation et que le juge n'a pas statué ni au-delà ni en deçà de ce qui était demandé. Malgré tout, le décret du 28 décembre1998 a remis en cause cette mention en autorisant les juges à procéder par simple visa des prétentions des parties. Deuxième mention de fond, la motivation, les juges doivent exposer les raisons de droit et de fait qui ont déterminé la décision. Cette exigence de motivation est véritablement un rempart contre l'arbitraire du juge puisque la motivation permet de vérifier que le juge a bien raisonné et cette motivation doit permettre aux plaideurs de comprendre cette solution sachant que la Cour de Cassation exerce son contrôle sur cette motivation. Parce que la motivation ne doit pas seulement exister,elle doit aussi être suffisante, précise, rationnelle et complète. Cette exigence de motivation, on s'est longtemps interrogé sur sa valeur, il semblerait que le conseil constitutionnel lui ait conféré une valeur constitutionnelle. Ce qui est certain, c'est que la convention européenne des droits de l'homme y accorde une grande importance car elle le considère comme un fondement du procès équitable. La France a d'ailleurs été condamné à trois reprises pour insuffisance de motivation dans les arrêts *Fouquet, Higgins* et *Dulaurens*.

Le dispositif : C'est la partie la plus importante du jugement car elle énonce d'une part la solution du litige et d'autre part les dépens et les condamnations à d'éventuels dommages et intérêts. Concernant ces dépens, il s'agit de frais répétibles, c'est-à-dire de frais récupérables sur le procès à l'encontre de son adversaire. L'article 696 met ces frais à la charge de la partie qui a perdu le procès, néanmoins, le juge peut en décider autrement en laissant une partie de ces frais ou leur totalité à la charge du gagnant. Ces dépens doivent être distingués des frais irrépétibles qui restent en principe à la charge de la partie qui les a engagés et son énumérés par l'article 700. néanmoins, le juge peut en décider autrement en tenant compte de l'équité et de la situation économique de la partie condamnée. Une fois ce jugement rédigé, il ne reste plus qu'à le prononcer.

**§2 Le prononcé du jugement :**

Un jugement n'existe véritablement en tant que tel qu'à compter de son prononcé qui consiste tout simplement dans la lecture à haute voix de la décision ou uniquement du dispositif

obligatoirement dans certains cas ou facultativement dans d'autres. Lorsque les décisions sont contentieuses, elles sont prononcées publiquement par contre lorsqu'elles sont gracieuses, elles sont prononcées en chambre du conseil. L'article 451 permet pour des raisons de faciliter et de rapidité qu'un seul juge prononce le jugement sans la présence de tous les autres. Quant à la présence des parties elles-mêmes, quand le président a indiqué la date du prononcé, le président n'a pas à convoquer les parties, leur présence n'est pas nécessaire. L'essentiel étant de les avoir informé.

## Section 2 : La sanction de la violation des règles d'élaboration du jugement :

### A. Le domaine de la nullité :

C'est l'article 458 qui énonce les prescriptions devant être observées à peine de nullité, elles concernent aussi bien le délibéré et par exemple, la règle de l'identité des juges. Elle concerne aussi la rédaction en la forme du jugement et plus spécifiquement la mention du nom des juges ayant délibéré, elles concernent aussi le prononcé du jugement et plus particulièrement son caractère public ou non. Il faut savoir cependant que la jurisprudence n'a pas hésité à étendre cette liste des cas de nullité en se fondant sur la notion de formalités d'ordre public ou sur le caractère substantiel de la formalité violée. Ce qui implique que cette liste de l'article 458 est loin d'être limitative.

### B. Le régime de la nullité :

Il est là encore précisé par l'art458 dans son alinéa 2 qui impose de soulever la nullité touchant aux règles de prononcé du jugement ou à l'identité des juges au moment même du prononcé du jugement par simple observation. Il en va de même pour le juge qui peut relever cette nullité d'office. Dans tous les autres cas, la nullité doit être soulevée après que la décision a été prononcée ce qui exige de mettre en œuvre la nullité par l'exercice d'une voie de recours. Malgré tout, le législateur là encore s'est montré soucieux de limiter les nullités de procédure, à cette fin il avance deux moyens, d'une part des présomptions de régularité de la décision, c'est dans cet esprit qu'à partir de certaines indications du jugement, la jurisprudence présume que la prescription légale qui a été omise a néanmoins été observée. D'autre part, dans certains cas, il est possible de faire la preuve de la régularité de certaines mentions omises en recourant à des éléments extrinsèques au jugement, par exemple, en s'aidant du registre d'audience.

## Section 3 : La notification et la publicité du jugement :

Pour être efficace, le jugement doit être notifié et peut faire l'objet de publicité.

**§1 La notification :**

Pour pouvoir faire exécuter un jugement et pour pouvoir exercer un recours contre ce jugement, il faut qu'il ait été notifié. Cette notification doit intervenir dans un délai de droit commun de trente ans pour les jugements contradictoires et de 6 mois pour les jugements rendus par défaut ou réputés contradictoires. L'article 675pose que cette notification se fait par la voie de la signification sauf exception dans les cas où la loi où dispose autrement et pour les décisions gracieuses. L'article 677 pose ensuite une règle de bon sens en ce qui concerne les destinataires de cette notification qui sont les parties elles-mêmes et chaque partie impliquée dans le procès ; mais l'article 678 ajoute une précision importante, lorsque la représentation est obligatoire, la notification du jugement doit être préalablement faite au représentant des parties dans une forme simplifiée. Ne serait-ce que pour qu'il puisse prévenir leur client du résultat de leur affaire et qu'il puisse sur le vif les prévenir sur l'exercice éventuel d'un recours. L'article 679 prévoit enfin que les décisions gracieuses doivent aussi être notifiées aux tiers dont elles risquent d'affecter les intérêts ainsi qu'au ministère public lorsqu'un recours lui est ouvert. Quant au contenu précis de cette notification, il est précisé à l'article 680 et focalise surtout l'attention des destinataires sur le délai d'exercice d'un recours et les modalités d'exercice des voies de recours ouvertes.

Quant à la question de la publicité, il ne s'agit ici que d'envisager la délivrance de copies de jugement par le greffier, bien entendu les parties doivent pouvoir obtenir à titre gratuit un certain nombre de copies telle qu'une copie certifiée conforme et surtout une copie certifiée conforme revêtue de la formule exécutoire. Les tiers peuvent demander copie de tout jugement rendu publiquement sous réserve bien évidemment de la perception d'un droit ; cette publicité est faite pour assurer la transparence de l'œuvre de justice et cela implique qu'en cas de refus ou de silence du greffier, les tiers peuvent saisir le président de la juridiction concernée d'une requête afin d'obtenir la délivrance de la copie.

## CHAPITRE II : L'EXECUTION DU JUGEMENT

Le justiciable a-t-il un droit à l'exécution ? On a longtemps considéré que le simple jugement suffisait mais le jugement est inutile s'il n'est pas exécuté. L'arrêt *Hornsby* de la cour

européenne des droits de l'homme a déclaré que l'exécution des décisions de justice faisaient partie des principes protégés par l'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à un procès équitable, il y a donc un droit fondamental à l'exécution du jugement. La cour européenne des droits de l'homme retient dans cet arrêt une interprétation utilitariste de la convention pour assurer leurs droits aux justiciables. Cependant, ce droit n'est pas absolu car les états disposent d'une marge d'appréciation et peuvent instaurer une garantie minorée. C'est ainsi que le droit à l'exécution peut s'effacer devant d'autres droits fondamentaux comme le droit au logement. La cour européenne des droits de l'homme se réserve cependant un pouvoir d'appréciation de la proportionnalité et de la légitimité des restrictions apportées à ce droit à l'exécution par rapport au but poursuivi.

Cette jurisprudence est tout de même importante car elle a éclairé sous un autre angle le droit à l'exécution. Le caractère fondamental du droit à l'exécution s'est vu reconnaître une force particulière par le conseil constitutionnel qui lors de l'examen de la loi du 19 juillet 1998 relatif à la lutte contre les exclusions est venu préciser que l'exécution forcée ne pouvait être écarté que pour des circonstances exceptionnelles touchant à l'ordre public. Pourtant l'inexécution des décisions de justice est loin d'être rare. L'exécution des décisions de justice peuvent être retardées. Une autre décision du conseil constitutionnel le 23 janvier 1987 décide en matière de droit de la concurrence que le sursis à exécution d'une décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense, or rien n'interdit une extension à la procédure civile qui d'ailleurs, elle-même reconnaît au débiteur la possibilité d'obtenir un délai de grâce. Le principe est posé à l'article 510 et ce délai de grâce est réglementé par les articles 1244-1 à 1244-3 du code civil et les articles 510 à 513 du nouveau code de procédure civile. L'exécution peut aussi être paralysée. Cette paralysie est due à la carence de la force publique, les juridictions administratives admettent que le préfet puisse refuser le recours à la force publique si il estime l'exécution inopportune en matière de sécurité ou d'ordre public. Néanmoins, depuis l'arrêt *Couitéas* qui date du 30novembre 1923, on reconnaît que le justiciable est en droit de compter sur le concours de la force publique si il est titulaire d'une décision de justice revêtue de la force exécutoire. Par conséquent, refuser le concours de la force publique engage la responsabilité de l'état et le bénéficiaire d'une décision de justice inexécutée a le droit de prétendre à une indemnisation.

## Section 1 :L'exécution normale :

L'exécution normale est en réalité une exécution différée. C'est-à-dire que le prononcé du jugement ne suffit pas à le rendre exécutoire, la loi en effet, impose le respect de conditions de forme et de conditions de fond.

### §1 Les conditions de forme :

On en distingue deux.

1° La formule exécutoire :

Pour qu'un jugement puisse être exécuté, l'article 502 du nouveau code de procédure civile exige qu'il soit revêtu de la formule exécutoire. Cette formule exécutoire dont le contenu actuel est défini par le décret du 12 juin 1947 constitue tout simplement un ordre donné aux personnes compétentes de prêter main-forte pour faire exécuter la décision. Cette formule se retrouve sur l'expédition, néanmoins l'article 502 réserve des cas où la loi n'exige pas la formule exécutoire. C'est ainsi par exemple, que la formule exécutoire n'est pas exigée sur la minute.

2° la notification du jugement :

L'article 503 indique qu'à défaut d'exécution volontaire, un jugement ne peut pas être exécuté contre celui auquel il est opposé s'il n'a pas été notifié revêtu de la formule exécutoire. Cette notification préalable se justifie par le respect des droits de la défense, avant de mettre à exécution forcée, une décision, il faut informer l'adversaire du contenu de la décision et de ses possibilités d'attaquer cette décision. Dans certains cas, l'exécution peut avoir lieu sans notification. Les mesures d'instruction exécutée à l'initiative du juge sans signification au vu d'un extrait ou d'une copie certifiée conforme du jugement (article 154).

**§2 Les conditions de fond :**

Pour pouvoir être exécuté, le jugement doit être passé en force de chose jugée. Conformément à l'article 501, le jugement est exécutoire à partir du moment où il passe en force de chose jugée à moins que le débiteur ne bénéficie d'un délai de grâce ou que le créancier ne bénéficie de l'exécution provisoire. En principe, le jugement doit être passé en force de chose jugée, c'est-à-dire qu'il ne doit plus être susceptible d'un recours suspensif d'exécution. Plus précisément, l'article 500 attribue cette force de chose jugée dans son alinéa 1 au jugement qui n'est susceptible d'**aucun** recours suspensif d'exécution. Cet article 500 attribue aussi cette force de chose jugée dans son alinéa 2 au jugement qui n'est **plus** susceptible d'un recours d'exécution. Il faut bien distinguer deux situations, il n'est plus susceptible de recours suspensif parce que le recours n'a pas été exercé dans le délai imparti et l'expiration de ce délai confère au jugement la force de chose jugée ou bien le jugement n'est plus susceptible d'un recours suspensif parce que le recours a été exercé et jugé et donc épuisé, dans cet hypothèse,'effet suspensif se poursuit jusqu'à ce que la décision soit rendue. Ce qui importe donc de retenir c'est qu'en principe, le recours par voie ordinaire et le délai ouvert pour son exercice sont suspensifs de l'exécution. Cela concerne l'appel, l'opposition et exceptionnellement le pourvoi en cassation en matière de nationalité. Ce qui implique que le

recours par une voie extraordinaire et le délai ouvert pour l'exercer ne sont pas suspensifs de l'exécution. Il faut donc bien dissocier ces deux types de recours. Donc en ce qui concerne le pourvoi en cassation, on a même un article 1009-1 du nouveau code de procédure civile qui prévoit des mesures coercitives pour contraindre le perdant demandeur au pourvoi à respecter le caractère exécutoire de la décision qu'il attaque. Le président peut en effet à la demande du défendeur au pourvoi décider le retrait du rôle de l'affaire lorsqu'il apparaît que le demandeur au pourvoi ne justifie pas avoir exécuté en totalité les condamnations prononcées contre lui. L'article 1009-3 du nouveau code de procédure civile prévoit que la réinscription de l'affaire ne s'effectuera que sur justification de l'exécution de la décision attaquée.

L'exécution normale est donc une exécution conditionnée, pour bénéficier d'une exécution immédiate, il faut bénéficier d'une exécution provisoire.

## Section 2 :l'exécution provisoire :

En théorie, il s'agit d'une dérogation à l'exécution normale d'une décision de justice puisque cette exécution provisoire permet au gagnant du procès de faire exécuter la décision dès la signification malgré l'effet suspensif du délai des voies de recours ou malgré l'exercice même de l'une de ces voies de recours ordinaires. Cette exécution provisoire présente de nombreux intérêts, elle permet de déjouer, une éventuelle manœuvre dilatoire du perdant qui ne fait appel que dans le but de retarder le moment où l'adversaire pourra obtenir satisfaction. Deuxième intérêt, dû à la lenteur de la justice,entre le prononcé et le temps où le jugement devient exécutoire, un temps plus ou moins long peut s'écouler et cette durée lorsqu'elle est excessive est nuisible aux intérêts du gagnant. Donc on accepte de neutraliser l'effet suspensif du jugement en prononçant l'exécution provisoire. Mais cette exécution se fait aux risques et périls de celui qui la demande. Elle a une portée limitée puisqu'elle ne s'effectue qu'à titre provisoire.

### §1 Le domaine de l'exécution provisoire :

Ce domaine est extrêmement vaste, à tel point qu'en pratique, l'exécution provisoire a fini par absorber le principe de l'effet suspensif auquel il est sensé déroger. En pratique, la majorité des décisions de justice bénéficient d'un exécution provisoire. A un point tel que lors du rapport Coulomb, des voix se sont fait entendre pour renverser la tendance, le rapport tendance a compte tenu de la pratique, a préconisé d'admettre un principe d'exécution immédiate des décisions de première instance quel que soit le recours ouvert. Ce rapport visait à mettre en harmonie la théorie et la pratique. On avait un souci de renforcer l'effectivité des décisions de justice, ce rapport a prospéré puisque le gouvernement a posé un principe d'exécution immédiate du jugement en l'assortissant de limites protectrices. Mais ce projet a suscité un débat tellement vif qu'il a été enterré.

Ce principe est prévu aux articles 514 à 526 du nouveau code de procédure civile et on distingue trois situations. L'exécution de droit ou légale, l'exécution provisoire est attachée automatiquement à la décision par le seul effet de la loi, autrement dit, la partie qui en bénéficie n'a pas à la demander et le juge n'a pas à l'ordonner. Certains jugements comportent la mention « jugement exécutoire de plein droit » mais cela n'a aucune portée. Les ordonnances de référé, les jugements de mise en état accordant une provision ou encore les jugements du conseil des prud'hommes sont dans ce cas.

L'exécution peut également être interdite. Il arrive en effet que la loi interdise expressément l'exécution provisoire pour que le juge ne puisse pas la prononcer. On a commerciale premier exemple l'article 515 alinéa 2 du code à propos de la condamnation aux dépens.

L'exécution peut également être provisoire ordonnée par le juge, on parle alors d'exécution judiciaire ou facultative. Ce sont tous les cas qui ne relèvent pas des cas précédents dans lesquels le juge a le pouvoir d'accorder cette exécution provisoire à deux conditions . L'exécution provisoire doit être compatible avec la nature de l'affaire et elle ne peut être prononcée que si elle est nécessaire (article 516 du nouveau code de procédure civile). L'article 516 précise en outre que la mesure nécessaire ne peut être ordonnée que par la décision qu'elle est destinée à rendre exécutoire, on doit donc respecter la règle de la simultanéité, c'est en rendant sa décision que le juge ordonne l'exécution provisoire mais par dérogation expresse à cette règle de la simultanéité, le juge d'appel peut ordonner après coup l'exécution provisoire dans trois cas :

- Lorsque l'exécution provisoire a été refusée par le premier juge, le gagnant peut alors demander au premier président statuant en référé de lui accorder l'exécution provisoire à condition de former appel et à condition qu'il y ait urgence (article 525).

- Si le premier juge n'a pas statué sur l'exécution provisoire car elle ne lui a pas été demandée.

- Si le premier juge n'a pas statué sur l'exécution provisoire alors même qu'elle lui avait été demandée.

**§2 Les effets de l'exécution provisoire :**

La question des effets de l'exécution provisoire n'a d'intérêt que si la voie de recours suspensive ouverte a été formée. Dans ces conditions, l'exécution provisoire a pour effet immédiat de fournir un titre exécutoire au créancier nonobstant l'appel ou l'opposition. Le créancier bénéficiaire de l'exécution provisoire peut recourir à l'exécution forcée avec toutes les conséquences qui s'y attachent sous réserve de quelques limites. On retrouve par exemple le fait que l'exécution forcée immédiate ne peut entrer en vigueur qu'après notification du jugement qui l'ordonne. Mais il convient aussi de savoir ce qu'il adviendra de l'exécution provisoire à l'issue de l'instance d'appel ou d'opposition. Et là, les effets sot radicalement différents selon que le jugement qui bénéficie de l'exécution provisoire ait confirmé ou bien au contraire modifié suite à une réformation ou à une rétractation. La première hypothèse est la plus simple, lorsque le jugement est confirmé sur l'appel ou l'opposition effectuée par le

débiteur, l'exécution définitive se substitue tout simplement à l'exécution provisoire. Autrement dit, le créancier conserve le bénéfice de l'exécution initialement poursuivie et s'il avait du fournir des garanties, celles-ci deviennent sans objet désormais. Lorsque le jugement exécuté à titre provisoire est infirmé ou rétracté, les risques que le créancier a accepté de courir se réalise et il devra en supporter toutes les conséquences. Il doit tout d'abord restituer tout ce qu'il a obtenu du débiteur de manière à ce que l'on revienne au *statu quo*. Se pose donc la délicate question des restitutions à effectuer. Si l'exécution a porté su une somme d'argent, il devra restituer au perdant de première instance cette somme d'argent mais aussi tous les intérêts légaux de cette somme qui auront couru à compter de la signification de l'arrêt infirmatif. Il y a des cas où une restitution est difficile ou carrément impossible. Le gagnant en premier instance ayant obtenu un meuble corporel, bénéficiant de l'exécution provisoire a vendu ce meuble à un tiers qui va se prévaloir après la signification du jugement d'appel de l'article 2279 du code civil. Autre conséquence encourue par le créancier, c'est qu'il devra aussi réparer le préjudice subi par le perdant en première instance du seul fait de l'exécution forcée qui a été poursuivie contre lui. Ce système de réparation ne vaut que pour l'exécution provisoire facultative, celle qui est autorisée par le juge et sans que cette autorisation d'exécution provisoire donnée par le juge ne soit une cause d'exonération de responsabilité.

Indépendamment de ces désagréments, lorsque l'exécution provisoire est confirmée, elle est pleinement utile. Dans cette situation, le débiteur est placé dans une situation délicate et dans la mesure où il ignore ce que l'avenir lui réserve, la loi lui offre tout de même la possibilité d'obtenir l'arrêt de l'exécution provisoire et au moins l'aménagement de cette exécution provisoire.

A. l'arrêt de l'exécution provisoire :

Cela implique que l'effet suspensif de l'effet de l'appel ou de l'opposition est tout simplement restauré et l'exécution forcée ne peut plus être engagée. Mais la loi a adopté une conception restrictive des moyens ouverts aux juridictions compétentes pour arrêter l'exécution provisoire. En ce qui concerne la compétence, l'article 524du nouveau code de procédure civile dispose que cette compétence appartient aux premiers présidents des cours d'appel et qu'elle est subordonnée à un appel préalable. Le plaideur condamné avec exécution provisoire commence par faire appel du jugement et immédiatement après, il assigne son adversaire en référé devant le premier président de la cour d'appel aux fins d'arrêt de l'exécution provisoire. L'arrêt 524 investit expressément en cas d'opposition l'auteur de la décision d'un pouvoir identique à celui du premier président pour arrêter l'exécution provisoire. Il faut aussi envisager en réalité la compétence indirecte d'autres juges, par exemple, le juge de l'exécution (JEX) est incompétent en principe pour arrêter l'exécution provisoire mais l'exécution forcée relève de sa compétence exclusive et il est tout à fait compétent pour trancher les difficultés touchant à l'exécution forcée résultant d'une décision exécutoire à titre définitif ou provisoire.

Les moyens de restaurer l'effet suspensif sont limités en cas d'exécution provisoire judiciaire et exceptionnel en cas d'exécution provisoire de droit. En ce qui concerne, l'exécution provisoire judiciaire, l'article 524 alinéa1° ne permet aux juges d'arrêter l'exécution que dans deux cas. Si elle est interdite par la loi, si elle risque d'entraîner des conséquences

manifestement excessives. Le premier cas ne soulève pas de difficultés mais le deuxième dans sa référence aux circonstances manifestement excessive soulève quelques interrogations, la Cour de Cassation a du trancher que le premier président ne peut arrêter l'exécution provisoire que si elle implique pour la partie condamnée des conséquences manifestement excessives compte tenu de ses facultés de paiement et des facultés de remboursement de l'adversaire.

En matière d'exécution provisoire de droit, le principe est simple, tout arrêt par le premier président de cette exécution est exclu quel que soit les critiques encourus par la décision attaquée. Dans la pratique, certains premiers résidents confrontés à des décisions exécutoires de droit contenant des erreurs grossières et de nature à voiler des droits de la défense n'ont pas hésiter à arrêter l'exécution provisoire de droit. Ce comportement a été sanctionné par la Cour de Cassation qui systématiquement casse leur décision mais il n'empêche que les premiers présidents ont en quelque sorte réussi leur coup car leur ordonnance est valable jusqu'à ce qu'elle soit cassée…

B. L'aménagement de l'exécution provisoire :

Il permet au juge de limiter au juge les risques pour le débiteur en prescrivant des mesures qui vont le garantir contre la future insolvabilité éventuelle des créanciers. Si l'aménagement de l'exécution judiciaire est assez largement ouvert alors que ceux de l'exécution provisoire de droit n'est possible qu'à titre exceptionnel.

L'article 517 du nouveau code de procédure civile permet au juge de subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie réelle ou personnelle suffisante pour répondre de toute restitution ou réparation. Lorsque cette garantie est ordonnée par le juge qui a accordé l'exécution provisoire, elle prend souvent la forme d'un cautionnement bancaire. Cette garantie est minutieusement réglementée par les articles 518 à523 du nouveau code de procédure civile. Permet au juge la substitution à la garantie primitive d'une garantie équivalente. Autre texte important, l'article 521 du nouveau code de procédure civile aux termes duquel il est prévu que la partie condamnée au paiement de sommes autres que des aliments. Des rentes indemnitaires ou des provisions peut éviter que l'exécution provisoire soit poursuivie par le biais d'une consignation. Autrement dit, sr autorisation du juge, la partie condamnée va concéder les espèces ou valeurs suffisantes pour garantir en principal le montant de la condamnation. Les biens devant être consignés sont déterminés par le juge. En cas de versement d'un captal en réparation d'un dommage corporel, le juge eut ordonner que ce capital soit versé à un séquestre qui versera au fur et à mesure une part que le juge déterminera.

L'aménagement de l'exécution provisoire de droit n'est possible que dans deux circonstances. L'article 489 qui concerne les ordonnances de référé qui prévoit que les ordonnances de référé peuvent être subordonnées à la constitution d'une garantie et qu'une consignation est possible sauf lorsqu'il s'agit d'une décision accordant une provision

Les articles 521 et 522 relatifs aux garanties affirment qu'il est possible de prendre des garanties à l'exclusion de la consignation.

## TITRE II : LES VOIES DE RECOURS

Ces voies de recours existent car l'erreur comme l'injustice sont humaines et qu'il faut permettre aux parties un examen nouveau de leur affaire. Les voies de recours se présentent ici comme une garantie contre ces risques d'erreur et d'injustice et constitue une garantie de bonne justice. En provoquant un nouvel examen du procès, la loi permet la rectification à la fois d'erreurs formelles et permet en outre de remettre en cause le bien jugé du procès quant au fond. La technique utilisée est celle de la voie de recours dont le code ne donne aucune définition générique puisqu'il procède à une simple énumération. Ces recours sont le seul moyen d'attaquer u acte juridictionnel puisque selon un adage qui a été repris par l'article 460 du nouveau code de procédure civile, il n'existe pas de voie de nullité principale contre un jugement. Autrement dit, lorsqu'on conteste la régularité formelle d'un jugement, on n'a pas d'autre moyen que d'intenter un recours au fond.

A partir du moment où le recours entraîne un nouvel examen de la question ayant donné lieu à la décision attaquée, on pourrait voir dans l'exercice d'une voie de recours le prolongement naturel du droit d'agir en justice. Néanmoins, la cour européenne des droits de l'homme n'a pas fait du recours un élément du procès équitable au sens de l'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme puisqu'elle n'impose pas aux états l'obligation d'organiser des recours ni celle d'instituer des juridictions supérieures. Le droit à un recours n'est véritablement reconnu qu'en matière pénale. On pouvait cependant concevoir une évolution vers une reconnaissance du droit à un recours en matière civile aussi si l'on s'en tient à une recommandation du conseil des ministres du conseil de l'Europe de 1995 qui prévoyait que toute décision d'un tribunal inférieur devrait être soumis au contrôle d'une juridiction supérieure. En outre, il faut aussi tenir compte de ce que la cour européenne des droits de l'homme impose le respect des exigences du procès équitable lorsque des recours ont été prévus par les états. En France, ce droit fondamental à un recours juridictionnel est assez largement reconnu, on n'a pas de décisions franches du conseil constitutionnel mais néanmoins, deux décisions affirment le caractère fondamental du droit au retour. Tout d'abord la décision du 17 janvier 1989ds laquelle le conseil constitutionnel a affirmé que els autorités administratives indépendantes ne pouvaient infliger de sanctions pécuniaires à la double condition qu'elles soient et que soit préserver l'exercice d'une droit de recours de nature juridictionnelle.

La seconde décision du 18 janvier 1985 dans laquelle le conseil constitutionnel s'est fondé sur le principe d'égalité pour estimer que les justiciables devaient se voir reconnaître un égal accès aux voies de recours. Mais ce droit fondamental est surtout consacré par la jurisprudence à travers la théorie des recours nullités que l'on appelle encore les retours autonomes.

LE droit fondamental à un recours est très largement consacré par la jurisprudence à travers la théorie des recours nullité que l'on qualifie aussi de recours autonomes. Dans cette théorie, on est confronté à la situation suivante : il arrive que le législateur dans le but d'accélérer certaines procédures et particulièrement dans le domaine des procédures collectives décide de supprimer tout recours au fonds. En matière de procédures collectives, on en objectif d'assurer la survie des entreprises et des emplois qui lui sont liés. Le jugement qui va décider

de l’adoption d’un plan est important, on va donc éviter d’ébranler sa stabilité en permettant des recours des créanciers. La jurisprudence est allé contre cette prohibition légale en ouvrant tout de même des recours dans des conditions cependant stricteS. Cette intervention jurisprudentielle ne fait que tenir compte de ce que la nullité d’un jugement ne peut être demandée que par la voie d’un recours au fond puisque l’article 460 interdit l’action en nullité principale contre un jugement. Or lorsque les juges du fond commettent un excès de pouvoir ou une grave irrégularité de procédure, il n’y a aucun moyen à la disposition du justiciable pour remédier à la situation puisqu’il n’y a plus de support juridique pour faire constater la nullité du jugement. C'est un risque que l’on ne peut accepter, c'est la raison pour laquelle la jurisprudence a développé cette théorie des recours autonomes. On parle de recours en nullité parce que le recours ne vise qu'à l’annulation du jugement. On parle de recours autonome lorsqu’il n’est pas subordonné à l’exercice de voies de recours mais au contraire lorsqu’il existe parce que tel recours a été supprimé par la loi. Cette jurisprudence initialement a concerné principalement l’appel puis s’est étendu à la tierce opposition à l’opposition et même au pourvoi en cassation. Dans tous les as, les conditions sont identiques, il faut qu'un texte est expressément supprimé un degré de juridiction. Il faut qu'un vice grave affecte la décision insusceptible de recours et la Cour de Cassation ne reconnaît qu'il n’y a vice grave que dans deux cas, lorsqu’un excès de pouvoir a été commis ou lorsqu’un principe fondamental de procédure a été violé. Enfin, il faut qu'aucun recours autre ne soit ouvert et pas surtout le pourvoi en cassation.

Le régime de ces recours en nullité a été fixé par la jurisprudence, ces recours échappent à des règles traditionnelles comme par exemple ils échappent à l’obligation d’indiquer dans l’acte de notification du jugement le délai du recours puisque a priori, celui qui notifie pense qu'aucun recours n’est ouvert. Selon les matières, il existe des variantes. Par exemple, le délai pour intenter un appel nullité en matière de procédure collective n’obéit pas au délai de droit commun mais au délai spécifique prévu en matière de procédure collective. Ces recours sont là pour pallier les inconvénients d’une fermeture de toutes les voies de recours par le législateur et ces recours sont en réalité le seul moyen d’assurer au tribunal un accès au tribunal et c'est ce qui fait du droit au recours un c'était fondamental que le législateur au bout du compte ne saurait supprimer totalement. Dans toutes les hypothèses, il existera toujours un droit fondamental du justiciable de critiquer un jugement irrégulier.

Si l’on revient au code, il ne donne pas de définition générique des voies de recours mais procède à une énumération que l’on a tout de m tenter de classer.

La première classification a consisté à distinguer les voies de rétractation des voies de réformation.

Les voies de rétractation sont celles qui permettent de s’adresser à la juridiction même qui a rendu la sentence attaquée en lui demandant de revenir sur sa décision. Tel est le cas de l’opposition ou bien encore du recours en révision.

Les voies de réformation permettent de s’adresser à une juridiction hiérarchiquement supérieure à celle qui a rendu la décision en lui demandant de réformer la décision, tel est le cas de l’appel.

Cette classification ne permet pas d'aborder toutes les voies de recours puisque le pourvoi en cassation ne correspond ni à une voie de réformation ni à une voie de rétractation. La Cour de Cassation ne rejuge pas l'affaire mais n'a pour rôle que de vérifier si la règle de droit a bien été appliqué et le cas échéant de casser la décision. C'est donc vers une seconde classification que l'on va se tourner, celle retenue par l'article 527 du code qui distingue les voies de recours ordinaires des voies de recours extraordinaire.

Les voies de recours ordinaires sont des voies toujours ouvertes sauf texte contraire exprès et on les qualifie d'ordinaire parce qu'elle corresponde à la vision naturelle que l'on a du procès dominé par deux principes : le principe qui veut que l'on puisse voir juger son procès deux fois par des juges différents de qui correspond à l'appel. et ensuite celui qui veut que l'on puisse être jugé contradictoirement si l'on n'a été défaillant, tel est le cas de l'opposition ; quant aux voies de recours extraordinaires, ce sont celles qui sont exceptionnellement ouvertes dans des cas spécifiés par la loi. Elles ont donc un caractère exceptionnel qui tient plusieurs raisons. On considère par exemple qu'il est exceptionnel qu'un tiers à une instance ait à se plaindre d'un jugement au point de l'attaquer mais si c'est le cas, il doit pouvoir le faire, c'est ce qui explique la tierce opposition. D'autre part, il est exceptionnel que des éléments de fraude ou de tromperie aient pu déterminer la décision du juge, si c'est le cas, le recours en révision doit permettre de réparer l'outrage. Enfin, il est aussi exceptionnel que les juges spécialistes du droit puissent se tromper, néanmoins, il faut permettre à une juridiction de sanctionner un jugement qui ne serait pas conforme au droit, tel est le cas du pourvoi en cassation ; cette classification présente des intérêts pratiques, tout d'abord, elle explique certaines règles comme celle qui fait qu'on ne peut accéder à l'exercice des voies de recours extraordinaires que si l'on a d'abord épuisé les voies de recours ordinaires. Autrement dit, il ne peut y avoir de coexistence entre ces deux catégories de recours, la tierce opposition mise à part. Le régime de ces voies n'est pas identique, le délai pour exercer les voies de recours ordinaires et l'exercice de ces voies suspendent l'exécution sauf si il y a exécution provisoire. A l'inverse, le délai pour exercer els voies de recours extraordinaires et l'exercice de ces voies ne sont pas suspensifs d'exécution sauf cas exceptionnels.

Au-delà de ces distinctions, ces voies de recours poursuivent tout de même la finalité commune de corriger le jugement et Cour de Cassation ce qui explique qu'elles soient soumises dans un premier temps à des dispositions communes exposées aux articles 528 à 537 du nouveau code de procédure civile.

Il y a tout d'abord celles qui concernent le délai de recours et plus spécifiquement son point de départ. Aux termes de l'article 528, il est précisé qu'en principe, le délai des voies de recours court à compter de la notification régulière du jugement faite à la partie auteur du recours. L'absence de notification dans un délai de deux ans à compter du prononcé du jugement empêche la partie qui a comparu d'exercer à titre principal un recours. Cependant, il faut tenir compte des hypothèses exceptionnelles dans lesquelles le délai commence à courir en vertu de la loi dès la date du jugement. Ce délai peut être interrompu, son inobservation constitue une fin de non recevoir que le juge doit relever d'office. Ce non respect du délai est important puisqu'il entraîne la forclusion, c'est-à-dire l'irrecevabilité d'un recours qui serait formé tardivement même s'il existe des relevés de forclusion (conditions strictes).

A priori, les voies de recours suscitent un rebondissement du procès, la question qui se pose alors. Les débats qui s'ouvrent sur une voie de recours constituent-ils une continuation de l'instance primitive ou une instance nouvelle ; en cas d'opposition ou de recours en révision,

on considère que c'est la même instance qui continue tandis que pour els autres voies de recours, c'est une instance nouvelle qui s'ouvre.

L'exercice abusif d'une voie de recours est sanctionné.

Les titulaires du recours, en application du principe de l'autorité relative de la chose jugée, seules les personnes qui ont été parties ou représentées à l'instance doivent pouvoir remettre en cause le jugement, cette règle de base est cependant tempérée par deux règles, à travers la tierce opposition, la loi ouvre aux tiers auxquels u jugement fait grief une possibilité de le contester. Deuxième règle, il faut savoir que celui qui représentait légalement une partie peut s'il cesse ses fonctions et s'il a un intérêt personnel exercer le recours ouvert à cette partie en son nom propre, de la même manière, ce recours est aussi ouvert contre lui.

## CHAPITRE I : LES VOIES DE RECOURS ORDINAIRES

On en distingue deux, l'appel qui permet au plaideur qui a succombé d'obtenir de juges supérieurs une autre appréciation de la contestation. L'opposition quant à elle ouvre au défendeur défaillant une voie de rétablissement de la contradiction devant le juge qui a statuée.

### Section 1 :L'appel :

Sa définition est donnée par l'article 542 :l'appel tend tout simplement à faire réformer ou annuler par la Cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré. Cette voie de recours présente plusieurs caractères. Tout d'abord, c'est une voie de recours de droit commun, en effet, l'appel est à la dispositions de tous les justiciables. Le deuxième degré de juridiction est de droit sauf exceptions. C'est une voie de réformation dans la mesure où l'appel vise à contrôler le bien ou mal jugé en droit et en fait et ainsi à permettre de réparer es erreurs intellectuelles des premiers juges. C'est une voie d'annulation en ce qu'elle permet d'annuler un jugement irrégulier. Enfin, un dernier caractère se dégage et tient à l'évolution contemporaine de cet appel, il est de plus en plus appréhendé commerciale une voie d'achèvement du procès. De nombreuses règles actuelles manifestent clairement une volonté de développer la procédure d'appel afin de vider tout simplement le conflit à ce stade de l'instance. La valeur de l'appel. le Conseil d'Etat considère que cette règle du double degré de juridiction est un principe général du droit ce qui implique que seul le législateur peut y déroger. Mais le conseil constitutionnel tout en accordant une grande attention à ce principe du double degré de juridiction ne lui reconnaît pas la valeur d'un principe général du droit mais indéniablement la juridiction constitutionnelle lui confère tout de même une valeur para-constitutionnelle dans la mesure où si le législateur est maître de l'abroger totalement, il ne peut pas en développer le contenu ou le domaine d'application sans l'accord du conseil constitutionnel. Sur le plan européen, la situation est beaucoup plus nette, il n'y a aucun droit de faire appel d'un jugement en matière civile, en tous cas, il ne figure pas au nombre des

droits reconnus par la convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme sur ce point a été très peu audacieuse. La seule chose, c'est que lorsque cette voie de recours est prévue, elle est soumise aux exigences du procès équitable mais il n'y a pas d'obligation positive à la charge des états.

**§1 Les conditions de l'appel :**

A. Les conditions de fond :

L'article 543 consacre un principe général du droit de faire appel de tout jugement en toutes matières rendu en première instance sauf si la loi en dispose autrement. Cette recevabilité de l'appel est indépendante de la qualification donnée à son jugement par le premier juge. Une telle décision ne serait pas possible contre un jugement qualifié à tort en dernier ressort, par contre, il ne serait pas possible contre une décision qualifiée à tort de jugement en premier ressort.

Il découle de cet article 543 qui ne sont pas des jugements, l'appel est également impossible à l'encontre des jugements rendus en premier et en dernier ressort qui son soit des jugements statuant sur des litiges de faible importance soit des jugements pour lesquels le législateur a écarté l'appel pour gagner du temps tel qu'en matière de procédure collective. Il faut aussi tenir compte du fait que l'appel de certains jugements peut être différé. Certains jugements en effet ne sont susceptibles d'appels qu'avec la décision sur le fond, il en est ainsi des jugements avant dire droit qui ne tranchent dans leur dispositif aucune partie du principal et se limitent à ordonner une mesure d'instruction ou à prescrire une mesure provisoire. L'irrecevabilité de cet appel immédiat est d'ordre public et doit être relevé d'office par la Cour d'appel. cependant, il faut aussi tenir compte du fait que des limites sont apportées à cette interdiction de l'appel immédiat, tout d'abord, à l'article 545 qui envisage des exceptions prévues par la loi. C'est ainsi que les décisions qui statuent sur les mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps sont susceptibles d'appel dans les 15 jours suivants leur notification. C'est ainsi que les jugements ordonnant une expertise peuvent être frappés d'un appel immédiat avec autorisation du premier président de la Cour d'appel s'il est justifié d'un motif grave et légitime. Il en est aussi ainsi des décisions de sursis à statuer. Ensuite, il faut aussi tenir compte que la jurisprudence est venue décider qu'un appel immédiat est ouvert même si la loi l'interdit lorsque le juge a commis un excès de pouvoir ou a méconnu un principe fondamental de procédure, c'est le cas de l'appel nullité.

Les conditions relatives aux parties : l'appel concerne normalement les parties présentes en première instance mais il faut tenir compte des articles 554 et 555 qui envisagent aussi que des tiers puissent intervenir volontairement au stade de l'appel ou qu'ils fassent même l'objet d'une intervention forcée si l'évolution du litige implique leur mise en cause. Le cercle des parties en appel est donc relativement large. L'appel est donc tout d'abord ouvert à ceux qui étaient parties en première instance. En réalité, les exigences relatives aux parties en appel varient selon la personne dont l'appel émane et selon le moment où l'appel est interjeté. C'est ainsi que l'on distingue l'appel principal des appels incidents ou provoqués.

Pour interjeter appel principal, il faut tout d'abord remplir les conditions générales des actions, puisque l'appel n'est que l'exercice d'une action en justice, il faut donc avoir qualité, intérêt à agir et aussi la capacité. Ensuite, l'article 546 énonce les conditions de recevabilité de l'appel, en disposant que l'appel appartient à toute partie qui y a intérêt si elle n'y a pas renoncé. La qualité de partie est en fait attribuée à celui qui a été partie ou représenté en première instance, en matière contentieuse, l'appel est dirigé par l'appelant contre l'intimé qui est le défendeur dans l'instance d'appel. En matière gracieuse, l'appel est également ouvert aux tiers auxquels le jugement a été notifié.

L'appelant doit justifier d'un intérêt ce qui implique quelle jugement rendu en première instance lui fasse grief. Il doit avoir succombé ne serait-ce que partiellement en première instance. L'appelant ne doit pas avoir renoncé à l'appel et sur ce plan plusieurs textes réglementent la renonciation à l'appel, tout d'abord l'article 41 qui évoque un cas particulier de renonciation conventionnelle. Les parties après la naissance du litige et par un accord exprès, pour les droits dont elles ont la libre disposition peuvent décider que le différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort.

Les articles 556 et 558 évoquent quant à eux la renonciation unilatérale qui doit émaner d'une personne capable pour des droits dont elle peut disposer et i doit être exprimée après la naissance du litige. Par contre, elle peut toujours intervenir après le prononcé du jugement avec cependant un précision, si cette renonciation unilatérale était effectuée et qu'ensuite une partie interjette régulièrement appel, cette renonciation unilatérale ne serait plus valable. En ce qui concerne maintenant l'appel provoqué et l'appel incident, leur recevabilité est étroitement liée à l'existence de l'appel principal mais ils doivent respecter aussi des conditions spécifiques énoncées aux articles 549 et suivants. Il faut envisager à quelle situation correspondent ces appels. En réalité, ils correspondent à des situations plus complexes que l'hypothèse d'un appel principal ; dans le cas d'un appel incident, il faut envisager qu'une partie n'obtienne que partiellement satisfaction et introduise un appel principal. Son adversaire qui lui aussi n'est que partiellement satisfait peut alors être désireux de ne pas se contenter de la place d'intimé et peut à son tour relever appel pour obtenir pleinement satisfaction. Comme l'article 548, l'appel incident est celui qui émane de l'intimé seulement, c'est-à-dire de celui contre lequel l'appel principal est dirigé.

L'hypothèse de l'appel provoqué est encore différente, il faut cette fois envisager que le litige de première instance met en cause une pluralité de parties. Un appel est dirigé contre l'une des parties à l'instance primitive seulement, l'autre partie qui n'est pas explicitement visée par cet appel et qui n'est donc pas intimée peu très bien souhaiter participer à cette nouvelle phase du procès,elle le fera par la technique de l'appel provoqué. En fait, l'appel provoqué n'est qu'une variante de l'appel incident.

Ces appels incidents et provoqués soulèvent une question délicate liée à leur dépendance à l'appel principal. La question se pose de savoir ce que vont devenir ces appels si l'appel principal disparaît suite à une annulation ou tout simplement par désistement de l'appelant.

En réalité, la réponse varie selon la situation, en ce qui concerne la question de savoir si l'efficacité de l'appel incident ou provoqué est liée ou non à l'appel principal et à sa validité, il faut se reporter à l'article 550. Cet article 550 dispose que l'appel incident ou provoqué peut être formé en tout état de cause alors même que celui qui l'interjetterai serait forclos pour agir à titre principal. Dans ce dernier cas, l'article précise qu'il ne sera pas toutefois pas reçu si l'appel principal n'est pas lui-même recevable. Cet article 550 a fat l'objet d'une

interprétation *a contrario* qui a permis de dire qu'un appel incident peut se greffer sur un appel principal irrecevable dès lors qu'il a été formé dans le délai utile pour former appel principal. Concrètement,cet article 550 conduit à distinguer deux cas, si l'appel incident provoqué est postérieur à l'expiration du délai pour former appel principal, la recevabilité de l'appel incident ou provoqué est liée à celle de l'appel principal.

Si l'appel incident ou provoqué a été interjeté dans le délai d'appel principal, il doit être considéré comme un appel se suffisant à lui-même.

Autre phénomène de dépendance, en cas de désistement de l'appel principal. On a tout d'abord la certitude, si l'appel incident provoqué a déjà été interjeté au moment où intervient le désistement de l'appel principal, ce dernier ne fait pas perdre à l'intimé le bénéfice de l'appel incident sauf si elle accepte le désistement de l'appel. il arrive que l'appel incident soit formé le même jour que l'appel principal, dans cette hypothèse, les juges du fond doivent rechercher pour le déclarer recevable si l'appel incident est antérieur au désistement. A l'autre extrémité, lorsqu'au moment du désistement de l'appel principal, l'appel incident ou provoqué n'a pas encore été formé, la partie à l'égard de laquelle le désistement de l'appel principal est fait ne peut plus interjeter un appel incident. On considère que l'instance appartient exclusivement à l'appelant tant que l'intimé n'a pas accepté le débat.

Autre intervenant possible comme partie en appel, les tiers. Le décret du 28 août 1972 à travers les articles 554 et 555 ont marqué la volonté d'élargir la seconde instance à des personnes qui n'avaient pas été parties à la première phase procédurale. Cet élargissement du cercle des parties en appel s'explique par la volonté d'éviter des procès en chaîne.

Première possibilité d'intervention,elle permet à des tiers en première instance, à condition d'y avoir intérêt,d'intervenir volontairement dès lors que l'affaire est pendante en son entier devant la Cour d'appel.

L'article 555 quant à lui envisage l'intervention forcée de façon assez restrictive, en tous les cas, cet article permet de mettre en cause devant la Cour d'appel et aux fins de condamnation des tiers qui n'ont été ni parties ni représentés en première instance.

B. les conditions de forme :

Les délais sont prescrits à peine d'irrecevabilité de la demande d'appel ; en matière gracieuse, il est de 15 jours, en matière contentieuse, il est d'un mois cependant les articles 643 et 644 accordent des prorogations de délais en fonction de la distance qui sépare les plaideurs de la juridiction, c'est ainsi qu'une personne qui demeure dans un département ou un territoire d'outre-mer bénéficie d'un mois supplémentaire pour former appel devant une juridiction qui a son siège en France métropolitaine, alors que la personne qui demeure à l'étranger voit son délai augmenter encore de deux mois.

Ce délai court à partir de la notification faite par signification et comme l'indique l'article 528 alinéa 2, ce délai court même à l'encontre de celui qui notifie le jugement. On a assisté à des notification successives d'un même jugement, s'est alors posé la question de l'influence de la

seconde notification sur le délai introduit par la première notification. A l'encontre du destinataire de l'acte, ce délai est prolongé par la seconde notification, en revanche, ce délai n'est pas prolongé à l'encontre de celui qui notifie l'acte. Un arrêt du 30 janvier 2003 a affirmé qu'une société ne pouvait pas se prévaloir dans son erreur dans sa première notification en effectuant une seconde notification. Ce point de départ de notification constitue le droit commun, exceptionnellement, la loi peut dispose que le délai court à partir du prononcé de la décision, c'est le cas en matière de divorce et de procédures collectives. L'inobservation de ce délai est sanctionnée par l'irrecevabilité de la demande et il s'agit là d'une fin de non recevoir d'ordre public que le juge doit relever d'office. Cependant, il est prévu un cas de relevé de forclusion prévu à l'article 540 à propos d'un défendeur défaillant après un jugement rendu par défaut ou réputé contradictoire ; les circonstances du relevé de forclusion sont assez sévères, le demandeur doit prouver qu'il n'a pas eu connaissance du jugement en temps utile. Il doit alors dans un délai raisonnable quand il a connaissance du jugement .saisir le premier président de la Cour d'appel pour qu'il lui accorde un nouveau délai d'appel qui commencera à courir à partir de la décision.

En réalité, les formes de l'appel sont très variées, dépendant non seulement de la nature contentieuse ou gracieuse de la procédure mais aussi du type d'appel principal, incident ou provoqué et on distingue aussi la procédure ordinaire de procédures spécifiques. Or le respect de ces formes est extrêmement important car la Cour de Cassation y voit une cause d'irrecevabilité de l'appel et la substitution d'une forme non autorisée à une forme autorisée est un cas d'inexistence de l'acte de l'appel.

S'agissant tout d'abord de la procédure contentieuse suivie devant la formation collégiale, le code distingue selon que la procédure est avec ou sans représentation obligatoire. Dans la procédure contentieuse avec représentation obligatoire, l'article 900 dispose que l'appel peut être formé de deux manières. Tout d'abord, l'appel peut être formé par déclaration unilatérale dont les modalités varient selon que la procédure est ordinaire ou à jour fixe. Si la procédure est ordinaire, la déclaration unilatérale signée par l'avoué doit contenir à peine de nullité un certain nombre de mentions énoncées à l'article 901. Cette déclaration est remise au secrétariat greffe de la Cour d'appel et cette formalité ainsi que la date de son accomplissement est constaté par le visa que le greffier met sur chaque exemplaire dont l'un est immédiatement restitué à l'avoué de l'appelant. A partir de cet instant, le greffier va adresser à chacun des intimés un exemplaire de la déclaration en lui indiquant l'obligation dans laquelle il est de constituer avocat conformément à l'article 903. Dès lors qu'il est constitué, cet avoué informe son confrère et remet au greffe de la cour une copie de l'acte de constitution comme l'exige l'article 904. la remise au greffe d'une demande d'inscription au rôle dans un délai de deux mois à compter de la déclaration d'appel sous peine de caducité.

Qu'en est-il dans la procédure à jour fixe ? C'est une procédure particulière au regard de la procédure ordinaire, elle est indiquée aux articles 917 à 925 et se trouve réservée aux hypothèses dans lesquelles les droits d'une partie sont tempérés. La partie qui veut user de cette procédure doit demander par requête au premier président de la Cour d'appel de fixer le jour ou l'affaire sera appelée par priorité. Cette requête doit contenir un certain nombre d'indication, elle doit bien entendue exposer la nature du péril, elle doit contenir les conclusions de la partie sur le fonds du débat et doit viser les pièces justificatives. Si le président donne son accord pour utiliser cette procédure, il rend une ordonnance, élément important par rapport à la procédure à jour fixe suivie devant le tribunal de grande instance où il ne s'agit que d'une mesure suivie devant le juge judiciaire. Ici le président rend une ordonnance qui rend possible le référé rétractation, cette ordonnance rendue, le premier

président désigné dans cette ordonnance la chambre de la cour qui sera saisie et le jour et l'heure où l'affaire sera appelée par priorité. L'article 919 dispose qu'il est procédé à la déclaration d'appel qui doit viser bien entendu cette ordonnance. Les exemplaires destinés aux intimés ont été restitués à l'appelant qui est en mesure d'assigner son adversaire au jour fixé en joignant à l'exploit la copie de la requête et toutes les pièces exigées par l'article 920. dans ce contexte, l'intimé est beine entendu averti que s'il ne constitue pas avoué avant la date de l'audience fiée, il sera sensé s'en tenir aux moyens qui étayaient sa position en première instance. Il ne reste plus qu'à saisir la cour et on retombe alors dans les caractéristiques de la procédure ordinaire. L'article 900 prévoit donc que l'appel doit être formé par déclaration unilatérale et prévoit aussi que l'appel soit formé par requête conjointe. Cette requête conjointe porte bien son nom puisqu'elle est préparée par tous les plaideurs qui ont occupé la position de partie devant le juge de première instance comme le prévoit l'article 926. la procédure applicable est identique à celle suivie devant le tribunal de grande instance puisque cette requête conjointe doit remplir les conditions exigées au premier degré plus quelques conditions énumérées à l'article 927. Dans la procédure contentieuse sans représentation obligatoire. La formalité de l'appel consiste dans une déclaration soit verbale soit adressée par lettre recommandée au secrétariat greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée, cette déclaration doit comporter un certain nombre de mentions énumérées à l'article 933. Une fois formulée, les parties sont convoquées au moins quinze jours à l'avance par le greffier en chef de la Cour d'appel par lettre recommandée avec accusé de réception.

S'agissant de la procédure gracieuse, seule la déclaration unilatérale au secrétariat greffe de la juridiction qui a rendu le jugement est possible. S'agissant des appels incidents ou provoqués, ils s'effectuent par acte d'avoué à avoué ou même verbalement à avoué et 'article 551 précise en fait qu'ils s'effectuent de la même manière que les demandes incidentes. Quand on veut cependant introduire ce type d'appel contre une personne qui n'a pas constitué avoué, il faudra recourir à la solution classique de l'assignation. Quant à l'intervention, si elle s'effectue volontairement contre une partie présente à l'instance d'appel, elle s'effectuera par acte d'avoué à avoué, si l'intervention est forcée, par voie d'assignation.

**§2 La procédure d'appel :**

Cette variété des formes d'appel cache une multiplicité de procédures, le code en effet propose plusieurs types de procédures devant la Cour d'appel, le code distinguant les procédures se déroulant devant la formation collégiale et celles se déroulant devant le premier président. Devant la formation collégiale, on distingue aussi selon la matière et selon le caractère obligatoire ou non de la constitution d'avoué. En plus des procédures ordinaires, on a aussi constitué des procédures rapides à jour fixe ou procédures contraintes.

A. La procédure devant la formation collégiale :

Devant la formation collégiale, la procédure contentieuse ordinaire est celle d'une procédure avec représentation obligatoire sauf disposition contraire. Cependant la liste n'est pas fixée de manière générale, il faut se référer à chaque texte

On peut en effet prévoir des types de procédure particuliers en raison de la nature de la juridiction qui a rendu le jugement tel que le conseil des prud'hommes qui donnera lieu à une procédure en appel sans représentation obligatoire. On pourra aussi tenir compte de la matière et aussi certains cas qui relèvent de choix jurisprudentiels.

Cette procédure est essentiellement orale, plus souple que la procédure ordinaire et donc moins coûteuse, elle implique donc que les parties se représentent elles-mêmes mais rien n'empêche qu'elles se fassent représenter. La plupart du temps, il est rare que les parties se défendent d'elles-mêmes.

Dans la procédure ordinaire, l'avoué à seule qualité pour représenter les parties et conclure en leur nom. C'est lui qui reçoit les avis ou injonctions de la part du président de la chambre de la Cour d'appel qui a été désignée ou de la part du conseiller de la mise en l'état. L'avoué est un interlocuteur incontournable. Pour autant, que deviennent les avocats, ils assistent les parties, plaident pour elles, sont aussi entendus sur leurs demandes par la Cour d'appel ou bien avant par le conseiller de la mise en l'état. Il arrive aussi que les avocats participent aussi à la rédaction des conclusions d'appel. En réalité, la collaboration entre avocats et avoués varient selon les relations qu'ils entretiennent.

Les étapes de la procédure : une fois la demande formée, le premier président va désigner la chambre à laquelle l'affaire doit être distribuée et le secrétariat greffe de la cour donne avis aux avoués. A ce stade, l'étape la plus importante est le dépôt des conclusions qui est réglementé par l'article 909 qui oblige le respect de la contradiction en forçant chaque avoué à notifier ses conclusions et communiquer ses pièces à l'adversaire.

La copie de ces conclusions doit bien entendue être remise au greffe avec justification de leur notification qui peut être multiple en cas de pluralité de demandeur ou de défendeur. L'article 915 exige aussi que le dépôt des conclusions de l'appelant se fasse dans un délai de 4 mois à partir de la déclaration d'appel afin d'accélérer la procédure. La sanction de cette obligation est prévue à l'article 951 alinéa 2 et réside dans la radiation de l'affaire du rôle. Le contenu de ces conclusions est lui aussi réglementé par l'article 954 qui exige tout d'abord que ces écritures formules expressément els prétention des parties, les moyens de droit et de fait sur lesquelles elles sont fondées. Il ne s'agit donc que des conclusions qualificatives sachant que par le biais d'un bordereau récapitulatif qui leur est annexé, les pièces invoquées sont également fournies. Cet article 954 précise aussi que les parties doivent reprendre dans leurs dernières écritures les prétentions et moyens invoquées précédemment sous peine de les voir considérées comme abandonnées, la cour ne statuant que sur les dernières conclusions déposées. L'article 910 prévoit que l'affaire peut se poursuivre dans deux directions différentes l'affaire peut être instruite par un magistrat de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée qui n'est autre que le conseiller de la mise en état qui se voit appliquer les articles 763 à 787 qui concernent la procédure suivie devant le tribunal de grande instance. En outre, il obéit à des articles spécifiques 906 à 914. le conseiller dispose d'un pouvoir dont ne dispose pas le juge de la mise en l'état qui est celui de déclarer l'appel irrecevable et de trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel ainsi que certaines questions relatives à l'exécution provisoire du jugement attaqué. Ce conseiller de la mise en état prend des ordonnances contre lesquels tout recours immédiat est interdit, il faut donc

attendre le jugement sur le fond néanmoins, un régime spécial a été mis en place lorsque l'ordonnance du conseiller de la mise en l'état met fin à l'instance, constate l'extinction de l'instance ou lorsqu'elle est relative à des mesures provisoire en matière de divorce ou de séparation de corps. Dans ces trois hypothèses, l'ordonnance peut faire l'objet d'un déféré par simple requête devant la formation collégiale de la cour dans un délai de quinze jours à compter de la date de l'ordonnance. Lorsque l'affaire est mise en l'état, ce conseiller de la mise en l'état va au terme de son instruction rendre une ordonnance e clôture qui va dès lors interdire tout dépôt de conclusions ultérieure et l'affaire va être renvoyée devant l'audience de la chambre à laquelle elle est débattue. Il est aussi possible d'envisager le renvoi à une audience fixée à bref délai lorsque l'affaire est déjà en état d'être jugée ou lorsque l'affaire présente un caractère d'urgence. Quelle que soit la voie suivie, l'audience des débats s'ouvre, lors de cette audience, il est fréquent que le conseiller de la mise en l'état ou un autre conseiller ait été chargé par le premier président de présenter un rapport avant les plaidoiries. Plaidoiries d'ailleurs qui peuvent très bien se tenir devant le conseiller de la mise en l'état ou le conseiller chargé d'établir le rapport avec l'accord des parties. Dans ce cas, un compte-rendu sera fait aux autres conseillers au cours du délibéré ; sinon l'arrêt est délibéré et prononcé selon les dispositions du droit commun.

B. Les procédures suivies devant le premier président :

Le premier président de la Cour d'appel n'est pas seulement un chef de juridiction, il constitue lui-même une juridiction dans trois situations.

C'est une juridiction d'appel des décisions de première instance dans certains situations particulières par exemple en matière de rémunération des auxiliaires de justice et des techniciens. Ensuite, ce premier président conformément à l'article 956 peut prendre des mesures en la forme des référés ou en référé, enfin, il peut aussi statuer par ordonnance sur requête sous la condition générale qu'il soit nécessaire que la mesure ne soit pas prise contradictoirement.

**§3 Les effets de l'appel :**

On en distingue deux principaux, l'effet suspensif et l'effet dévolutif. Mais il faut également en envisager un troisième un peu plus spécifique qui est l'effet d'évocation.

A. L'effet suspensif

L’article 539 édicte que le délai d’appel et l’exercice de l’appel suspende l’exécution du jugement à moins que la décision ne bénéficie de l’exécution provisoire de droit ou qu'elle n’ait été accordée par le juge. Ainsi, tout acte d’exécution qui serait accompli sur le fondement d’un jugement déféré à la Cour d'appel est nul. Mais l’effet suspensif, ne prive pas cette première décision de toute efficacité, il est admis qu'une décision frappée d’appel puisse justifier des mesures conservatoires. En outre, l’effet suspensif peut être remis en cause pour sanctionner la carence ce l’avoué de l’appelant qui dans la procédure ordinaire avec représentation obligatoire ne dépose pas ses conclusions dans les 4 mois de la déclaration d’appel. On a vu que l’article 915 disposait que l’affaire est alors radiée du rôle des affaires en cours or cette radiation prive aussi l’appel de toute effet suspensif hors les cas où la loi interdit l’exécution provisoire. Même si l’affaire est rétablie sur justification du dépôt des conclusions, l’appel restera privé de tout effet suspensif.

B. L’effet dévolutif :

L’article 561 dispose que par l’acte d’appel, le litige est transporté des premiers aux seconds juges dans toutes ces questions de fait et de droit pour qu'il soit à nouveau statué. Ce principe de l’effet dévolutif commande toute une série de conséquences quant aux pouvoirs et aux prérogatives du juge d’appel. la première conséquence est que l’appel entraîne la saisine de la Cour d'appel qui a un caractère impératif. En effet, la Cour d'appel a l’obligation de statuer elle-même sur le litige qui lui a été dévolu et parallèlement, il en découle une deuxième conséquence, c'est que la saisine de la Cour d'appel entraîne nécessairement le dessaisissement des premiers juges et des pouvoirs qui leur appartenait jusque là. C'est ainsi que si des mesures d’exécution provisoire ont été prise.

Les juges d’appel devant lesquels le litige est remis en question sont investis des pleins pouvoirs pour statuer comme les premiers juges en fait et en droit. Ils bénéficient d’une plénitude de juridiction qui peut très bien les conduire à ordonner par exemple de nouvelles mesures d’instruction. Tout est repris en quelque sorte à 0.

La saisine de la Cour d'appel remet en question la chose jugée. Pour qu'il soit comme l’indique l’article 561 statué à nouveau en droit et en fait ce qui implique qu'en principe, la dévolution est totale et complète. Mais cette dévolution totale et complète se trouve en réalité limitée par deux autres règles, tout d’abord, la première limite apportée à l’effet dévolutif tient à ce qu'il n’est dévolu qu’autant qu'il est jugé. Seule la chose jugée par les premiers juges est remise en question et non les points non encore tranchés conformément au principe du double degré de juridiction. L’appel doit permettre à la cour de vérifier que les juges du premier degré ont correctement apprécié les faits et le droit ce qui implique nécessairement que le contrôle s’exerce sur des éléments déjà jugés. C'est ainsi qu'on interdit de former en appel des prétentions nouvelles. C'est-à-dire qui n’auraient pas été soumises au premier juge. Plus précisément, l’article 564 prohibe comme étant nouvelle toute prétention qui modifie l’objet de la demande de même que celle qui ne tend pas aux mêmes fins que la demande initiale, ou bien encore, celles qui changent les parties ou leur qualité. En réalité, le strict respect de ce principe de prohibition des prétentions nouvelles s’accommode mal avec la volonté d’accélérer le cours de la justice qui nécessite de grouper en un seul procès tous les éléments relatifs à un litige donné. Ces dernières années, on constate une nette évolution de la voie

d’appel qui devient une véritable voie d’achèvement du procès qui ne permet pas seulement la transmission à un second juge des éléments identiques mais qui permet aussi de poursuivre en appel le débat engagé en première instance. C'est ce qui explique que l’article 563 atténue le principe de prohibition des prétentions nouvelles en permettant aux parties de produire en appel des pièces nouvelles ou en leur permettant de produire des preuves nouvelles pour justifier les prétentions qu'elles avaient soumises en premier instance. En outre, cet article autorise la présentation de la formulation de moyens nouveaux or la frontière entre prétentions et moyens nouveaux est parfois bien difficile à tracer. Plus radicalement encore, cette prohibition légale des prétentions nouvelles connaît de véritables exceptions dans trois textes. Tout d’abord, l’article 564, qui admet des prétentions nouvelles dès lors qu'elles sont destinées à opposer la compensation, à faire écarter les prétentions adverses, à faire juger les questions nées de l’intervention d’un tiers, ou encore à faire juger les questions nées de la survenance ou de la révélation ultérieure d’un fait.

L’article 566 admet les prétentions ayant pour but d’expliciter les prétentions soumises aux premiers juges ou d’ajouter à celles-ci. Enfin, l’article 567 admet quant à lui en appel les demandes reconventionnelles.

Deuxième limite apportée au principe de la dévolution totale et complète, cette deuxième limite tient qu'à ce qu'il n’est dévolu qu'autant qu'il est appelé, l’article 562 dispose que l’appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs du jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent. Mais il ne s’agit ici que de l’alinéa 1° de l’article 562 qui prévoit dans son 2° alinéa trois exceptions à cette règle que l’effet dévolutif de l’appel est limité  par l’acte d’appel.

Première exception assez logique, l’article rappelle que lorsque l’appel n’est pas limité à certains chefs et que les conclusions critiquent en général les dispositions du jugement, nécessairement, la dévolution s’opère pour le tout ;

Deuxième exception, la dévolution s’opère pour le tout lorsque l’appel tend à l’annulation du jugement, on évoque ici l’appel nullité.

La dévolution s’opère pour le tout lorsque l’objet du litige est indivisible.

C. La faculté d’évocation :

Cette évocation est prévue à l’article 568 qui l’évoque comme une faculté qui appartient au juge d’appel saisi de l’appel de certains jugements de première instance de s’emparer de l’affaire et de statuer sur le tout, c'est-à-dire l’appel et le fond, dans une seule et même décision. Cette évocation est doublement intéressante car elle s’oppose à l’effet dévolutif puisqu’elle permet de statuer sur des points non jugés en première instance alors que l’effet dévolutif ne transmet à la cour que les chefs du jugement. Cette évocation s’oppose à l’effet dévolutif et constitue aussi une entorse au double degré de juridiction puisque certains points seront jugés en appel alors qu'ils n’ont pas été tranchés en première instance. Le texte de base en la matière est ‘article 568 qui évoque l’évocation de droit commun. Cette évocation que l’on pourrait qualifier de droit commun n’est possible qu'à l’encontre de certains jugements de

première instance. En effet l'article 568 prévoit deux cas, le jugement déféré doit avoir ordonné une mesure d'instruction ou le jugement déféré doit avoir statué sur une exception de procédure mettant fin à l'instance. Cet article 568 pose aussi une condition en disposant que la cour ne peut évoquer l'affaire que si elle estime qu'il est de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive. Ce faisant, on apprend aussi une chose dans cet article, c'est que l'évocation n'est pas une obligation pour la Cour d'appel mais une simple faculté.

A coté de cette évocation de droit commun, il faut se remémorer un autre cas d'évocation, l'article 89 qui est particulier à la procédure sur incident de compétence. Dans cet article 89, il faut se rappeler du contexte, on a nécessairement un premier juge qui a statué seulement sur la compétence et sur la question qui commandait le fond qui quant à lui n'a pas été abordé. C'est alors par la voie du contredit qu'il faut critiquer ce jugement. Normalement, le rôle de la Cour d'appel est de désigner la juridiction compétente mais si la cour se trouve être la juridiction d'appel relativement au tribunal dont elle estime qu'il aurait du connaître de l'affaire. Elle a la faculté sur le fondement de l'article 89 d'évoquer le fond.

Il faut bien distinguer ce cas du cas où le tribunal a le droit en vertu de l'article 78 de statuer à la fois sur la compétence et sur le fond suite à un recours qui est nécessairement un appel. lorsque la décision aura été rendue en premier et dernier ressort,cet appel ne portera que sur la compétence, en revanche, il pourra porter sur l'ensemble de la décision quand celle-ci sera en premier ressort ; dans cette dernière hypothèse, si la Cour d'appel infirme le jugement sur la compétence et si elle est une juridiction d'appel. Par rapport au tribunal qu'elle estime compétent, elle peut statuer sur le fond mais ici, il ne s'agit pas d'une évocation. Il s'agit d'une extension légale de l'effet dévolutif, la cour à cette occasion ne fait qu'exercer sa plénitude de juridiction que consacre l'article 79.

## Section 2 : L'opposition :

Cette opposition, c'est une voie de recours de droit commun prévue à l'article 571 qui permet à une partie défaillante de faire rétracter un jugement qui a été rendu par défaut et par l'effet de laquelle l'affaire revient devant le tribunal qui a statué la première fois. L'opposition permet de rétablir la contradiction au profit du défendeur qui n'a pas comparu lors de l'instance éteinte par le jugement. Cette opposition, c'est en réalité une voie de recours en voie de disparition tout simplement parce que les hypothèses dans lesquels un jugement sera rendu par défaut se raréfient.

### §1 La recevabilité de l'opposition :

A. Les conditions de fond :

Les conditions de fond sont donc énoncées à l'article 571 qui prévoit que cette voie de recours n'est ouverte qu'à l'encontre de jugement rendus par défaut dans les conditions de l'article 473 du nouveau code de procédure civile. Il faut tenir compte du fait que beaucoup de dispositions légales écartent l'opposition à l'égard de certains nombres de jugements pourtant rendus par défaut.

L'opposition n'est ouverte qu'aux défaillants, c'est-à-dire qu'à une partie à l'instance qui a abouti à un jugement rendu par défaut et qui ne s'est pas laissé jugé une seconde fois par défaut comme l'exige l'article 578.

Cette partie défaillante doit bien entendu avoir un intérêt à agir, ce qui conduit à exiger que le jugement rendu lui fasse grief au moins partiellement.

B. Les conditions de forme :

Elles tiennent à l'exigence d'un délai et dans le respect des formes de l'acte d'opposition.

Elle doit être formée dans un délai d'un mois à compter de la notification du jugement par défaut au défaillant qui désire faire opposition. C'est un délai extrêmement court, c'est la raison pour laquelle le président de la juridiction a le pouvoir de relever l'opposant de sa forclusion lorsque ce dernier n'a pu agir dans le délai sans faute de sa part soit parce qu'il n'a pas eu connaissance du jugement en temps utile, soit parce qu'il a été dans l'impossibilité d'agir. Quant à l'exigence de forme de l'opposition, l'opposition est formée devant la juridiction qui a rendu le jugement attaqué. Cette opposition doit être formée dans les formes prévues pour chaque type de juridiction. Cela peut être une assignation devant le tribunal de grande instance ou une citation devant le tribunal d'instance.

**§ La procédure d'opposition :**

La première exigence est posée par l'article 574 qui dispose que l'opposition doit être motivée et qu'elle doit également indiquer les moyens du défaillant. Cette obligation est essentielle car le défaut de motivation constitue un vice de forme entraînant une nullité s'il existe un grief. C'est la même instance qui se poursuit, l'opposition étant porter devant les mêmes juges. L'affaire est donc jugée selon les règles applicables de la juridiction primitivement saisie. Bien entendu, le juge va commencer par vérifier la recevabilité de l'opposition et ensuite vérifier la recevabilité des prétentions des parties et cela, en fonction de la demande initiale ce qui signifie que chaque partie conserve la qualité processuelle qu'elle avait dans l'instance primitive. Le défaillant auteur de l'opposition reste le défendeur tandis que le demandeur primitif conserve cette qualité et tout ce qui en résulte sauf si, bien entendu, il y a modification du contenu des écritures par la formulation de demandes incidentes. Sinon, a ce stade, le tribunal va tout simplement procéder à un examen nouveau et complet au fond. Au final, le jugement rendu peut-être de deux natures ou du moins peut adopter deux solutions :

- Tout d'abord, il peu déclarer l'opposition irrecevable ou non fondé, le premier jugement va alors s'appliquer, le jugement rendu sur opposition redonne au premier jugement son efficacité provisoirement tenue en suspens par l'opposition et les effets du jugement ainsi rendus remontent donc au jour du premier jugement.

- Le tribunal peut avoir déclaré l'opposition bine fondé, l'article 572 alinéa 2 dispose alors que le jugement rendu sur opposition rétracte le premier jugement qui est anéanti.

Si le défaillant se laisse juger une seconde fois par défaut, l'article 578 lui ferme la possibilité de former une nouvelle opposition, on applique la règle selon laquelle : « opposition sur opposition ne vaut ».

**§3 Les effets de l'opposition :**

L'opposition a un effet suspensif du jugement rendu par défaut de même que son délai à moins que l'exécution provisoire n'ait été accordée et dans cette dernière hypothèse, si le jugement est rétracté, il faudra revenir sur les actes d'exécution accomplis et envisager la question de la réparation envers le défaillant.

L'opposition a un effet dévolutif, l'article 572 alinéa 1 dispose que le jugement primitif est remis dans son entier à l'appréciation des juges et du même juge qui se voit déférer tous els points jugés par défaut pour qu'il soit statué à nouveau en fait et en droit. Ce qui implique aussi qu'aucun chef de prétention nouveau ne peut être présenté. Enfin, dans l'hypothèse où il y aurait une pluralité de défaillants, l'opposition formée par l'un d'entre eux ne profite qu'à l'opposant et ne profite ni ne nuit aux autres.

## CHAPITRE II : LES VOIES DE RECOURS EXTRAORDINAIRES :

Il s'agit de voies de recours qui ne sont ouvertes que dans les cas spécifiés par la loi et n'ont pas en principe d'effet suspensif.

### Section 1 : le pourvoi en cassation :

Il est d’une nature juridique un peu particulière, il ne s’agit ni d’une voie de rétractation puisque l’affaire ne revient pas devant les mêmes juges ni une voie de réformation puisque la Cour de Cassation ne reprend pas l’affaire dans son entier, elle ne reprend que la solution du procès et ce faisant elle accepte es faits et ne juge que le droit. Son objectif est simple : apprécier la régularité du jugement au regard des règles de droit. Cette voie de recours n’a pas exclusivement pour but l’intérêt des justiciables mais également l’intérêt de la société. La question se pose de savoir quelle est la valeur de ce pourvoi, sur le plan européen, le droit à un pourvoi n’a pas été considéré comme partie intégrante du droit à un procès équitable de l’article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme. Une loi peut donc très bien supprimer le pourvoi. Néanmoins, le droit européen considère aussi que les limites du droit d’accès à un juge de cassation lorsqu’il est reconnu ne doit pas porter atteinte à la substance même de ce droit. La cour européenne des droits de l'homme a eu l’occasion a maintes reprises d’intervenir pour apprécier la proportionnalité entre le droit d’accès à un juge de cassation et les limites admissibles. En droit interne, les limites sont claires, le conseil constitutionnel a considéré dans une décision du 14 mai 1980 que ce recours constitue pour le justiciable une garantie fondamentale dont il appartient au législateur de fixer els règles par application de l’article 34 de la constitution de 1958. Le Conseil d'Etat quant à lui dans une décision du 19 octobre 1962 voyait déjà dans le droit de saisir une cour suprême un principe général du droit. La Cour de Cassation considère à travers une jurisprudence constante que l’exercice du pourvoi ne peut cesser qu'en cas de disposition expresse ou formelle de la loi. Le principal problème de la Cour de Cassation est son encombrement croissant, le législateur a tenté plusieurs remèdes pour y remédier sans grand succès jusqu’à la loi du 25 juin 2001 permettant de déclarer non admis els pourvois qui ne seraient pas fondés sur un moyen sérieux de cassation et on a constaté une nette amélioration de la situation. La question s’est posée de savoir s’il ne s’agissait pas d’une entrave du droit d’accès à un juge, la cour européenne des droits de l'homme a considéré que c'était une préoccupation légitime du législateur d’améliorer l’accès au juge de cassation y compris par ce biais.

**§1 Les conditions du pourvoi :**

A. Les décisions susceptibles de pourvoi :

L’article 605 prévoit que le pourvoi n’est ouvert qu'à l’encontre d’une décision contentieuse ou gracieuse rendue en dernier ressort, il peut s’agir de jugement définitif sur le fond mais aussi de décisions qui dans leur dispositif tranchent une partie du principal et ordonnent une mesure d’instruction ou provisoire. Il peut encore s’agir de jugements qui statuent sur des exceptions de procédure, des fins de non recevoir ou tout autre incident mettant fin à l’instance. Le recours en cassation peut aussi être différé, c'est le cas en ce qui concerne le jugement avant dire droit qui peut être frappé d’un pourvoi avec le jugement sur le fond sous

la réserve d’un excès de pouvoir ou d’une violation d’un principe fondamental de procédure qui ouvre une cassation immédiate grâce à un pourvoi nullité.

B. les titulaires du pourvoi en cassation :

En ce qui concerne le pourvoi à titre principal, l’article 609 dispose de façon générale que toute partie qui y a intérêt est recevable à se pourvoir en cassation, il faut donc avoir été partie à l’instance du jugement attaqué ou y avoir été représenté, il faut bien entendu être capable et ensuite justifier d’un intérêt, c'est-à-dire avoir succombé partiellement ou totalement et les mêmes conditions doivent être réunies en la personne du défendeur. Néanmoins, ce texte prévoit aussi qu'une partie peut se pourvoir même si la disposition du jugement qui lui est défavorable ne profite pas à son adversaire ce qui implique que, en matière contentieuse, il importe peu que la condamnation ait été prononcée à l’encontre ou au profit d’une personne qui n’était pas partie à l’instance. Quant à la matière gracieuse, il convient de signaler l’article 610 qui précise logiquement que le pourvoi en cassation est recevable même en l’absence d’adversaire. En ce qui concerne le pourvoi incident ou provoqué, l’article 614 prévoit en fait de se référer aux règles prévues pour l’appel incident ou provoqué avec quelques particularités mentionnées à l’article 1010. Quant à l’intervention de tiers, elle est soumise à des conditions restrictives puisque seule est admis l’intervention volontaire formée à titre accessoire dès lors qu'elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles.

Le ministère public peut se pourvoir en cassation contre la décision rendue si il a été partie principale mais même s’il n’a pas été partie principale, le ministère public peut se pourvoir en cassation dans deux cas :

- Tout d’abord, il peut se pourvoir en cassation dans l’intérêt de la loi alors même que le jugement rendu n’est pas attaqué par les parties. Ce pourvoi prévu à l’article 17 de la loi du 3 juillet 1967 vise à faire cesser une violation de la loi et se trouve réservé au procureur général près de la Cour de Cassation. Il peut être formé contre toute décision même exécutée même rendue en premier ressort sans qu'aucun délai ne soit prévu. L’originalité de ce pourvoi tient à ce qu'il ne vise qu'à protéger l’intérêt général, par conséquent, il ne peut pas affecter la situation des parties entre lesquelles le jugement existe et qui ne peuvent pas s’en prévaloir pou éluder l’exécution de la décision qui serait cassée.

- LE ministère public peut aussi se pourvoir en cassation pour faire sanctionner un excès de pouvoir, ce pourvoi est prévu par l’article 18 de la loi du 3 juillet 1967, il est toujours formé par le procureur général près de la Cour de Cassation mais sur prescription du garde des sceaux. Ce pourvoi est ouvert chaque fois qu'un juge méconnaît le principe de séparation des pouvoirs, s’attribue une prérogative que la loi ne lui accorde pas ou bien encore, viole un principe fondamental de procédure. Aucun délai n’est prévu, par contre, les parties mises en cause disposent d’un délai pour déposer leur mémoire sachant qu'ici, le ministère d’avocat n’est pas obligatoire. Les enjeux sont importants car si la Cour de Cassation casse l’acte du juge qui peut être juridictionnel ou non,cette annulation va avoir un effet *ergua omnes* et les parties pourront s’en prévaloir.

C. Les cas d’ouverture à cassation :

L’article 604 tend à faire condamner la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit. Cette formule a pour mérite de mettre en valeur la fonction essentielle de la Cour de Cassation qui est d’assurer l’interprétation des règles de droit, par contre, elle ne donne aucune précision sur ce qu'il faut considérer comme une violation de la loi or celle-ci peut prendre de multiples formes comme le sous entend l’article 978 qui prévoit que le mémoire du demandeur au pourvoi contienne les moyens de droit invoqués, chaque moyen devant préciser le cas d’ouverture à cassation ce qui implique qu'il en existe plusieurs.

Ce sont les auteurs qui ont dressé la liste de ces cas, on en distingue en principe 7 :

Le premier cas le plus classique est la violation de la loi comprise comme la mauvaise interprétation d’une règle de droit mais aussi comme un mauvaise application du droit aux faits sachant que le terme de loi est ici prise dans un sens extensif quels que soit la source et l’objet même de la loi.

Le deuxième cas réside dans l’excès de pouvoir qui au sens large se définit comme le fait pour un juge se s’arroger des pouvoirs qu'il n’a pas, de porter atteinte à des principes fondamentaux de procédure ou bien encore d’émettre des appréciation outrageantes pour une personne déterminée sans utilité pour le litige. Un excès de pouvoir négatif est également possible lorsque le juge refuse d’utiliser un pouvoir qui lui est attribué.

Le troisième cas est l’incompétence, les parties ne pouvant jamais l’invoquer pour la première fois devant le juge de cassation puisque l’exception d’incompétence s’exerce avant toute défense. L’incompétence ne peut être relevée d’office que si l’affaire relève d’une juridiction administrative, répressive ou échappe à la compétence des tribunaux français. Quant à l’incompétence territoriale, elle peut toujours être relevée d’office en matière gracieuse et uniquement lorsque l’affaire concerne l’état des personnes en matière contentieuse ou quand la loi réserve expressément l’affaire à une juridiction.

L’inobservation des formes, il s’agit des formes prescrites à peine de nullité soit dans les actes de procédure soit dans les jugements. Ce cas d’ouverture est en réalité peu utilisé car le nombre de formalités sanctionnées par la nullité est de plus en plus réduite et il existe aussi une procédure de réparation des erreurs et omissions matérielles.

Motivation inexistante ou insuffisante, on distingue tout d'abord le défaut de motif qui est un vice de forme dès lors que l'article 455 considère que l'obligation de motiver est une formalité substantielle su jugement. Ce vice revêt lui aussi plusieurs aspects, il peut y avoir absence totale de motifs mais il peut y avoir aussi contradiction de motifs ou bien encore contradictions entre motifs et dispositifs.

Le manque de base légale est quant à lui un vice de fond qui implique que les motifs du jugement sont soit insuffisants soit imprécis pour que la Cour de Cassation puisse vérifier si la règle de droit a été correctement appliquée.

La contrariété de jugement, elle peut prendre deux formes évoquées aux articles 617 et 618. L'article 617 envisage d'annuler un jugement rendu en méconnaissance d'une décision ayant statué avec autorité de la chose jugée. Lorsque la contrariété est constatée, la décision la plus récente est cassée. L'article 618 envisage une autre éventualité, celle de deux décisions inconciliables et susceptibles ni l'une ni l'autre de recours ordinaires.

La perte de fondement juridique : il s'agit de l'hypothèse dans laquelle un jugement doit être cassé à la suite d'une loi nouvelle qui modifie rétroactivement le fondement juridique sur lequel le jugement s'était appuyé.

D. Le délai :

Il est de deux mois à compter de la signification de la décision en dernier ressort conformément à l'article 612. le point de départ est la notification du jugement contradictoire avec en outre si la représentation est obligatoire notification préalable au représentant *ad litem* alors que contre les jugements par défaut, le délai court à compter du jour où l'opposition n'est plus recevable.

**§2 La procédure du pourvoi :**

En réalité, il faut distinguer selon que la procédure est avec ou sans représentation obligatoire par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation. Le point commun de ces procédures est leur caractère essentiellement écrit, ce qui oblige à accomplir les actes de procédure dans les formes et dans les délais requis à peine d'irrecevabilité du recours.

A. LA procédure avec représentation obligatoire :

Elle forme en réalité le cadre ordinaire du pourvoi, la procédure de droit commun impose en effet la représentation par constitution d'un avocat au conseil qui dispose d'un monopole de la représentation et don le ministère est obligatoire sauf dérogation expresse (légale). La cour européenne des droits de l'homme a précisé que cette représentation de l'avocat spécialisé devant les cours suprêmes n'était pas contraire à l'article 6§1 compte tenu du rôle particulier que jouait ses cours dans l'élaboration du droit. Affaire *Voisine contre France* du 8 février 2000 et un arrêt du 26 juillet 2002 *Meftah contre France.*

La déclaration du pourvoi signé par l'avocat au conseil et doit contenir un certain nombre de mentions relatives à l'identification des parties à l'indication de la décision attaquée et éventuellement à l'état de la procédure d'exécution. Cette déclaration est remise au greffe en autant d'exemplaires qu'il y a de défendeurs au pourvoi et l'exécution de cette formalité est constatée par visa du secrétariat au greffe de la Cour de Cassation. La deuxième étape consiste à notifier au défendeur cette déclaration, le défendeur est averti par le greffier qui lui adresse un exemplaire de la déclaration avec l'indication qu'il doit constituer avocat au conseil s'il entend se défend. Simultanément, le greffier se fait transmettre le dossier de l'affaire.

Le dépôt et la signification des mémoires : le demandeur doit dans les 5 mois à compter de la déclaration du pourvoi remettre au greffe et signifier au défendeur son mémoire. L'article 978 indique que ce mémoire doit contenir les moyens de droit invoqués contre la décision attaquée sachant que le non-respect de ces exigences est sanctionné par l'irrecevabilité du pourvoi. De même, l'article 979 impose au demandeur de joindre au mémoire un certain nombre de documents et de pièces sous peine là encore d'une irrecevabilité du pourvoi qui peut d'ailleurs être prononcée d'office.

Ensuite, c'est au tour du défendeur qui dispose d'un délai de trois mois à compter de la signification du mémoire du demandeur pour remettre au greffe un mémoire en réponse et le notifier au demandeur.

A partir de là, selon la difficulté du pourvoi, l'affaire peut être distribuée de différentes façons : l'affaire peut être distribuée à une formation restreinte de trois juges lorsque la solution parait s'imposer d'elle-même. Concernant cette formation, il est important de souligner que selon la loi du 25 juin 2001, cette formation a le pouvoir de déclarer non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation ce qui fait d'elle une chambre des requêtes.

LE président désigne alors un rapporteur, transmet le dossier au ministère public et fixe une date d'audience. Devant cette formation, il faut tout d'abord souligner que l'avocat général émet seulement un avis, il est dispensé de conclure et d'autre part, le rapport du conseiller se fait oralement.

L'affaire peut également être distribuée à une formation normale de 5 juges. Là encore, le président va désigner un rapporteur. La procédure est ici plus formaliste ; à partir du moment où le rapporteur dépose son rapport au greffe, les parties ne peuvent plus déposer aucune observation écrite, on considère que l'affaire est en état avec une soupape de sécurité prévue à l'article 1025 qui permet au président d'avertir les parties de certains moyens de cassation qui peuvent être relevés d'office pour que les parties puissent présenter leurs observations. Devant

cette formation, le dossier est communiqué au ministère public qui doit préparer des conclusions dans le plus bref délai et qui doit proposer une inscription au rôle de l'affaire. A partir de là, les débats sont publics,sauf si la cour en dispose autrement, les avocats peuvent être entendus sur leur demande après le rapport. Les parties peuvent l'être aussi si elles y sont autorisées par le président. La cour statuera nécessairement après l'avis du ministère public qui désormais doit être communiqué aux parties avant l'audience, dans tous les cas, ces parties doivent pouvoir être mises à même d'y répondre.

Enfin, la distribution peut se faire à une chambre mixte ou à une assemblée plénière ce qui implique une décision d'une plus grande importance ce qui est assez exceptionnel sachant que devant ces formations il n'y a pas de règles propres à suivre.

B. La procédure sans représentation obligatoire :

Lorsqu'une disposition spéciale dispense les parties du ministère d'avocat au conseil, le pourvoi est formé par déclaration qui émane soit de la partie soit d'un mandataire muni d'un mandat spécial. Cette déclaration qui prend la forme d'une lettre recommandée avec accusé de réception doit contenir un certain nombre de mentions usuelles, le greffier enregistre alors le pourvoi et bien entendu accuse réception en mentionnant surtout la date de ce pourvoi. Il adresse ensuite une copie de la déclaration au défendeur et demande à la juridiction qui a rendu la décision attaquée la transmission du dossier. La suite de la procédure est plus simplifiée et plus rapide car le demandeur dispose d'un délai de trois mois pour faire parvenir son mémoire énonçant les moyens de cassation, ce mémoire est notifié par le greffier au défendeur qui a deux mois pour adresser un mémoire en réponse. Le dossier est là aussi confié à un conseiller rapporteur ainsi qu'à un avocat général qui doit donner son avis. A l'audience, on entendra successivement le rapporteur, les parties et l'avocat général.

C. La portée des arrêts de la Cour de Cassation :

En réalité, cette portée varie selon la nature de la décision émanant de la Cour de Cassation. On peut avoir tout d'abord un arrêt de rejet du pourvoi qui rend alors la décision attaquée irrévocable. Cependant, il faut quand même tenir compte de l'existence de certaines procédures qui permettent de réparer d'éventuelles erreurs matérielles ou qui permettent d'interpréter un arrêt confus de même la Cour de Cassation a créé un appel prétorien que l'on appelle le rabat d'arrêt qui permet à un plaideur victime d'une erreur de procédure imputable à la Cour de Cassation ou à ses services d'obtenir une nouvelle décision.

L'arrêt de cassation a une portée plus ou moins étendue selon que la cassation est partielle ou totale, elle peut s'effectuer sans renvoi lorsqu'il n'y a plus rien à juger sur le fond. L'arrêt de cassation peut aussi renvoyer les parties devant les juges du fond, dans cette hypothèse, il revient aux parties de saisir dans un délai de 4 mois, à compter de la notification de l'arrêt de cassation la juridiction de renvoi désignée. Devant cette juridiction, l'affaire est rejugée en fait

et en droit dans tous les points cassés et à ce stade, les tous peuvent invoquer de nouveaux moyens.

**§3 Les effets du pourvoi en cassation :**

Le pourvoi, en principe, n'a ni d'effet suspensif ni d'effet dévolutif. Par conséquent, la saisine de la Cour de Cassation est limitée.

A. L'absence d'effet suspensif :

En ce qui concerne tout d'abord l'absence d'effet suspensif, il convient de rappeler que la mise en œuvre du pourvoi en cassation n'interdit pas l'exécution de la décision frappée du pourvoi ce qui implique que quand cette décision est cassée, il y a lieu à restitution mais celle-ci ne pourra être imputée à faute et les intérêts des sommes restituables ne courront qu'à compter de la mise en demeure du débiteur qui résulte tout simplement de la notification de l'arrêt de cassation.

LE pourvoi n'est pas un obstacle à l'exécution de la décision critiquée, bien au contraire, si l'on se réfère à l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile, cette exécution est même une condition du pourvoi, en effet, cet article dispose qu'hors les matières ou le pourvoi empêche l'exécution de la décision attaquée, le premier président peut décider à la demande du défendeur et après avis du procureur général et observations des parties, le retrait du rôle d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée du pourvoi.

Exceptionnellement, des dispos particulières peuvent conférer au pourvoi un effet suspensif, c'est le cas en matière d'état des personnes, de nationalité, de divorce ou de séparation de biens.

B. L'absence d'effet dévolutif :

Le pourvoi n'est pas une voie de dévolution car la chose jugée n'est pas remise en cause pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit, le pourvoi ne vise qu'à permettre l'annulation de décisions contraires aux règles de droit. La Cour de Cassation ne connaît donc que des questions de droit et dans la limite des moyens de cassation qui lui sont proposés. Ce qui veut dire que l'étendue de la saisine de la Cour de Cassation est délimitée par les moyens de cassation qui lui sont soumis. Néanmoins, il ne faut pas oublier que la saisine de la Cour de Cassation au regard des questions de droit peut s'étendre naturellement. Ne serait-ce que tout

d’abord parce que le défendeur peut étendre la saisine à d’autres chefs que ceux invoqués par le demandeur, en outre, la Cour de Cassation a le pouvoir de soulever d’office les moyens de cassation, moyens de pur droit ou d’ordre public, qui sont par hypothèse des moyens de droit à condition qu'elle ait invité les parties à présenter leurs observations.

Cette Cour de Cassation est juge du jugement critiqué et non de l’affaire, c'est ce qui explique la règle de l’article 619 alinéa 1 qui déclare les moyens nouveaux irrecevables. Le moyen nouveau est défini comme celui que la partie aurait pu soulever devant les juges du fond mais qui ne l’a pas été. Cette règle connaît cependant deux exceptions, tout d’abord, des moyens nouveaux peuvent être invoqués pour la première fois devant la Cour de Cassation s’il s’agit de moyens de pur droit ou de moyens nouveaux touchant à l’ordre public dès lors qu'il résulte de pièces déjà produites devant les premiers juges.

Des moyens nouveaux tirés de la décision elle-même peuvent invoqués pour la première fois devant la Cour de Cassation. Il en résulte en fait que le litige n’est pas aussi figé qu'on le croit devant la Cour de Cassation, qu'il peut évoluer à l’initiative de la cour mais seulement sur les éléments de droit.

## Section 2 : la tierce opposition :

Elle est régie par les articles 589 à 592, elle tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit d’un tiers qui l’attaque parce que ce jugement, en modifiant la situation juridique de l’une de parties, a lésé les intérêts de ce tiers. Ce dernier est alors habilité à remettre en question les points jugés pour défendre ses droits.

Tantôt une voie de rétractation tantôt une voie de réformation, si la tierce opposition est formée à titre principal, elle est jugée par la juridiction qui a rendu la décision attaquée et le nouveau code de procédure civile prévoit que le jugement peut alors être rendu pares mêmes juges qu'il s’agit de faire revenir sur leur position. Si la tierce opposition est formée à titre incident, elle peut être soit une voie de rétractation, soit une voie de réformation. Elle peut être tout d’abord une voie de rétractation dans l’hypothèse suivante : le juge saisi du principal doit renvoyer l’examen de la tierce opposition incidente au juge qui a rendu la décision attaquée soit parce que ce dernier est de degré supérieur au sien, soit parce qu'il bénéficie d’une compétence exclusive. Cette tierce opposition incidente est une voie de réformation dans l’hypothèse suivante : le juge saisi de la tierce opposition incidente à la contestation principale peut statuer sur un jugement rendu par une autre juridiction dès lors qu'il est de degré supérieur à celui qui a statué ou s’il est de degré égal parce qu'aucune règle de compétence n’y fait obstacle.

### §1 Les conditions de la recevabilité de la tierce opposition :

On distingue en fait trois points forts, tout d'abord les décisions susceptibles de tierce opposition, les titulaires et enfin, le respect du délai.

En ce qui concerne les décisions susceptibles de tierce opposition, l'article 585 confère à la tierce opposition un domaine général, en matière contentieuse, tout jugement est susceptible de tierce opposition quelle que soit la juridiction qui a statué ou la qualification du jugement sauf disposition légale expresse, on en trouve en matière de filiation et de séparation des biens. En cas d'excès de pouvoir ou de violation d'un principe fondamental de la procédure, la tierce opposition nullité est ouverte.

En matière gracieuse, on distingue selon que la décision est rendue en premier ressort. La tierce opposition n'est alors ouverte qu'aux tiers auxquels la décision n'a pas été notifiée. Lorsque la décision est rendue en dernier ressort, au premier comme au second degré, la tierce opposition est ouverte aux tiers même si la décision leur a été notifiée.

Il arrive que certains tels que les créanciers d'une partie, par conséquent, représentés puissent former tierce opposition si par exemple, le jugement a été rendu en fraude de leur droit ou s'ils peuvent invoque des moyens qui leur sont propres. Concernant la condition du délai, tout d'abord, en ce qui concerne la tierce opposition principale, le délai de prescription est de trente ans à compter du jugement sauf exception légale et sous réserve que la décision n'est pas été notifiée aux tiers car dans cette hypothèse, le délai est abrégé à deux mois. Quant à la tierce opposition incidente, elle peut être formée sans limitation de temps dès lors que le procès est pendant. Tant que le procès est en coure, la tierce opposition incidente peut être formée.

**§2 Le régime de la tierce opposition :**

En ce qui concerne la tierce opposition principale, elle est formée comme une demande principale dans la forme requise par la juridiction qui a rendu la décision. La juridiction est nécessairement celle qui a rendu le jugement attaqué composée différemment ou non mais peu importe. Quant à la tierce opposition incidente, elle est formée de la même manière que les demandes incidentes devant le juge saisi du principal ou comme demande de la même manière que la demande principal devant le juge compétente, dans toutes les hypothèses où la tierce opposition constitue une voie de réformation. Lorsque la tierce opposition est compétente, la juridiction est en principe celle saisie de l'instance en cours. Néanmoins, la prorogation de compétence est doublement opérée, d'une part parce que si l'instance en cours se déroule devant une juridiction inférieure à celle dont le jugement est attaquée, la tierce opposition doit nécessairement être portée devant la juridiction dont émane ce jugement et si ces juridictions sont de rang égal, la tierce opposition doit être portée devant celle dont la compétence est exclusive. L'instance elle-même se déroule conformément à la procédure de droit commun applicable à la juridiction qui doit statuer, l'issue de la tierce opposition est double. Le juge peut admettre la tierce opposition, la décision attaquée devient alors

inopposable aux tiers sur les chefs qui lui faisaient grief. Par contre, elle conserve ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés sauf indivisibilité.

Le juge peut rejeter la tierce opposition, débouter le tiers opposant et le jugement aura alors autorité de la chose jugée à son égard.

En ce qui concerne les voies de recours sur ce jugement rendu sur tierce opposition, l'article 592 prévoit que ce jugement est susceptible des mêmes recours que les jugements de la juridiction dont il émane.

**§3 Les effets de la tierce opposition :**

Tout d'abord, il faut noter l'absence d'effet suspensif, la tierce opposition ne suspend pas l'exécution du jugement critiqué, toutefois, il est possible pour le juge saisi de la tierce opposition de suspendre cette exécution lorsque celle-ci risque d'être dommageable au tiers opposant. Cette possibilité d'un effet suspensif judiciaire est prévue à l'article 579.

La tierce opposition a par contre un effet dévolutif exprimé à l'article 582 qui dispose que la tierce opposition remet en cause les points jugés qu'elle critique pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. Il n'est cependant pas question de formuler de nouvelles demandes.

**<u>Section3 : Le recours en révision :</u>**

Il est défini à l'article 593 comme le recours qui tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit.

**§1 Les conditions de recevabilité :**

Les conditions concernent tout d'abord les cas d'ouverture de ce recours, les titulaires de ce recours, les décisions susceptibles de ce recours et le délai.

A. Les cas d'ouverture :

L’article 595 énumère limitativement 4 causes d’ouverture, il y a possibilité d’un recours en révision s’il se révèle que la décision a été surprise par fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue. Deuxième cas, si depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives pour la solution du procès qui avait été intentionnellement retenue par le gagnant. Troisième cas, s’il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement et enfin s’il a été jugé sur des attestations (témoignages ou serments) judiciairement déclarés fausses depuis le jugement.

B. Les titulaires de ce recours :

Il est réservé aux personnes qui étaient parties ou représentées au jugement dès lors qu'elles sont aussi capables et qu'elles ont un intérêt à agir.

C. Les décisions susceptibles de recours :

Quant aux décisions susceptibles de ce recours, il s’agit de toute décision quelle que soit la juridiction qui a statué et la matière objet du jugement à condition que le jugement soit passé en force de chose jugée.

D. Le délai :

Il est de deux mois à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision qu'elle invoque comme le prévoit l’article 596 alinéa 1 et 2.

**§2 La procédure :**

Dans le cadre de ce recours, il s’agit de revenir devant le juge qui a statué initialement, si cette décision est demandée à titre principal, elle doit être formée par citation, si elle est sollicitée à titre incident, elle est formée par voie de conclusions si cette demande est dirigée contre un jugement produit au cours d’une instance et devant la juridiction dont émane le jugement. Ou alors par citation, si la révision est sollicitée à l’occasion d’une instance pendante devant une autre juridictions.

Dans cette procédure, toutes les parties doivent être appelées à l'instance, ainsi que le ministère public auquel le recours a été communiqué. Lors de cette révision, le juge doit tout d'abord examiner la recevabilité du recours et peut dans le même jugement statuer sur le fond du litige.

**§3 Les effets du recours en révision :**

Ils sont invoqués à l'article 579 et 599. Tout d'abord, le recours en révision n'a pas d'effet suspensif à l'égard du jugement suspecté de fraude. Néanmoins, quand un plaideur déclare qu'il va exercer ce recours contre un jugement produit dans une instance pendante devant une juridiction autre que celle qui l'a rendue. Cette juridiction peut soit passer outre soit surseoir à statuer jusqu'à l'intervention de la décision sur la révision.

CE recours en révision a en revanche un effet dévolutif puisqu'il remet en cause la chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en droit et en fait, cette révision peut ne porter que sur un ou plusieurs chefs u jugement attaqué et ils seront alors seuls rétractés à moins que tous les chefs soient en étroites dépendance et dans ce cas, le jugement est anéanti dans sa totalité.

Le jugement qui rétracte la décision attaquée va alors se substituer à elle et la rétractation va aussi par voie de conséquence entraîner l'annulation e toutes les décisions rendues en application du jugement rétracté.

Ce jugement qui statue en révision ne peut pas être attaqué par cette voie sauf si une cause de révision se révèle ultérieurement. En principe, ce jugement qui statue en révision peut être attaqué par les voies de recours traditionnellement ouvertes.