

# COURS DE PROCEDURE CIVILE

## INTRODUCTION

On étudiera successivement *la définition* de la Procédure Civile, *l'objet* de la Procédure Civile, *les caractères* de la Procédure Civile et *les sources* de la Procédure Civile.

## SECTION I DEFINITION

« *Procédure* » vient du mot latin « *procedere* », qui signifie « s'avancer » et qui évoque *la marche à suivre* pour mener le procès à bonne fin.

La Procédure Civile se présente comme l'ensemble des règles qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement de la Justice en vue d'assurer aux particuliers *le respect* et *la sanction* de leurs droits privés.

Une autre appellation de la matière est apparue en 1940 : « *Droit Judiciaire Privé* ». Droit « judiciaire », parce que les règles de procédure ne concernent pas que la Procédure *civile*, mais aussi la procédure *commerciale*, *la procédure prud'homale* ... Aujourd'hui, dans les Facultés de Droit la matière est enseignée indifféremment sous le nom de Procédure Civile ou de Droit Judiciaire Privé. De même, les manuels de Droit sont, indifféremment, des manuels de Procédure Civile ou de Droit Judiciaire Privé.

Il ne faut pas confondre la Procédure Civile (ou le Droit Judiciaire Privé) avec le « *Droit Processuel* ». Le Droit Processuel est une nouvelle science du Droit, apparue en 1961, qui a pour objet *l'étude comparative des trois contentieux* : la Procédure Civile, la Procédure Pénale et le Contentieux Administratif (étude des modes de saisine du juge, étude des pouvoirs respectifs du juge et des parties, étude des nullités, étude du calcul des délais, mise en œuvre des Droits de l'Homme etc ... La matière n'est guère enseignée pour l'instant, mais des manuels commencent à être publiés, mettant l'accent sur le développement des Droits de l'Homme (sensibles surtout dans le domaine pénal).

## SECTION II L'OBJET DE LA PROCEDURE CIVILE

La Procédure Civile a quatre objets, dont trois sont traditionnellement regroupés.

### 1°) L'organisation judiciaire

Il s'agit de l'organisation des tribunaux, du statut des magistrats, du statut des auxiliaires de justice (avocats, huissiers ...).

### 2°) La compétence

Il s'agit de **la répartition** des litiges entre les diverses juridictions. Il convient de distinguer les règles relatives à la *compétence d'attribution* et celles relatives à la *compétence territoriale*.

a) les règles de compétence d'attribution

Elles ont pour objet de déterminer **la catégorie** de la juridiction compétente : s'agit-il d'une juridiction de première instance ou d'appel ? S'agit-il d'une juridiction de droit commun ou d'exception ? Par exemple, le tribunal de commerce est une juridiction d'exception. **Autrefois, au lieu de compétence d'attribution, on parlait de « compétence absolue » (parce que aucune dérogation n'était admise) ou encore de « compétence razione materiae » (compétence en raison de la matière).**

b) les règles de compétence territoriale

Elles ont pour objet, une fois déterminée la catégorie de la juridiction compétente (par exemple, un tribunal de commerce), de déterminer quelle est la juridiction territorialement compétente : parmi tous les tribunaux de commerce en France, **lequel** est compétent ? (par exemple, le tribunal du domicile du défendeur). **Autrefois, au lieu de compétence territoriale, on parlait de « compétence relative » (parce que des dérogations conventionnelles étaient admises) ou encore de « compétence razione loci » (compétence en raison du lieu), ou encore de « compétence razione personae » (compétence en raison de la personne, parce que le plus souvent, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel se trouve le domicile du défendeur, c'est-à-dire la personne du défendeur).**

3°) Le déroulement du procès

Il s'agit de **la procédure proprement dite** : les règles relatives à *l'instance* (l'introduction de la demande, l'instruction de l'affaire), les règles relatives au *jugement* (l'autorité de la chose jugée, la force exécutoire) et les règles relatives aux *voies de recours* (appel, opposition, tierce opposition, pourvoi en cassation, recours en révision), ainsi que la réglementation de *l'arbitrage*.

4°) Les voies d'exécution

Il s'agit des règles relatives à **l'exécution forcée** des jugements, avec le concours de l'huissier : la *saisie immobilière* et les diverses *saisies mobilières* : saisie-vente, saisie-attribution, saisie conservatoire, saisie des rémunérations ... Cette partie, traditionnellement, fait l'objet d'un enseignement à part. Depuis 1991, elle est désignée également sous l'appellation « *Procédures civiles d'exécution* ».

## SECTION II LES CARACTERES DE LA PROCEDURE CIVILE

La procédure Civile est un droit *formaliste, impératif et d'application immédiate*.

### 1°) Un droit formaliste

Il faut accomplir de nombreuses *formalités*, dans un certain *ordre*, et selon certains *délais*. Le respect des formalités peut paraître fastidieux mais il est destiné à protéger le justiciable : ainsi, personne ne peut être jugé sans avoir été entendu ou appelé, c'est-à-dire convoqué. Selon la formule du juriste allemand IHERING : « *la forme est la sœur jumelle de la liberté* ».

### 2°) Un droit impératif

La plupart des règles de Procédure Civile sont d'ordre public, mais il n'en est pas toujours ainsi. En réalité, il faut considérer **le but de la règle** : si elle a été édictée *dans l'intérêt général* (par exemple, les règles d'organisation judiciaire), on en déduira qu'elle a un caractère d'ordre public ; si elle n'a pour but que de protéger certains *intérêts privés* (par exemple, les règles sur le déroulement du procès), il deviendra possible d'envisager certaines dérogations conventionnelles.

### 3°) Un droit d'application immédiate

On retrouve ici le problème des **conflits de lois dans le temps**. Pour qu'il y ait conflit de lois dans le temps, il faut supposer qu'une loi nouvelle de Procédure Civile est entrée en vigueur pendant le cours d'un procès.

La plupart du temps, la loi nouvelle de Procédure Civile contient des *dispositions transitoires* et il suffit de les appliquer.

Dans la négative, il convient de faire application des *principes généraux de règlement des conflits de lois dans le temps* :

- en premier lieu, le texte nouveau NE RETROAGIT PAS : il ne peut pas rendre nuls les actes de procédure déjà accomplis,
- en deuxième lieu, le texte nouveau A UN EFFET IMMEDIAT : il régit immédiatement les procès en cours et s'applique donc aux actes de procédure à accomplir.

## SECTION IV LES SOURCES DE LA PROCEDURE CIVILE

On retrouve les sources traditionnelles du Droit : les traités internationaux, la loi, la jurisprudence, la coutume, la doctrine.

### 1°) Les traités internationaux

Les deux principaux traités sont :

- La Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), qui remonte à 1950 : c'est surtout l'article 6-1 qui s'applique en Procédure Civile, à propos du droit à un procès

équitable : en matière de *publicité des débats*, de *délai raisonnable pour être jugé*, d'*impartialité des juges*, du *droit de saisir un tribunal*, du *droit d'exercer un recours* ...

- La Convention de Bruxelles, qui datait de 1968, a été remplacée par le Règlement 44/2000 du 22 décembre 2000 : en matière d'exécution des décisions judiciaires entre états européens.

## 2°) La loi

Actuellement, depuis la Constitution du 4 octobre 1958, les matières relevant du domaine législatif sont énumérées par l'**ARTICLE 34** de la Constitution : en matière de procédure Civile, relèvent seuls du domaine législatif *la création de nouveaux ordres de juridiction*, et *le statut des magistrats* ; tout le reste de la Procédure Civile a donc un caractère réglementaire, par application de l'**ARTICLE 37** de la Constitution.

Cependant, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser que seule une loi peut porter atteinte aux principes généraux du Droit : ainsi pour le principe de *la publicité des débats* (C.E. 4 oct. 1974) et pour *le principe de la contradiction* (CE. 12 oct. 1979) ; on appelle « principes généraux » les grands principes moraux dont on admet généralement qu'ils doivent être sous-jacents aux règles de droit, comme le traitement équitable de chaque personne, la loyauté dans le débats etc. ...

Les grandes **étapes historiques** de la Procédure Civile ont été les suivantes :

- a) l'ordonnance de VILLERS COTTERETS du 10 août 1539 : la cour de cassation a, il y a quelques années, appliqué une de ses dispositions édictant que les actes de procédure doivent être rédigés *en langage maternel français* (il s'agissait d'une assignation déclarée nulle parce que comportant des passages en anglais non traduits en français : Cass., 2<sup>ème</sup> civ., 11 janv. 1989, *Petites Affiches* 22 mai 1991, p. 11).
- b) l'ordonnance d'avril 1667 : elle fut l'œuvre du Chancelier LAMOIGNON ; le Code de 1806 s'en est fortement inspiré.
- c) Le Code de Procédure Civile de 1806 : élaboré par 5 praticiens (quatre magistrats et un avocat), qui ont fait de larges emprunts à l'ordonnance d'avril 1667 (on a pu dire que ce code était déjà vieux au moment de sa naissance ...). Il comportait alors 1.042 articles.
- d) Les réformes intermédiaires : le **décret-loi du 30 octobre 1935**, qui a eu pour origine les travaux de la Commission de révision du code de procédure civile instituée en 1934 ; puis les **ordonnances du 22 décembre 1958**, qui ont profondément modifié l'organisation judiciaire ; puis le **décret du 13 octobre 1965**, qui était un texte expérimental, applicable à certaines juridictions seulement.
- e) La préparation du nouveau code : cette élaboration fut *progressive*. Une Commission de réforme du code de procédure civile avait été instituée par M. FOYER en 1962. Les

travaux de cette Commission ont été *inspirés* par les écrits de Henri MOTULSKY, un auteur (aujourd'hui décédé) qui réfléchissait à cette époque à ce que devaient être les principes directeurs du procès civil.

Normalement, le gouvernement aurait dû *attendre* que tous les textes soient prêts pour les publier ensemble, dans un nouveau code. Mais le gouvernement avait entrepris parallèlement de *réformer la profession d'avocat* et cette réforme (devenue la loi du 31 décembre 1971) était applicable le 16 septembre 1972 : le gouvernement s'est donc efforcé de publier le maximum de textes, dès qu'ils étaient prêts. Il y eut ainsi : le décret du 9 septembre 1971 (113 articles), le décret du 20 juillet 1972 (128 articles), le décret du 28 août 1972 (208 articles). Puis le décret du 17 décembre 1973 (184 articles). Une codification était indispensable, sous peine de paralysie de l'institution judiciaire.

- f) Le Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC) : le décret du 5 décembre 1975 a institué un nouveau code de procédure civile. Le nouveau code comprenait 972 articles, répartis en DEUX LIVRES : les **dispositions générales**, et les **dispositions particulières à certaines juridictions**.
- g) Le Code de l'Organisation Judiciaire (1978) : il s'agit de textes relatifs à *la compétence d'attribution* des juridictions et à *l'organisation* des juridictions.
- h) Le décret du 12 mai 1981 : il ajoute DEUX NOUVEAUX LIVRES au nouveau code de procédure civile : les **dispositions particulières à certaines matières** et **l'arbitrage**. Le Code actuel, ainsi complété, comporte 1.507 ARTICLES.
- i) La loi du 9 juillet 1991, complétée par le Décret du 31 juillet 1992, a réformé toutes les saisies mobilières. Les textes n'ont pas été codifiés.
- j) La saisie immobilière vient d'être réformée : ordonnance du 21 avril 2006 et décret du 27 juillet 2006.

L'ancien Code de 1806 subsiste encore à ce jour pour quelques dispositions mineures (par ex., la citation devant le tribunal d'instance), ce qui oblige à bien préciser si le Code que l'on invoque est LE CODE DE PROCEDURE CIVILE (c'est-à-dire *l'ancien Code*, de 1806), ou si c'est LE NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE (NCPC, c'est-à-dire *le Code de 1975*)....

#### Appréciation sur le NCPC

Le NCPC a été *très bien accueilli par la doctrine* qui a apprécié les nombreuses définitions données par le Code : définition de l'action en justice, de la fin de non-recevoir ; énonciation des principes directeurs du procès. Le NCPC a mis l'accent *sur le rôle du juge*, en lui donnant des pouvoirs plus importants que dans le passé. Ce Code a eu *un grand retentissement à l'étranger* et plusieurs pays s'en sont inspirés pour réformer leurs propres codes de procédure civile.

### 3°) La jurisprudence

La loi ne peut jamais tout prévoir. Il revient au juge de préciser les conditions d'application des textes ou d'en interpréter le sens.

### 4°) La coutume

En procédure civile, on parle plutôt des « **usages judiciaires** », qui peuvent varier d'un tribunal à un autre : par exemple, tel mode de notification d'avocat à avocat, pourtant prévu par le NCPC, ne sera pas admis devant tel ou tel tribunal. La force des usages judiciaires est controversée. Cette question reste floue...

### 5°) La doctrine

La doctrine n'est pas à proprement parler une source du Droit, mais elle contribue à sa formation.

Voici les ouvrages les plus connus en Procédure Civile :

#### - Les Traités :

- GLASSON, TISSIER ET MOREL : Procédure Civile, 5 vol. (3° éd., 1925)
- GARSONNET ET CEZAR-BRU : Procédure Civile, 9 vol. (3° éd. : 1912-1938)
- SOLUS ET PERROT : Droit Judiciaire Privé, éd. SIREY , T.1 (organisation judiciaire, 1962), T.2 (compétence, 1973), T. 3 (procédure de première instance, 1991), T. 4 (le jugement et les voies de recours, en préparation)
- COUCHEZ ET LANGLADE : Procédure Civile, éd. DALLOZ , 1998

#### - Les Manuels :

- COUCHEZ , éd. ARMAND COLIN, 14° éd., sept. 2006, 477 p., 32 €
- VINCENT ET GUINCHARD, éd. Précis DALLOZ, 28° éd., 2007
- CADIET et JEULAND, éd. LITEC, 5° éd., 2007, 822 p.
- JULIEN ET FRICERO, éd. LGDJ, 2° éd., 2004
- HERON et LE BARS, éd. MONTCHRESTIEN, Collection Domat, 2° éd., 2003
- CROZE, MOREL et FRADIN, éd. LITEC, 3° éd., 2005

#### - Les Répertoires :

- Répertoire Dalloz de Procédure Civile (classement par ordre alphabétique)
- Juris-Classeur Procédure Civile (classement par articles)

#### - Les Codes :

- Code Dalloz (NCPC)
- Code Litec (NCPC)

Les codes regroupent le NCPC, le Code de Procédure Civile, le Code de l'Organisation Judiciaire et divers textes sur la profession d'avocat, d'avoué, de notaire ... et sur l'aide juridictionnelle.

- Ouvrage pratique :

DROIT ET PRATIQUE DE LA PROCEDURE CIVILE : éd. DALLOZ –ACTION, 5° éd., 2006 (1 405 pages).

Plan du cours :

- 1<sup>ère</sup> partie : le cadre du procès
- 2<sup>ème</sup> partie : le déroulement du procès.

## **IERE PARTIE : LE CADRE DU PROCES**

On examinera successivement *les règles de base* de la Procédure Civile (Titre I), *les juridictions* (Titre II) et *le personnel judiciaire* (Titre III).

### **TITRE I : LES REGLES DE BASE DE LA PROCEDURE CIVILE**

Il s'agit des règles relatives à *l'action en justice* (Chap. 1) et des règles qui concernent *le formalisme* de la Procédure Civile (Chap. 2).

#### **Chapitre 1 : L'ACTION EN JUSTICE**

##### **Introduction.**

Selon **l'article 30**, l'action est 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. *Pour l'adversaire*, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention. L'action en justice est considérée comme un acte d'administration, non comme un acte de disposition.

On étudiera *les caractères* de l'action (Section I), *les conditions d'ouverture de l'action* (Section II), *les demandes et les défenses* (Section III) et *la détermination de la valeur du litige* (Section IV).

##### **SECTION I : LES CARACTERES DE L'ACTION**

L'action a trois caractères : un caractère *facultatif* (§ 1), un caractère *libre* (§ 2) et un caractère *gratuit* (§ 3).

###### **§ 1 Caractère facultatif**



Le titulaire de l'action n'a pas l'obligation de l'exercer : il peut faire un procès, ou ne pas en faire.

Il convient donc de distinguer *le droit fondamental* (qui existe ou qui n'existe pas pour le plaideur : on le saura en lisant le jugement), *l'action* (qui est la faculté de s'adresser au juge pour faire dire que le droit fondamental existe) et *la demande en justice* (qui est le fait de s'adresser au juge).

## § 2 Caractère libre

On verra *le principe* puis *les tempéraments*.

### A) Le principe

Le principe est que chacun peut exercer ses droits en justice, en demande ou en défense, *même en se trompant* : si ce plaideur échoue, il ne sera pas pour autant fautif.

### B) Les tempéraments

Il existe quatre tempéraments : *les dépens*, *l'article 700 NCPC*, *les dommages-intérêts* et *l'amende civile*.

#### 1) Les dépens

Ils comprennent les frais d'huissier, les frais d'expertise, les frais d'avoué etc ... A la fin du procès, dans son jugement, le tribunal doit statuer sur la charge des dépens : ils sont en général à la charge du perdant, mais le tribunal peut aussi les partager entre les plaideurs, ou dire que chaque plaideur conservera ses dépens ou même les mettre à la charge du gagnant.

#### 2) L'article 700 NCPC

A la fin du procès également, le tribunal, dans son jugement, doit statuer sur l'opportunité d'allouer à un plaideur une indemnité au titre de l'article 700 NCPC : il s'agit d'une somme forfaitaire, destinée à indemniser un plaideur des frais exposés et non compris dans les dépens (c'est-à-dire essentiellement une partie des honoraires d'avocat, quelque fois d'autres frais : frais de déplacement, frais de constats d'huissier). La charge de cette indemnité, si elle est allouée par le tribunal, pèse sur celui qui est condamné aux dépens (donc sur le perdant).

#### 3) Les dommages-intérêts

En cas d'action dilatoire ou abusive, le tribunal peut condamner un plaideur à des dommages-intérêts (pour abus du droit d'ester en justice).

La question est discutée de savoir si on peut juger abusive l'action du plaideur qui, après avoir été accueillie en première instance, est rejetée en appel.

La 3<sup>ème</sup> chambre civile (3<sup>ème</sup> civ., 27 janv. 2004 : AJDI 2004, 573) et la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la cour de cassation (1<sup>ère</sup> civ., 9 oct. 2001 : D. 2001, I.R., 3169 ; 1<sup>ère</sup> civ., 10 mars 1998 : JCP 1998, IV, n°2000, RTDCiv. 1999, 464, obs. Perrot) ont jugé qu'une action en justice ne peut, sauf circonstances particulières qu'il appartient au juge de spécifier, constituer un abus de droit lorsque sa légitimité a été reconnue par la juridiction du premier degré. Mais la chambre commerciale de la cour de cassation a jugé de son côté (Cass. com. 5 janv. 1999 : Gaz. Pal. 2000 : somm. p. 2166) que l'infirmité de la décision de première instance n'empêche pas le juge d'appel de retenir l'abus dans l'exercice de l'action.

#### 4) L'amende civile

Le tribunal peut aussi condamner un plaideur qui succombe à une amende civile jusqu'à 3.000 Euros. L'amende civile bénéficie au Trésor Public.

### § 3 Caractère gratuit

- Le plaideur qui intente une action en matière civile n'a *pas de droits à payer à l'Etat*.

- Mais il aura *des sommes à verser aux auxiliaires de Justice* qui interviendront pour lui : frais d'huissier, frais et honoraires d'avocat, d'avoué en appel, frais d'expertise, frais de Greffe devant le tribunal de commerce. Les plaideurs peu fortunés peuvent être dispensés de tout ou partie de ces frais, au titre de l'Aide Juridictionnelle (c'est l'Etat qui rémunère alors les auxiliaires de justice, selon un barème).

## SECTION II : LES CONDITIONS D'OUVERTURE DE L'ACTION

Selon l'**article 31** : l'action est ouverte à *tous ceux* qui ont un **intérêt** légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle **qualifie** pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.

Ce texte, très connu, fait apparaître deux conditions pour agir en justice : *l'intérêt* et *la qualité*, auxquelles il faut ajouter une troisième condition, *la capacité*.

### § 1 L'intérêt

Les tribunaux ne sont pas faits pour discuter sur des questions académiques : « **pas d'intérêt, pas d'action** », dit un ancien adage.

L'intérêt doit *exister*, être *légitime, né et actuel, direct et personnel*.

#### A) L'intérêt doit exister

Ainsi, celui qui a obtenu le plein de sa demande en première instance n'a pas d'intérêt à faire appel.

L'existence du droit d'agir en justice, et donc de l'intérêt, s'apprécie à la date de la demande introductive d'instance et ne peut être remise en cause par l'effet de circonstances nouvelles. Ainsi, il importe peu qu'une locataire ait été expulsée par un jugement définitif : elle conserve un intérêt à demander la nullité du Commandement de quitter les lieux si elle avait assigné devant le Juge de l'Exécution en annulation de ce Commandement avant d'être expulsée (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 fév. 2003 : Gaz. Pal. 2003, 1, somm. p. 1 962). Egalement : Cass. com., 6 déc. 2005 : JCP 2005, p.2352, n°720. Egalement : Cass. com., 6 déc. 2005 : JCP 2005, IV, p. 2 352.

#### B) L'intérêt doit être légitime

Il s'agit d'une condition ancienne, qui avait eu son heure de gloire lorsque la jurisprudence s'y était référée (*absence d'intérêt légitime juridiquement protégé*) pour rejeter dans les années soixante le droit à réparation de la concubine pour le préjudice qui lui avait été causé par le décès de son concubin.

Cette condition avait été critiquée par la doctrine qui avait fait remarquer que c'était confondre la recevabilité de l'action et le fond du droit : la concubine avait intérêt à agir, c'était une autre question de savoir si sa demande était bien fondée ou non. En 1970, la controverse a disparu à la suite d'un arrêt de la cour de cassation rendu en chambre mixte retenant que la concubine avait le droit de demander réparation du préjudice causé par la mort de son concubin.

L'article 31 NCPC n'a pas été sensible à ces critiques puisque depuis 1975 il consacre l'exigence d'un intérêt légitime.

La jurisprudence ne s'y réfère pas souvent. La cour de cassation a même jugé qu'*un passager clandestin* avait un intérêt légitime à demander réparation à la SNCF en cas d'accident pendant le transport (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 fév. 1992 : JCP 1993, II,22170. – Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 9 oct. 1996 : Dalloz 1996, inf. rap., p. 229). Mais une autre décision de la cour de cassation a jugé qu'une SARL exploitant une boutique n'avait pas d'intérêt légitime à demander à l'automobiliste ayant accidenté une de ses *employées travaillant au noir* réparation du préjudice causé à la SARL par l'indisponibilité de cette employée (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 mai 1999 : JCP 2000, I, 197, n°4).

#### C) L'intérêt doit être né et actuel

Il s'agit d'une règle traditionnelle, à laquelle le Code ne fait pas allusion. C'est à la date de l'assignation, et non à la date du jugement, qu'il faut se placer pour savoir si le demandeur se prévaut d'un intérêt né et actuel (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 sept. 2004 : RTDCiv. 2004, p. 774, obs. Perrot) ; par exemple, un bailleur qui a donné congé avec un préavis de 6 mois ne peut pas saisir le tribunal pour faire déclarer valable le congé avant sa date d'effet : ***avant l'heure, c'est pas l'heure !*** (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 fév. 2006 : Loyers et copr. 2006, n°97).

En principe, un intérêt *futur et éventuel* ne suffit pas pour agir en justice, sauf dans les cas prévus par la loi. C'est **le problème de la validité des actions préventives**. On distingue à cet égard six types d'actions : les actions déclaratoires, les actions interrogatoires, les actions de jactance, la dénonciation de nouvel œuvre, les mesures conservatoires pour prévenir un dommage imminent et les mesures d'instruction.

#### 1) Les actions déclaratoires

Elles permettent au demandeur de faire préciser sa situation au regard de telle ou telle loi : elles sont *prévues dans quelques cas* par la loi (par exemple, en matière de nationalité) et sont *largement admises* par la jurisprudence (par exemple, en matière de filiation). L'intérêt à agir est réputé naître non seulement si un droit est contesté, mais encore s'il existe une incertitude ou une menace sérieuse, telle la menace d'une société d'assigner une autre société en paiement de la somme de 1.450.000 euros devant le tribunal de district de Tel Aviv (Trib. Com. Paris, 6 avril 2005 : Gaz. Pal. 2005, 2, p. 3 529). S'il n'existe pas de partie adverse contre laquelle diriger la demande, l'action est intentée *contre le Ministère Public*

#### 2) Les actions interrogatoires.

Elles visent à obliger quelqu'un qui dispose d'un délai pour prendre parti à choisir immédiatement. Elles sont *prévues dans quelques cas exceptionnels* par la loi (par exemple, en présence d'une irrégularité de constitution d'une société, à cause de l'incapacité d'un associé ou d'un vice du consentement : l'article 1844-12 du Code civil permet de forcer cet associé à régulariser ou à agir en nullité dans un délai de six mois pour mettre fin à une situation irrégulière). En dehors des cas prévus par la loi, *la jurisprudence est hostile* à ces actions.

#### 3) Les actions provocatoires ou de jactance

Elles visent à obliger celui qui se vante publiquement de pouvoir contester une situation à en apporter la preuve devant le tribunal, afin de démontrer l'exactitude de ses allégations. *La jurisprudence les admet.*

#### 4) La dénonciation de nouvel œuvre

C'est une des trois actions possessoires. Elle tend à éviter un dommage futur. Elle est *prévue par la loi*.

#### 5) Les mesures conservatoires pour prévenir un dommage imminent

Elles peuvent être demandées au juge des référés.

#### 6) Les mesures d'instruction

Selon l'**article 145**, s'il existe un motif légitime de *conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige*, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé par le Président sur requête ou en référé.

En dehors de ces divers cas (1 à 6), les actions préventives ne sont pas admises.

iv. L'intérêt doit être direct et personnel

Pour la jurisprudence, et pour une partie de la doctrine, il s'agit d'*une condition autonome*, traditionnellement exigée, bien que non mentionnée par le NCPC. Pour une autre partie de la doctrine, cette condition est *la même chose que la qualité*, qui -elle- est bien visée par l'article 31.

Il faut distinguer selon que l'action est intentée *par un particulier* ou *par un groupement*.

1) Si l'action en justice est intentée par un particulier

Ici, il n'y a guère de difficulté : dès lors que l'intérêt existe, cet intérêt sera toujours direct et personnel chaque fois qu'un plaideur agit *pour lui-même*, pour la sauvegarde de ses intérêts personnels.

Bien entendu, un particulier ne saurait agir *pour le respect de l'intérêt général* : ainsi, un plaideur ne saurait se prévaloir devant le juge judiciaire de sa seule qualité de contribuable pour contester une vente intervenue entre l'Etat et un particulier, en invoquant « l'intérêt général de la protection et de la surveillance de l'emploi des deniers publics » (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 mai 2002 : Gaz. Pal. 2002, 2, somm. p. 1 198).

2) Si l'action en justice est intentée par un groupement

Il faut distinguer selon que le groupement agit pour la défense *de ses intérêts personnels* ou pour la défense *des intérêts collectifs de ses membres*.

a) le groupement peut d'abord agir pour la défense de ses intérêts personnels

Par exemple, une association dont les locaux ont été saccagés par une association rivale : le groupement aura alors incontestablement un *intérêt direct et personnel*.

b) le groupement peut agir pour la défense des intérêts collectifs de ses membres

1. les syndicats professionnels

Ils ont le droit d'agir pour des faits portant un préjudice *direct ou indirect* à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent (lois de 1913 et 1920).

## 2. les associations

Certaines associations se sont vu reconnaître le droit d'agir en justice pour la défense des *intérêts généraux* : les Comités de défense contre l'alcoolisme, les Associations de défense des Consommateurs quand elles sont *agrées* ...

Mais en dehors de ces cas, pour le reste des associations, la jurisprudence est très sévère : elle exige la preuve d'un *intérêt direct et personnel*. En pratique, la preuve d'un intérêt direct et personnel résultera simplement du rapprochement des faits et de l'objet social **lorsque l'objet social de l'association est très précis** (par exemple, une association d'anciens résistants qui se plaindrait d'un livre mettant en cause la Résistance ; ou encore, une association de victimes d'une catastrophe. Ainsi la cour de cassation a-t-elle rappelé qu' « *il résulte en effet des articles 31 NCPC et 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 que, hors habilitation législative, une association ne peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs qu'autant que ceux-ci entrent dans son objet social* » : une association de protection d'un château et de son église ne peut demander la démolition d'une construction qui n'est visible ni du château ni de l'église (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 mai 2004 : JCP 2004, IV, n° 2 467).

Mais cette preuve sera beaucoup plus difficile à rapporter **lorsque l'objet de l'association est plus vague** (par exemple, une association pour l'épanouissement des citoyens dans le respect du droit ... ).

Cette attitude restrictive de la jurisprudence aboutit très souvent au rejet des actions des associations. Elle fait l'objet de critiques, n'étant pas fondée sur un texte précis. Elle s'explique d'une part par le fait que c'est en principe *au Ministère Public* d'agir pour le respect de l'intérêt général, et d'autre part par le souci des juges de *ne pas être submergés* d'actions d'associations de toutes sortes.

Quelques états du Canada et des Etats-Unis connaissent le système de la class action : par exemple, une association de consommateurs décide de demander réparation à un constructeur automobile au nom de tous les acheteurs d'un type de véhicule pour le préjudice globalement subi : les victimes (automobilistes) sont invitées par voie de presse à se faire connaître, durant un certain délai, à l'association ; ensuite, l'association intente son « action de classe » contre le constructeur. L'indemnité obtenue sera répartie entre toutes les victimes qui se seront fait connaître. En janvier 2005, le Président de la République a annoncé une réforme tendant à faciliter les actions collectives, finalement plusieurs fois repoussée.

Ce système de la « class action » n'a pas son équivalent en France, où il se heurte à la tradition processuelle française selon laquelle « **nul ne plaide par procureur** ». Mais, périodiquement, certains auteurs réclament l'instauration d'une véritable « action de groupe ».

SANCTION. – Une action introduite sans intérêt n'est pas recevable : le fond de l'affaire ne sera même pas abordé par le juge. La sanction du défaut d'intérêt est une fin de non-recevoir.

### § 2 La qualité

La qualité est le titre en vertu duquel une personne agit en justice (comme demandeur) ou est actionnée en justice (comme défendeur). Par exemple, un plaideur agit en qualité de *propriétaire* ou *de créancier* (contre son locataire, ou contre son débiteur). De façon plus simple, pour que la demande soit recevable il faut que le demandeur *soit le bon plaideur*, et que le défendeur *soit le bon adversaire* : sinon, la demande n'est pas recevable, il y a défaut de qualité (en demande, ou en défense).

La qualité doit être distinguée de l'intérêt et du pouvoir.

#### A) Qualité et intérêt

Certains auteurs estiment que l'intérêt et la qualité se confondent, qu'il s'agit d'une même chose. Mais s'il est vrai que l'intérêt et la qualité se confondent souvent, il n'en est pas toujours ainsi.

##### 1) En principe, celui qui agit pour lui-même a à la fois intérêt et qualité

Ainsi, celui qui agit en tant que propriétaire, en tant que créancier ...

##### 2) Mais la loi peut restreindre le droit d'agir en justice, en le limitant à certaines personnes

La loi peut en effet attribuer le droit d'agir en justice à seulement quelques personnes qu'elle qualifie, qu'elle habilite spécialement. On dit alors qu'il s'agit d'actions attitrées.

Par exemple, en cas de *vice du consentement*, seule la victime peut agir en nullité du contrat (s'il s'agit d'une nullité relative). L'auteur du vice du consentement peut avoir *intérêt* à intenter une action en nullité du contrat, mais il n'a pas *qualité* pour le faire ... De même, seuls *les copropriétaires* peuvent agir en annulation d'une résolution d'une assemblée générale de copropriétaires d'un immeuble. Le locataire d'un copropriétaire peut avoir *intérêt* à intenter une action en nullité d'une résolution de l'assemblée générale, mais il n'a pas *qualité* pour le faire. De même, le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit ; la demande des héritiers tendant à faire respecter la vie privée du Président Mitterrand (demande d'interdiction de publication du livre du Dr Gubler) est irrecevable (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 déc. 1999 : D. 2000, I.R., p. 40) ; également Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 fév. 2005 : JCP 2005, IV, n°1 668.

#### B) Qualité et pouvoir

On ne peut pas agir pour autrui sans un pouvoir pour le représenter.

##### 1) Impossibilité d'agir en justice pour autrui en l'absence d'un pouvoir

Par exemple, *une société mère* ne peut pas agir en justice à la place d'une de ses filiales : elle n'a pas qualité pour le faire ; de même, *la maman* d'un grand garçon majeur ne peut pas agir en justice à la place de son fils ; ou encore, *la maîtresse* ne peut pas demander le divorce à la place de l'épouse : elle a peut-être *intérêt* (!) mais elle n'a pas *qualité* ...

Il y a donc défaut de qualité lorsque ce n'est pas le bon plaideur qui est le demandeur, ou lorsque ce n'est pas le bon plaideur qui est le défendeur.

## 2) Possibilité d'agir en justice pour autrui avec un pouvoir légal ou conventionnel

Il peut s'agir d'un *pouvoir légal* : ainsi les père et mère peuvent agir pour le compte de leur enfant mineur.

Si c'est en vertu d'un *pouvoir conventionnel*, il faudra le faire connaître à la partie adverse et au tribunal, faute de quoi s'appliquerait la règle « *nul ne plaide par procureur* », qui signifie que nul ne peut agir en secret pour le compte d'autrui. Il suffira de le faire savoir en l'indiquant dans les actes de procédure (assignation, constitution ... : *à la requête de Monsieur CYPRIEN, représenté par l'agence immobilière GESTIMMO...*).

Il ne faut pas confondre le pouvoir et la qualité.

Ainsi, en matière *d'administration d'immeuble* : le propriétaire de l'immeuble (M. CYPRIEN) a *qualité* pour agir en justice en paiement des loyers contre le locataire ; il peut se faire *représenter* par un agent immobilier (GESTIMMO), à qui il donnera *un pouvoir*.

La qualité s'apprécie en la personne du représenté (= le propriétaire, M. CYPRIEN), tandis que le pouvoir s'apprécie en la personne du représentant (= l'agent immobilier, GESTIMMO).

## SANCTIONS.

Une action en justice intentée sans qualité n'est pas recevable : la sanction du défaut de qualité est une fin de non-recevoir. La demande en justice est déclarée irrecevable.

Un acte de procédure accompli sans pouvoir est nul : la sanction du défaut de pouvoir est la nullité pour vice de fond. L'acte de procédure est déclaré nul.

Une question, pour l'instant sans réponse de la jurisprudence, a été posée : lorsqu'une personne morale a été faussement représentée dans une instance judiciaire, c'est-à-dire par un soi-disant représentant qui en réalité n'avait pas le pouvoir de le faire, qu'elle était demanderesse et que donc son action a été rejetée, qui doit être condamné aux dépens et à l'article 700 : la société prétendument représentée (mais elle n'y est peut-être pour rien !) ou le faux représentant ? On a proposé que le tribunal qui constate le défaut de pouvoir de celui qui a prétendu agir au nom d'une personne morale, sans en être le représentant, ne devrait pouvoir condamner que celui qui l'a saisi, c'est-à-dire le faux représentant (Christian Atias : L'action en justice du prétendu représentant d'une personne morale, D. 2003, chr. P. 1 582).



### § 3 La capacité

Comme la qualité, la capacité s'apprécie à la fois chez le demandeur et chez le défendeur.  
On distinguera *deux situations* :

#### A) Les parties au procès doivent être vivantes au moment de la délivrance de l'assignation

Si le demandeur ou le défendeur était décédé *avant* la délivrance de l'assignation par l'huissier, l'assignation ne serait pas valable.

De même, une indivision, parce qu'elle n'a pas la personnalité juridique, ne peut pas agir en justice (compar. Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 25 avr. 2001 en matière de congé : D. 2001, p. 1 591). Egalement, un I.E.J. n'a pas la personnalité morale (c'est l'Université : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 2005 : D. 2005, p. 793 : irrecevabilité d'un pourvoi en cassation qui aurait dû être dirigé contre l'Université et non contre l'I.E.J.).

De même, une société créée de fait ne peut être attrait en justice (Cass. com., 4 juill. 2006 : JCP 2006, IV, n° 2 702) : il faut assigner les « associés ».

De même encore, une société absorbée par une autre à l'occasion d'une fusion-absorption ne peut plus agir en justice par elle-même (Versailles 18 mai 1999 : Gaz. Pal. 12-13 janv. 2001). Mais une SA transformée régulièrement en SARL conserve sa capacité d'ester en justice (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 juill. 2004 : JCP 2004, IV, n° 2901).

Ou encore, un procès n'est pas possible contre une ambassade, par exemple l'ambassade de Géorgie, une ambassade n'ayant pas la personnalité morale (c'est l'Etat étranger, la Géorgie, qui a la personne morale, et qu'il aurait fallu assigner ... ).

#### B) Le majeur en curatelle doit être assisté, le majeur en tutelle et le mineur doivent être représentés. De même pour les commerçants ou les sociétés en R.J. ou L.J.

Précisions pour la curatelle : lorsque le majeur en curatelle est à l'origine de l'action, il exerce *seul* les actions relatives à des droits patrimoniaux et défend à de telles actions ; l'assistance du curateur s'impose alors seulement en matière d'action en partage ou pour les actions extrapatrimoniales.

Lorsque le majeur en curatelle n'est pas à l'origine de l'action, l'information est nécessaire pour le curateur : tout acte signifié au majeur en curatelle doit alors être signifié *également à son curateur*, sous peine de nullité pour vice de fond.

#### SANCTION.

Un acte (par exemple, une assignation) accompli sans capacité est nul. La sanction du défaut de capacité est la nullité pour vice de fond de l'acte de procédure.

### **SECTION III LES CLASSIFICATIONS DES ACTIONS**

*En droit romain*, chaque action correspondait à un droit. On pouvait donc dresser *la liste* des actions : l'action du vendeur, l'action de l'acheteur ...

*Le droit moderne*, au contraire, envisage l'action comme une *voie de droit générale* : c'est la mise en œuvre judiciaire d'un droit. Il n'y a donc plus de liste d'actions, puisqu'il n'y a plus à distinguer les actions les unes des autres.

On opère simplement *trois distinctions générales* entre les actions, suivant *la nature* ou *l'objet* du droit dont elles demandent la sanction. L'intérêt de ces distinctions est relatif à la compétence des tribunaux. : actions réelles, personnelles et mixtes, actions mobilières et immobilières, actions pétitoires et possessoires.

#### **§ 1 Les actions réelles, personnelles et mixtes**

L'action réelle permet la sanction d'un droit réel, tel que le droit de propriété, l'usufruit ...

L'action personnelle permet la sanction d'un droit personnel, tel que l'action en paiement d'une créance.

L'action mixte est souvent présentée comme permettant à *la fois* la sanction d'un droit *réel* et d'un droit *personnel*, lorsque ces deux droits sont *consécutifs à une même opération juridique*. Il s'agit essentiellement d'une part des actions *tendant à obtenir la condamnation du défendeur à la réitération d'un acte de vente sous seing privé d'un immeuble* et d'autre part des actions en *nullité ou en résolution de vente*. Par exemple, l'action en résolution d'une vente concerne à la fois le droit de propriété (c'est-à-dire un droit réel) et la restitution du prix (c'est-à-dire un droit personnel).

Mais une partie de la doctrine *critique* cette notion d'action mixte en raison de *l'absence de droits mixtes*. En réalité, ce qui est mixte, *c'est la matière* : il y a *deux actions*, l'une réelle et l'autre personnelle, qui se superposent. D'ailleurs l'**art. 46** parle de « *matière mixte* » quand il dit que « en matière mixte » immobilière le demandeur dispose d'une option de compétence : le tribunal de la demeure du défendeur ou le tribunal du lieu de l'immeuble.

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

L'action mobilière permet la sanction d'un droit portant sur un meuble. On sait qu'une obligation de faire, même relative à un immeuble, est toujours mobilière (par exemple, l'obligation de faire des travaux sur un immeuble est une obligation mobilière).

L'action immobilière permet la sanction d'un droit portant directement sur un immeuble.

**La combinaison** de ces deux classifications permet de distinguer *quatre groupes d'actions* :

1) Les actions réelles immobilières

Par exemple, une personne qui *revendique un droit de propriété* sur un terrain ; ou encore : une action pour faire reconnaître *un droit de passage sur un fonds voisin*.

2) Les actions réelles mobilières

Par exemple, un plaideur qui *revendique la propriété d'un meuble détenu par le défendeur* (ainsi, un tableau). Ces actions sont peu fréquentes, car le défendeur de bonne foi peut invoquer la règle de l'**art. 2279 c. civ.** : en fait de meubles, la possession vaut titre ; le véritable propriétaire ne pourra, pendant trois années, revendiquer la chose entre les mains de l'acquéreur de bonne foi *qu'en cas de perte ou de vol*, et encore faudra-t-il *qu'il rembourse* à l'acquéreur le prix d'achat s'il avait acheté le bien à un marchand ou aux enchères. Evidemment, si le possesseur est de mauvaise foi (par exemple, s'il s'agit du voleur lui-même), le propriétaire peut revendiquer le meuble pendant 30 ans entre les mains de ce possesseur.

3) Les actions personnelles mobilières

Ce sont les plus nombreuses. Par exemple, un plaideur demande *le remboursement* de la somme d'argent qu'il a prêtée à un ami ; ou encore, une victime demande des *dommages-intérêts* au responsable d'un accident.

4) Les actions personnelles immobilières

C'est lorsque l'acheteur d'un immeuble, *qui n'est pas encore titulaire du droit de propriété*, agit en justice pour faire reconnaître son droit de propriété. Il en est ainsi lorsque *le transfert de la propriété d'un immeuble avait été retardé soit par la volonté des parties* (un terme avait été convenu : par exemple, l'acquéreur ne serait propriétaire que lorsque l'acte authentique serait signé), *soit par la force des choses* : parce que l'immeuble n'était *pas encore individualisé*, parce qu'il était *une chose de genre* (par exemple, vente d'un hectare à prendre dans un terrain de 10 hectares). L'acheteur, qui n'est pas encore propriétaire du bien immobilier qui lui a été promis, s'il intente une action contre le vendeur en réalisation judiciaire du transfert de propriété, exercera une action personnelle immobilière, qui correspondra à une *obligation de donner*).

### § 3 Les actions pétitoires et possessoires

Il s'agit d'une distinction *propre* aux actions réelles immobilières. Les actions pétitoires tendent à la protection *du fond du droit* (par exemple, faire juger que telle personne est seule propriétaire). Les actions possessoires tendent simplement à la protection de la *possession du droit*, sans qu'on se préoccupe de la question de savoir si le possesseur est, ou n'est pas, le titulaire du droit réel immobilier. Selon la formule de IHERING : **la possession est le bastion avancé de la propriété.**

### A) Les actions possessoires

Il y a trois actions possessoires :

- 1) La complainte qui sanctionne *un trouble actuel* (par exemple, un voisin vient *prendre de la terre dans votre propriété*).
- 2) La dénonciation de nouvel œuvre qui sanctionne *un trouble éventuel* (par exemple, un voisin *commence la construction d'une grande maison* malgré une servitude conventionnelle de ne pas construire plus d'un étage).
- 3) La réintégrande qui sanctionne *une dépossesion brutale*, une voie de fait (par exemple, le propriétaire d'une petite cave au sous-sol détruit les cloisons des caves voisines inoccupées et aménage dans le vaste sous-sol ainsi créé une salle de restaurant).

### B) Leur régime

Ces actions sont de la compétence du *TGI du lieu de l'immeuble*. Elles doivent être exercées dans le délai *d'un an à compter du trouble*. Le possessoire et le pétitoire *ne se cumulent pas* (règle du « non-cumul »).

Le non-cumul du possessoire et du pétitoire entraîne trois conséquences : en premier lieu, le juge saisi au possessoire, *ne doit pas statuer d'après le fond du droit* ; en deuxième lieu, *on ne peut saisir le juge du pétitoire* (TGI statuant au fond) tant que l'instance au possessoire (TGI statuant au possessoire) n'est pas terminée ; en troisième lieu, le défendeur qui a perdu au possessoire doit *mettre fin au trouble avant* de pouvoir saisir le juge du pétitoire.

On observe un certain *déclin* des actions possessoires, les avocats préférant plutôt recourir à la procédure de *référé* en invoquant un dommage imminent ou un trouble manifestement illicite.

## **SECTION IV LES DIFFERENTES DEMANDES ET DEFENSES EN JUSTICE**

Il s'agit surtout de vocabulaire. On étudiera les demandes, puis les défenses.

### **§ 1 Les demandes**

La demande en justice est l'acte par lequel une personne soumet au juge une prétention.

- A) Quand cet acte entame une instance, on parle de « demande introductive d'instance » ou encore de « demande initiale » (art. 53).

> **Sur le plan procédural**, la demande introductive d'instance est le plus souvent *une assignation*.

B) Toute demande qui intervient au cours d'un procès est une demande incidente.

Les demandes incidentes sont la demande reconventionnelle, la demande additionnelle et l'intervention (**art. 63**).

1) La demande reconventionnelle

La demande reconventionnelle est celle par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire (**art. 64**). On peut dire qu'il s'agit d'une **contre-attaque**. Elle a une *nature hybride* : elle est *une demande* en justice, mais elle est *aussi un moyen de défense*. Les demandes reconventionnelles sont très souvent utilisées : par exemple, une demande reconventionnelle pour mauvaise exécution d'un contrat, une demande reconventionnelle pour une procédure abusive, une demande reconventionnelle en divorce. Elles constituent souvent un *moyen d'intimidation*, pour amener la partie adverse à renoncer à sa demande ou à transiger.

> **Sur le plan procédural**, elles doivent se rattacher à la demande initiale par *un lien suffisant* (**art.70**), c'est-à-dire un lien de connexité. En général, la demande reconventionnelle est instruite et jugée en même temps que la demande initiale. Devant le TGI, elle est faite *par conclusions*.

2) La demande additionnelle

La demande additionnelle est celle par laquelle une partie *modifie* ses prétentions antérieures (**art. 65**). Par exemple, un plaideur qui a demandé 8.000 € de dommages-intérêts, en demande 4.000 de plus.

> **Sur le plan procédural**, la demande additionnelle doit se rattacher à la prétention originaire par *un lien suffisant* (**art.70**), c'est-à-dire un lien de connexité. Devant le TGI, elle est formée *par conclusions*.

3) Les demandes en intervention

La demande en intervention est celle dont l'objet est de *rendre un tiers partie* au procès engagé entre les parties originaires (**art. 66**). On distingue l'intervention *volontaire* et l'intervention *forcée*.

L'intervention est volontaire lorsque la demande *émane du tiers*.

> **Sur le plan procédural**, devant le TGI, elle est faite *par conclusions*.

L'intervention est forcée lorsque *le tiers est mis en cause par une partie*.

> **Sur le plan procédural**, l'intervention forcée (appelée aussi « mise en cause ») est faite *par assignation*. Elle doit être *dénoncée aux autres parties* à l'instance, c'est-à-dire doit être portée à leur connaissance (**art. 69**).

## § 2 Les moyens de défense

Le NCPC distingue les *défenses au fond*, les *exceptions de procédure* et les  *fins de non-recevoir*.

### A) Les défenses au fond

La défense au fond est tout moyen qui tend à faire rejeter comme *non justifiée* la prétention de l'adversaire, après examen au fond du droit (**art.71**). On peut dire qu'il s'agit de démontrer **pourquoi la partie adverse a tort**.

Une controverse existe actuellement sur le point de savoir si un appel en garantie contre un tiers est -ou n'est pas- une défense au fond. En principe, on devrait considérer qu'un appel en garantie (une « intervention forcée ») est un incident de l'instance, qui ne concerne pas le fond du litige. Mais il arrive en réalité assez souvent que la partie (ainsi, le défendeur) qui appelle en garantie un tiers mentionne dans son assignation divers éléments (pour accabler le tiers, pour dire peut-être qu'elle n'est elle-même pas entièrement responsable ... ) qui sont bien relatifs au fond de l'affaire. Dans un tel cas, le demandeur initial pourrait s'opposer à ce que le défendeur qui aurait ainsi fait un appel en garantie évoquant le fond du litige soulève ensuite une exception de procédure (par exemple une exception d'incompétence), car les exceptions de procédure doivent être soulevées *in limine litis*, avant toute défense au fond ... En ce sens : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 juin 2003 : D. 2003, p. 1 806 ; JCP 2003, IV, n° 2 383).

> **Sur le plan procédural**, les défenses au fond peuvent être proposées *en tout état de cause* (**art. 72**). Elles sont présentées, devant le TGI, par *conclusions*.

### B) Les exceptions de procédure

L'exception de procédure est tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure *irrégulière ou éteinte*, soit à en *suspendre* le cours (**art. 73**). On peut dire qu'il s'agit d'une **action mal engagée** : le fond ne sera pas examiné ou pas immédiatement.

On distingue les exceptions *d'incompétence, de litispendance et de connexité, les exceptions dilatoires* (bénéfice de discussion ou de division, délai de 2 mois pour prendre parti sur la succession, demande de délai pour mettre en cause un tiers, sursis à statuer), et les *exceptions de nullité* (pour vice de forme et pour vice de fond).

On y ajoute parfois la caducité du jugement par défaut non signifié dans les 6 mois (art. 478) (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 nov. 2001 : JCP 2002, IV, n° 1 008), et la péremption d'instance, encore qu'on puisse préférer y voir simplement des incidents de l'instance.

> **Sur le plan procédural**, les exceptions doivent être soulevées *simultanément* et *avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir*. Elles sont présentées, devant le TGI, par *conclusions*. Toutefois, les exceptions de nullité pour vice de fond obéissent à un régime différent, identique à celui des fins de non-recevoir.

### C) Les fins de non-recevoir

La fin de non-recevoir est tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire *irrecevable* en sa demande, sans examen du fond, *pour défaut de droit d'agir (art. 122)*. On peut dire qu'**il manque une condition préalable à l'action, il y a un obstacle à l'examen au fond de l'affaire.**

Par exemple, *le défaut d'intérêt, le défaut de qualité, la prescription, l'écoulement d'un délai, la suspension des poursuites individuelles en cas de R..J., la chose jugée, un acte de procédure préalable manquant* (par exemple, absence d'un mémoire préalable dans certains cas), *l'absence d'un acte préalable imposé par une clause contractuelle* (par exemple en matière d'assurance, l'obligation de déclarer le sinistre dans les 5 jours), *le non-respect d'une clause de conciliation obligatoire, la règle Nemo auditur ..., l'immunité diplomatique ..*

> **Sur le plan procédural**, les fins de non-recevoir peuvent être proposées *en tout état de cause*, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt (**art. 123**), sans que celui qui les invoque ait à justifier *d'un grief (art. 124)*.

Les fins de non-recevoir peuvent être *régularisées (art. 126)*, même en cause d'appel, pourvu qu'une forclusion ne soit pas intervenue entre-temps. Par exemple, si la société France 2 a introduit une instance à la place de la société France 3 et sans pouvoir de celle-ci, la demande de la société France 2 est à priori irrecevable. Mais la société France 3 pourra faire une intervention volontaire et régulariser la procédure en reprenant à son compte la demande faite par la société France 2, à condition simplement que le délai pour saisir le juge ne soit pas expiré entre-temps (qu'il n'y ait pas eu prescription dans l'intervalle, entre le jour de l'assignation par la société France 2 et le jour de l'intervention volontaire de la société France 3). Il existe toutefois une incertitude dans la jurisprudence actuelle sur la possibilité, ou non, de régulariser un acte d'appel après l'expiration du délai d'appel (cf. infra, l'appel).

Certaines fins de non-recevoir *doivent être relevées d'office* (obligation) par le juge : lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence de d'ouverture d'une voie de recours. Par ailleurs, le juge *peut relever d'office* (faculté) les fins de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée (**art. 125**).

La fin de non-recevoir est soulevée, devant le TGI, par *conclusions*

## **SECTION V LA DETERMINATION DE LA VALEUR DU LITIGE**

C'est en fonction de la valeur du litige que sont (notamment) réparties les affaires qui relèvent de la *compétence* du T.I. ou du TGI, et qu'est déterminé *le taux du ressort* au-dessous duquel l'appel n'est pas ouvert.

Pour déterminer la valeur du litige, il convient de distinguer selon qu'il y a *une seule* demande ou *plusieurs* demandes.

### § 1 Il n'y a qu'une seule demande

Il n'y a qu'un demandeur et un défendeur. La demande peut être *déterminée* ou *indéterminée*.

#### A) En cas de demande déterminée

Par exemple, le demandeur demande 7.000 € à son adversaire, ou encore il demande la restitution d'un bien dont il est facile d'estimer la valeur (une vache, un code Dalloz ...).

Dans ce cas, on se réfère au *montant de la demande*. Le montant de la demande est évalué d'après *le principal*, c'est-à-dire *le capital*, plus éventuellement *les intérêts* qui sont dus au jour de la demande. On prend en considération la demande telle qu'elle est formulée dans les *dernières conclusions* qui sont présentées au tribunal, et non pas la condamnation effectivement prononcée par le tribunal. On remarque ainsi qu'il est assez facile de rendre une affaire susceptible d'appel : il suffit de former une demande de dommages-intérêts supérieure à 3.800 €.

*Sont exclus les accessoires* de la demande, c'est-à-dire *les frais de justice* (dépens, article 700) et *les intérêts échus depuis la demande en justice*.

#### B) En cas de demande indéterminée

Par exemple, une action en divorce, une action en recherche de paternité naturelle (mais une demande de 1 € -par exemple pour la réparation du préjudice moral est, selon la jurisprudence, une demande déterminée).

Le caractère indéterminé de la demande entraîne deux conséquences :

- en matière civile, le TGI est compétent
- la juridiction saisie statue toujours à charge d'appel.

### § 3 Il y a plusieurs demandes

Le demandeur peut avoir *plusieurs demandes contre un seul défendeur*. Il peut aussi y avoir *plusieurs demandes quand il y a plus de deux parties au procès*. Il peut enfin y avoir *des demandes incidentes*.

Ces questions délicates sont réglementées aux articles **35 à 39** du NCPC.



## Chapitre 2 Le formalisme de la procédure

Faire de la procédure, c'est *accomplir des actes* (Section I) *dans certains délais* (Section II).

### **SECTION I LES ACTES DE PROCEDURE**

Introduction. Dans les procédures simples (T.I.), *les parties* peuvent accomplir elles-mêmes certains actes de procédure. Mais devant le TGI ou la Cour d'appel, l'intervention des *auxiliaires de justice* est nécessaire.

Les actes de procédure peuvent émaner des *Greffiers* (apposition de scellés, en matière de succession), des *Avocats* (constitution, communication des pièces, conclusions), des *Avoués* (appel, constitution, communication des pièces, conclusions) et des *Huissiers* (on parle de leurs « exploits ») : sommation (de payer, d'arrêter des travaux ...), commandement (c'est plus grave : il annonce la perte d'un droit si le débiteur ne s'exécute pas ou s'il ne saisit pas le juge ; par exemple, commandement de payer les loyers visant la clause résolutoire d'un bail ; commandement avant saisie, sur le fondement d'un jugement exécutoire), procès-verbal (l'huissier décrit les opérations auxquelles il procède), signification (d'une assignation, d'un jugement).

On étudiera *la forme* (§ 1) et *la notification* (§ 2) des actes de procédure.

#### **§ 1 La forme des actes de procédure**

La forme est minutieusement réglementée (A), sous peine de sanction (B).

##### A) L'article 648 détaille les formes prescrites

- 1) La date de l'acte
- 2) L'identité du requérant

Si le requérant est une *personne physique* : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance.

Si le requérant est une *personne morale* : sa forme (S.A., SARL ...), sa dénomination, son siège social et « l'organe qui la représente » légalement (le gérant pour une SARL ou une société civile, le président ou le directeur général pour une S.A. etc...). Le nom du gérant n'est pas exigé, ni le numéro de RCS, ni le montant du capital social.

Dans la pratique, une formule « passe-partout » est très souvent utilisée : « *à la requête de la SARL XXXX, ayant son siège social à ....., agissant poursuites et diligences de ses représentants* »

*légaux y domiciliés* », une formule qui ne veut pas dire grand-chose mais qui a le mérite de la simplicité. La jurisprudence a toujours toléré cette formule.

Il est assez fréquent qu'un acte de procédure omette toute précision sur l'organe représentant la personne morale ; par exemple, l'acte est signifié « *à la requête de la SARL XXXX* ». L'acte est-il valable ? La jurisprudence, après avoir beaucoup hésité, répond maintenant que le défaut de désignation de l'organe représentant légalement une personne morale dans un acte de procédure ne constitue qu'un vice de forme : l'acte peut être annulé, mais à la condition que soit prouvé « le grief » exigé pour les vices de forme (Cass. ch. mixte 22 fév. 2002 : D. 2002, p. 2 083, note J.B. Racine ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 18 sept. 2003 : D. 2003, p. 2 543), ce qui est très rare.

### 3) L'identification du requis

Si le requis est *une personne physique* : son nom et son domicile.

Si le requis est *une personne morale* : sa dénomination et son siège social.

Les exigences sont moins fortes pour l'identification du requis que pour celle du requérant, car le demandeur peut ne pas avoir beaucoup de renseignements sur son adversaire. En gros, il suffit qu'on puisse identifier le requis. Mais si la désignation du requis est trop sommaire et qu'il y a un risque de confusion, l'acte pourra être annulé pour vice de forme : ainsi lorsqu'un acte est délivré à une société qui porte un nom très voisin de noms d'autres sociétés du même groupe ; le demandeur aura alors intérêt à bien préciser la dénomination complète de cette société, faute de quoi cette dernière pourrait faire valoir qu'il y a eu confusion entre elle-même et une autre société portant un nom très voisin dans le même groupe (Cass. com. 16 nov. 1999 : Gaz. Pal. 2000, 1, somm. p. 327 : « *Générale Sucrière SNC* » et « *Générale Sucrière SA* »). Ainsi également lorsque plusieurs membres d'une famille, portant le même nom, habitent à la même adresse : il faut alors indiquer le prénom du requis, pour éviter des confusions lors de la remise de l'acte.

### 4) S'il s'agit d'un exploit d'huissier

Les nom, prénoms, demeure et signature de l'huissier.

#### B) Sanction

L'**article 648** indique que ces mentions sont prescrites *à peine de nullité*. Il s'agit d'une nullité *pour vice de forme*, soumise à l'exigence d'un *grief* : comme la preuve d'un grief est bien difficile à apporter par celui qui se prétend victime d'une irrégularité, la nullité n'est pas souvent prononcée. En outre, la *théorie des équipollents* permet, selon la jurisprudence, de réparer une omission dans un acte par comparaison avec les énonciations qui se trouvent dans le même texte (par exemple, une sommation -non datée- d'arrêter des travaux commencés la veille 13 février ... on en déduira que la sommation date du 14 février).

## § 2 La notification des actes de procédure

La notification est la formalité par laquelle un acte est porté à la connaissance d'une personne.

On examinera *par qui* la notification est faite (A), *quand* (B) et *à qui* (C).

### A) Par qui la notification est-elle faite ?

Il faut distinguer deux sortes de notification : la notification *par huissier* (1) et la notification *en la forme ordinaire* (2).

#### 1) La notification par huissier

Il s'agit de ce que le code appelle une « signification » : signification d'une assignation, signification d'un jugement (**art. 651**). Elle est faite soit par l'huissier lui-même soit par un clerc assermenté.

#### 2) La notification en la forme ordinaire

La notification est faite sous enveloppe ou pli fermé, soit *par la voie postale* (en général par LRAR) soit *par la remise de l'acte au destinataire contre émargement ou récépissé* (**art. 667**).

Il peut y avoir *des difficultés* lorsque le destinataire prétend n'avoir reçu qu'une enveloppe *vide* ... Les tribunaux lui répondent en général que s'il avait des raisons de se méfier de l'expéditeur, il n'avait qu'à ouvrir l'enveloppe en présence de deux témoins ! ).

La notification peut toujours être faite par voie de signification (c'est-à-dire par huissier), alors même que la loi aurait prévu une notification en la forme ordinaire (**art. 651**) : *la signification est le mode de notification de droit commun*.

### B) Quand la notification a-t-elle lieu ?

Il faut distinguer trois situations :

#### 1) Si c'est une notification par la voie postale

La remise de la lettre aura lieu aux heures de *distribution du courrier*.

*A l'égard du requérant*, la date de la notification est celle de *l'expédition*. Ainsi, lorsque l'appel est formé, dans certains contentieux particuliers, au moyen d'une déclaration notifiée par voie postale, la date de notification est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition de la lettre (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 9 déc. 1998 : JCP 1999, IV, n° 1 167) ; de même pour l'opposition quand elle doit être faite par LRAR (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 oct. 2004 : n°02-20836).

A l'égard du destinataire, la date est celle de la réception de la lettre. L'article 669 précise que la date de réception d'une notification faite par LRAR est celle qui est apposée par l'Administration des Postes lors de la remise de la lettre à son destinataire. La Cour de cassation en a déduit que si le destinataire est absent ou ne va pas retirer la lettre au bureau de Poste dans les 15 jours qui suivent (la lettre est « renvoyée à l'expéditeur »), il n'y a pas de « remise au destinataire » et donc pas de notification (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 janv. 2000 : D. 2000, I.R., p. 35 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 mars 2005 : D. 2005, p. 984 ; JCP 2005, IV, n° 1 892). Il ne reste plus à l'expéditeur que de tenter une nouvelle notification, ou bien de faire procéder par voie de signification (où l'absence du destinataire est indifférente) ... à condition d'être encore dans les délais.

Dans certains domaines, il existe des réglementations particulières sur la détermination de la date de la notification (par exemple, en matière de bail, en matière de copropriété, d'impôt).

2) Si c'est une notification par remise contre récépissé ou émargement

La date de la remise est celle du récépissé ou de l'émargement.

3) Si c'est une signification

La date de la signification est celle du jour où elle est faite à personne, à domicile ou résidence, au parquet ou à Entité, ou celle du jour de l'établissement du Procès-Verbal de l'article 659 (art. 653).

Aucune signification ne peut être faite avant 6 heures et après 21 heures, non plus que les dimanches, les jours fériés ou chômés, si ce n'est en vertu de la permission du juge en cas de nécessité (la demande est présentée au Président du tribunal par requête) : art. 664. En revanche, la signification peut être effectuée sans problème un samedi ... si l'huissier est disponible.

C) A qui la notification est-elle délivrée ?

Il faut distinguer trois situations : notification par remise contre récépissé ou émargement (1), notification par la voie postale (2) et signification (3).

1) S'il s'agit d'une notification par remise contre récépissé ou émargement

C'est le destinataire qui la reçoit, et qui donne récépissé ou qui émarge.

2) S'il s'agit d'une notification par la voie postale

La lettre peut être remise au destinataire ou à une personne ayant procuration (c'est alors une notification « réputée faite à domicile », ou même, s'il s'agit d'une notification à une personne morale, à toute personne). Si le destinataire conteste sa signature, le juge doit procéder à une vérification d'écriture (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 9 mars 2005, pourvoi n° 03 16806). Si le destinataire

conteste avoir donné procuration à la personne ayant pris la lettre recommandée, il y aura lieu de verser aux débats une attestation du receveur des Postes avec la liste des procurations données par ce destinataire au bureau de Poste.

Lorsque la notification par la voie postale est faite à *l'initiative du Greffe* (convocation à l'audience, notification du jugement) et que la lettre *n'a pas pu être remise* à son destinataire et a été retournée au Greffe, le Greffier invite la partie intéressée à procéder par voie de *signification*.

### 3) S'il s'agit d'une signification

Plusieurs situations peuvent se présenter, minutieusement réglementées par le code.

#### a) La signification à personne

C'est le mode de signification de principe.

La signification à *une personne physique* peut être faite à *son domicile*, (c'est le lieu où le destinataire a « son principal établissement » selon l'**art. 102 c. civ.**) *soit*, à défaut de domicile connu, à *résidence* (c'est-à-dire là où se trouve, même temporairement, l'intéressé : par exemple, sa résidence de vacances) ou en tout lieu où *elle se trouve* : dans un lieu ouvert au public ou dans un lieu privé (par exemple, à son travail) mais en ce dernier cas avec l'accord du maître des lieux. Selon la Cour de cassation, l'huissier qui procède à la signification d'un acte à personne n'a pas à vérifier l'identité de la personne qui déclare être le destinataire de cet acte (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 juillet 2007 : JCP 2007, IV, n° 2 700).

La signification à *une personne morale* est faite « à personne » lorsque l'acte est délivré à son *représentant légal*, à un *fondé de pouvoir* de ce dernier, ou à toute autre personne « *habilitée* » à cet effet (**art. 654**). Il suffit que la personne à qui l'huissier remet le pli « se dise habilitée », sans que l'huissier ait à vérifier la qualité déclarée par la personne à qui est remise l'assignation (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 sept. 2003 : JCP2003, IV, n° 2 721). Pour la Cour de cassation, la remise de l'acte de signification du jugement de L.J. à l'ancien dirigeant (par exemple, le gérant de la société) est une signification faite à une personne habilitée (Cass. com. 12 avril 2005 : D. 2005, p. 1 150).

L'**article 658** prévoit que l'huissier doit en outre le jour même ou le premier jour ouvrable suivant adresser à la société *une lettre simple* contenant *une copie* de l'acte de signification. La signification à une personne morale se fait au siège social de la société : l'huissier n'a pas à rechercher le domicile du gérant (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 juin 1995 : D. 1995, I.R., p. 37). Si la société n'a pas d'établissement connu au lieu indiqué comme siège social par le RCS, la signification à personne est impossible, de même que la signification à domicile ou à Mairie ; il faudra recourir à la signification par PV art. 659 (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 mars 2000 : JCP 2000, IV, n° 1 785 ; cf. infra).

### b) La signification à domicile ou à résidence

La signification à *personne* peut s'avérer impossible (tout simplement parce que le destinataire de l'acte n'est pas à son domicile lorsque l'huissier s'y présente : en effet, selon la cour de cassation une seule tentative de l'huissier au domicile suffit). En ce cas, l'acte peut être délivré, en l'absence du destinataire, *soit à domicile, soit, à défaut de domicile connu, à résidence*. Pour la Cour de cassation, le simple fait que l'acte ait été remis à une personne présente au domicile démontre que l'acte n'a pu être remis au destinataire lui-même (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 21 fév. 2001 : JCP 2001, IV, n° 1 691).

Si un contrat comporte une *élection de domicile*, l'acte peut être délivré *au domicile élu*, mais la jurisprudence exige, si l'acte n'a pas pu être délivré à la personne du destinataire, qu'il y ait en outre une signification *au domicile réel*.

Ceci étant, l'étude de la signification à domicile ou résidence nécessite de distinguer deux situations, selon que l'acte pourra quand même être remis à une personne qui acceptera de le recevoir pour le compte du destinataire ou qu'il ne pourra pas l'être, ce qui imposera alors à l'huissier de le déposer à son Etude.

#### 1<sup>ère</sup> situation : remise de l'acte à une personne qui accepte

En ce cas, l'acte est remis par l'huissier à toute personne présente au domicile ou à la résidence du destinataire. Mais il faut que la personne présente *accepte* de recevoir l'acte et de le remettre ensuite au destinataire absent. La Cour de cassation a validé l'arrêt de la cour d'appel qui avait jugé qu'un enfant de 12 ans avait un discernement suffisant pour recevoir un acte et le remettre à ses parents avec lesquels il demeurait (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 juin 1995 : D. 1995, I.R., p. 177).

En outre, l'huissier doit laisser un avis de passage comportant des indications sur *la nature* de l'acte (une assignation ...) et sur *la personne* à laquelle l'acte a été remis.

Enfin, le jour même ou le premier jour ouvrable suivant, l'huissier doit envoyer une lettre simple comportant *les mêmes mentions* que l'avis de passage ainsi qu'*une copie de l'acte* de signification (**art. 658**).

Ces dispositions sont applicables *aux personnes morales* lorsque l'acte est remis à une personne présente non habilitée à recevoir les plis.

#### 2<sup>ème</sup> situation : dépôt de l'acte en l'Etude de l'huissier

Si personne ne peut ou ne veut recevoir l'acte et s'il résulte des vérifications faites par l'huissier -et dont il est fait mention dans l'acte de signification- que le destinataire demeure bien à l'adresse indiquée, la signification *est réputée* faite à domicile ou à résidence. L'huissier n'est pas tenu de mentionner l'identité des personnes auprès desquelles il s'assure du domicile : il

suffit qu'il mentionne qu'on lui a confirmé le domicile du requis (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 juin 2004 : D. 2004, I.R., p. 1 860).

L'huissier doit vérifier soigneusement que le destinataire habite bien à l'adresse indiquée. Il doit relater ses diligences dans son acte. Depuis quelques années, la Cour de cassation condamne les formules pré-imprimées où il n'y a plus qu'à cocher une case : « *La formule pré-imprimée se bornant à mentionner « qu'en l'absence de toute personne au domicile et personne n'ayant pu ou voulu recevoir l'acte, le domicile du destinataire a été certifié par : un voisin dans le hall » n'établit pas la réalité des diligences qu'aurait effectuées l'huissier pour remettre l'acte à une personne qui l'aurait refusé ou n'aurait pu le recevoir* » (Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 22 mars 2000 : Juris-Data n° 001218). On l'a compris, il faut que l'huissier dans son acte fasse état des diligences concrètes qu'il a accomplies, et non qu'il se borne à remplir un formulaire pré-établi. Si l'huissier constate que le destinataire demeure à une nouvelle adresse, il ne peut bien entendu délivrer l'assignation à l'ancienne adresse (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 mai 2003 : Gaz. Pal. 2003, 2, somm. p. 3 241).

Dans ce cas, l'huissier est tenu de remettre l'acte en son Etude le jour même.

L'huissier laisse au domicile ou à la résidence du destinataire un avis de passage comportant des indications *sur la nature* de l'acte et indiquant que l'acte doit être retiré par l'intéressé ou un mandataire à l'Etude *pendant 3 mois*. Le destinataire peut demander que l'acte soit transmis à une autre Etude

En outre l'huissier doit le jour même ou le premier jour ouvrable suivant envoyer une lettre simple comportant les *mêmes mentions* que l'avis de passage ainsi qu'*une copie* de l'acte de signification (**art. 658**).

La date de la signification de l'acte est celle du jour de la présentation de l'huissier au domicile du destinataire, et non pas celle du dépôt de l'acte en l'Etude ou de son retrait par le destinataire (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 fév. 1997 : JCP 1997, IV, n° 671).

Ces dispositions sont applicables *aux personnes morales*.

### c) La signification par P.V. ARTICLE 659

Lorsque la personne à laquelle l'acte doit être signifié n'a ni domicile ni résidence ni lieu de travail connus, l'huissier dresse (en son Etude) un Procès-Verbal où il relate avec précision les diligences qu'il a accomplies pour rechercher le destinataire de l'acte.

Pour un exemple de diligences à fin de rechercher la nouvelle adresse du destinataire de l'acte, V. CA Paris 21 juin 2000 : Gaz. Pal. 7-9 janv. 2001, somm. p. 38.

La jurisprudence annule souvent des significations pour insuffisance des diligences de l'huissier :

- \* absence de recherche sérieuse de la nouvelle adresse de l'épouse (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 sept. 2000 : JCP 2000, II, n° 10 442, note du Rusquec),
- \* absence dans l'acte de mentions sur les diligences concrètes et précises effectuées par l'huissier et simple reproduction d'une formule pré-imprimée (*l'huissier n'ayant pas trouvé le destinataire à cette adresse, a procédé à diverses recherches à la mairie de la commune, à la gendarmerie et au commissariat les plus proches et auprès des voisins afin de tenter de découvrir le domicile, la résidence et le lieu de travail de l'intéressé*) : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 déc. 1996 : JCP 1997, II, 22 870, note du Rusquec,
- \* la Cour de cassation a jugé que « la seule mention dans l'acte de signification de la confirmation du domicile de l'intéressé par différents voisins est insuffisante à caractériser les vérifications imposées à l'huissier par l'art. 656 NCPC » (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 fév. 2006 : D. 2006, p. 743).
- \* ou encore signification à un architecte dès lors que l'huissier, qui a indiqué au PV établi par lui que le destinataire de l'acte était, recherches faites auprès des voisins, du commissariat et de la mairie, sans domicile, résidence ni lieu de travail connus en France, connaissait pourtant la profession de l'intéressé et a négligé de se renseigner auprès de l'Ordre des architectes pour vérifier s'il n'avait pas changé d'adresse, ce qui s'était effectivement produit et avait été signalé à cet ordre professionnel, à l'administration des postes, des impôts de la sécurité sociale, à sa mutuelle et à l'EDF, ce qui aurait permis de découvrir son nouveau domicile (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 mai 1993 : JCP 1994, II, 22 320, note Muriel Giacomelli)
- \* enfin, si le lieu de travail du destinataire est connu, la signification par PV art. 659 ne peut être valablement effectuée, même si l'employeur refuse de communiquer à l'huissier l'adresse de son salarié : l'huissier n'a alors qu'à signifier l'acte sur le lieu de travail (CA Toulouse 30 mai 1995 : D. 1996, somm. comm. p. 131, obs. Julien).

Le même jour ou le premier jour ouvrable suivant, l'huissier envoie au destinataire, à la *dernière adresse connue* par L.R.A.R. une copie du Procès-Verbal, à laquelle est joint l'acte à signifier. Enfin, le jour même, l'huissier avise le destinataire par lettre simple de l'accomplissement de la formalité.

Ces dispositions sont applicables aux personnes morales qui n'ont plus d'établissement connu au lieu du siège social indiqué dans le R.C.S. (il existe en outre une « possibilité » de signifier à l'un des associés : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 oct. 2004 : D. 2004, p. 2 971, qu'une décision récente a transformée en « obligation » : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 oct. 2004 : D. 2004, p. 2 971).

#### d) La signification dans un pays de l'Union Européenne

Selon le règlement communautaire n°1348/2000 du 29 mai 2000, l'huissier adresse l'acte à une Entité requise étrangère (par exemple, en France les pays européens s'adressent à la Chambre Nationale des Huissiers, 2 rue de Douai à Paris 9°), à *charge pour cette Entité de faire parvenir l'acte à son destinataire final*. L'huissier peut aussi, selon ce que le droit processuel de chaque Etat membre permet, adresser directement par voie postale l'acte à son destinataire final (par exemple, la France a accepté que la signification depuis un pays européen se fasse par L.R.A.R. au destinataire). L'acte doit être accompagné de sa traduction.



e) La signification dans un T.O.M. ou à l'étranger

Si l'acte est destiné à une personne qui demeure dans un T.O.M., l'acte à signifier est **directement transmis par l'huissier de justice à l'autorité compétente** de la collectivité concernée pour procéder à la remise de l'acte à son destinataire.

Le jour de l'expédition de l'acte à l'autorité compétente, ou au plus tard le premier jour ouvrable suivant, l'huissier de justice expédie au destinataire de la notification, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une copie certifiée conforme de l'acte.

**Si l'acte est destiné à une personne qui demeure à l'étranger, l'huissier de justice doit remettre l'acte au Parquet. Le rôle du parquet consiste uniquement à permettre une transmission de l'acte.**

Le Procureur de la juridiction concernée envoie l'acte *au Ministère de la Justice* aux fins de transmission par la voie diplomatique aux autorités consulaires françaises établies dans le pays étranger, qui procéderont selon les modalités applicables dans le pays. En outre, l'huissier doit le jour même de la signification au Parquet ou le premier jour ouvrable suivant expédier au destinataire une L.R.A.R. contenant *une copie* certifiée conforme de l'acte.

Des conventions internationales prévoient la possibilité de signification directe, par exemple *de Parquet à Parquet*.

Par la suite, le Procureur informe l'huissier des diligences faites et lui transmettra les pièces constatant la remise de l'acte à l'intéressé. Le juge peut toujours prescrire des diligences complémentaires.

A l'égard de celui qui procède à la notification, la date de cette notification est réputée être à son égard la date de l'expédition de l'acte par l'huissier de justice (TOM) ou la date de sa remise au Parquet (Etranger).

f) Les notifications entre avocats ou avoués

Les notifications entre avocats, ou entre avoués, se font par *signification* ou par *notification directe*.

La signification est faite par des huissiers à l'intérieur du Palais de Justice, les « *huissiers-audienciers* » qui, après avoir apposé leur cachet avec la date et leur signature (moyennant un timbre à 2,60 € à Paris), déposent l'acte dans le casier de l'avocat adverse ou de l'avoué adverse au Palais de Justice.

La notification directe s'opère par la remise de l'acte en double exemplaire à l'avocat ou l'avoué destinataire ( = adverse), lequel restitue aussitôt à son confrère l'un des deux exemplaires, après l'avoir daté et visé. A Paris, l'usage est de procéder uniquement par voie de signification (c'est un usage judiciaire).

g) La signification à domicile élu

Elle est possible dans quelques cas prévus par la loi, par exemple, en matière de saisie : ainsi, en matière de saisie immobilière, la dénonciation du Commandement aux créanciers inscrits est faite au domicile élu par les créanciers inscrits dans leur bordereau d'inscription d'hypothèque ; en matière de saisies mobilières, la remise d'un titre à l'huissier en vue de son exécution emporte élection de domicile en son étude pour toutes les notifications relatives à cette exécution.

En revanche, l'élection de domicile simplement prévue par une clause contractuelle (« *les parties déclarent faire élection de domicile pour l'exécution des présentes, le bailleur à telle adresse ..., le preneur dans les lieux loués* »), si elle permet la délivrance de lettres simples ou recommandées à l'adresse élue, ne dispense pas, selon la jurisprudence, d'une signification à personne si la signification à domicile élu s'est révélée négative. Soit la signification à domicile élu touche le destinataire au domicile élu, et alors il n'y a pas de problème, la signification est régulière. Soit la signification à domicile élu ne touche pas le destinataire, et alors il faudra qu'une signification soit faite au domicile du destinataire. Cette situation se présente fréquemment en matière de baux commerciaux, lorsque le locataire, personne physique, a des loyers impayés et que le bailleur intente une procédure contre le locataire dont les locaux sont fermés : malgré l'élection de domicile (qui figure comme une clause de style dans la quasi-totalité des baux), le bailleur aura le plus grand intérêt à ne pas faire signifier à l'adresse commerciale (magasin fermé ...) mais à l'adresse personnelle du commerçant.

Le non respect des règles étudiées ci-dessus peut donner lieu à la *nullité* de l'acte de procédure : nullité pour vice de forme ou nullité pour vice de fond (cf. infra, *Les Incidents de procédure relatifs à la nullité des actes de procédure*).

## **SECTION II LES DELAIS DE PROCEDURE**

### **Introduction.**

On distingue les délais de prescription (le délai de droit commun est de 30 ans), les délais préfix (ce sont des délais brefs, dont le juge peut relever d'office l'expiration, à la différence des délais de prescription ; souvent le législateur emploie à leur égard l'expression « *à peine de forclusion* », ou « *à peine de déchéance* » : ainsi, l'action en désaveu dans les 6 mois (**art. 316 c. civ.**), l'action en rescision pour lésion dans les 2 ans (**art. 1676 c. civ.**), et les délais de procédure (une fois que le procès est engagé).

Pour les *délais de prescription* et les *délais préfix*, il y a lieu, chaque fois, pour leur calcul, de se reporter aux *règles dégagées par la jurisprudence* pour chacun de ces délais.

Pour les *délais de procédure*, il existe désormais des *règles générales* figurant aux **articles 640 à 647 NCPC**. Ces règles ont d'ailleurs tendance à être appliquées en dehors des délais de procédure civile, pour le calcul parfois de délais de contentieux administratif, voire même de délais de prescription ou de délais préfix. La réglementation du NCPC devient peu à peu *le droit commun* du calcul des délais (mais pas toujours : par exemple, les dispositions de l'article

642 sont sans application *en matière de diffamation* : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 fév. 2004 : Gaz. Pal. 13-15 mars 2004, p. 19, ou encore *en matière de période d'essai* : Cass. soc. 15 mars 2006 : D. 2006, p. 1 000).

Tous les délais de procédure n'ont pas le même rôle : certains délais sont prévus pour *stimuler* l'activité des plaideurs (par exemple, le délai pour faire appel), on parle des délais *d'action ou d'accélération*. D'autres ont pour but d'obliger le demandeur à *temporiser* (par exemple, le délai de comparution du défendeur de 15 jours), on parle des délais *d'attente ou de protection*.

On étudiera *la computation* des délais ( § 1), la *modification* des délais ( § 2) et la *sanction* de leur inobservation ( § 3).

## § 1 La computation des délais

### Introduction.

Les délais peuvent être exprimés **en années** (par exemple, la *péremption d'instance* : 2 ans) : on compte alors *de quantième à quantième* (par exemple, du 18 février 2004 au 18 février 2006), **en mois** (par exemple, le *délai d'appel d'1 mois*) : on compte aussi *de quantième à quantième* (par exemple, du 18 février au 18 mars), **en jours** (par exemple, le *délai d'appel de 15 jours contre une ordonnance de référé*) : le jour étant l'intervalle de temps compris *entre 0 heure et 24 heures*, et **en heures** (par exemple, le *délai de 24 heures en matière de funérailles*) : on compte alors d'heure à heure, *de hora ad horam* (par exemple, de 14 heures aujourd'hui à demain 14 heures).

Le **dies a quo** (A) est le jour de l'acte ou de l'évènement qui est à l'origine du délai (par exemple, la signification) ; ce n'est pas toujours le point exact de départ du délai, car si le délai est exprimé en jours le délai ne commencera à courir que le lendemain. Le **dies ad quem** est le point d'arrivée du délai (B).

#### A) Le point de départ du délai

Il y a la règle de principe (1) et l'exception (2).

##### 1) En règle générale, le dies a quo est le point de départ du délai

Par exemple, si un jugement est signifié le 18 février, le *dies a quo* est le jour de la signification (= le jour de l'acte qui est à l'origine du délai). Le 18 février (*dies a quo*) est le point de départ du délai. Et pour connaître le point d'arrivée du délai, le *dies ad quem*, il suffira de prendre *le même quantième* que celui du dies a quo : 18 février donnera 18 mars.

##### 2) Par exception, quand le délai est exprimé en jours, le délai court à compter du lendemain du dies a quo : le premier jour du délai sera le lendemain du dies a quo.

Par exemple, si une ordonnance de référé est signifiée le 18 février, le jour de la signification (le *dies a quo*) n'est pas compris dans le délai d'appel de 15 jours : le 1<sup>er</sup> jour du délai d'appel de 15 jours sera le 19 février, le 2<sup>ème</sup> jour sera le 20 février etc. ... Le délai commencera donc à courir *le lendemain du dies a quo*, le 19 février.

On explique cette règle en disant qu'on a voulu *éviter* qu'un plaideur *de mauvaise foi* ne profite d'un *délai court* (par hypothèse, puisqu'il s'agit d'un délai en jours) en faisant signifier (exprès) le jugement *en fin de journée*, pour *priver son adversaire* d'un jour de délai ... Au contraire, quelle que soit l'heure de la signification, le délai ne commencera de toute façon à courir que *le lendemain, à 0 heure*. En fait, il suffit de considérer que « le jour » est l'intervalle de temps compris entre 0 heure et 24 heures.

## B) Le point d'arrivée du délai (le *dies ad quem*)

La détermination du point d'arrivée du délai *varie* selon que le délai est exprimé en mois ou années, ou bien en jours (1). Dans les deux cas, le code précise que le délai *expire le dernier jour* (2).

### 1) La détermination du dies ad quem

Le délai peut être exprimé *en mois ou années (a)*, *en jours (b)* ou *en mois et en jours (c)*.

#### a) Quand le délai est exprimé en mois ou en années

Le *dies ad quem* est le jour du dernier mois ou de la dernière année qui porte le même quantième que le *dies a quo*. Par exemple, si un jugement est signifié le 18 février (= *dies a quo*), le délai d'appel d'1 mois expirera le 18 mars (= *dies ad quem*). A défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois : par exemple, si un jugement est signifié le 31 mars, le délai d'appel d'1 mois expirera le 30 avril.

Pour les délais « à rebours », appelés aussi « à l'envers », on remonte dans le temps : ainsi, un délai de préavis d'un mois minimum avant la fin du bail fixée au 30 juin donne comme dernier jour pour le congé la date du 30 mai.

#### b) Quand le délai est exprimé en jours, on peut utiliser deux méthodes de calcul

1. La méthode juridique consiste à **se souvenir** que le délai commence le lendemain du dies a quo : il suffit alors de compter successivement les jours (sur les doigts, ou sur une feuille de papier) pour arriver au dernier jour, au *dies ad quem*. Par exemple, si une ordonnance de référé est signifiée le 10 mars, on dira que le 10 ne compte pas, que le 1<sup>er</sup> jour du délai d'appel est le 11, que le 2<sup>ème</sup> jour est le 12 ..., et ainsi de suite jusqu'au 15<sup>ème</sup> jour qui sera le 25 mars en fin de journée.

2. La méthode pratique consiste à **oublier** les règles du code et à simplement **additionner au dies a quo le nombre de jours du délai**. Par exemple, si l'ordonnance de référé est signifiée le 10 mars et que le délai d'appel est de 15 jours, le *dies ad quem* sera  $10 + 15 =$  le 25 mars en fin de journée.

Evidemment, les choses se compliquent si le dies a quo se situe dans la deuxième quinzaine du mois, par exemple le 20 mars ... Un auteur, décédé, Jacques HERON, a proposé le système suivant : on continue à additionner au *dies a quo* le nombre de jours du délai, comme si de rien n'était ; puis on retranche du total obtenu le nombre de jours du mois écoulé ... et on obtient le *dies ad quem*.

Par exemple, si une ordonnance de référé est signifiée le 20 mars et que le délai d'appel est de 15 jours : on additionne au *dies a quo* (20) le nombre de jours du délai (15), ce qui donne 35 , puis on en retranche le nombre de jours du mois écoulé, soit 31 jours en mars, ce qui donne :  $35 - 31 =$  le 4 avril ! En fait, dans les cas limite, la prudence consiste à utiliser les deux systèmes à la fois ...

Les choses se compliquent encore davantage lorsqu'il s'agit de « **délais à rebours**. Les délais à rebours sont des délais qui se calculent en remontant dans le temps à partir d'un événement futur. Ces délais sont assez nombreux. Les délais à rebours sont souvent exprimés en jours : faire un acte 15 jours au moins avant l'audience, faire des conclusions 8 jours au moins avant l'audience etc... Par exemple, une assignation devant le Tribunal d'Instance ou le Tribunal de Commerce doit avoir été délivrée au défendeur 15 jours au moins avant l'audience ;

METHODE DE CALCUL. - La méthode pratique pour calculer les délais peut aussi être adaptée aux délais à rebours. Cela donne les applications suivantes :

Pour une assignation devant être délivrée 15 jours au moins avant une audience fixée au 25 mars (délai à rebours), le dernier jour pour assigner est déterminé en retranchant du dies a quo le nombre de jours du délai : ce sera le  $25 - 15 =$  10 mars à 24 h.

Et si l'audience se situe dans la première quinzaine du mois, on continue à retrancher du dies a quo le nombre de jours du délai, comme si de rien n'était, puis on additionne du total obtenu le nombre de jours du mois précédent ... et on obtient le *dies ad quem*.

Par exemple, si l'audience est fixée au 10 mars, le dernier jour pour assigner est déterminé en retranchant du dies a quo (jour de l'audience) le nombre de jours du délai ( $10 - 15 = - 5$ ), puis en additionnant à ce total ( - 5) le nombre de jours du mois précédent (28 jours en février), ce qui donne :  $28 - 5 =$  23 février à 24 h.

### c) Quand le délai est exprimé en mois et en jours

Les mois sont d'abord décomptés, puis les jours ... Ces délais sont rarissimes.

#### 2) Le délai expire toujours le dernier jour, à 24 heures

Il s'agit du problème *des délais francs* (a), une vieille et célèbre question que *le NCPC* a cherché à supprimer (b) mais que l'on retrouve sous la forme de deux exceptions (c).

#### a) La notion de délai franc

Il était assez normal de se demander si le *dies a quo* était -ou non- le *premier* jour du délai. Il peut paraître plus curieux de se demander si le *dies ad quem* est le *dernier* jour du délai, ou si l'on peut encore agir le lendemain ... Pourtant, derrière cette interrogation, il y a la notion de délai franc. Prenons un exemple : supposons qu'un acte soit fait le 20, avec un délai d'1 jour pour accomplir une formalité : si le délai expire le 21, en réalité le 21 à 17 heures à cause de la fermeture des bureaux, l'intéressé n'aura pu disposer en fait que de 3/5 d'une journée, et non d'une journée entière, de 0 à 24 heures ... d'où l'idée que le lendemain devrait être un jour utile pour faire la formalité ... Quand un délai doit entièrement profiter à son bénéficiaire, quand c'est un délai incompressible, on dit que c'est un délai franc.

#### b) L'évolution de la réglementation : la suppression des délais francs

Cette question des délais francs et non francs se pose depuis longtemps. *En droit civil*, il y a une réponse pour chaque délai de prescription ... *En procédure pénale* et *en contentieux administratif*, les délais sont plutôt francs (mais pas tous). *En procédure civile*, les choses ont évolué. Dans le code de 1806, il fallait se demander, *pour chaque délai*, si l'on était en présence d'un délai franc ou non ... Et puis un décret de 1965 a décidé que tous les délais étaient désormais *francs*, en prenant même le soin de préciser (art. 1033 de l'ancien code de procédure civile) que « *le dernier jour n'est pas compté dans le délai* ». Puis avec le NCPC (1972-75), la question a été reprise, mais c'est la règle inverse qui a été retenue : l'**art. 642** énonce en effet : « tout délai expire le dernier jour, à vingt-quatre heures ». On ne peut donc plus agir utilement le lendemain du *dies ad quem* : les délais ne sont plus francs en procédure civile. Par exemple, si un jugement est signifié le 18 février, le délai pour faire appel (1 mois) expirera le 18 mars à 24 heures.

#### c) Les exceptions

Il existe deux exceptions, deux cas dans lesquels la personne que l'on veut protéger disposera, en fait, d'un jour de plus : il s'agit de *la fermeture des greffes* et de *la prorogation des délais*.

##### 1. *La fermeture des Greffes*

Il peut arriver qu'un plaideur veuille accomplir une formalité alors que le Greffe est déjà fermé : par exemple, à 17 h 15 ... La cour de cassation a jugé dans une espèce où le délai d'appel expirait le 7 juin (à 24 heures !), que l'appel déposé le 8 juin était néanmoins recevable car l'appelant avait fait constater par huissier que le Greffe était fermé le 7 juin à 19 heures (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 oct. 2001 : D. 2001, p. 3.017).

##### 2. *La prorogation des délais au premier jour ouvrable suivant*

Le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche, un jour férié ou un jour chômé est *prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant* : par exemple, le délai d'appel d'un mois d'un jugement signifié le 4 janvier expire le 4 février ; si le 4 février est un samedi, le délai expirera le lundi 6 février à 24 heures.

La règle de la prorogation au premier jour ouvrable suivant pose des difficultés si on l'applique aux délais à rebours. Par exemple, si l'assignation devant le tribunal d'instance pour l'audience du 25 avril doit être délivrée au défendeur le 10 avril au plus tard, et que le 10 avril tombe un samedi, le délai du demandeur pour assigner est-il prorogé au premier jour *qui suit*, c'est-à-dire au lundi 12 avril ? Le défendeur n'aurait plus alors que 13 jours pour préparer sa défense ... Aussi, la cour de cassation a-t-elle jugé en 1990 et 1998 que la prorogation des délais ne s'applique pas aux délais à rebours : le demandeur devra donc délivrer son assignation le vendredi 8 avril ou le samedi 9 avril (s'il trouve un huissier disponible) au plus tard. Autrement dit, le plaideur doit agir suffisamment à l'avance, il doit prendre ses précautions.

En vérité, on aura compris que les rédacteurs du NCPC n'ont pas pensé aux délais à rebours : les règles du NCPC ne sont pas faites pour eux.

## § 2 La modification éventuelle des délais

La durée normale de certains délais peut se trouver affectée par la distance (A), par l'aide juridictionnelle (B) ou par le juge (C).

### A) L'augmentation des délais en raison de la distance

Le délai de comparution (15 jours) et les délais des voies de recours (appel, opposition, pourvoi en cassation, recours en révision) sont augmentés de : 1 mois pour les personnes qui résident dans les *DOM-TOM*, et de 2 mois pour les personnes qui résident à *l'étranger* (**art. 643, 644**). Mais le champ d'application de cette règle est imprécis, et il convient de vérifier la jurisprudence dès qu'il s'agit d'un autre délai de procédure.

Ici, on compte d'abord les jours, puis les mois.

Si le délai, globalement calculé, expire un samedi, un dimanche, un jour férié ou un jour chômé, on appliquera la prorogation au premier jour ouvrable suivant. Par exemple, une ordonnance de référé est signifiée le 3 mars à une personne domiciliée en Espagne. Le délai pour faire appel est de 15 jours + 2 mois, ce qui donne jusqu'au 18 mai à 24 heures ; si le 18 mai tombe un samedi, le délai sera prorogé au lundi 20 mai à 24 heures.

### B) L'augmentation des délais à la suite d'une demande d'aide juridictionnelle

Lorsqu'un plaideur dispose d'un délai pour effectuer un acte de procédure (pour assigner, ou pour exercer un recours), la demande d'Aide Juridictionnelle peut conserver voire augmenter le délai dont il dispose. C'est vrai en première instance et devant la Cour de cassation, mais ce n'est pas vrai devant la Cour d'appel (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 2 déc. 2004 : JCP 2005, IV, n° 1 083).

### C) L'augmentation ou la réduction des délais par le juge

Le juge peut proroger le délai dans lequel *un expert* doit déposer son rapport. Le juge peut aussi, en cas d'urgence, abrégé le délai de comparution du défendeur et permettre au demandeur *d'assigner à jour fixe* (**art. 646**). Cf. infra.

### § 3 La sanction de l'inobservation des délais

Il convient de distinguer selon *la nature du délai*.

#### A) Si le délai inobservé est un délai d'action

La sanction est la forclusion : le plaideur qui est forclos est *déchu* du droit d'agir ; par exemple, l'appel sera irrecevable. La forclusion est une sanction *automatique*, qui n'est pas subordonnée à la preuve d'un grief. C'est *une fin de non-recevoir*.

Toutefois, si le jugement a été rendu par défaut ou s'il est réputé contradictoire il peut y avoir relevé de forclusion si le défendeur, sans qu'il y ait eu faute de sa part, *n'a pas eu connaissance du jugement en temps utile* pour faire appel ou opposition, ou s'il *s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir*. Le relevé de forclusion est demandé, par *référé*, au Président de la juridiction compétente pour connaître de l'opposition ou de l'appel. La demande doit être formée *dans les deux mois de la signification à personne ou du premier acte d'exécution forcée* (**art. 540**).

#### B) Si le délai inobservé est un délai d'attente

En ce cas, la sanction *varie* selon que c'est *le bénéficiaire* du délai qui le laisse passer, ou que c'est *son adversaire* qui ne respecte pas le délai. Prenons *l'exemple du délai de comparution de 15 jours*.

Devant le TGI, *le défendeur* dispose d'un délai de 15 jours pour *constituer avocat*. Si le défendeur (= le bénéficiaire) ne constitue pas avocat dans les 15 jours, il s'expose seulement à ce qu'un jugement soit rendu en son absence.

Devant le T.I., c'est *le demandeur* qui choisit la date de l'audience, mais l'assignation doit être *délivrée* au défendeur au moins 15 jours avant l'audience, afin que le défendeur puisse préparer sa défense. Si le demandeur ne respecte pas le délai de 15 jours (par exemple, s'il assigne le 10 mars pour l'audience du 20 mars), son assignation sera alors nulle pour *vice de forme*.



## TITRE II LES JURIDICTIONS

On étudiera dans un *premier chapitre* les *règles normales de compétence (Section I)*, puis dans un *deuxième chapitre* les *extensions de compétence* (en cas de demandes incidentes, ou encore lorsque les parties sont d'accord pour porter l'affaire devant une juridiction qui normalement n'est pas compétente, *Section II*).

### Chapitre 1 La compétence des diverses juridictions

On examinera la compétence *d'attribution* (il existe des règles propres pour *chaque* juridiction) et la compétence *territoriale* (il y a une réglementation générale, applicable à *toutes* les juridictions).

#### **SECTION I LA COMPETENCE D'ATTRIBUTION**

On étudiera les juridictions *de première instance*, puis les *juridictions supérieures*.

#### **SOUS-SECTION I LES JURIDICTIONS DE PREMIERE INSTANCE**

On étudiera les principales. Il y en a 7.

##### **§ 1 Le T.G.I.**

Il y a 181 TGI : *au moins un par département*. Actuellement, le Ministère de la Justice envisage de supprimer quelques petits TGI. Le TGI compétent sur MALAKOFF est le TGI de NANTERRE. Lorsque le TGI statue en matière pénale, on l'appelle le *tribunal correctionnel*. Il comporte souvent plusieurs chambres, elles-mêmes divisées en sections (2 ou 3) ; parfois les sections sont elles-mêmes divisées en sous-sections (A, B, C). Les juges doivent être en nombre impair : 3 au minimum, mais depuis 1970 les affaires peuvent être jugées à juge unique dans certains cas.

Le *Président* a des pouvoirs propres (A). Le *Tribunal* (au fond) a une compétence *de principe* (B), outre une compétence *exclusive* (C).

### A) Pouvoirs du Président

Le Président du TGI peut rendre des ordonnances sur requête et des ordonnances de référé (lui-même ou son délégué).

### B) La compétence de principe du TGI

Le TGI est **la juridiction de droit commun** en première instance, par opposition aux autres juridictions de première instance qui sont des « juridictions d'exception » (on dit aussi des « juridictions spécialisées »). Il est le juge de toutes les affaires pour lesquelles la compétence ne lui a pas été retirée par un texte spécial. En tant que juridiction de droit commun, le TGI a un pouvoir de **jurisdictio complet** : il peut se prononcer en principe *sur toutes les questions* qui peuvent surgir à l'occasion d'un procès, même par exemple s'il s'agit d'une question de nature commerciale. Le TGI a donc une compétence virtuelle qui s'étend à *tout le contentieux privé*. S'il n'existe pas de Tribunal de Commerce dans son ressort, il statue en matière commerciale en suivant les règles applicables devant les tribunaux de commerce.

Mais sa compétence va s'effacer dans deux cas : *soit en raison du montant du litige* : dans les affaires personnelles ou mobilières en matière civile jusqu'à 10.000 €, *soit en raison de la nature de l'affaire* : pour les affaires qui relèvent de la compétence exclusive d'une autre juridiction (par exemple, pour les affaires de droit du travail qui relèvent des Conseils de Prud'Hommes).

### C) Compétence exclusive du TGI

Pour ces matières, le TGI est seul compétent. Si une question surgit devant une autre juridiction, il y aurait question préjudicielle, la juridiction saisie devrait *surseoir à statuer* jusqu'à la décision du TGI sur ce point ; en ces matières, le TGI est compétent *en premier et dernier ressort jusqu'à 4.000 € et à charge d'appel au-delà*. Le Ministère de la Justice envisage que des contentieux complexes (tel celui de la nationalité) soient regroupés dans certains TGI.

Ces matières concernent des affaires graves soit pour *les biens*, soit pour *les personnes*, soit pour *l'ordre public*.

#### 1) Affaires graves pour les biens

Les actions réelles immobilières, les actions relatives aux brevets d'invention et aux marques.

#### 2) Affaires graves pour les personnes

Nationalité, filiation, mariage, divorce, régimes matrimoniaux, successions, dissolution des associations, R.J. et L.J. des personnes morales non commerçantes.

#### 3) Affaires graves pour l'ordre public

L'enregistrement et les contributions indirectes, les procès en inscription de faux, les dommages causés par un véhicule (si l'intérêt du litige est supérieur à 10.000 €).

*On explique* cette compétence exclusive par le fait que les magistrats du TGI sont des *magistrats de carrière*, et par le fait que c'est seulement devant le TGI que *le Ministère Public* est vraiment organisé.

## § 2 Le Juge de l'Exécution

C'est une **juridiction d'exception**. C'est le Président du TGI qui est le JEX (on peut donc dire qu'il y en a 181). Il peut déléguer ses fonctions à un juge du TGI, qui siège alors au TGI (au Palais de Justice) ou à un juge d'un T.I. de son ressort, qui siège alors dans ce T.I. Le JEX constitue une véritable juridiction, distincte du TGI. Il statue à juge unique.

Le JEX est compétent en matière de *difficultés d'exécution des jugements et des titres exécutoires (exécution d'un acte notarié), de saisies et de surendettement des particuliers*.

En pratique, on rencontre souvent des difficultés pour savoir si tel litige relève de la compétence du JEX ou du TGI ou du T.I. ou d'une autre juridiction (par exemple, du Tribunal Administratif) ; ainsi, la jurisprudence admet la compétence du JEX lorsque le litige est relatif à l'acquisition d'une clause résolutoire dont les éléments ont été précisés par une décision d'un autre juge (par exemple, le juge des référés) ; elle admet aussi sa compétence en matière de contestation sur la régularité d'un avis à tiers détenteur.

Les jugements du JEX sont toujours susceptibles d'appel.

## § 3 Le Tribunal d'Instance

Lorsque le Tribunal d'instance statue en matière pénale, on l'appelle *le tribunal de police*. Les Tribunaux d'Instance ont pris en 1958 la suite des anciennes *Justices de Paix*. Il y a 473 T.I.. Il y en a plusieurs pour un seul TGI : à Paris, il y en a un par arrondissement. Le Tribunal d'Instance compétent sur MALAKOFF est celui de VANVES. Parfois, les T.I. tiennent des audiences supplémentaires, en dehors de leur siège habituel : les *audiences foraines* (par exemple, le T.I. de FREJUS tient parfois le lundi une audience foraine à ST TROPEZ). Le T.I. statue à *juge unique*, même si plusieurs juges sont affectés au service d'un même T.I. A la Révolution, on avait dit que le Juge de Paix devait être un peu **comme un Père au milieu de ses enfants** : mais à l'époque, il y en avait 2.000 : ils ne sont plus que 473 aujourd'hui. Actuellement le Ministère de la Justice envisage d'en supprimer environ la moitié.

*Le Président* a des pouvoirs propres (A) ; *le Tribunal* (au fond) a une compétence *générale* (B) et des compétence *spéciales* (C).

### A) Pouvoirs du Président

Le Président du T.I. (à ne pas confondre avec le T.I. statuant au fond) rend des *ordonnances sur requête*, des *ordonnances de référé* et des *ordonnances d'injonction de payer et de faire*.

#### B) La compétence générale du Tribunal d'Instance

Le T.I. connaît, en matière civile, à charge d'appel, de toutes actions personnelles ou mobilières, jusqu'à 10.000 €, ainsi que des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10.000 euros. Mais s'il existe un Juge de Proximité dans le ressort d'un Tribunal d'Instance, le Tribunal d'Instance n'est compétent qu'au-delà de 4.000 € (cf. infra).

#### C) Les compétences spéciales

Elles sont très nombreuses. Le T.I. est, dans ces cas, compétent *quel que soit le montant de la demande*.

Le T.I. est ainsi compétent en matière de *baux d'habitation (pas d'appel possible jusqu'à 4.000 euros, appel possible au-delà)*, *d'expulsion de squatters (à charge d'appel)*, *de frais de nourrice, de pension et de scolarité, de dommages causés aux champs (par le gibier), de vices rédhibitoires en matière de vente d'animaux domestiques, de vente des objets abandonnés, de courrier par voie postale, d'actions possessoires, de bornage, de distance des plantations, de funérailles, d'élections (prud'homales, par exemple), de droit de la consommation (pas d'appel possible jusqu'à 4.000 euros, appel au-delà)*.

On peut retenir : les baux d'habitation, le droit de la consommation, les affaires de voisinage et les procès en matière agricole.

La liste des cas où le T.I. est compétent (qui figure dans le C.O.J., **art. R. 321-4 et s.**) est devenue si longue (depuis 1958) que l'on se demande si le T.I. est toujours *une juridiction d'exception* ou s'il est devenu *une juridiction de droit commun*. Un ancien auteur, SOLUS, avait pris parti dans une chronique au Dalloz 1964 : « *Le T.I., juridiction de droit commun* ». Les auteurs contemporains restent cependant prudents et pensent que le T.I. demeure encore **une juridiction d'exception**, notamment parce que le C.O.J. indique sa compétence en procédant *par voie d'énumération*. De toute façon, ce débat reste théorique et il n'y a pas de jurisprudence récente sur la question.

#### § 4 Le Juge de Proximité

Le JDP a été institué par la loi du 9 septembre 2002 (**C.O.J., art. L 331-1**). Les recrutements des JDP est en cours. Au 31 mars 2007, 582 JDP avaient été recrutés et installés (avocats exerçant dans un autre ressort, anciens magistrats, avocats, fonctionnaires à la retraite etc. ....) . 40% exercent une activité professionnelle dans un autre ressoert). Ils devraient être 820 à la fin 2007. Il est prévu qu'ils seront 3.300 d'ici 2008. En fait, les JDP siègent dans les locaux du T.I. et c'est le Greffier du T.I. qui assure les fonctions de Greffier du JDP.

1) Le JDP est d'abord compétent pour les affaires de nature personnelle ou mobilière, à condition que la valeur du litige ne dépasse pas 4.000 euros (au-delà, la compétence passe au T.I.) ; si la valeur du litige est indéterminée, il faut que l'action ait pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 4.000 euros (par exemple, une action en garantie des vices cachés peut être portée devant le JDP si le prix de vente de la chose vendue ne dépasse pas 4.000 euros ; plus généralement, toute action en nullité ou en résolution d'un contrat dont le prix n'excède pas 4.000 euros). Il est également compétent en matière de restitution de dépôt de garantie de bail d'habitation, jusqu'à 4.000 €. Les actions relatives aux baux d'habitation et aux baux commerciaux ne rentrent pas dans la compétence du JDP.

2) Le JDP est ensuite compétent en matière d'injonction de payer et d'injonction de faire, jusqu'à 4.000 euros.

3) Le JDP peut toujours renvoyer au T.I. une affaire relevant de sa compétence s'il estime qu'il se heurte à une difficulté juridique sérieuse portant sur l'application d'une règle de droit ou sur l'interprétation d'un contrat liant les parties. Il doit entendre les parties (ou leurs avocats) avant renvoi. Il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire, insusceptible de recours. Le T.I. reprend alors la procédure en l'état où l'a laissée le JDP, sauf à réentendre les parties si elles ont déjà plaidé.

Le JDP doit renvoyer au T.I. toutes les exceptions de compétence (art. 847-5 NCPC).

Le jugement du JDP n'est pas susceptible d'appel, sauf en cas de demande indéterminée (en ce cas, il y a des règles spéciales).

## § 5 Le Tribunal de Commerce

C'est **une juridiction d'exception**, dont l'origine remonte aux juridictions du 14<sup>ème</sup> siècle qui siégeaient dans les foires et qui elles-mêmes avaient été créées sur le modèle des *juges-consuls* élus par les commerçants dans les Républiques du Nord de l'Italie. On parle encore souvent, pour les désigner, de « **juridictions consulaires** ».

La création ou la suppression d'un Tribunal de Commerce est fonction de l'activité commerciale de la région. Il y a 185 Tribunaux de Commerce et 3.200 juges consulaires. S'il n'existe pas de Tribunal de Commerce dans une région, c'est le TGI qui statue commercialement (c'est le cas pour 22 TGI.). Actuellement, le Ministère de la Justice envisage d'en supprimer un tiers.

Les Tribunaux de Commerce sont composés de commerçants élus pour deux ans, assurant leur fonctions bénévolement. L'élection se fait en deux étapes : les commerçants, les sociétés commerciales, les chambres de commerce élisent d'abord des délégués consulaires qui élisent à leur tour les juges. Chaque tribunal comprend un minimum de 3 juges. Le Greffe est tenu par un Greffier, officier ministériel titulaire de sa charge.

Plusieurs projets de réforme des Tribunaux de commerce ont échoué ces dernières années. Leur réforme n'est plus à l'ordre du jour.

Le *Président* a des *pouvoirs propres* (A). Le *Tribunal* (au fond) est compétent en cas d'*acte de commerce* (B). Il peut être compétent en cas d'*acte mixte* (C). Il y a des *extensions* de compétence (D).

#### A) Pouvoirs du Président

Le Président du Tribunal de Commerce rend *des ordonnance sur requête, des ordonnances de référé* et *des ordonnances d'injonction de payer*.

#### B) La compétence du Tribunal de Commerce en cas d'acte de commerce (C.O . J., art. L. 411-4 à 411-7)

Le Tribunal de Commerce est compétent chaque fois que l'acte litigieux est un acte de commerce *par nature* (par exemple, achat de marchandises pour les revendre), ou quand c'est un acte de commerce *par sa forme* (lettre de change), ou quand c'est un acte de commerce *par accessoire* (par exemple, achat d'un bien par un commerçant pour les besoins de son commerce).

#### C) Compétence en cas d'acte mixte

Lorsqu'un acte *n'est commercial que pour l'une des parties et civil pour l'autre*, on applique la règle : « **nul ne doit être soustrait à ses juges naturels** ». Ainsi, si on considère *la personne à l'égard de laquelle l'acte n'est pas commercial* (= le civil) :

- si le civil est défendeur : le Tribunal de Commerce ne sera pas compétent, le juge compétent sera alors le TGI ou le T.I.
- si le civil est demandeur : il a alors *une option* : il peut saisir soit *le T.I. ou le TGI*, soit *le Tribunal de Commerce*.

#### D) Extension de compétence

Le Tribunal de Commerce est seul compétent en matière de *contestations entre associés* d'une société commerciale, et en matière de *R.J. et de L.J.* des commerçants et des sociétés commerciales.

Les jugements des Tribunaux de Commerce sont rendus en premier et dernier ressort jusqu'à 4.000 € et à charge d'appel au-delà..

## § 6 Le Conseil de Prud'Hommes

C'est une **juridiction d'exception**, qui a son origine à Lyon, sous l'Ancien Régime. Il y a au moins un Conseil de Prud'Hommes par TGI ; il y en a 275 et 15.000 conseillers prud'hommes.

C'est une juridiction paritaire, composée pour moitié d'employeurs et pour moitié de salariés, qui sont élus.

On verra les *pouvoirs des Présidents (A)*, le *fonctionnement et la compétence du Conseil de Prud'Hommes (B)*.

#### A) Pouvoirs des Présidents

Les *ordonnances de référé* sont rendues par la *formation de référé*, composée du Président et du Vice-Président (parité oblige !).

#### B) Fonctionnement du Conseil de Prud'Hommes

Il y a le Bureau de Conciliation : *un* conseiller employeur et *un* conseiller salarié. La tentative de conciliation est obligatoire.

Il y a le Bureau de Jugement : *deux* conseillers employeurs et *deux* conseillers salariés, avec la Présidence en alternance une année sur deux. En cas de *partage égal des voix* (à Paris, 10% des cas), il est procédé à une audience de *départage* : l'affaire est plaidée à nouveau devant le Bureau de jugement qui comprend, en plus, le juge du T.I. local (« juge départiteur »).

#### C) Compétence du Conseil de Prud'Hommes

Il est toujours compétent pour statuer sur les *litiges individuels nés d'un contrat de travail ou d'apprentissage*. Les *conflits collectifs* relèvent de la compétence du TGI. Les litiges mettant en cause *l'Etat, les Etablissements Publics et leur personnel* échappent aux Conseils de Prud'Hommes, mais le Conseil connaît des litiges concernant « *les personnels des services publics lorsqu'ils sont employés dans les conditions du droit privé* ».

Le Conseil de Prud'Hommes est compétent en premier et dernier ressort jusqu'à 4.000 € et au-delà à charge d'appel.

### § 7 Le Tribunal Paritaire des Baux Ruraux

C'est une **juridiction d'exception**, compétente pour les litiges entre bailleurs et preneurs de baux ruraux (par exemple, le montant du loyer, l'exercice d'un droit de reprise). Il est compétent jusqu'à 4.000 € en premier et dernier ressort et à charge d'appel au-delà. Il y en a 431 (ils ont été créés par le gouvernement de Vichy) et 3.500 assesseurs.

C'est une juridiction paritaire, mais dans laquelle les *quatre juges élus* (deux assesseurs représentant les bailleurs, et deux assesseurs représentant les preneurs) siègent aux côtés d'un magistrat de carrière, le *juge du tribunal d'instance* : c'est le système de **l'échevinage**.

Ce tribunal tient *des sessions*. Le Greffe est tenu par *le greffier du T.I.*.

## § 8 Les juridictions en matière de Sécurité Sociale

La réglementation date de 1946 et 1958. Il y a deux sortes de contentieux :

### A) Les Tribunaux des Affaires de Sécurité Sociale (les TASS)

Ils statuent sur le contentieux général, c'est-à-dire sur des questions juridiques : le droit aux prestations, le montant des cotisations ... Il y a 116 TASS. En appel, c'est *la chambre sociale de la Cour d'Appel* qui statue (au-delà de 4.000 €). Le TASS est une **juridiction d'exception**, présidée par le *Président du TGI* (ou son délégué), assisté de *deux assesseurs* (un qui représente les employeurs, et un qui représente les salariés), désignés par le Premier Président de la Cour d'Appel, sur une liste établie par des organisations représentatives. Il y a 3.500 assesseurs dans les TASS. C'est le **système de l'échevinage**.

### B) Les Tribunaux du Contentieux de l'Incapacité

Ils statuent sur des questions techniques : degré d'incapacité (notamment COTOREP), degré d'invalidité, inaptitude au travail ...

Par exemple, le salarié, victime d'un accident du travail, s'étant vu attribuer une rente au taux de 30%, l'employeur a demandé à la caisse de Sécurité Sociale communication du rapport médical d'évaluation de l'incapacité permanente. Devant le refus de la caisse, l'employeur a saisi le TASS afin de se voir déclarée inopposable la décision d'attribution de rente. Le TASS s'est déclaré à bon droit incompétent au profit du Tribunal du Contentieux de l'Incapacité, le litige portant sur l'état d'incapacité d'un salarié victime d'un accident du travail (Cass. soc., 26 sept. 2002 : JCP 2002, IV, n° 2 767).

Ils comprennent trois membres. Ils sont présidés par un magistrat honoraire ou une personnalité qualifiée, assisté de deux assesseurs (représentants d'employeurs et de salariés).

Il y a 26 tribunaux du contentieux de l'incapacité, que l'on trouve au siège des DRASS. La procédure est introduite par une déclaration faite ou envoyée au greffe en annexant une copie de la décision contestée de l'organisme social. La déclaration doit être faite dans le délai de 2 mois de la notification de la décision contestée.

En appel, est compétente la « *Cour Nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail* », présidée par un magistrat de la cour d'appel (de Paris) et d'assesseurs représentant les employeurs et les salariés)..

Il s'agit de **juridictions d'exception**.



### **Autres juridictions de première instance**

Il existe encore de nombreuses juridictions de première instance : le JAF, le Juge des Tutelles, le Tribunal des Pensions, le Juge des Loyers Commerciaux etc ...

## **SOUS-SECTION II LES JURIDICTIONS SUPERIEURES**

Il s'agit de la Cour d'Appel et de la Cour de Cassation.

### **§ 1 La Cour d'Appel**

C'est la juridiction de droit commun du second degré (et pratiquement la seule juridiction du second degré, mise à part la Cour Nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail et le TGI lorsqu'il statue en appel sur les jugements du Juge des Tutelles).

Héritière des anciens Parlements, elle avait été supprimée à la Révolution où on avait institué le système de l'appel circulaire : appel d'un tribunal de première instance à un autre tribunal de première instance, et ainsi de suite ... Sous le Consulat, les Tribunaux d'appel ont été rétablis, puis ils sont devenus les Cours d'Appel.

Il y a 37 cours d'appel. *Le Premier Président* (on l'appelle « Monsieur le Premier ») a des *pouvoirs propres* : il a des *pouvoirs administratifs* (c'est « le Chef de Cour »), il rend *des ordonnances sur requête* et il rend *des ordonnances de référé* (essentiellement en matière d'arrêt de l'exécution provisoire).

En ce qui concerne la compétence territoriale, la Cour d'Appel est compétente à l'égard de tous les tribunaux qui ont leur siège dans son ressort. La Cour de PARIS est en outre compétente pour les recours contre les décisions des autorités de régulation du marché..

### **§ 2 La Cour de Cassation**

Elle dérive de l'ancien *Conseil des Parties*, qui sous l'Ancien Régime formait l'une des sections du Conseil du Roi. Sa mission est de contrôler l'application de la règle de droit par les juridictions judiciaires et d'assurer l'unité de la jurisprudence. Son siège est à PARIS. On examinera *ses formations (A)* et *ses décisions (B)*.

A) Les formations Il y en a 4 :

- 1) La formation qui se prononce sur la demande d'avis

Elle comprend le Premier Président, les Présidents de chambres et deux conseillers désignés par chaque chambre concernée.

2) L'arrêt rendu par une des chambres

- a) En formation de trois magistrats, la chambre peut filtrer les pourvois en déclarant non admis les pourvois *irrecevables* ou *non fondés sur un moyen sérieux* et statuer sur le pourvoi *lorsque la solution du pourvoi s'impose*. C'est ce qu'on appelle « la non-admission », non motivée (environ 1/3 des décisions).
- b) En formation de cinq magistrats, la chambre statue sur les pourvois (23.539 arrêts en matière civile en 2004).

3) L'arrêt rendu en Chambre Mixte

C'est en cas de conflit interne à la Cour de Cassation : divergence de jurisprudence entre deux chambres ... Une chambre mixte comprend au moins 9 membres.

4) L'arrêt rendu en Assemblée Plénière

C'est en cas de conflit externe à la Cour de Cassation : *soit* parce que l'affaire pose *une question de principe*, *soit* parce que *après cassation d'un premier arrêt*, la cour de renvoi a *refusé de s'incliner* et que la décision se trouve de nouveau attaquée, par les mêmes moyens ; s'il y a cassation, encore, la deuxième cour de renvoi devra s'incliner. Une Assemblée Plénière comprend 19 membres.

B) Les décisions de la Cour de Cassation

La Cour peut donner *un avis* (1) ou *se prononcer sur un pourvoi* (2).

1. La Cour peut donner son avis

La saisine de la Cour de Cassation est possible dans les cas où les cours et les tribunaux sont confrontés à une demande soulevant *une question de droit nouvelle*, présentant *une difficulté sérieuse* et susceptible de se poser *dans de nombreux litiges*.

La juridiction qui se trouve à l'origine de la saisine (c'est souvent un T.I. ou un JEX) prononce le sursis à statuer sur le fond de l'affaire, jusqu'à ce que la Cour de Cassation ait donné son avis (dans un délai de *trois mois*). Cet avis ne s'impose pas au juge, car il ne s'agit nullement d'un acte juridictionnel ; mais en fait, si un juge a demandé à la Cour de Cassation son avis, c'est qu'il a l'intention d'en tenir compte ...

Il s'agit d'atteindre deux objectifs : assurer plus rapidement *l'unité de la jurisprudence* et jouer un rôle de *prévention du contentieux*, en offrant le moyen de trancher des questions de principe dès leur apparition.

2. La Cour de Cassation peut se prononcer sur un pourvoi

- a) En formation restreinte, elle peut déclarer non admis un pourvoi irrecevable ou non fondé sur un moyen sérieux.
- b) Elle peut déclarer le pourvoi irrecevable
- c) Elle peut prononcer la déchéance (absence de dépôt de mémoire dans le délai)
- d) Elle peut rejeter le pourvoi
- e) Elle peut casser l'arrêt et renvoyer devant une juridiction *de même nature et de même degré* (ou *autrement composée* : par exemple, s'il s'agit d'un arrêt rendu par la Cour de Papeete ...). D'après les statistiques, en moyenne un arrêt sur trois est cassé. Il est de tradition que si la cour de renvoi s'incline devant la solution de la cour de cassation, un nouveau pourvoi n'est pas recevable.
- f) Elle peut casser sans renvoi dans deux hypothèses :
  - lorsque la cassation ne laisse plus rien à juger (selon la formule des anciens auteurs, tels Glasson, Tissier et Morel) : par exemple, si la cour d'appel a statué à la suite d'un *appel tardif ou irrégulier*, ou s'il y a *prescription*, ou en cas de *contrariété de jugements* (on annule le second jugement),
  - lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée
- g) Elle peut prononcer une cassation partielle : en ce cas, s'il y a cassation sans renvoi, la *cassation sans renvoi se traduira par une cassation par voie de retranchement* : par exemple, si l'arrêt avait statué *ultra petita* ;
- h) Elle peut prononcer le rabat d'un arrêt qu'elle a précédemment rendu, lorsqu'elle estime qu'elle a rendu son arrêt *dans des conditions irrégulières* : par exemple, non-respect du principe contradictoire à la suite d'une erreur du Greffe n'ayant pas classé le Mémoire d'une partie, ou encore ignorance du décès d'un époux en matière de divorce.

## **SECTION II LA COMPETENCE TERRITORIALE**

Le NCPC régleme *de façon générale* (« pour toutes les juridictions ») cette question dans les **articles 42 à 48**. Des *textes spéciaux* apportent parfois des aménagements (Conseils de Prud'Hommes, injonction de payer ...). *En principe*, le tribunal compétent est celui de *la demeure du défendeur* (§ 1), mais cette règle connaît *des exceptions* (§ 2).

### **§ 1 La compétence de principe : le tribunal du lieu où demeure le défendeur**

Cette règle était déjà connue du Droit Romain : « *Actor sequitur forum rei* » (« *le défendeur plaide à la maison* »).

Le lieu où demeure le défendeur est son domicile ou, à défaut, sa résidence (villa de vacances, hôtel ...).

En cas de pluralité de défendeurs, le demandeur pourra saisir, à son choix, le tribunal du lieu où demeure l'un d'eux.

Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur a alors la faculté de saisir le tribunal de son propre domicile.

Si le défendeur est une personne morale, le demandeur peut saisir le tribunal du lieu du siège social statutaire ou du siège social réel. Il peut *en outre* en vertu de la **jurisprudence des gares principales** (consacrée par le NCPC) saisir le tribunal du lieu d'une succursale de la société, à la double condition que le directeur de la succursale dispose du *pouvoir d'engager* la société vis-à-vis des tiers et que cette succursale soit *impliquée* dans le litige.

## § 2 Les exceptions

Elles s'expliquent tantôt par un souci de *centralisation* des litiges, tantôt par un souci de *protection* de certaines personnes.

### A) Le souci de centraliser le litige devant un tribunal

- En matière réelle immobilière : le tribunal du lieu où est situé l'immeuble est seul compétent
- En matière de succession : le tribunal du lieu d'ouverture de la succession est compétent (= du domicile du défunt), jusqu'au partage inclus
- En matière d'intervention forcée : le tribunal saisi de la demande originaire est compétent pour statuer sur la demande incidente (nonobstant une clause attributive de compétence territoriale)

### B) Le souci de protéger certaines personnes

Parfois, on offre au demandeur *un choix* entre plusieurs tribunaux, dont le tribunal de la demeure du défendeur ; mais parfois aussi, on lui *refuse* toute option.

- En matière d'assurance : il y a des cas où le tribunal compétent est celui de la demeure de l'assuré (ce qui revient souvent à dire que c'est le tribunal du demandeur) : par exemple, pour le paiement d'une indemnité d'assurance. En fait, il y a de nombreuses règles, et il convient de vérifier soigneusement la règle applicable.
- En matière mixte immobilière : le demandeur a le choix entre le tribunal de la *demeure du défendeur* et celui du *lieu de situation de l'immeuble*

**En matière contractuelle** : le demandeur a le choix (art. 46) entre le tribunal de la demeure du défendeur, le tribunal du lieu de la livraison effective de la chose (la jurisprudence y ajoute le lieu où la chose devait être livrée selon le contrat : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 janv. 2001 : JCP 2001, IV, n° 1 413) ou de l'exécution de la prestation de service.

Il s'agit, finalement, du tribunal du *lieu d'exécution du contrat* (et non du lieu de conclusions du contrat, qui n'est jamais un critère de compétence sauf en matière prud'homale pour le travail effectué à domicile).

La jurisprudence a par ailleurs précisé qu'on demeure en matière contractuelle même si la validité même du contrat est contestée : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 1999 : D.2000, p. 659, note Jean-Pierre Langlade (dans une espèce où deux époux avaient saisi le Tribunal de Commerce du lieu de situation de leur fonds de commerce (Mamers) d'une demande en annulation d'un contrat de distribution et de franchise qui les liait à une société de Créteil. La société avait soulevé l'incompétence territoriale de cette juridiction au profit du Tribunal de Commerce de Créteil, lieu de son siège social. Pour la Cour de cassation, on était bien en matière contractuelle : le Tribunal de Commerce de Mamers était compétent en tant que lieu de l'exécution de la prestation de service).

**En matière délictuelle** : le demandeur a le choix (art. 46) entre le tribunal de la demeure du défendeur, le tribunal du lieu du fait dommageable et celui dans le ressort duquel le dommage a été subi (par exemple, une erreur de manipulation dans une usine peut entraîner la *pollution d'un cours d'eau* et causer un dommage en aval à une exploitation agricole située le long du cours d'eau ; de même, une personne visée par *un article de journal* subit un dommage partout où le journal est diffusé ; de même pour une personne visée dans *un article sur internet* : elle subit un dommage partout où internet est reçu, ce qui fait qu'elle pourra demander réparation devant n'importe quel tribunal (quant à la compétence territoriale).

**En matière d'aliments** : le créancier a le choix entre le tribunal de la demeure du défendeur et le tribunal du lieu où il demeure lui-même (= le tribunal du demandeur).

Lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un procès devant le tribunal où il exerce ses fonctions, le litige peut être porté par le *demandeur* devant un tribunal situé dans un ressort limitrophe. Le *défendeur*, magistrat ou auxiliaire de justice, peut lui-même réclamer le bénéfice des dispositions de l'article 47, même au niveau de l'appel. La demande peut être présentée en tout état de cause (**art. 47**).

A côté de ces diverses *règles générales*, il existe de *nombreuses règles spéciales* : en matière de *divorce*, de *R.J. et de L.J.*, de *bail*, de *surendettement des particuliers*, de *Sécurité Sociale*, devant le *Conseil de Prud'Hommes* etc. ...

## Chapitre 2      Les extensions de compétence

Il faut distinguer deux situations : d'abord, il convient de savoir si un tribunal, *régulièrement saisi* d'une action qui entre dans les limites de sa compétence, peut connaître de *tous les moyens de défense et de toutes les demandes incidentes* que soulèveront les plaideurs (*Section I*) ; ensuite, il convient de savoir si un tribunal peut à *titre principal* être saisi d'un litige qui *n'entre pas* dans les limites de sa compétence : c'est la question de la *prorogation de compétence* (*Section II*).

### **SECTION I   LES EXTENSIONS RELATIVES AUX MOYENS DE DEFENSE ET AUX DEMANDES INCIDENTES**

#### **§ 1   Pour les moyens de défense**

On examinera le principe (A) et l'exception (B).

A) Le principe est que le juge de l'action est le juge de l'exception

Le juge compétent pour statuer sur la *demande principale* l'est aussi pour se prononcer sur *tous les moyens de défense* opposés à cette demande (**art. 49**). Toutes les questions litigieuses seront jugées au cours du même procès.

B) Mais cette règle est écartée toutes les fois que la question soulevée par le moyen de défense relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction

Il y a *question préjudicielle*, le tribunal doit *surseoir à statuer*. Par exemple, le TGI a compétence exclusive pour statuer sur les questions graves pour les biens, les personnes, l'ordre public ; le Tribunal de Commerce a compétence exclusive en matière de R.J. et L.J. ; le Conseil de Prud'Hommes, le Tribunal Paritaire des baux ruraux et le TASS ont compétence exclusive pour l'ensemble de leur contentieux semble-t-il.

#### **§ 2   Pour les demandes incidentes**

En ce cas (demande additionnelle, reconventionnelle, en intervention), le juge est saisi, en cours de procès, d'une *demande nouvelle*, ayant un objet propre. On retrouve le principe (A) et l'exception (B).

A) Le principe est que le juge de l'action n'est pas le juge de l'exception

Les demandes incidentes sont de véritables demandes en justice, elles sont soumises aux règles ordinaires de compétence.

B) Mais cette règle est écartée devant le TGI, ainsi que devant le T.I. et le JDP

Ceci parce que le TGI est **la juridiction de droit commun**, il a vocation à statuer sur tout le contentieux privé. Le décret du 23 juin 2003 a transposé cette solution au T.I. et au JDP.

Pendant, cette résurgence du principe que le juge de l'action est le juge de l'exception *est elle-même écartée si la demande incidente relève de la compétence exclusive* d'une autre juridiction.

## **SECTION II LA PROROGATION DE COMPETENCE**

Proroger la compétence d'une juridiction, c'est le fait *d'étendre* sa compétence *au-delà* de ses limites légales pour lui permettre de statuer sur une *demande principale*, directement présentée devant elle. Il peut s'agir d'étendre la compétence *d'attribution* (§ 1) ou la compétence *territoriale* (§ 2) d'une juridiction. Cette prorogation est le résultat d'un accord conclu entre les parties : est-elle valable ?

### **§ 1 La prorogation conventionnelle de la compétence d'attribution**

Elle est assez limitée.

A) Aucune prorogation n'est possible au profit des juridictions d'exception

Ce serait mettre en cause le bon fonctionnement de la Justice : imaginerait-on deux plaideurs s'entendant pour se faire divorcer par un tribunal de commerce ?

B) Le problème ne se pose que pour le TGI, le T.I. et le JDP

1) La prorogation de la compétence d'attribution du TGI

a) En principe, les parties peuvent convenir de saisir le TGI à la place d'un autre tribunal

Parce qu'il est **la juridiction de droit commun**, il a un pouvoir de **jurisdictio complet**.

b) Mais la compétence du TGI ne peut pas être prorogée si le litige relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction

Par exemple, en matière de R.J. d'une société commerciale.

2) La prorogation de la compétence d'attribution du T.I. et du JDP

- a) Si le T.I. ou le JDP est saisi à la place du TGI, la prorogation est possible (art. 41)

Par exemple, les parties conviennent de porter devant le T.I. un litige d'une valeur de 50.000 € : ceci parce que le T.I. est considéré comme ayant toujours « **un germe de compétence pour les affaires civiles** » (selon la formule d'un ancien auteur, SOLUS). C'est ce que l'on appelle la prorogation *de quantitate ad quantitatem*.

Quant au JDP, il pourra être compétent, par accord des parties, pour statuer sur une demande supérieure à 4.000 euros relativement à une action personnelle mobilière ou à une injonction de payer ou de faire.

Mais la prorogation n'est pas possible s'il s'agit d'une matière qui relève de la compétence exclusive du TGI.

- b) Si le T.I. ou le JDP est saisi à la place d'une juridiction d'exception (Tribunal de Commerce, Conseil de prud'Hommes, TASS), la prorogation *n'est pas possible*

## § 2 La prorogation conventionnelle de la compétence territoriale

Elle est, elle aussi, assez limitée.

Il s'agit des *clauses attributives de compétence territoriale*. Les parties conviennent de soumettre le litige à une juridiction déterminée. Le NCPC a restreint la possibilité de proroger conventionnellement la compétence territoriale. Désormais, les clauses attributives de compétence territoriale ne sont valables qu'à deux conditions (art. 48) :

- elles doivent être convenues entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant
- elles doivent être spécifiées de façon très apparente dans l'engagement de la personne à qui elles sont opposées.

Faute de respecter ces deux conditions, la clause est réputée non écrite (le contrat reste valable, pour le reste). Ce sera le cas chaque fois qu'il s'agit d'un acte mixte !

Il a été jugé que la partie bénéficiaire de la clause peut y *renoncer*.

Il a également été jugé que la clause attributive de compétence territoriale est inopposable à ceux qui n'y sont pas partie (Cass. com., 25 mars 1997 : Gaz. Pal. 13-14 oct. 1999, somm. annotés p. 4).



Enfin, si deux clauses attributives figurent sur des documents contractuels de chacune des parties et sont inconciliables, on en revient au droit commun.

En pratique, ces clauses attributives de compétence territoriale sont extrêmement fréquentes dans les contrats et elles sont bien souvent irrégulières.

En conclusion, en matière d'extension de compétence, on relève le rôle de la distinction entre *juridiction de droit commun* et *juridiction d'exception*, ainsi que le rôle de la distinction entre les matières qui relèvent de la *compétence exclusive* d'une juridiction et les autres.

## TITRE III LE PERSONNEL JUDICIAIRE

Pour rendre la justice, *les magistrats* (§ 1) reçoivent le concours de divers professionnels. Parmi *les auxiliaires de justice* (§ 2), *les avocats* occupent une place importante.

### § 1 Les magistrats

On désigne en général sous cette appellation *les magistrats de carrière*, par opposition à ceux que l'on appelle *les juges professionnels* (juges du tribunal de commerce, du conseil de prud'hommes ...). Il y en a environ 6.700 en France (25.000 en Allemagne). On distingue les *magistrats du siège* (B) et les *magistrats du Parquet* (C). Les uns et les autres sont *recrutés* de la même façon (A).

#### A) Le recrutement

Il se fait *par concours* (1), *sur titres* (2) ou *par intégration directe* (3).

##### 1) Le recrutement par concours

Il y a 4 concours : Le *premier* est réservé aux *étudiants* ayant la maîtrise et âgés de 27 ans au plus ; il y a environ 3.000 candidats pour 250 places. Le *deuxième* est ouvert aux *fonctionnaires* âgés de 40 ans au plus ; il peut y avoir 36 places. Le *troisième* est ouvert aux salariés du privé ayant eu 8 ans au moins d'activité professionnelle et aux *membres des assemblées élues*, âgés de 40 ans au plus ; il peut y avoir 10 places. Le *quatrième* est ouvert aux *professionnels* ayant exercé pendant plus de 10 ans des activités dans le domaine juridique, administratif, économique ou social, âgés de 35 ans et plus ; il peut y avoir 125 places. En outre, il existe parfois des concours supplémentaires, ouverts exceptionnellement.

##### 2) Le recrutement sur titres

Il s'agit d'*avocats*, *assistants des facultés de droit etc...* ayant quelques années d'ancienneté ; il REPR2SENTE 1/3 de l'effectif global de l'ENM.

Qu'ils soient recrutés par concours ou sur titres, les futurs magistrats (appelés *les auditeurs de justice*) suivent une scolarité commune à *Bordeaux*, font un *stage* (total = 31 mois), puis ils passent les épreuves de *classement*.

### 3) L'intégration directe

Certaines personnes peuvent être nommées directement magistrats : les *professeurs de droit et les maîtres de conférences* ; également *les avocats, notaires ...* , mais sous certaines conditions d'ancienneté pour ces derniers ; il peut y en avoir 60.

#### B) Les magistrats du siège

Ils représentent les 3/4 des magistrats. Ils ont pour fonction de *juger*. Une fois nommés, ils sont inamovibles (mais l'Histoire enseigne que cette garantie a été « suspendue » à diverses périodes agitées de la France : en 1883, « pour donner une investiture républicaine à la magistrature », en 1945, pour épurer la magistrature. Les *sanctions* sont infligées par le Conseil Supérieur de la Magistrature.

#### C) Les magistrats du Ministère Public

Ils représentent le 1/4 des magistrats. Ils ont pour origine les *Procureurs* (c'est-à-dire les avoués) et les *avocats* auxquels le Roi demandait « *généralement* » de le représenter : d'où l'appellation « *procureurs généraux* » et « *avocats généraux* »... L'emplacement qui leur était réservé dans la salle d'audience était entouré d'*un petit parc*, d'où le nom de « *parquet* » qui leur est donné pour les désigner collectivement. Les avocats étaient, eux, séparés des juges par *une barrière*, d'où le nom de « *barreau* » employé pour les désigner collectivement. Un magistrat, au cours de sa carrière, peut aller du siège au parquet, et inversement.

On examinera *l'organisation* (1), *le statut* (2) et *les attributions* (3) du Ministère Public.

#### 1) L'organisation du Ministère Public

- TGI : le Procureur de la République, un ou plusieurs Procureurs de la République adjoints, un ou plusieurs substituts
- Cour d'appel : le Procureur Général, un ou plusieurs Avocats Généraux, des substituts du Procureur Général
- Cour de cassation : le Procureur Général près la cour de cassation, le Premier Avocat Général, 19 Avocats Généraux, des substituts.

#### 2) Le statut du Ministère Public

Ce sont *des magistrats et des agents du pouvoir exécutif*. Ils ne sont pas inamovibles. Ils doivent suivre les instructions de leurs supérieurs (***mais si la plume est servie, la parole est libre***, les membres du Ministère Public ayant traditionnellement le droit de plaider dans un sens différent de celui des écritures qu'ils auraient été obligés de prendre pour suivre les instructions de leur hiérarchie). Le Conseil Supérieur de la Magistrature donne *son avis* sur les sanctions.

#### 3) Les attributions du Ministère Public

Le Ministère Public peut agir de *deux* façons différentes dans le procès civil : en tant que *partie jointe* (a) et en tant que *partie principale* (b).

a) Il peut agir comme partie jointe

On suppose qu'un procès oppose déjà le demandeur et le défendeur. Le dossier est *communiqué* au Ministère Public qui fait connaître *son avis* en prenant des *réquisitions* (appelées aussi *conclusions*). Quand il intervient à l'audience, le Ministère Public prend la parole en dernier.

Il y a les cas de communication légale : la loi oblige le Ministère Public à prendre connaissance du dossier, à peine de nullité du jugement ; ainsi en matière de *tutelle*, *R.J. – L.J.*. Il y a la communication judiciaire : la juridiction demande au Ministère Public de prendre connaissance du dossier et de donner son avis ; par exemple, dans une affaire posant un problème d'*immunité diplomatique*. Il y a la communication volontaire : le Ministère Public se fait communiquer un dossier qui *l'intéresse*.

b) Il peut agir comme partie principale

Il est alors un plaideur ordinaire, demandeur ou défendeur, soumis à toutes les règles de procédure. Simplement, il est dispensé de prendre un avocat devant le TGI ou un avoué devant la cour d'appel.

La loi prévoit quelques cas dans lesquels il peut agir comme partie principale (*filiation*). Mais en dehors de ces cas légaux, peut-il agir sans texte ? La Cour de cassation dans l'arrêt *Honoré Bodin* du 17 décembre 1913 avait jugé qu'il pouvait agir sans texte dès que l'ordre public était directement et principalement intéressé. L'**art. 423 NCPC** a consacré cette jurisprudence en prévoyant que le Ministère Public peut agir dans les cas spécifiés par la loi ou pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci.

Qu'il agisse comme partie principale ou comme partie jointe, le Ministère Public est indivisible : si l'audience de plaidoirie s'étale sur plusieurs jours, plusieurs membres du Ministère Public peuvent se succéder (au contraire des juges du siège : en un tel cas, il faudrait recommencer l'audience depuis le début !). On dit que **le Parquet est censé avoir plusieurs bras mais une seule tête**.

## § 2 Les auxiliaires de justice

C'est une expression assez générale qui regroupe les *avocats* (A), les *officiers ministériels* (B) et *d'autres professionnels* (C) qui coopèrent plus ou moins étroitement avec le service public de la justice.

A) Les avocats

Le mot avocat vient du latin « *advocatus ad auxilium* », qui désigne celui qu'on appelle à l'aide. C'est une profession ancienne (Cicéron était avocat ; le Pape Clément IV était avocat : 1265-68). Il y en a (*statistiques CNB octobre 2007*) 47.000 en France, dont 20.000 à Paris. L'Allemagne en compte 116.500, l'Italie 140.000, l'Angleterre 156.500, l'Espagne 138.500 (*statistiques février 2004*).

On examinera les conditions d'accès (1), l'organisation en barreaux (2), les fonctions (3) et la rémunération (4).

### 1) Les conditions d'accès à la profession

Elles ont été plusieurs fois modifiées. Il faut être titulaire de la Maîtrise, avoir réussi l'examen d'un Institut d'Etudes Judiciaires (I.E.J.) pour l'accès à un Centre Régional de Formation Professionnel (CRFPA, le CRFPA de Paris s'appelant l'E.F.B.), suivre 18 mois d'enseignements pratiques et de stages dans un CRFPA et, à la fin des dix-huit mois, passer le CAPA (certificat à la profession d'avocat). Puis l'élève-avocat prête serment et devient avocat.

Un tournoi d'éloquence est organisé chaque année, sous l'égide de la conférence du stage : à Paris, 36 candidats sont d'abord sélectionnés, puis 24 et enfin 12, qui seront les 12 secrétaires de la promotion de l'année concernée. L'année suivante, les 12 nouveaux secrétaires de la conférence, avec le Bâtonnier, constitueront le jury qui aura à désigner à son tour 12 nouveaux secrétaires, et ainsi de suite ... Le titre d'Ancien Secrétaire de la Conférence du Stage du barreau de Paris est un titre prestigieux. Les bâtonniers et les membres du Conseil de l'Ordre sont souvent d'anciens secrétaires de la conférence.

Il existe des dérogations : pour les assistants, les docteurs en droit, les juristes d'entreprise ayant 8 ans d'ancienneté, les avocats étrangers ... Ils peuvent s'inscrire au barreau après un contrôle des connaissances.

### 2) L'organisation des barreaux

Les avocats établis auprès d'un TGI constituent un ordre. On dit aussi qu'ils forment un barreau. Chaque ordre est administré par un conseil de l'ordre, dont les membres sont élus par les avocats et qui est présidé par le Bâtonnier (parce que, autrefois, le chef des avocats portait le **bâton de Saint Nicolas** dans les processions). Il y a autant de barreaux que de TGI. Au plan national, il existe le Conseil national des Barreaux (C.N.B.) qui est compétent en matière de formation et de règlement intérieur.

### 3) Les attributions de l'avocat

Il faut distinguer trois activités : *la consultation* (a), *la représentation* (b) et *la plaidoirie* (c).

#### a) La consultation

Consultation sur un acte, sur une situation ...

### b) La représentation

L'avocat peut représenter son client devant les administrations. Il peut représenter son client devant toutes les juridictions de première instance.

Devant le TGI, il a même un monopole : la représentation par avocat *est obligatoire* : c'est un avocat qui doit faire *les actes de la procédure (écrite !)* devant le TGI : *se constituer, conclure* ; c'est ce que l'on appelle « la postulation ».

La postulation est territoriale : c'est ce que l'on appelle la règle de la territorialité de la postulation, c'est-à-dire que l'avocat ne peut *représenter* son client que devant *le TGI auprès duquel il est établi* : par exemple, un avocat du barreau de Paris ne peut pas postuler (c'est-à-dire faire des actes de procédure) devant le TGI de Marseille ; il peut *plaider* à Marseille, mais *la procédure* devra être faite par un avocat postulant de Marseille (un « correspondant »).

Il existe *une exception pour Paris et sa périphérie*, c'est-à-dire pour l'ancien tribunal civil de la Seine : un avocat de Paris peut postuler à Paris, mais également à Nanterre, Bobigny et Créteil (et inversement), sauf en matière de saisie immobilière et de partage, et à condition qu'il assure à la fois la postulation et la plaidoirie. C'est ce que l'on appelle la multipostulation.

Le système de la postulation est *un héritage* du passé : autrefois, c'étaient *les avoués* de première instance qui postulaient devant les TGI : ils ont été *supprimés* avec la réforme de 1971-72, ils sont devenus avocats : depuis, les avocats assurent la postulation devant le TGI.

### c) La plaidoirie

L'avocat peut plaider (en robe) devant toutes les juridictions françaises (excepté devant la Cour de cassation), sans aucune limitation territoriale.

On désigne souvent les fonctions de consultation et de plaidoirie sous l'expression d'*assistance*, par opposition à la fonction de *postulation*.

### 4) La rémunération de l'avocat

Il faut distinguer *la postulation* (a) et *l'assistance* (b).

#### a) Pour son activité de postulation

L'avocat a droit à l'application d'*un tarif*, proportionnel et progressif ; il s'agit de l'ancien tarif des avoués de 1960, revalorisé de 20% ... La majeure part concerne les émoluments, outre des remboursements de frais, papeterie etc... Le terme d'émolument vient du latin « *emolere* » signifiant « moudre » et désignant le paiement au meunier de la moulure.

#### b) Pour son activité d'assistance

L'avocat a droit à des honoraires, *librement convenus* avec son client, versés en général par fractions sous forme de *provisions*. Le terme d'honoraire vient du fait que la rémunération de l'avocat était autrefois liée à l' **honorabilité** de l'avocat. Les honoraires ne peuvent pas être uniquement convenus en fonction du *résultat obtenu* : il doit y avoir un *élément extérieur*, même si cet élément est minoritaire ; par exemple, 10% du résultat obtenu et 300 € de fixe. Le « **pacte de quota litis** » (détermination des honoraires en fonction seulement du résultat obtenu) est interdit par la loi.

Devant le TGI, où s'applique la postulation, l'avocat a donc droit à la fois à des émoluments et à des honoraires.

Le recouvrement des honoraires en justice était autrefois interdit. On disait que l'honoraire constituait, dans une conception chimérique de la profession d'avocat, **le tribut de la reconnaissance spontanée du client**. Aujourd'hui, une procédure est prévue avec d'abord un *arbitrage du Bâtonnier*, puis un *recours devant le 1<sup>er</sup> Président de la cour d'appel*. A défaut d'une convention d'honoraires entre l'avocat et son client, les honoraires seront fixés *selon les usages*, c'est-à-dire en fonction de la situation de *fortune* du client, de la *difficulté* de l'affaire, des *frais* exposés par l'avocat, de sa *notoriété* et de ses *diligences*. En présence d'une convention d'honoraires, la cour de cassation s'est reconnu le pouvoir d'en contrôler les éléments.

Certains barreaux ont publié *des barèmes d'honoraires*, mais le Conseil de la Concurrence les a *annulés* ...

En conclusion, la *physionomie* de cette profession a été profondément *modifiée* avec la loi du 31 décembre 1971 (fusion entre les avoués auprès du TGI et les avocats) et la loi du 31 décembre 1990 (fusion entre les conseils juridiques et les avocats, possibilité d'être « avocat-salarié »). De nombreux avocats exercent désormais au sein de sociétés d'avocats, dont la forme la plus courante est la société civile professionnelle (SCP) : mise en commun des recettes et des moyens (locaux, bibliothèque, informatique, secrétaire ...).

## B) Les officiers ministériels

Les officiers ministériels sont titulaires d'une charge. Il ont un monopole. L'office comprend deux éléments : *le titre*, qui est hors commerce, et *la finance*, c'est-à-dire le droit de présentation du successeur à l'Etat.

On examine *les avoués à la cour* (1), *les avocats aux Conseils* (2) et *les huissiers de Justice* (3).

### 1) Les avoués à la cour

En juin 2004, il y avait environ 386 avoués en France, dont 75 à Paris, pour 235 études (dont 49 à Paris). Les institutions professionnelles sont les *chambres de discipline*, régionales, et la *chambre nationale*. Pour être avoué, il faut avoir la Maîtrise, suivre 2 ans d'études spécifiques :

un an avec une formation à l'Université (un DESS de Paris 1) et un an avec une formation au Palais (dans un centre de formation professionnelle d'avoués, avec un stage). A l'issue des deux années, il faut passer l'examen professionnel national d'avoué et acheter une étude (ou des parts).

Les avoués assurent *la représentation* des parties devant la cour d'appel : ils font *la postulation* (appel, constitution, conclusions). Ils ne peuvent exercer que devant leur cour d'appel (c'est la territorialité de la postulation). Ils ont *un monopole*. Leur rémunération provient de l'application *d'un tarif* : émoluments et remboursement des frais.

Les avoués à la cour *ont survécu* aux réformes de 1971 et de 1990 : en raison de *la complexité* des litiges en appel et en raison de *l'éloignement* de certains tribunaux (et donc des avocats) par rapport au siège de la cour d'appel.

## 2) Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

Ils ont pour ancêtres les avocats *aux conseils du roi*, d'où l'expression « *avocat aux Conseils* ». Ils sont 93, pour 60 offices. Leurs fonctions sont *à la fois* celles d'un *avocat* et d'un *avoué* devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Ils interviennent rarement devant les autres juridictions. Pour être avocat aux conseils, il faut la Maîtrise, le CAPA, avoir été avocat au barreau un an, suivre une formation spécifique de deux ans, et passer un examen. Il y a *une conférence du stage*.

Les avocats aux conseils forment un ordre, avec à sa tête un Président qu'ils élisent. Ils exercent tous à Paris. Ils sont rémunérés par des honoraires, librement convenus avec le client (de 2.000 € à 7.000 €), sous le contrôle de la cour de cassation. C'est une activité assez proche du travail universitaire.

## 3) Les huissiers

Au moyen-âge, il y avait *les sergents*, qui étaient chargés d'exécuter les jugements, et dans le Palais de Justice (appelé ainsi parce qu'il s'agissait à l'origine du *palais du roi*, où le roi habitait et où il rendait certains jours la justice) il y avait les *huissiers*, qui étaient chargés de garder « *l'huis* », c'est-à-dire la porte. Il y a 3.271 huissiers (*statistiques octobre 2007*). Pour être huissier, il faut la Maîtrise, puis deux ans de stage, puis passer un examen au niveau national.

A titre de monopole, ils *signifient* les actes de procédure, procèdent à *l'exécution forcée* des jugements, établissent des *P.V. de Constat*. Dans le Palais de Justice, *les Huissiers-Audienciers* signifient les *actes du Palais* (constitutions, conclusions ...). Ils sont « officiers publics », c'est-à-dire que lorsqu'ils décrivent les opérations auxquelles ils ont procédé, leurs déclarations ont un caractère *authentique* et *font foi* jusqu'à inscription de faux.

Hors monopole, ils peuvent s'occuper du *recouvrement amiable des créances*, de la *vente publique de meubles*, de *l'administration d'immeuble*, d'*assurance*. Ils peuvent *représenter* les parties devant le tribunal de commerce.



Leur compétence territoriale s'étend au ressort de leur TGI) ; ainsi à Paris, ils sont compétents dans tous les arrondissements, mais pas en dehors de Paris.

Institutions professionnelles : il y a des *chambres départementales*, des *chambres régionales*, une *chambre nationale*.

Leur rémunération est fixée par un tarif.

### C) Les autres professionnels

On peut citer :

- les Administrateurs judiciaires : 150, rémunérés par l'application d'un tarif.
- Les Mandataires-Liquidateurs : 360, rémunérés par l'application d'un tarif.
- Les Conciliateurs : 1.800. Il s'agit d'anciens magistrats, avocats, gendarmes, policiers, militaires ... qui viennent épauler les juges dans les T.I. : ils ne rendent jamais de jugement, s'efforçant simplement de concilier les parties.
- Les Experts Judiciaires : 21.000. Ce sont des *professionnels* qui figurent sur une des listes d'experts agréés par une cour d'appel ou par la cour de cassation. Leurs honoraires sont taxés par le juge à la fin de leur mission (c'est-à-dire lorsqu'ils ont déposé leur rapport d'expertise).
- Les Assistants de Justice : ce sont des étudiants qui aident les juges à préparer les jugements. Ils font acte de candidature après la Maîtrise auprès du 1<sup>er</sup> Président de la cour d'appel. Leur rémunération est d'environ 610 € par mois pendant 10 mois (travail à mi-temps).

En conclusion, on peut relever la tendance à *l'exercice en groupe* de ces professions : SCP, SCM, peut-être demain sociétés interprofessionnelles groupant avocats, avoué, notaire, huissier ... ?

## II° PARTIE : LE DEROULEMENT DU PROCES

On étudiera *l'instance* (titre I), *le jugement* (titre II) *les voies de recours* (titre III) et *les frais du procès* (titre IV).

### TITRE I L'INSTANCE JUSQU'AU JUGEMENT

On étudiera *la notion d'instance* (chap. 1), *la procédure ordinaire contradictoire* (chap. 2), *les incidents de l'instance* (chap. 3), *la procédure par défaut* (chap. 4) et *les procédures particulières* (chap. 5).

#### Chapitre 1 La notion d'instance

L'instance évoque *une idée d'attente* (cf. une lettre « en instance » ...) : on attend le jugement !  
L'instance est *une série d'actes de procédure* allant de la demande introductive d'instance ou de la saisine du tribunal (le point de départ de l'instance est l'objet d'une controverse ... ) jusqu'au jugement (le jugement mettant fin à l'instance).

Ce qui caractérise l'instance, c'est qu'elle implique l'existence, entre les parties, d'un lien juridique de nature originale, qu'on appelle précisément **le lien juridique d'instance**. Il s'agit du lien qui s'établit entre deux parties et dont la finalité est d'obtenir un jugement mettant fin au litige.

L'instance se compose de *trois éléments constitutifs* (A) et présente *deux caractères* (B).

#### SECTION I LES TROIS ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'INSTANCE

Il s'agit des *parties* à l'instance (§ 1), de *l'objet* de la demande (§ 2) et de *la cause* de la demande (§ 3). Ces trois éléments, *parties, objet et cause*, délimitent l'étendue de la chose jugée. Pour qu'une instance soit *nouvelle* et échappe à l'autorité de la chose jugée, il faut qu'elle *diffère* de la précédente par *l'un* de ces trois éléments (art. 1351 c. civ.).

## § 1 Les parties à l'instance

Il y en a *au moins deux* (A), il peut y en avoir *plus* (B), les parties peuvent se faire *représenter* (C). *L'autorité de la chose jugée* suppose une identité des parties (D).

### A) Il y a au moins deux parties

Il y a d'un côté celui qui prend l'initiative du procès, le demandeur et de l'autre côté son adversaire, le défendeur.

Un adage dit que **au cours du procès, les parties ne peuvent pas être changées, ni les qualités en lesquelles elles plaident.**

Par exemple, si un fournisseur demande des dommages-intérêts à une SARL, représentée par son gérant, il ne peut pas demander en cours de procès des dommages-intérêts *directement contre le gérant lui-même* : parce que le gérant n'est pas lui-même une partie à l'instance, il ne fait que représenter une partie, la SARL.

De même, si une action en responsabilité est intentée par un plaideur à l'encontre d'une société en L.J. représentée par son liquidateur *ès-qualités*, ce plaideur ne peut pas, au cours du même procès, faire par conclusions une demande en responsabilité civile à l'encontre du liquidateur pris en son nom personnel : il devra soit intenter contre lui une action distincte par voie d'assignation, soit -s'il existe un lien de connexité suffisant- le mettre en cause (intervention forcée) par voie d'assignation (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 avril 2004 : D. 2004, p. 1 644), solution fondée sur l'article 4 NCPC).

### B) Il peut y avoir plus de deux parties

Il peut y avoir *plusieurs demandeurs* ou *plusieurs défendeurs* (par exemple, en matière de désordres immobiliers). Lorsqu'ils ont des intérêts liés (par exemple, des héritiers), on les appelle volontiers les litisconsorts.

Chaque litisconsort garde la liberté de diriger sa procédure comme il l'entend, sans être lié par les initiatives procédurales des autres litisconsorts. Les actes de procédure accomplis par chaque litisconsort ne profitent qu'à leur auteur et ne peuvent être opposés qu'à ceux à qui ils ont été notifiés : c'est ce que l'on appelle **le principe de l'indépendance respective des litisconsorts**, ou encore **le principe de la divisibilité de l'instance** (= « *chacun pour soi* »).

Par exemple, si dans un procès où cinq codébiteurs solidaires sont défendeurs, l'un d'entre eux soulève que la procédure est nulle, les autres défendeurs pourront être valablement condamnés par le tribunal s'ils ne reprennent pas à leur tour cet argument à leur compte.

De même si, dans un procès intentée par un syndicat de copropriétaires contre les constructeurs de l'immeuble, l'un des constructeurs soulève le défaut d'autorisation à agir du syndic par l'assemblée des copropriétaires (= défaut de pouvoir du représentant d'une personne morale,

c'est-à-dire nullité pour vice de fond de l'assignation), et que cet argument n'est pas repris dans les conclusions des autres parties défenderesses, la nullité de l'assignation (et l'irrecevabilité corrélative de la demande) ne sera prononcée qu'à l'égard de la seule partie qui l'aura invoquée (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 juill. 2000 : AJDI 2001, p. 437 ; JCP 2000, IV, n° 2 498).

La même solution vaut pour l'exercice des voies de recours : si un codébiteur solidaire, condamné en première instance, néglige de faire appel des dispositions d'un jugement, celui-ci a force de chose jugée contre lui, même s'il est réformé sur appel de son codébiteur (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 nov. 1998 : JCP 1999, IV, n° 1 053).

Ce principe connaît *des dérogations* lorsque l'objet du litige est *indivisible* : il y a indivisibilité en matière de *partage*, de *procédure collective*, d'assurance entre l'assureur et l'assuré, et de divorce entre la demande principale et la demande reconventionnelle (la règle est alors : « **un pour tous** »).

Une autre dérogation existe en cas d'*acte de procédure injustifié ou nul fait par un auxiliaire de justice* : l'avocat ou l'huissier peut être personnellement condamné par le juge aux dépens même en l'absence de toute demande des parties à son encontre, en application des art. 687 et 698 NCPC (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 mai 2003 : D. 2003, p. 1 604 : espèce dans laquelle l'avocat du saisi avait fait appel dans le seul dessein de gagner du temps, de créer des obstacles, purement artificiels, à la procédure de saisie immobilière ; au moment de statuer sur les dépens, le juge les a mis d'office à la charge de cet avocat).

### C) Les parties peuvent se faire représenter en justice

La représentation s'effectuera en vertu d'un *pouvoir légal* (le père ou la mère représente son enfant mineur), d'un *pouvoir judiciaire* (l'Administrateur Judiciaire désigné par le tribunal en matière de R.J.) ou d'un *pouvoir conventionnel* au sens large : ce pouvoir peut résulter des *statuts* (d'une société, d'une association) ou d'un *mandat*. S'il s'agit d'un mandat, on applique l'adage « **nul ne plaide par procureur** », c'est-à-dire que la désignation du *représenté* doit figurer dans les actes de procédure (au moins au début de la procédure, dans le premier acte).

A propos de la représentation, on relève les précisions suivantes apportées par la jurisprudence :

#### Mandat :

Un locataire avait assigné devant le JEX non pas la bailleresse elle-même, mais l'administrateur de biens en sa qualité de mandataire de la bailleresse. Puis l'administrateur de biens avait interjeté appel du jugement rendu, mais ni la déclaration d'appel ni les conclusions ne précisait que l'administrateur agissait comme mandataire de la bailleresse ; aussi le preneur avait-il soutenu que l'appel était irrecevable. La Cour de cassation juge que a violé le principe selon lequel « nul en France ne plaide par procureur » la cour d'appel qui a déclaré valable l'appel de l'administrateur de biens (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 mars 2003 : Gaz. Pal. 2003, 2, p. 3135).  
Conclusion : quand on agit pour autrui, il faut le signaler.

### Curatelle :

Le majeur placé sous un régime de curatelle ne perd pas sa capacité civile, il peut défendre à une action relative à ses droits patrimoniaux et « il n'est pas représenté » par son curateur qui n'a pour mission que de « l'assister ». Par suite, l'appel interjeté à l'encontre du seul curateur est irrecevable, la déclaration faite à l'encontre de celui-ci n'ayant d'autre effet que de satisfaire aux exigences de l'art. 510-2 c. civ. et ne pouvant donc suppléer à l'absence d'acte d'appel déclaré contre la personne protégée (Paris 30 sept. 1999 : D. 1999, inf. rap. p. 244). On retiendra qu'en cas de curatelle, les actes de procédure doivent être faits à la requête ou contre le majeur en curatelle et le curateur, afin d'éviter toute difficulté.

### Simple mention de la fonction :

On a vu (supra, les mentions des actes de procédure) qu'il est d'usage et qu'il est recommandé de faire les actes de procédure « *à la requête de la société SARL AUXIM, représentée par ses représentants légaux* », afin d'éviter tout problème, même si cette formule peut paraître vague et redondante.

Il est pourtant assez fréquent que des actes de procédure soient faits « *à la requête de Monsieur MALCOM, représentant (ou gérant, président etc. ... de) la société SARL AUXIM* ». Cette formule est ambiguë et les juges ne l'aiment guère car dans le procès le demandeur c'est la société SARL AUXIM et non Monsieur MALCOM. Quelle est alors la valeur de cet acte ? A-t-il été fait à la requête de la société SARL AUXIM (représentée par M. MALCOM, son gérant) ou bien a-t-il été fait à la requête de Monsieur MALCOM à titre personnel (même si sa fonction a été mentionnée) ? Parfois, les tribunaux se reportent au contexte de l'affaire pour en déduire que vraisemblablement l'acte a en réalité été fait au nom de la société ou au nom de son représentant ; mais parfois aussi les tribunaux préfèrent décider directement, en l'absence d'indication que le plaideur agissait *ès-qualités* de représentant de la personne morale, que ce plaideur n'a pu agir que pour lui-même à titre personnel (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 juill. 2003 : D. 2003, inf. rap., p. 2 337, espèce dans laquelle l'appel avait été fait « *Monsieur X ..., P-DG de la SA L ...* : selon la Cour de cassation, il ne pouvait en être déduit que l'appelant agissait en qualité de représentant de la société). Un moindre mal serait de faire l'acte de procédure « *à la requête de Monsieur MALCOM en tant que représentant (ou gérant, président etc. ...de) la société SARL AUXIM* ».

### Sociétés :

L'organe représentant légalement une SA est son Président, ou le Président du Directoire, ou le Directeur Général.

L'organe représentant légalement une SARL est son gérant.

L'organe représentant légalement une société en commandite est son gérant.

L'organe représentant légalement une SNC est son gérant.

L'organe représentant légalement une société CIVILE est son gérant.

L'organe représentant légalement un GIE est son administrateur.

*Cf. Sébastien Manciaux, La représentation en justice des personnes morales de droit privé, Rev. gén. des procédures 1999, n°2, p. 153).*

Il faut y ajouter que les organes représentant légalement une personne morale peuvent déléguer leur pouvoir de représentation à une autre personne. Ainsi, le collège des présidents de la Caisse régionale des congés payés du bâtiment et des travaux publics a pu donner valablement délégation du pouvoir de représenter en justice la caisse au directeur (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 juill. 2000 : Gaz. Pal. 2000, 2, somm. p. 2 022), solution intervenue pour une association mais pouvant être transposée en matière de société.

#### Sociétés en liquidation judiciaire :

On sait que le jugement de liquidation judiciaire entraîne dissolution immédiate de la société et met fin aux pouvoirs de son dirigeant. Cette situation rend extrêmement délicate la question de savoir qui va pouvoir intenter les actions au nom de la société en L.J. (par exemple, faire appel du jugement ordonnant la liquidation judiciaire !) : le liquidateur judiciaire ? le liquidateur amiable (selon ce que prévoient les statuts, ou bien un mandataire ad hoc désigné par le Président du Tribunal sur requête de tout intéressé) ? l'ancien dirigeant ? Dans le doute, on conseille que les actes soient au moins faits à la requête du liquidateur judiciaire (qui agit traditionnellement en faisant mentionner dans les actes de procédure : « à la requête de Me MAGNAN, ès-qualités de liquidateur judiciaire de la société SARL AUXIM ») et de l'ancien dirigeant.

En l'état, la question reste nébuleuse. On peut signaler que la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont jugé que l'ancien dirigeant n'a plus le pouvoir de faire appel au nom de la société en L.J. (Paris, 7 mars 2003 : D. 2003, p. 1 038 ; solution reprise par la Cour de cassation, chambre commerciale, le 19 février 2002 : pourvoi n°99-12 099), tandis qu'un autre arrêt de la Cour de cassation a jugé que la signification du jugement de liquidation judiciaire peut valablement être faite à l'ancien dirigeant, qui demeure une personne « habilitée » à recevoir cette signification (Cass. com. 30 juin 2004 : D. 2004, p. 2 429, note Derrida, Julien et Renucci). Naturellement, il y a quelque contradiction à dénier à l'ancien dirigeant de la société en liquidation pouvoir pour exercer un recours au nom de la société, tout en admettant qu'il a pouvoir pour recevoir signification d'un arrêt d'appel confirmant le jugement liquidatif.

#### Associations :

Aucun texte ne traite de la représentation des associations en justice. La loi de 1901 n'en parle pas.

C'est donc aux statuts qu'il appartient de désigner la personne ou l'organe habilité à remplir cette mission.

En l'absence d'indication dans les statuts d'une association, qui doit représenter celle-ci en justice ?

Est-ce le Président ? Pendant longtemps, cela a été admis tacitement. Mais depuis quelques années, la jurisprudence n'est plus de cet avis. Elle rappelle que la loi de 1901 ne fait pas du président de l'association le représentant de celle-ci dans ses rapports avec les tiers et elle ne l'autorise pas à l'engager seul vis-à-vis des tiers, ce que prévoit au contraire la loi du 24 juillet 1966.

A défaut donc de disposition dans les statuts de l'association, il appartient aux organes de l'association (assemblée générale, par exemple) de conférer à un dirigeant un mandat exprès d'agir en justice (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 nov. 2002 : D. 2003, p. 21, concl. Jerry Sainte Rose), faute de quoi l'acte de procédure sera nul. En outre, il faudra veiller à ce que les statuts n'imposent pas en outre, ce qui arrive parfois, la consultation préalable du bureau de l'association pour avis ...

#### D) Identité des parties et autorité de la chose jugée

On a coutume de parler de « *l'effet relatif de la chose jugée* » et de dire qu'un jugement ne peut pas avoir d'effets vis-à-vis de ceux qui n'y ont pas été partie.

Mais la doctrine italienne, en 1962, relayée depuis par quelques auteurs français, a montré que, tout comme les contrats qui n'ont d'effets qu'entre les parties mais sont néanmoins opposables aux tiers et par les tiers, les jugements, s'ils n'ont d'effets qu'entre les parties (et notamment autorité de la chose jugée), sont néanmoins opposables aux tiers et par les tiers : la situation juridique consacrée par le jugement est un fait que personne ne peut nier, les tiers qui en souffriraient ayant d'ailleurs à leur disposition la possibilité de faire tierce-opposition. Cette doctrine vient de recevoir la consécration d'un arrêt de la Cour de cassation : Cass. com., 23 janvier 2007 : RTDCiv. 2007, p. 383, et les obs. de M. Prerrot.

#### § 2 L'objet de la demande

C'est l'ensemble des mesures que l'on demande au juge d'ordonner : paiement d'une créance, dommages-intérêts, annulation d'un contrat etc. ... Le plus souvent, *chaque partie* fait des demandes : aussi l'**art. 4 NCPC** énonce-t-il que « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* ».

En pratique, les demandes sont reprises *dans le dispositif* de l'assignation et des conclusions.

Après une décision (jugement, arrêt) définitive, il est encore possible de recommencer un nouveau procès si son objet est différent. Ainsi, une action en bornage n'a pas le même objet qu'une action en revendication de propriété : l'objet des deux instances n'étant pas identique, il n'y a pas autorité de la chose jugée et l'action en revendication de la propriété intentée après une action en bornage est recevable.

En revanche, si la nouvelle instance a un objet identique à celui de l'instance initiale, elle se heurte alors à l'autorité de la chose jugée : la nouvelle demande sera irrecevable s'il y a mêmes parties, même objet et même cause (art. 1351 c. civ.).

### § 3 La cause de la demande

C'est une notion aussi incertaine en procédure civile qu'en droit des obligations. On dit en général que la cause c'est le fondement juridique de la demande. Mais en quoi consiste ce fondement ? Sont-ce les faits ? Est-ce le droit ? La question est importante *au regard de l'autorité de la chose jugée*.

La position de la Cour de cassation a longtemps été confuse. On examinera les deux questions principales : peut-on faire un nouveau procès en invoquant seulement un nouveau moyen ? (A) ; peut-on faire un nouveau procès en invoquant seulement une nouvelle preuve ? (B) ; peut-on faire un nouveau procès en invoquant seulement un nouveau fait ? (C).

#### A) Nouveau procès et nouveau moyen

Si un plaideur perd son procès en ayant invoqué un mauvais texte de loi et que le jugement est définitif, peut-il intenter *une nouvelle action en invoquant un autre texte de loi (c'est-à-dire un autre fondement juridique)* ? Y a-t-il autorité de la chose jugée sur la cause, c'est-à-dire *sur les faits* ? Les mêmes faits, pris sous un autre angle, peuvent-ils être à nouveau jugés ?

La jurisprudence permettait, en matière de responsabilité civile, à la victime déboutée de son action sur le fondement de l'**art. 1382**, d'intenter une nouvelle action sur le fondement de l'**art. 1384 al. 1**.

De même, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait permis, en matière de contrat de vente, au demandeur débouté de son action en nullité du contrat **pour vice du consentement**, d'intenter une nouvelle action sur le fondement de la nullité **pour défaut de prix réel et sérieux** (Cass. ass. plén., 3 juin 1994 : JCP 1994, II, 22.309, note X. Lagarde). Mais cette position n'avait pas été suivie par diverses chambres.

Opérant un revirement de jurisprudence, un nouvel arrêt rendu le 7 juillet 2006 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (JCP 2006, p. 1434 ; Gaz. Pal. 2006, 2, p. 2 515) a jugé qu'il incombe au demandeur de présenter dès la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci. A défaut, le seul changement de fondement juridique dans une nouvelle procédure (par exemple, la référence à un texte de loi non invoqué dans la première procédure) ne suffit pas pour constituer une nouvelle cause : il y a en ce cas autorité de la chose jugée de la première procédure sur la seconde, le plaideur ne pouvant s'en prendre qu'à lui-même de ne pas avoir invoqué le bon fondement juridique dès la première procédure. En l'espèce, un plaideur avait d'abord invoqué **le droit à un salaire différé**, puis ayant perdu, avait invoqué ensuite dans un deuxième procès **l'enrichissement sans cause** : sa seconde demande a été jugée irrecevable comme se heurtant à l'autorité de la chose jugée. La



Cour de cassation s'est déterminée en considération des solutions données par les grands systèmes de droit étranger.

Comme le dit une décision récente : « *Il incombe aux parties de présenter dès l'instance initiale l'ensemble des moyens qu'elles estiment de nature, soit à fonder la demande, soit à justifier son rejet total ou partiel* » (Cass. com. 20 fév. 2007 : JCP 2007, IV, n°1634). C'est ce que l'on a appelé « **le principe de concentration** » : le plaideur doit concentrer tous ses moyens dès l'instance initiale, on ne lui donne pas de deuxième chance. Egalement en ce sens : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 janv. 2007 (pourvoi n°05-21571).

→ *La cause, ce sont alors les faits : ils ont été jugés une fois pour toutes ! une deuxième procédure n'est pas recevable sur les mêmes faits (déjà jugés).*

B) Si un plaideur perd son procès en ayant fait valoir des moyens de preuve insuffisants, et que le jugement est définitif, *il ne peut plus intenter une nouvelle action en faisant valoir de nouveaux moyens de preuve (un nouveau témoignage, une nouvelle lettre etc...)*. Il y a autorité de la chose jugée sur la cause, c'est-à-dire sur les faits : les faits ne peuvent plus être à nouveau jugés (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 25 nov. 1992 : JCP 1993, IV, n°304). C'est la condamnation de la pratique ancienne des « jugements en l'état » (où le demandeur était provisoirement débouté, pour preuves insuffisantes).

Exemples :

\* Ainsi, *fût-il rendu en l'état des justifications produites, le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal a l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche* (Cass. com., 8 mars 1994 : D. 1995, somm. comm. p. 108).

\* De même, *la mention « en l'état » est sans portée dans une décision statuant au fond. Dès lors, c'est à bon droit que l'arrêt retient qu'une décision devenue définitive ayant déjà été rendue, le demandeur ne pouvait introduire une nouvelle instance ayant le même objet* (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 déc. 1998 : JCP 1999, II, 10 073, note du Rusquec, dans une espèce où la Banque française du commerce extérieur avait assigné M. Couvreur en paiement du solde de divers comptes, où le tribunal l'avait déboutée « en l'état », après avoir analysé les éléments de preuve produits, et où la banque avait à nouveau assigné M. Couvreur : c'est à bon droit qu'une décision devenue définitive ayant déjà été rendue, la banque ne pouvait introduire une nouvelle instance ayant le même objet ; il y avait autorité de la chose jugée).

\* De même encore, un copropriétaire perd définitivement un premier procès en annulation d'une assemblée générale faite pour lui d'avoir produit le P.V. ; il introduit une seconde instance et renouvelle sa demande aux mêmes fins en produisant cette fois le P.V. de l'assemblée. La cour de Paris rejette sa demande, pour se heurter à l'autorité de la chose jugée lors du premier procès (Paris, 22 nov. 2001 : Juris-Data n°159811). Solution confirmée par Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 fév. 2007 : JCP 2007, IV, n°1633.

\* Ou encore, le bailleur qui a été débouté de sa demande en paiement de loyers par une décision rendue « en l'état » ne peut agir de nouveau pour en demander le paiement (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 mai 2007 : ADJI 2007, p. 742, obs. Vivien Zaewski).

→ *La cause, ce sont alors les faits : ils ont été jugés une fois pour toute ! une deuxième procédure n'est pas recevable sur les mêmes faits (déjà jugés).*

Sur ce point, voir l'étude de M. Georges Bolard : Les jugements « en l'état », JCP 1997, I, 4003).

C) Si un plaideur perd son procès en ayant fait valoir certains faits, et que le jugement est définitif, *il peut intenter une nouvelle action en faisant valoir des faits nouveaux ou des actes nouveaux survenus depuis le premier jugement*. La Cour de cassation considère en effet que l'autorité de la chose jugée ne peut pas être opposée lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice.

\* Exemple : ainsi à propos de la survenance d'une décision d'un juge administratif annulant l'arrêté préfectoral ayant approuvé l'occupation des sols, postérieurement à un arrêt d'une cour d'appel : ce fait nouveau (l'annulation du POS) rend recevable une deuxième instance (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 25 avril 2007 : AJDI 2007, p. 590).

→ *La cause, ce sont toujours les faits : en cas de nouveau fait, la cause est différente et une nouvelle instance est possible.*

x  
x                    x

On peut en conclure que, au regard de ces trois points (nouveaux textes de loi, nouvelles preuves, nouveaux faits), la cause ce sont *les faits* : une fois que les faits ont été définitivement jugés dans un premier procès, il n'est plus possible de revenir dessus dans un second procès. Mais si les faits sont nouveaux, un nouveau procès devient possible.

## SECTION II LES CARACTERES DE L'INSTANCE

L'instance présente *deux* caractères : un caractère *bicéphale* (1) et un caractère *contradictoire* (2). Les textes qui définissent ces caractères figurent dans le **1<sup>er</sup> chapitre du NCPC** sous l'intitulé : « **les principes directeurs du procès** » (3). Ils sont inspirés des travaux de **Motulsky** et on assuré un grand rayonnement au NCPC.

### § 1 Le caractère bicéphale de l'instance

Les pouvoirs du juge ont été plusieurs fois *renforcés* : en 1935, en 1965 et avec les réformes qui ont abouti au NCPC de 1975. La procédure civile *s'est rapprochée du système inquisitoire* (b), mais les parties conservent des pouvoirs importants (a)

#### A) Les prérogatives des parties

1°) Seules les parties introduisent l'instance (art. 1) : le juge ne peut pas *se saisir d'office*, sauf quelques exceptions (tutelle, assistance éducative, R.J. ...).

2°) L'objet du litige est déterminé par les prétentions des parties (art. 4), c'est-à-dire par la demande introductive d'instance et par les conclusions en défense. Il ne peut pas être modifié arbitrairement *par les parties* : c'est ce que l'on appelle la règle de **l'immutabilité du litige** (une demande additionnelle n'est recevable qu'à certaines conditions). La règle de l'immutabilité du litige s'impose aussi *au juge* : il ne peut statuer *ni infra ni ultra petita* (art. 5 : le juge ne doit se prononcer *que sur ce qui est demandé* : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 fév. 2004 : Bull. I, n° 37).

3°) Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent (art.2).

4°) Elles ont la charge d'alléguer et de prouver les faits propres à fonder leurs prétentions (art. 6 et 9), mais les preuves ne doivent pas être obtenues par un procédé déloyal (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 oct. 2004, pour un enregistrement clandestin d'une conversation téléphonique).

On rencontre ici le problème du « fait constant » : suffit-il qu'un fait ne soit pas contesté pour que le juge doive le tenir pour « constant » ? **La théorie du fait constant**, née de la pratique des juridictions civiles, postule que le fait affirmé par une partie et non contesté par l'autre n'a pas à être prouvé. La Cour de cassation vient de réfuter cette théorie en jugeant, au contraire que « **le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul reconnaissance de ce fait** » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 mai 2007 : D. 2007, p. 1667). Il s'agissait d'un procès en divorce dans lequel la femme avait déclaré dans ses conclusions, sans justificatifs mais sans être contredite par son mari, que son mari vivait avec une autre femme, partageant ainsi avec elle les charges de la vie quotidienne, qu'il possède deux chevaux de prix (12.195 euros), et qu'il s'apprête à acquérir un bateau de 14 mètres au prix de 305.000 euros sur lequel il aurait versé 45.700 euros d'arrhes

5°) Les parties peuvent mettre fin à l'instance avant qu'elle ne s'éteigne par le jugement (art. 1<sup>er</sup>, in fine).

Ces règles, qui marquent *l'emprise des parties sur le procès*, sont présentées comme des applications de ce que l'on appelle « **le principe dispositif** » (= les parties disposent du procès comme de leur propre chose ...), caractéristique du *système accusatoire*.

#### B) Les pouvoirs du juge

1°) Le juge veille au bon déroulement de l'instance. Il peut *impartir des délais* (**art. 3**). Il peut ordonner *d'office des mesures d'instruction*.

2°) Le juge a l'obligation de ne prendre en considération que les faits qui ont été mis dans le débat par les parties, mais il peut retenir ceux que les parties n'auraient pas spécialement invoqués dans leurs prétentions (par exemple, la fin d'une lettre versée aux débats, alors que les parties ne se réfèrent qu'au début de la lettre) : **art.7**.

3°) Le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et aux actes litigieux, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée (**art. 12, al. 2**).

a) Le juge peut requalifier les faits et les actes : par exemple, le juge doit dire qu'il s'agit d'*un cautionnement*, et non d'*une garantie à première demande*. De même, il peut requalifier un CDD en CDI. C'est le pouvoir « de requalification » du juge.

b) Mais le juge peut-il aller plus loin et requalifier « la demande en justice » ?

Il ne s'agit plus ici de requalifier seulement les faits ou les actes, mais d'aller plus loin en requalifiant l'objet des prétentions, c'est-à-dire en changeant la dénomination de la demande en justice.

Est-ce possible ? L'article 12 ne le dit pas véritablement, mais la jurisprudence le permet, ce qui est la source d'une confusion sans fin avec l'hypothèse voisine du relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Ainsi, le juge **PEUT** substituer au fondement d'une action en nullité pour vice du consentement celui de l'action en garantie des vices cachés (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 nov. 2004 : n°03-14958, dans une espèce où le vendeur d'un terrain avait dissimulé l'existence en sous-sol d'anciennes carrières de gypse : l'acquéreur avait fondé son action en annulation de la vente sur l'erreur et le dol ; le juge a pu requalifier la demande en la fondant sur les vices cachés.

Mais peut-on aller encore plus loin et dire que non seulement le juge PEUT requalifier la demande mais qu'il DOIT le faire ? La requalification est-elle une simple faculté pour le juge, ou bien s'agit-il d'une véritable obligation ?

La jurisprudence des diverses chambres de la Cour de cassation est hésitante et délicate à synthétiser. On peut citer quatre exemples récents dans lesquels la Cour de cassation a jugé que le juge **DOIT** requalifier d'office la demande :

➤ *premier exemple :*

Le juge DOIT requalifier une action en nullité de la vente d'un véhicule automobile d'occasion pour erreur sur les qualités substantielles d'un véhicule vendu en une demande en garantie des vices cachés, parce qu'il résultait des actes de procédure que l'acheteur avait invoqué dans son assignation des défauts rendant le véhicule impropre à la circulation (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 juill. 2001 : JCP 2002, II, 10 143 ; D. 2002, p. 1 002, note Philippe Brun).

➤ *deuxième exemple :*

De même, le juge DOIT requalifier une action en nullité d'une vente en action en manquement à l'obligation de délivrance (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 janv. 2006 : D. 2006, p. 397).

➤ *troisième exemple :*

De même, le juge DOIT requalifier une demande d'annulation d'une transaction pour dol ou violence économique en demande d'annulation de la transaction pour défaut de concessions réciproques (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juill. 2003 : JCP 2003, II, 10 171).

➤ *quatrième exemple :*

De même, le juge DOIT requalifier une demande de contestation de paternité légitime en demande de contestation de paternité naturelle : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 mars 2006 : JCP 2006, IV, n°1 958).

➤ *contre-exemples :*

Un arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 30 janvier 2007 (pourvoi n°05-20887) a toutefois statué dans le sens contraire : « *Attendu que si l'article 12 NCPC permet au juge ... de changer la dénomination ou le fondement juridique de la demande, il ne lui en fait pas obligation* ».

Même solution pour un arrêt de la 3<sup>ème</sup> chambre civile du 8 novembre 2006 (pourvoi n°05-17379) : si le demandeur a invoqué un vice caché, il ne peut être reproché au juge de ne pas avoir recherché s'il ne s'agissait pas d'un défaut de conformité.

La question est donc controversée et la solution est incertaine.

4°) Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. - Selon l'article 12, al. 1 NCPC, le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

a) Le juge doit statuer en droit et non en équité. Ainsi, a violé l'art. 12 al. 1 NCPC le tribunal qui, pour condamner des époux à payer à leur voisin la moitié du coût des travaux de raccordement de leur maison individuelle au réseau E.D.F., a retenu qu'il était inéquitable que les intéressés tirent profit du fait que leur voisin ait financé les travaux destinés à recevoir les lignes électriques communes en statuant ainsi sans se fonder sur une règle de droit (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 22 mars 1995 : Gaz. Pal. 1995, 2, somm. p. 231).

b) Le juge est censé connaître le droit : « *jura novit curia* ». Ainsi, il incombe au juge français qui reconnaît applicable une loi étrangère d'en rechercher le contenu, soit d'office soit à la demande d'une partie. En conséquence, doit être cassé l'arrêt qui, tout en retenant que la loi australienne était applicable, écarte cette loi au motif que le demandeur n'a pas justifié de son

contenu en ne produisant pas les clauses figurant au verso des textes (Cass. com. 28 juin 2005 : JCP 2005, IV, p. 1 592 n° 2 903). Selon **l'article 13 NCPC**, le juge peut d'ailleurs inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige.

Corrélativement, le juge qui doit statuer en droit, doit motiver sa décision. C'est son devoir essentiel.

c) Le juge peut-il ou doit-il relever d'office le texte applicable ?

Cette problématique est très proche de la précédente : si une partie a invoqué un mauvais fondement juridique, c'est sans doute qu'elle a mal qualifié les faits ou les actes et qu'il y a lieu d'appliquer un autre texte de loi. En pratique, requalification et relevé d'office d'un moyen de droit vont souvent de pair.

La réponse devrait donc, logiquement, être la même que dans l'hypothèse précédente de la requalification : obligation pour le juge. Pourtant la jurisprudence reste très hésitante sur cette question (Guinchard et Ferrand parlent d'une jurisprudence « erratique »).

Il est vrai que le texte applicable, l'article 12 alinéa 3, qui donnait au juge la faculté (sans obligation) de relever les moyens de pur droit quel que soit le fondement invoqué par les parties, a été annulé par un arrêt du Conseil d'Etat du 12 octobre 1979 et n'a jamais été remplacé depuis ... En l'absence de disposition propre, il ne reste que le rapprochement des dispositions des **articles 12 al. 2 et 16 NCPC** pour donner une certaine assise légale à ce pouvoir du juge. Quel doit donc être le rôle du juge ?

Distinguons les moyens de fond et les autres moyens.

1. Pour les moyens de fond

➤ *d'une façon générale*

D'une façon générale, le juge **PEUT** relever d'office un texte de loi français qui lui paraît applicable, lorsque les parties n'y ont pas fait référence.

- c'est une FACULTE pour le juge, ce n'est pas un DEVOIR (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 avril 1997 : Gaz. Pal. 1997, 2, somm. p. 330 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 fév. 2006 : D. 2006, p. 2 201 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 sept. 2006 : D. 2006, I.R., p. 2 418), et ceci même s'il s'agit d'un texte *d'ordre public* (c'est-à-dire d'un texte auquel on ne peut pas déroger)
- mais la jurisprudence prive le juge de cette faculté en matière de nullité de protection : le juge ne peut soulever d'office la cause de nullité d'un contrat, même s'il s'agit d'une nullité d'ordre public (ainsi pour les formalités de l'offre en matière de crédit à la consommation : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 fév. 2000 : JCP 2001, II, 10 447, note Olivier Gout ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 mars 2004 : Droit et procédures 2004, n°286), une solution qui ne fait pas l'unanimité de la doctrine.

➤ *en matière de droit du travail*

Pour la Cour de cassation, le juge prud'homal **DOIT** trancher le litige conformément aux règles de droit régissant la matière même si leur application n'est pas requise par le demandeur (« *le juge se devait donc de faire application du régime d'ordre public du contrat d'apprentissage applicable en l'espèce* » (Cass. soc. 7 janv. 1998 : JCP 1998, IV, n° 1 390).

Si un salarié se prévaut d'une convention collective ou d'un accord d'entreprise sans pouvoir les produire, le juge **DOIT** en rechercher lui-même la teneur (Cass. Soc. 29 janv. 2003 : JCP 2003, II, 10 065 ; Cass. soc. 3 mai 2007 : D. 2007, p. 1423).

*Article récent : « Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection », Florence Canut : D. 2007, chr. p. 2 257.*

➤ *en matière de conflits de juridictions*

La question est controversée de savoir si le juge français **DOIT** appliquer d'office la règle de conflit de lois française qui désigne un droit étranger et s'il **DOIT** appliquer, le cas échéant, d'office la loi étrangère (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 sept. 2002 : P.A. 30 oct. 2003, p. 9).

2. Pour les autres moyens

Il s'agit du cas des exceptions de nullité et d'incompétence, et du cas des fins de non-recevoir.

➤ *un texte particulier peut préciser le rôle du juge*

L'article 120 NCPC précise que le juge **DOIT** relever d'office les **nullités pour vice de fond** quand elles ont un caractère d'ordre public (par ex., huissier territorialement incompétent, syndic de copropriété non habilité par une décision d'assemblée générale de copropriété), et que le juge **PEUT** relever d'office la nullité pour vice de fond pour défaut de capacité d'ester en justice.

L'article 92 NCPC précise les cas dans lesquels **l'incompétence PEUT** être relevée d'office par le juge du premier degré ou par le juge d'appel ou de cassation.

L'article 125 NCPC précise que le juge **DOIT** relever d'office les **fins de non-recevoir** lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public (par ex. en cas d'expiration de délai d'exercice d'une voie de recours, ou en cas d'absence d'ouverture d'une voie de recours), et que le juge **PEUT** relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité et de l'autorité de la chose jugée (mais la jurisprudence n'y assimile pas le défaut de publication de publication aux Hypothèques d'une demande d'annulation de vente d'immeuble ni la prescription).

➤ *en l'absence de texte particulier*

Le juge alors **NE PEUT PAS** relever d'office une exception ou une fin de non-recevoir autres que les précédentes. Ainsi, le juge ne peut pas relever d'office l'absence de lien suffisant d'une demande reconventionnelle avec une demande principale (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 fév. 2006 : D. 2006, p. 810), pas plus que le défaut de pouvoir de l'avocat pour le recours en matière de rétention administrative (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 sept. 2007 : JCP 2007, IV, n° 2 874). Toutefois, la question est discutée pour l'irrecevabilité (= fin de non-recevoir) des « conclusions tardives » : cf. infra.

5°) Il entre dans la mission du juge de concilier les parties (art. 21). On distingue à cet égard les tentatives préalables de conciliation (devant le JAF, le conseil des prud'hommes, le T.I. : le juge ou un tiers peut y procéder, sauf pour le JAF) et la médiation en tout état de la procédure, confiée à un tiers par le juge. La loi du 8 février 1995 et le décret du 22 juillet 1996 ont institué un système qui ne paraît guère attractif.

Les parties et le juge disposant de pouvoirs importants dans l'instance, il importe que l'instance présente un caractère contradictoire.

## § 2 Le caractère contradictoire de l'instance

Le jugement ne doit intervenir qu'après une *libre discussion* entre les parties au procès, chacune ayant pu faire valoir ses arguments et discuter ceux de son adversaire. **Le principe de la contradiction** est un vieux principe : lorsque Dieu s'apprête à chasser Adam et Eve du paradis, il leur demande auparavant de présenter leurs arguments ! Le principe de la contradiction a pour but d'assurer *une égalité de situation* entre les plaideurs : il constitue *un principe général du droit*, et même *un droit fondamental à caractère constitutionnel* (C.C., 13 août 1993 : Justices 1995, n°1, p. 201, note Molfessis).

Ce principe entraîne *trois conséquences* :

### A) Les parties doivent respecter le principe de la contradiction

Divers textes rappellent cette obligation : nul ne peut être jugé sans avoir été *entendu ou appelé* (**art. 14**) ; *délai de comparution de quinze jours* (**art. 752**) ; obligation de *communiquer en temps utile* à la partie adverse les pièces sur lesquelles la demande est fondée (**art. 15**), obligation aux parties *d'échanger leurs conclusions en temps utile* (**art. 16**).

### B) Le juge doit faire respecter le principe de la contradiction

Il doit veiller à ce que les parties remplissent bien leurs obligations. Le juge doit *écarter* du débat *des pièces* qui n'auraient pas été communiquées à la partie adverse, ou *des conclusions* qui n'auraient pas été notifiées à la partie adverse.

### C) Le juge doit observer lui-même le principe de la contradiction



On sait que le juge peut prendre en considération des faits qui sont dans le débat (= qui résultent d'une pièce communiquée par une partie) mais que les parties n'ont pas spécialement invoqués au soutien de leur prétentions. On sait aussi que le juge peut requalifier les actes ou les faits juridiques. On sait enfin que le juge peut relever d'office les moyens de droit auxquels les parties n'ont pas pensé.

Lorsqu'il entend user de ces pouvoirs, le juge doit préalablement en avertir, par oral ou par écrit.

Le juge ne doit pas seulement faire observer par les parties le principe de la contradiction. Il doit lui-même observer le principe de la contradiction.

A l'égard du juge, le principe de la contradiction n'a pas le même sens qu'entre les parties, parce que le juge n'est l'adversaire de personne. L'expression que le juge doit observer lui-même le principe de la contradiction signifie que le juge doit soumettre à la discussion des parties les initiatives qu'il prend dans l'application du droit pour trancher le litige. Or, nous l'avons vu, l'article 12 NCPC reconnaît au juge les plus larges pouvoirs pour l'application du droit. Le principe de la contradiction régit la façon dont le juge doit exercer ces pouvoirs.

Ce principe est posé par **l'article 16 NCPC** dont on retracera *l'histoire* (a) avant d'aborder le *droit positif* (b).

a) les rédactions successives de l'article 16 NCPC

Le texte qui devait devenir l'article 16 NCPC figurait déjà sous le même numéro dans le premier décret du 9 septembre 1971. Ce texte initial imposait au juge d'observer lui-même le principe de la contradiction, notamment quand il relevait d'office un moyen de droit.

Le décret du 5 décembre 1975, instituant le NCPC, allait modifier ce texte, devenu l'article 16 NCPC, en ne faisant plus obligation au juge d'observer lui-même le principe de la contradiction. La nouvelle rédaction suscita une forte réaction d'hostilité des praticiens.

Pour tenter de la calmer, le décret du 29 juillet 1976 modifia mais maladroitement l'alinéa 2 de l'article 16, qui concernait la contradiction et les parties, en laissant donc subsister le problème.

Des associations d'avocats ayant formé un recours devant le Conseil d'Etat tendant à l'annulation des articles 12 al. 3 et 16 al. 1, l'annulation de ces textes fut prononcée par l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 octobre 1979 (RNA), faisant revivre l'article 16 du décret du 7 septembre 1971 qui imposait au juge le respect de la contradiction.

Finalement, le décret du 12 mai 1981 a institué la version actuelle de l'article 16, obligeant le juge à respecter lui-même le principe de la contradiction.

b) le droit positif

On sait que le juge peut prendre en considération des faits qui sont dans le débat (= qui résultent d'une pièce communiquée par une partie) mais que les parties n'ont pas spécialement invoqués au soutien de leur prétentions. On sait aussi que le juge peut requalifier les actes ou les faits juridiques. On sait enfin que le juge peut relever d'office les moyens de droit auxquels les parties n'ont pas pensé.

Lorsqu'il entend user de ces pouvoirs, le juge doit préalablement en avertir, par oral ou par écrit, les parties et leur permettre de faire valoir leurs explications à ce sujet (**art. 16**). Par exemple, si le juge veut relever d'office un moyen auquel les parties n'ont pas pensé (ainsi, l'application immédiate d'une loi nouvelle), il doit préalablement en informer les parties).

Les diverses chambres de la Cour de cassation ont été très lentes à étendre l'article 16 aux initiatives du juge, probablement parce que le juge a tendance à considérer que l'application du droit ne regarde que lui. Aujourd'hui, on peut dire que la Cour de cassation admet dans presque toutes les hypothèses que le juge doit observer lui-même le principe de la contradiction :

1. Pour les faits dans le débat mais que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leur prétention, appelés LES « FAITS ADVENTICES »

Le juge doit observer le principe de la contradiction.

- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 juin 2006 : D. 2006, p. 1 990 (pour un aveu judiciaire contenu dans des conclusions de première instance).

2. Pour LA REQUALIFICATION

Le juge doit observer le principe de la contradiction.

- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 juill. 1995 : JCP 1995, IV, n° 2 244
- Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 mai 2000 : Gaz. Pal. 2000, 2, somm. p. 1 783
- Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 déc. 2001 : AJDI 2002, p. 121
- Cass. soc. 11 mai 2005 : JCP 2005, p. 1199, n°2426 (requalification d'un CDD en CDI)

3. Pour les MOYENS DE FOND relevés d'office

Le juge doit observer le principe de la contradiction :

- Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 juin 1996 : Gaz. Pal. 1997, 1, somm. p. 24 (illégalité du titre émis par la trésorerie)
- Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 juin 1998 : Gaz. Pal. 1998, 2, somm. p. 329 (distribution illicite d'affichettes auto-collantes par l'UNI)
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 oct. 2001 : D. 2001, p. 3 195 (application d'office de la convention de Vienne, en matière de vente internationale)

#### 4. Pour les EXCEPTIONS ET LES FINS DE NON-RECEVOIR

Le juge doit observer le principe de la contradiction :

- nullité pour vice de fond : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 nov. 1997 : Gaz. Pal. 1998, 1, somm. p. 49 (appel formé par le vice-président du Conseil Général au lieu du Président)
- défaut de qualité : Cass. soc. 12 fév. 2002 : Gaz. Pal. 2002, 1, somm. p. 890
- fin de non-recevoir : en principe la solution devrait être la même. Cependant, la Cour de cassation avait toujours dispensé du respect du principe de la contradiction les décisions prononçant l'irrecevabilité d'office des pièces et conclusions tardives pour atteinte aux droits de la défense. Mais ces décisions remontent maintenant à plusieurs années et la question se pose de savoir si la Cour de cassation entendra maintenir sa position pour cette fin de non-recevoir.

X  
X    X

En pratique, l'article 16 est très souvent invoqué devant la cour de cassation contre des arrêts qui ont infirmé un jugement en se fondant sur un fait ou un texte qui n'avait été invoqué jusque-là ni en première instance ni devant la cour : si les juges de la cour d'appel n'ont pas préalablement averti les parties de leur intention, la cassation de l'arrêt d'appel est inévitable. Il y a de très nombreuses cassations qui interviennent pour ce motif.

X  
X    X

Après avoir examiné la notion d'instance, il est possible d'étudier le déroulement d'une procédure *ordinaire* (= devant le TGI), *contradictoire* (= les parties comparaissent) *et sans incidents* (= les incidents relatifs au juge, à la preuve, à la nullité et au lien juridique d'instance seront étudiés plus loin).

## Chapitre 2 La procédure ordinaire, contradictoire et sans incidents

Il s'agit de la procédure *devant le TGI*. Dans l'ordre chronologique, le procès se divise en quatre grandes phases : *l'introduction de l'instance* (Section I), *la saisine du tribunal* (Section II), *l'instruction* (Section III) et *le débat oral* (Section IV).

### SECTION I L'INTRODUCTION DE L'INSTANCE

#### Introduction.

L'acte qui introduit une instance est appelé *la demande en justice*, ou *la demande introductive d'instance* ou *la demande initiale* (**art. 53**).

La demande introductive d'instance est un acte de procédure par lequel le demandeur fait sommation à son adversaire d'avoir à comparaître devant le tribunal. Cet acte de procédure, qui prend la forme d'un exploit d'huissier (devant le TGI) s'appelle *une assignation* (du latin « **assignare** » : attribuer (une date d'audience) (§ 1), ou *un exploit d'ajournement* (donner un « jour » d'audience) ou encore *une citation* (terme plus large, signifiant une convocation, même par voie postale). Mais, depuis 1971, la demande introductive d'instance peut aussi prendre la forme d'*une requête conjointe*, présentée par les deux parties (§ 2).

#### **§ 1** L'assignation

L'assignation est un acte entre *un ou plusieurs demandeurs* et *un ou plusieurs défendeurs*, dont le tribunal n'a pas immédiatement connaissance. Le demandeur fait sommation à son adversaire de comparaître devant le tribunal. On verra *le contenu* (A) et *les effets* (B) de l'assignation.

##### A) Le contenu de l'assignation

L'assignation est *un acte d'huissier*, le plus souvent rédigé par l'avocat. Elle doit être rédigée ou traduite en français, conformément à l'ordonnance de Villers-Cotterêts du 10 août 1539 (Cass., 2<sup>ème</sup> civ., 11 janv. 1989, *Petites Affiches* 22 mai 1991, p. 11), à l'article 16 NCPC et à l'article 6-1 de la CEDH (Aix-en-Provence 25 mars 2003 : PA 16 sept. 2004, p. 3). Elle doit contenir *les mentions exigées pour la validité des actes d'huissier* (**art. 648** : coordonnées du requérant etc ..), *les mentions exigées pour les assignations en général* (**art. 56**), et *les mentions qui sont propres à l'assignation devant le TGI* (**art. 752**). Il résulte de la combinaison de ces règles que l'assignation devant le TGI doit contenir, *outré* les mentions exigées pour les actes d'huissier, les 6 mentions suivantes :

- 1) L'indication du tribunal devant lequel la demande est portée

Il faut préciser *la nature* de la juridiction (TGI) et *le lieu* où le tribunal siège (il pourrait y avoir plusieurs tribunaux compétents ...).

## 2) La constitution de l'avocat du demandeur

Le demandeur *doit* constituer un avocat (a). La mention doit être *apparente* (b). On applique la règle de *la territorialité de la postulation* (c). Cette application se fait de façon nuancée en cas *d'exercice en groupe* de la profession d'avocat (d).

### a) le caractère obligatoire de la constitution d'avocat

Le ministère d'avocat est *obligatoire* devant le TGI, sauf quelques exceptions (par exemple, en matière de douane, d'enregistrement). Le demandeur doit indiquer *le nom et les coordonnées* de son avocat. Il doit « constituer » avocat (du latin « *constituere* », signifiant « instituer », « désigner »).

La constitution d'avocat *emporte élection de domicile chez cet avocat*, ce qui permettra de notifier en cours de procès des actes de procédure (les conclusions) à cet avocat.

On ne peut constituer *qu'un seul* avocat.

### b) la mention expresse de la « constitution »

Aucun texte ne précisant la forme dans laquelle la constitution doit être effectuée, l'usage est que l'assignation mentionne : *à la requête de M....., ayant pour avocat constitué Me ....* , ou une formule équivalente. Mais que se passe-t-il si l'assignation se borne à mentionner : *ayant pour avocat Me .....* ?

La question a fait l'objet d'une certaine controverse depuis quelque temps, à la suite de plusieurs décisions du TGI de Nanterre ayant estimé que le fait de mentionner dans une assignation le nom d'un « *avocat postulant* » ne valait pas constitution d'où il résultait que l'assignation était affectée d'une nullité pour vice de fond entraînant la nullité de celle-ci sur le fondement de l'article 752 NCPC (bulletin du Barreau de Paris 2002, n°32, p. 241).

Le TGI de Paris (8<sup>o</sup> ch., 29 janv. 2004) de son côté a rendu plusieurs décisions considérant que si la mention « *se constitue pour* » ne figurait pas dans l'assignation, cette omission était un vice de forme qui ne pouvait entraîner l'annulation de l'assignation alors que la défenderesse ne pouvait faire état d'aucun grief.

Le TGI de Versailles (4<sup>ème</sup> ch., 12 fév. 2004) a estimé que l'indication de la qualité de « *postulant* » répondait à l'exigence de désignation de l'avocat constitué et que l'exception de nullité devait être rejetée.

La Cour de Paris (1<sup>ère</sup> ch., A) a repris la même motivation pour rejeter une exception de nullité d'une assignation en retenant que celle-ci comportait le nom de l'avocat constitué pour la

demanderesse et son adresse, données qui ont permis aux parties d'échanger leurs actes, et que la constitution d'avocat n'est assujettie par les articles 751 et 752 NCPC à aucune forme particulière, d'où il résultait que l'assignation était régulière.

Dans une ordonnance du 5 avril 2004, le Président du TGI de Paris en personne, statuant en qualité de JME, a rejeté une demande de nullité d'une assignation fondée sur le fait que cet acte portait la mention : « *ayant pour avocat Me X, élisant domicile en son cabinet* » sans préciser expressément que cet avocat se constituait pour le demandeur ; cette ordonnance précise que l'acte de constitution d'avocat, obligatoire devant le TGI, n'a d'autre objet que d'établir l'existence d'un mandat donné par un plaideur à un avocat pour le représenter et l'assister dans le procès. En l'espèce, l'indication du nom de l'avocat inscrit au barreau de Paris, c'est-à-dire au barreau du tribunal où le défendeur devait comparaître, manifestait clairement que l'avocat était constitué dans l'intérêt de son client qu'il avait pour mission de représenter devant la juridiction auprès de laquelle il était postulant ; retenant qu'aucune équivoque ne pouvait exister dans l'esprit de quiconque, l'ordonnance décide que la nullité invoquée contre cette assignation constitue une nullité pour vice de forme qui ne fait pas grief, et ne peut dès lors entraîner la nullité de l'assignation (cf. bulletin du barreau de Paris, n°11 p. 77 et n°16 et p. 116).

Mais un arrêt de la 23<sup>ème</sup> chambre B de la Cour de Paris du 5 juillet 2007 (Juris-Data n°338425) a jugé récemment que : « *est nulle (pour vice de fond) l'assignation faite par le copropriétaire dès lors qu'elle ne fait pas mention expresse de la constitution d'avocat. Cette constitution ne saurait se déduire de la seule indications du nom d'un avocat* » ...

→ Devant l'incertitude jurisprudentielle, la prudence commande de rédiger les assignations devant le TGI en précisant que l'avocat « se constitue » pour le demandeur.

### c) Le caractère territorial de la postulation

Seul peut être constitué un avocat inscrit au barreau établi auprès du TGI qui sera saisi de l'affaire. C'est la conséquence du **principe de la territorialité de la postulation**. Un avocat du barreau de Paris ne peut pas être constitué dans une assignation devant le TGI de Marseille ...

Pour la région parisienne, il existe une exception, avec **la multipostulation** : un avocat du barreau de Paris peut également postuler à *Nanterre, Bobigny et Créteil*, et réciproquement pour les avocats des barreaux de Nanterre, Bobigny et Créteil. La raison en est que ces quatre juridictions faisaient autrefois toutes partie du « Tribunal Civil (= TGI ) de la Seine ».

Mais la multipostulation connaît des limites :

\*En premier lieu, elle ne joue pas en matière de saisie immobilière pour porter les enchères et en matière de partage : le recours à un avocat postulant local est alors nécessaire.

\*En deuxième lieu, elle ne peut jouer qu'à la condition que l'avocat qui postule en dehors de son propre tribunal ne le fasse pas pour un autre avocat, mais qu'il le fasse pour lui-même : cet

avocat ne peut donc pas se borner à faire la postulation devant un autre tribunal que le sien pour le compte d'un confrère (le « *dominus litis* », le véritable maître de l'affaire, qui viendrait plaider l'affaire). Le *dominus litis* (avocat de province) devra prendre comme avocat postulant devant une des quatre juridictions parisiennes (Paris, Nanterre, Bobigny, Créteil) un avocat local inscrit auprès de la juridiction saisie. Ainsi, un avocat de Paris ne peut pas postuler à Nanterre pour le compte d'un avocat de Toulouse : l'avocat de Toulouse (*dominus litis*) devra prendre comme avocat postulant un avocat de Nanterre. Autrement dit, la multipostulation est réservée au maître de l'affaire, au *dominus litis*.

Plusieurs sinistres ont ainsi été enregistrés par les Cies d'assurances d'avocats dans les circonstances suivantes : un avocat parisien est sollicité par un confrère de province (par exemple, de Toulouse) qui lui demande de prendre une inscription d'hypothèque judiciaire provisoire pour un créancier sur un immeuble du débiteur ; cet avocat présente au JEX d'un tribunal périphérique (Nanterre, Bobigny ou Créteil) une requête à fin d'autorisation d'inscription d'hypothèque judiciaire provisoire ; l'ordonnance obtenue, l'avocat parisien accomplit à la Conservation des Hypothèques les démarches pour l'inscription de l'hypothèque provisoire et il assigne au fond devant le TGI de Nanterre, Bobigny ou Créteil le débiteur pour obtenir un titre exécutoire, en mentionnant dans l'assignation (imprudemment, il aurait mieux valu ne rien dire !) qu'il est l'avocat postulant et que l'avocat plaidant est son confrère de Toulouse, tout en respectant le délai d'un mois pour assigner au fond à compter de la dénonciation de l'inscription au débiteur ; ultérieurement, devant le TGI saisi au fond (Nanterre, Bobigny ou Créteil) le débiteur soulève la nullité pour vice de fond de l'assignation au fond, pour avoir été délivrée sous la constitution d'un avocat parisien recourant au système de la multipostulation alors qu'il n'y avait pas droit puisqu'il ne pouvait pas multipostuler pour un autre que lui-même (en l'occurrence pour l'avocat de province). En un tel cas, l'annulation de l'assignation pour vice de fond (défaut de capacité du représentant d'une partie) est inéluctable ; toute régularisation est en outre exclue puisque est intervenue, entre temps, l'expiration du délai d'un mois pour assigner au fond depuis la dénonciation de l'inscription de l'hypothèque provisoire. Corrélativement, faute d'assignation valable au fond dans le délai d'un mois, l'inscription d'hypothèque judiciaire provisoire devient caduque, cessant de produire tout effet. Bien sûr le créancier de Toulouse pourra présenter une nouvelle requête et faire inscrire une nouvelle hypothèque judiciaire provisoire, mais si d'autres créanciers ont pris dans l'intervalle d'autres hypothèques sur l'immeuble du débiteur, ces créanciers passeront toujours avant lui ... et le créancier de Toulouse aura perdu une chance certaine de pouvoir se faire payer avant ces créanciers-là. D'où un procès en responsabilité civile du client contre son avocat.

#### d) les conséquences de l'exercice en groupe de la profession d'avocat

Lorsque le plaideur a pour avocat un avocat membre d'une société d'avocats, c'est la société d'avocats (SCP, Sociétés d'Exercice Libéral : SELARL ... ) qui est l'avocat de ce plaideur. C'est la raison sociale de la société qui doit figurer dans les actes de procédure, et donc dans l'assignation (à la requête de Monsieur X, ayant pour avocat constitué la SCP BERLU-DUPONT avocat au barreau de ... ), et non pas le nom de l'avocat membre de la société, chargé en fait de l'affaire (Me BERLU). Le défaut d'indication par un avocat dans un acte de procédure devant le TGI de sa qualité d'associé d'une société d'avocats postulante constitue,

selon la Cour de cassation, un vice de forme nécessitant l'existence d'un grief pour que la nullité soit prononcée (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 avril 2007 : JCP 2007, I, n°174, obs. Raymond Martin).

Attention : une Association d'avocats ou une Société de moyens ne peuvent pas postuler, chaque avocat membre d'une association d'avocats ou membre d'une société de moyens doit postuler pour ses propres dossiers !

En ce qui concerne la postulation des sociétés d'avocats constituées auprès de plusieurs tribunaux, l'article 8 de la loi du 31 décembre 1971 précise que la société peut postuler auprès de chaque tribunal par le ministère d'un avocat inscrit au barreau établi près ce tribunal. Autrement dit, une SCP d'avocats comportant trois avocats, l'un inscrit au barreau de Paris, l'autre au barreau de Lyon et le troisième au barreau de Marseille, peut postuler devant le TGI de Paris, de Lyon ou de Marseille, en mentionnant qu'elle le fait *par l'intermédiaire* de celui de ses membres inscrit au barreau concerné. L'absence d'indication dans l'assignation du nom de l'avocat, personne physique, par le ministère duquel postule la société d'avocat, constitue, selon la Cour de cassation, une nullité pour vice de forme dont le prononcé est subordonné à la preuve d'un grief (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> fév. 2006 : JCP 2006, II, 10 072, note Raymond Martin).

L'article 8-1 de la loi du 31 décembre 1971 dispose que l'avocat peut établir un ou plusieurs « bureau secondaire », même en dehors de son barreau. On a interprété cette disposition comme excluant la possibilité pour une société d'avocats inscrite par exemple à Toulouse et ayant ouvert un bureau secondaire à Paris, de postuler à Paris si aucun de ses membres n'est inscrit au barreau de Paris. En général, l'avocat ayant un bureau secondaire est tenu de payer des cotisations au deux ordres d'avocats : à celui du barreau du cabinet principal et à celui du cabinet secondaire.

En cas de cabinet secondaire, la postulation doit se faire uniquement devant le TGI auprès duquel le ou les avocats du cabinet secondaire a ou ont son ou leur cabinet principal (= devant le TGI auprès duquel il est ou ils sont inscrits), quel que soit leur statut : avocat salarié ou non, avocat exerçant en groupe ou non) : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 mars 1995 : JC 1995, II, 22 434, note R. Martin.

→ En résumé, la postulation s'effectue toujours par l'intermédiaire d'un avocat ayant son cabinet (principal) dans le ressort du TGI concerné.

### 3) L'objet de la demande et un exposé des moyens en fait et en droit

Il est normal que *l'objet* soit clairement énoncé : le défendeur doit savoir ce qui est demandé contre lui.

Quant aux *moyens*, il s'agit des moyens de fait ou de droit qui fondent la demande : par exemple, ne serait pas valable une assignation qui, faisant suite à une précédente assignation, se bornerait à dire qu'on demande la nullité d'un deuxième contrat *pour les mêmes raisons que l'assignation précédente* relative au premier contrat, sans autre explication : l'assignation par voie de référence n'est pas régulière. Des décisions le rappellent de temps en temps.



*En pratique*, les moyens sont sommairement exposés dans l'assignation, le demandeur pouvant avoir intérêt à ne pas dévoiler d'un seul coup toutes ses batteries ... Souvent les textes de loi ne sont pas cités, dans l'espoir que le défendeur se placera peut-être sur un mauvais terrain ... Mais il est quand même nécessaire de donner un minimum d'indications (par exemple, dire qu'il y a eu non-respect de la réglementation du crédit), car pour le demandeur « **l'assignation vaut conclusions** » et si le défendeur ne comparait pas par la suite (= faisait défaut), le demandeur ne pourrait pas modifier (= compléter) son assignation et le juge pourrait déclarer la demande irrecevable faute d'exposé suffisant des moyens. Certains auteurs disent ainsi que l'assignation doit être « qualificative ».

Ainsi une assignation en annulation d'une décision d'une assemblée générale de copropriétaires a-t-elle été déclarée nulle parce que le copropriétaire demandeur s'était borné à exposer dans son assignation que « les copropriétaires avaient été trompés » (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 avril 2006 : JCP 2006, IV, n° 2 020). Il s'agit d'une nullité pour vice de forme : en l'espèce, le grief consistait dans le fait que le défendeur (le syndicat de copropriété) ne pouvait se défendre utilement compte tenu du caractère vague de la motivation de l'assignation.

#### 4) L'indication du délai de comparution ou de la date de comparution

L'assignation doit indiquer au défendeur le délai dont il dispose pour préparer sa défense et demander à un avocat de se constituer pour lui, en le prévenant que *faute pour lui de comparaître (par avocat) il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par le demandeur.*

Le délai est de 15 jours (a). Il peut être *augmenté* (b) ou *réduit* (c).

- a) En principe, le délai de comparution est de 15 jours
- b) Le délai sera augmenté d'1 mois si le défendeur demeure dans un DOM-TOM et de 2 mois s'il demeure à l'étranger.
- c) Le délai de comparution peut être réduit en cas d'urgence (procédure d'assignation à jour fixe)

L'assignation ordinaire se borne à prévoir un délai de 15 jours, mais *en pratique* il faudra souvent 1 mois ou plus pour que l'affaire soit appelée la première fois à une audience du tribunal. Or il y a des cas où il est important que l'affaire soit jugée *rapidement*. Pour ces hypothèses, on a organisé une procédure particulière, la procédure de *l'assignation à jour fixe*. Plusieurs conditions doivent être réunies :

1<sup>ère</sup> condition : cette procédure ne peut concerner que les affaires urgentes

2<sup>ème</sup> condition : il faut que l'affaire en question soit en état d'être jugée (sinon, cette procédure n'aurait pas d'intérêt !)

3<sup>ème</sup> condition : il faut que le demandeur obtienne du Président du TGI une autorisation. Cette autorisation est demandée au moyen d'une requête, présentée par l'avocat, qui doit (en principe) exposer *les motifs* de l'urgence, *les conclusions du demandeur* (en fait, on y joint *le projet d'assignation*), indiquer *les pièces* justificatives qui y sont jointes et qui seront *déposées* au Greffe de la chambre du tribunal, pour que le défendeur puisse le consulter et être en mesure d'assurer sa défense pour le jour fixé.

Si la requête semble justifiée, le président du TGI accorde l'autorisation par une ordonnance « **au pied de la requête** », en fixant *la date et le lieu de l'audience*.

L'ordonnance sur requête autorisant l'assignation à jour fixe constitue « *une mesure d'administration judiciaire* » qui, comme telle, est insusceptible de tout recours et ne peut donner non plus lieu à référé à fin de rétractation (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 juin 2004 : D. 2004, p. 2086)

Le demandeur doit alors *faire délivrer par huissier l'assignation au défendeur* en indiquant la date et le lieu de l'audience, avec une copie de l'ordonnance.

Un avocat devra se constituer pour le défendeur d'ici la date de cette audience. L'avocat du défendeur pourra prendre connaissance des pièces du demandeur au Greffe de la chambre du tribunal (mais l'usage est que l'avocat du demandeur adresse à l'avocat du défendeur une copie des pièces déposées au Greffe, qui servent finalement au juge). L'avocat du défendeur pourra déposer ses conclusions et communiquer ses propres pièces jusqu'au jour des plaidoiries car dans ce type de procédure il n'existe pas d'instruction ni d'ordonnance de clôture. Il pourra même se contenter d'explications verbales (rare).

L'avocat du demandeur aura le droit de répliquer (conclusions en réponse, nouvelles pièces), mais pas le droit de compléter sa demande (son dossier devait être prêt dès le départ). En mettant en œuvre la procédure d'assignation à jour fixe (qui malmène un peu les droits naturels du défendeur), le demandeur accepte par avance que le défendeur puisse présenter sa défense au dernier moment et il se prive lui-même du droit de compléter sa demande ou de communiquer de nouvelles pièces, si ce n'est en réplique aux arguments du défendeur qui dispose du droit de se défendre (conclusions, pièces, ou même simple défense orale) jusqu'à l'audience. Cette question sera étudiée de façon plus détaillée avec l'appel à jour fixe (v. infra).

- 5) Eventuellement, les mentions relatives à la désignation des immeubles exigées pour la publication de l'assignation au bureau des hypothèques.

Ces mentions sont importantes si l'assignation doit être publiée à la Conservation des Hypothèques. Seules doivent être publiées les demandes en annulation, résolution, rescision de vente d'immeubles : une demande relative à un empiètement d'un immeuble sur la parcelle voisine et à la détermination de la limite séparative des fonds respectifs n'a pas à être publiée (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 26 mai 2004 : D. 2004, p. 1 936).

6) L'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée et leur énumération dans un bordereau annexé à l'assignation.

Mais, à la différence des précédentes mentions, cette double exigence n'est pas requise à peine de nullité ; aussi la Cour de cassation a-t-elle jugé que cette obligation « n'est assortie d'aucune sanction et ne constitue pas une formalité substantielle ou d'ordre public » (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 avril 2003 : D. 2003, p. 1 134).

x  
x     x

En conclusion, il n'y a pas de formes sacramentelles à respecter. Rédiger une assignation, c'est raconter une petite histoire et indiquer au tribunal ce que l'on demande et pourquoi on le demande. Les assignations peuvent être rédigées *sous forme d'attendus* ou *en langage courant*. En pratique, elles sont rédigées à l'image du jugement souhaité par le demandeur, avec *les motifs et le dispositif* : c'est le modèle de jugement proposé au tribunal, le demandeur souhaitant que le tribunal le reprenne mot à mot.

B) Les effets de l'assignation

*Sur le plan de la procédure*, l'assignation entraîne *des obligations* à la charge des deux parties (1). *Sur le plan du fond du droit*, l'assignation a pour effet de *conserver* les droits du demandeur (2).

1) Les obligations à la charge des parties

a) Le demandeur : placement dans les 4 mois

Il a assigné. Il doit saisir le TGI (« **placer** » l'assignation) dans les 4 mois de l'assignation, en déposant au Greffe une photocopie de l'assignation délivrée ( = du « **second original** »). A défaut, l'assignation deviendrait caduque ( = serait privée de tout effet : **art. 757 al. 2**).

Il peut arriver que certains Greffes exigent que soit déposée avec une photocopie de l'assignation une chemise souple double, portant les coordonnées de l'affaire (appelée le « placet »). Il peut arriver également que certains Ordres d'avocats exigent que soit apposé sur la photocopie de l'assignation un timbre, pour frais de fonctionnement du service de liaison entre l'Ordre des avocats et le Greffe (à Paris, c'est ce qu'on appelle le « timbre B.R.A. », qui coûte environ 15 euros).

Le défendeur dispose également du même droit de placer l'assignation dans les 4 mois (ce peut être intéressant s'il craint que le demandeur n'ait assigné que pour paralyser un recouvrement de créance et qu'il ne se presse de placer l'affaire). Ce n'est pas très courant.

De cette obligation de « saisir » le TGI dans les quatre mois de l'assignation, la 2<sup>ème</sup> chambre civile, la 3<sup>ème</sup> chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation ont déduit qu'il n'y avait pas d'instance tant que le juge n'était pas « saisi ». Autrement dit, l'instance ne commencerait qu'avec la saisine du tribunal. Cette analyse n'est pas partagée par la 1<sup>ère</sup>

chambre civile de la cour de cassation, ni par M. Guinchard (Précis Dalloz, 27° éd., n°140) qui fait justement remarquer que l'instance naît avec l'assignation sous la condition suspensive que le juge soit saisi dans les quatre mois de la délivrance (règle d'ailleurs propre au TGI).

Cette controverse présente des enjeux importants dans la mesure où il convient d'être extrêmement attentif à la rédaction des textes de loi qui précisent tantôt que ***l'assignation doit être délivrée dans tel délai*** (pas de problème), que ***l'action doit être introduite dans tel délai*** (cela signifie également que l'assignation doit être délivrée dans ce délai), que ***l'instance doit être introduite dans tel délai*** (cela signifie encore que l'assignation doit être délivrée dans ce délai), et tantôt que ***le juge doit être saisi dans tel délai*** (cela signifie alors, au contraire, que non seulement l'assignation doit avoir été délivrée dans ce délai mais encore que l'assignation doit avoir été placée dans ce même délai : le juge doit avoir été « saisi » dans ce délai par la remise au greffe d'une photocopie de l'assignation, ce qu'on appelle l'enrôlement de l'affaire). Autrement dit, lorsqu'un texte mentionne que le juge doit être saisi dans tel délai, il faut savoir que l'assignation devra avoir été délivrée **et** placée dans ce délai, faute de quoi la demande serait irrecevable. Sur le plan pratique, la date de la saisine du tribunal apparaît souvent sur le relevé informatique qui est transmis par le greffe aux avocats au début de l'instance ; à défaut, l'avocat du défendeur peut toujours demander au greffe la date du placement de l'affaire et vérifier si le délai pour saisir le juge a bien été respecté.

#### b) Le défendeur : constitution dans les 15 jours

L'huissier lui a remis l'assignation ( « **une copie** » du premier original, le premier original étant conservé par l'huissier à son Etude). Le défendeur a l'obligation de comparaître par avocat : il doit constituer avocat (art. 756, 814 et 816). On retrouve la règle de la territorialité de la postulation ... La constitution d'avocat du défendeur doit être portée à la connaissance de l'avocat du demandeur et du tribunal. C'est **un acte d'avocat à avocat** (« **un acte du Palais** »), qui contient *certaines mentions* destinées à renseigner le demandeur (prénom, date et lieu de naissance, nationalité, profession du défendeur) et qui est notifié à l'avocat du demandeur soit par voie de signification *par les huissiers-audienciers, soit* par voie de *remise en double exemplaire* (art. 671, 672 et 673). Deux exemplaires doivent être remis au Greffe du tribunal, qui en retournera un à l'avocat s'étant constitué, avec la date d'arrivée au Greffe et la date de la prochaine audience.

La notification par les huissiers-audienciers, qui est la plus fréquente (à Paris, c'est la seule en usage), s'effectuera ainsi : le défendeur remplit sa feuille de constitution (une page), en 4 exemplaires : un exemplaire pour les huissiers-audienciers, sur lequel ceux-ci apposeront leur cachet, la date de notification, leur signature, et qu'ils déposeront dans le casier au Palais de Justice de l'avocat du défendeur venant de se constituer (ce sera « l'original ») ; un autre exemplaire pour l'avocat du demandeur, que les huissiers-audienciers après avoir apposé leur cachet, la date et leur signature, déposeront dans le casier au Palais de justice de l'avocat du demandeur, et deux exemplaires pour le tribunal sur lesquels les huissiers audienciers apposeront leur cachet, la date de notification et leur signature et qu'ils devraient théoriquement remettre à l'avocat du défendeur pour qu'il les transmette au Greffe ; mais comme l'avocat du défendeur ignore à ce moment-là si l'avocat du demandeur a déjà placé l'assignation et, dans

l'affirmative, devant quelle chambre vient l'affaire (devant quel greffe), l'usage est que les huissiers audienciers déposent également les deux exemplaires destinés au tribunal dans le casier de l'avocat du demandeur, à charge pour ce dernier de les transmettre lui-même soit avec le placement de l'assignation s'il n'a pas encore placé l'affaire, soit en les adressant au Greffe avec les références de dossier s'il a déjà placé l'affaire et reçu du Greffe le numéro d'enrôlement de l'affaire. Pour la rémunération des huissiers-audienciers, l'avocat du défendeur apposera sur l'exemplaire destiné aux huissiers-audienciers (qui deviendra ensuite son original) un timbre Huissier-Audencier (appelé au Palais le timbre « H.A. ») d'un montant d'environ 2,60 euros. Comme pour l'assignation, il peut arriver également que certains Ordres d'avocats exigent que soit apposé sur l'exemplaire original de la constitution (devant revenir à l'avocat du défendeur s'étant constitué) le timbre, pour frais de fonctionnement du service de liaison entre l'Ordre des avocats et le Greffe (à Paris, c'est ce qu'on appelle le « timbre B.R.A. », qui coûte environ 15 euros).

L'absence d'un Greffe civil central (il y a des greffes propres à chaque chambre du tribunal, mais pas toujours un Greffe central) conduit à ce que en pratique, en dehors de tout texte, l'avocat du demandeur transmette lui-même au Greffe la constitution du défendeur (pour la simple raison que seul l'avocat du demandeur est en mesure de connaître les références sous lesquelles l'affaire est enregistrée au Greffe), de la sorte que la jurisprudence a eu à connaître de cas dans lesquels l'avocat du demandeur avait « oublié » de transmettre au Greffe la constitution du défendeur : un jugement avait été rendu, le défendeur étant mentionné comme n'ayant pas comparu. Certaines cours d'appel (saisies de l'appel du jugement rendu dans ces conditions) ont dans de telles circonstances annulé le jugement tandis que d'autres ont préféré n'y voir qu'une attitude négligente de l'avocat du demandeur pouvant certes l'exposer à des sanctions disciplinaires par l'Ordre des avocats mais ne pouvant aboutir à la remise en cause de la validité du jugement qui demeurerait régulier en ce sens qu'il avait été rendu alors qu'aucune constitution du défendeur n'avait été remise au Greffe (Douai 17 fév. 1994 : D. 1995, somm. comm. p. 109 ; RTDCiv. 1994, p. 158, obs. Perrot).

→ La prudence commande à l'avocat du défendeur qui s'est constitué de ne pas faire aveuglément confiance à l'avocat du demandeur. Si au bout de quelques semaines il ne reçoit pas d'avis du Greffe l'informant de la fixation d'une audience, il lui revient de s'enquérir auprès de l'avocat du demandeur que sa constitution a bien été déposée par les soins de ce dernier au Greffe. Sinon, il s'expose à ce qu'un jugement soit valablement rendu en son absence.

C'est une situation qui se rencontre malheureusement de temps en temps. La Cour de cassation a jugé qu'était valable le jugement rendu en l'absence de remise au Greffe par l'avocat du demandeur de la constitution du défendeur : il incombe en effet au défendeur de s'assurer lui-même que sa constitution est bien parvenue au Greffe du Tribunal et tant pis pour lui si un jugement réputé contradictoire est rendu sans qu'il ait été prévenu par le Greffe (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 26 oct. 2006 : Bull. civ. 2006, II, n°297 ; Gaz. Pal. 29 août-1<sup>er</sup> sept. 2007, p. 11).

Un avocat peut être remplacé par un autre avocat en cours d'instance. L'usage est que le nouvel avocat dépose un acte de constitution, en précisant qu'il se constitue « aux lieu et place » de

l'avocat précédemment constitué. C'est ce qu'on appelle dans le langage du Palais la constitution « L.P. » (Lieu et Place), qui est dispensée de vignette BRA. Que se passe-t-il lorsqu'un nouvel avocat ne dépose pas de constitution « aux lieu et place » et se borne simplement à déposer directement des conclusions mentionnant ses coordonnées comme avocat postulant ? La Cour de cassation est très libérale, considérant que le dépôt par une partie de conclusions sous la constitution d'un nouvel avocat emporte révocation de l'avocat précédemment constitué, ce dernier avocat s'étant nécessairement substitué au précédent (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 oct. 1996 : Bull. civ. II, n°237).

## 2) La conservation des droits du demandeur

Un procès peut durer un certain temps. Il est normal que les droits du demandeur soient protégés par rapport au temps qui passe. C'est ainsi que l'assignation *interrompt les délais* (a), *fait courir les intérêts* (b), *fait passer les risques à la charge du défendeur* (c) et assure la *transmissibilité de certaines actions* (d).

### a) L'assignation interrompt les délais

#### 1. - LE DOMAINE DE L'EFFET INTERRUPTIF

Selon l'article 2244 du code civil, l'assignation au fond et l'assignation en référé interrompent les délais de prescription et les délais préfix (c'est-à-dire les brefs délais de prescription et les brefs délais processuels). L'interruption suppose qu'il soit « demandé » quelque chose à l'encontre de celui que l'on veut empêcher de prescrire, la prescription n'étant interrompue que relativement à cette demande.

L'interruption est toutefois non avenue si l'assignation est nulle pour défaut de forme (art. 2247 c. civ.) ou de fond, si l'assignation n'a pas été placée au TGI dans les quatre mois de sa délivrance (Cass. Ass. plén. 3 avr. 1987 : JCP 1987, II, 20 792, note Cabannes, si l'assignation a été délivrée devant une juridiction inexistante (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 mars 2000 : JCP 2000, II, 10 348, note Desideri), si la demande est rejetée (moyen de fond, de forme, fin de non-recevoir, péremption, désistement), le rejet constituant la négation du droit du demandeur et faisant évidemment perdre tout intérêt à l'interruption. En revanche, si l'assignation est portée devant un juge incompétent, elle interrompt néanmoins la prescription pour tous les délais : délais de prescription et délais préfix (art. 2246 c. civ. ; Cass. ch. mixte, 24 nov. 2006 : JCP 2007, II, n° 10 058, note Isabelle Pétel-Teyssié). Une action récursoire est valablement intentée, même après l'expiration du délai, si l'action principale a elle-même été intentée dans le délai légal : par exemple, une action en réparation des malfaçons est intentée par le maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur 9 ans et 11 mois après la réception des travaux, c'est-à-dire dans le délai de 10 ans ; l'entrepreneur pourra encore valablement son action récursoire contre le sous-traitant 2 mois plus tard, alors que le délai de 10 ans après la réception des travaux est expiré (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 22 sept. 2004 : pourvoi n°03-10923).

#### 2. - LA DUREE DE L'INTERRUPTION

Que se passe-t-il ensuite une fois que l'assignation a interrompu le délai ? Selon la jurisprudence, l'effet interruptif de la prescription résultant d'une assignation se prolonge jusqu'à ce que le litige trouve sa solution, y compris par l'exercice des voies de recours (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 fév. 1998 : JCP 1998, IV, 1 678 ; Cass. soc., 4 mars 1999 : JCP 2000, II, 10 308, note Olivier Fardoux ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 avril 2004 : JCP 2004, IV, n° 2 156). Pour M. Perrot, l'effet interruptif d'une assignation se double d'un effet suspensif qui maintient le compteur à zéro jusqu'au jugement ou à l'arrêt. Une décision critiquable a jugé que l'effet interruptif de la prescription prend fin à compter seulement du jour de la signification de la décision définitive (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 fév. 2006, RTDCiv. 2006, p. 374, obs. crit. Perrot).

Dans le cas particulier d'une assignation en *référé*, la jurisprudence considère que l'interruption ne dure que durant l'instance en référé (qui est très courte), c'est-à-dire jusqu'à l'ordonnance de référé (qui met fin à l'instance de référé), peu important qu'elle ait été signifiée ou non, selon une décision de la Cour de cassation antérieure à son arrêt précité du 15 février 2006 (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 sept. 2003 : D. 2003, p. 2 548), et qu'un nouveau délai de prescription recommence ensuite à courir au lendemain de l'ordonnance de référé.

### 3. – LE DEPART D'UN NOUVEAU DELAI

Que se passe-t-il ensuite, une fois que l'interruption a pris fin ?

**Après une décision au fond**, l'interruption prendra fin. Si cette décision fait droit à la demande (on sait que si elle n'y fait pas droit, s'il y a rejet de la demande, il n'y aura alors rétroactivement pas d'interruption), son bénéficiaire (= le demandeur ayant triomphé) va pouvoir la mettre à exécution. Si le bénéficiaire de la décision tarde à la mettre à exécution, il conviendra alors de s'interroger à nouveau sur la prescription pour savoir au bout de combien de temps son droit sera prescrit. D'où la question de savoir quelle est la durée du nouveau délai qui court à compter de (la signification de ?) la décision au fond définitive.

Traditionnellement, la jurisprudence considère que c'est un nouveau délai de 30 ans qui commencera à courir après la signification de la décision définitive au fond (Ass. plén., 10 juin 2005 : pourvoi n°03-18.922). De là l'expression habituelle que « ***l'exécution des jugements se prescrit par 30 ans*** » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 juin 1998). De là également l'expression selon laquelle il y aurait « ***interversión de la prescripción*** » : ainsi une créance de nature commerciale, se prescrivant par nature par 10 ans, donnerait lieu, après jugement de condamnation, à une prescription de 30 ans.

Mais il existe un courant minoritaire, considérant au contraire que la durée de la prescription est exclusivement déterminée par la nature de la créance. Ainsi, la prescription serait de 10 ans pour une créance de nature commerciale. Cette solution est admise pour les titres exécutoires notariés, parce que le notaire, à la différence du juge, ne décide rien : il ne fait que constater la créance. Mais la formulation très générale employée par un arrêt récent de la 1<sup>ère</sup> chambre civile (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 juill. 2007 : D. 2007, p. 2 030, note X. Delpech), a conduit des auteurs à se demander si la Cour de cassation n'avait pas l'intention de modifier sa jurisprudence en matière

de titre exécutoire judiciaire, pour décider, de façon générale, que tous les titres exécutoires se prescrivent selon la nature de la créance. → La question reste donc controversée.

**Après une ordonnance de référé**, la jurisprudence considère qu'un nouveau délai identique au précédent va recommencer à courir pour agir au fond : par exemple, après une ordonnance de référé-expertise, délai de 2 ans en matière d'assurance : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 déc. 1997, le délai de deux ans en matière de garantie biennale ou le délai d'un an en matière de garantie de parfait achèvement pour agir au fond (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 21 juin 2000 : JCP 2000, II, 10 362) ou encore après une ordonnance de référé-provision le délai de deux ans pour agir au fond, en matière de droit de la consommation (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 1999 : JCP 1999, IV, n° 2 405).

b) L'assignation vaut mise en demeure et fait courir les intérêts moratoires

L'assignation valant mise en demeure, une assignation en résolution d'un contrat n'est ainsi pas subordonnée à la délivrance préalable d'une mise en demeure.

L'assignation fait courir les intérêts moratoires, c'est-à-dire de retard, encore appelés intérêts légaux ou intérêts de droit. Le taux de l'intérêt légal est fixé au début de chaque année (2,95% en 2007).

1. Si la demande en justice porte sur le recouvrement d'une somme d'argent, les intérêts moratoires courent du jour de cette demande (art. 1153 c. civ.), sauf mise en demeure antérieure.

*Dans l'hypothèse où un contrat prévoit des intérêts conventionnels (par ex. au taux de 11%), l'intérêt conventionnel (qui se prescrit par 5 ans) va courir à compter de la mise en demeure jusqu'à l'assignation ; ensuite, selon la jurisprudence, ce sera l'intérêt légal qui va courir à compter de l'assignation (l'assignation interrompant par ailleurs la prescription de l'intérêt).*

2. Si la demande en justice porte sur une condamnation à indemnité, c'est-à-dire sur une obligation qui n'existait pas en capital au jour de la demande et qui n'a pu être fixée en indemnité que par décision judiciaire (par exemple, une condamnation à des dommages-intérêts), le point de départ des intérêts moratoires se situe au jour du prononcé du jugement, sauf disposition légale contraire.

c) L'assignation fait passer les risques à la charge du défendeur lorsque l'assignation est relative à la restitution d'un corps certain

Si la chose *périt* au cours de l'instance, c'est le défendeur (s'il est condamné) qui en supportera la charge.

d) L'assignation peut assurer la transmissibilité de certaines actions personnelles qui, autrement, ne seraient pas transmissibles aux héritiers



Il y a des cas où la loi prévoit que dans certaines hypothèses où l'action était personnelle au demandeur décédé, l'action passera aux héritiers si le défunt avait introduit la demande de son vivant : par exemple, *l'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude*.

En l'absence d'un texte, la doctrine est favorable à une telle transmission : TISSIER disait en 1911 qu'il fallait l'admettre « *pour déjouer les manœuvres dilatoires d'un adversaire qui ferait traîner le procès en longueur en attendant la mort du demandeur* ». On peut relever quelques décisions de jurisprudence en ce sens : ainsi les héritiers ne peuvent pas réclamer un droit à pension de vieillesse dont leur auteur ne s'est pas prévalu ; s'il avait assigné de son vivant, les héritiers auraient recueilli le droit de poursuivre l'action (Cass. soc. 18 juill. 1996 : D. 1996, I.R., p. 194).

## § 2 La requête conjointe

Le NCPC prévoit dans ses **articles 57 et 58** que les parties présentent *ensemble* une requête au tribunal, pour lui demander de statuer sur les points *de fait et de droit* qui font l'objet de leur désaccord.

On peut relever 3 caractères :

- 1) C'est un acte écrit, daté et signé par les parties (les avocats, devant le TGI)
- 2) C'est un acte qui doit comporter des énonciations obligatoires : l'identification des *parties*, la *juridiction* devant laquelle la demande est portée, les *prétentions* respectives des parties, les *points* sur lesquels elles sont en désaccord, l'indication des *pièces* sur lesquelles la demande est fondée, éventuellement les mentions relatives à la *désignation de l'immeuble*, la *constitution des avocats*. Ces mentions sont obligatoires, sauf pour les pièces. Elles sont sanctionnées, non par la nullité, mais par une *fin de non-recevoir*.
- 3) C'est un acte qui peut en outre comporter des énonciations facultatives : une clause de *prorogation de compétence*, une clause donnant au juge la mission de statuer *comme amiable compositeur* (= en équité), une clause prévoyant que l'affaire sera débattue *en chambre du conseil* (= sans publicité).

Malgré les espoirs des rédacteurs du NCPC, il n'y a pratiquement jamais de requête conjointe pour introduire l'instance en matière contentieuse, sauf en matière de divorce « sur requête conjointe ». On retrouvera, *infra*, les requêtes en matière gracieuse.

## SECTION II LA SAISINE DU TRIBUNAL

Elle s'opère selon certaines *modalités* (§ 1) et entraîne certaines *conséquences* (§ 2).

### § 1 Les modalités de la saisine du tribunal

Il s'agit *des formes* (A) et *des délais* (B).

#### A) Les formes

Le tribunal est saisi par la remise au Greffe d'une copie de l'assignation. On dit que l'affaire est **placée**. C'est en général *l'avocat du demandeur* qui place l'affaire, mais *l'avocat du défendeur* pourrait aussi le faire (cf. supra).

#### B) Le délai

Le placement doit être fait (par le demandeur ou par le défendeur) dans les 4 mois qui suivent l'assignation. A défaut, l'assignation est caduque et n'a pas interrompu les délais.

### § 2 Les conséquences de la saisine du tribunal

La saisine du tribunal a pour effet de *créer le lien juridique d'instance* (A). Elle entraîne *quelques formalités administratives* (B).

#### A) La création du lien juridique d'instance

Il importe de savoir quand commence une instance (par exemple, pour régler un incident de litispendance). Dans l'arrêt précité d'Assemblée Plénière du 3 avril 1987, la Cour de cassation a jugé que l'instance ne commence qu'avec la saisine du tribunal, et non avec l'assignation comme le pense encore une partie de la doctrine. La question reste très discutée ; on peut considérer que l'instance commence avec l'assignation sous la condition suspensive que l'affaire soit ensuite placée.

A partir de la saisine du tribunal, les parties au procès sont donc unies par un lien de nature spéciale, le lien juridique d'instance : ce lien présente deux caractères : un *caractère autonome* (1) et un *caractère légal* (2).

##### 1) Caractère autonome

A Rome, le lien juridique d'instance qui découlait de la *litis contestatio*, se substituait purement et simplement au droit litigieux, c'est-à-dire que le droit invoqué s'éteignait avec la *litis contestatio*, pour être remplacé par le lien juridique d'instance. Si pour une raison ou une autre l'instance s'éteignait, *la demande ne pouvait pas être renouvelée* puisque la *litis contestatio* avait éteint *le droit lui-même* : elle avait un *effet novatoire*.

Aujourd'hui, la situation est différente : le rapport de droit litigieux subsiste, le lien juridique d'instance ne fait que s'y superposer, et si pour une raison quelconque l'instance n'aboutit pas (par exemple, s'il y a désistement), *la demande pourra être renouvelée*.

##### 2) Caractère légal

On a prétendu que le lien juridique d'instance était un rapport de droit de nature contractuelle, que le procès s'analysait en un contrat passé entre les parties, un contrat judiciaire. Cette conception trouve son origine *dans le Droit romain* où la *litis contestatio* apparaissait comme *un accord de volontés* par lequel les « parties » convenaient de soumettre leur différend à un juge. On avance en faveur de cette conception l'argument selon lequel après l'échange des conclusions, il n'est plus possible au demandeur *de se désister sans l'accord de son adversaire*.

Mais en réalité, si le défendeur comparaît devant le tribunal, c'est qu'il y est contraint et forcé ! Les obligations qui dérivent du lien juridique d'instance ne dérivent pas d'un contrat judiciaire (sauf peut-être en cas de *requête conjointe*), elles dérivent tout simplement de la volonté de la loi.

### B) Les formalités administratives

Une fois l'affaire placée, le Greffier va *inscrire* l'affaire au répertoire général, où elle va recevoir un *numéro de rôle* : on dit que l'affaire est enrôlée. Le Greffier va également ouvrir un dossier concernant cette affaire, où seront insérées les pièces essentielles de la procédure ; en cas de *voie de recours*, le dossier est transmis à la juridiction saisie du recours.

Si le tribunal comporte plusieurs chambres, le Président va distribuer l'affaire à l'une de ces chambres, l'avocat du demandeur en est aussitôt avisé. Puis le Président de cette chambre va fixer la date à laquelle cette affaire sera appelée pour la première audience de procédure ; *l'avocat du demandeur* en sera aussitôt informé par le Greffe (une lettre sera déposée à son casier au Palais), ainsi que *l'avocat du défendeur* si sa constitution est déjà parvenue au Greffe (sinon, c'est l'avocat du demandeur qui préviendra l'avocat du défendeur).

Depuis la loi du 10 juillet 1970, le président du tribunal (ou de la chambre) peut décider, *sauf en matière disciplinaire et en matière d'état des personnes*, que l'affaire sera jugée à juge unique, mais si l'une des parties demande *le renvoi* à la formation collégiale, le renvoi *est de droit* si la demande est présentée *dans les 15 jours* qui suivent l'avis qui est adressé aux avocats.

## **SECTION III L'INSTRUCTION**

Dans la conception classique, les plaideurs conduisent eux-mêmes l'instruction, en déposant entre les mains du juge *des conclusions*, après les avoir portées à la connaissance de l'adversaire.

Mais désormais, le juge intervient de plus en plus au cours de cette phase préparatoire, elle-même susceptible de deux modalités.

On étudiera *le rôle du juge* (Sous-Section I) et *le rôle des parties* (Sous-Section II).

### **SOUS-SECTION I LE ROLE DU JUGE : LA REGULATION DE L'INSTANCE**

Après s'être interrogé sur *ce que doit être le rôle du juge* (§ 1), on étudiera *le circuit court* (§ 2), *le circuit long* (§ 3) et *l'ordonnance de clôture* (§ 4).

## § 1 Quel doit être le rôle du juge dans l'instruction du procès civil ?

On examinera *les systèmes concevables* (A) et *l'évolution du droit français* (B).

### A) Les systèmes concevables

Deux systèmes extrêmes sont concevables : *le système accusatoire* (1) et *le système inquisitoire* (2).

#### 1) Le système accusatoire

Le juge ne joue qu'*un rôle secondaire*. *Les parties* développent librement leur argumentation, demandent au juge d'ordonner les mesures d'instruction qui paraissent opportunes. Elles font venir l'affaire à l'audience pour le jour qui leur paraît utile. Ce système repose sur l'idée que les

En l'absence d'un texte, la doctrine est favorable à une telle transmission : TISSIER disait en 1911 qu'il fallait l'admettre « *pour déjouer les manœuvres dilatoires d'un adversaire qui ferait traîner le procès en longueur en attendant la mort du demandeur* ». On peut relever quelques décisions de jurisprudence en ce sens : ainsi les héritiers ne peuvent pas réclamer un droit à pension de vieillesse dont leur auteur ne s'est pas prévalu ; s'il avait assigné de son vivant, les héritiers auraient recueilli le droit de poursuivre l'action (Cass. soc. 18 juill. 1996 : D. 1996, I.R., p. 194).

## § 2 La requête conjointe

Le NCPC prévoit dans ses **articles 57 et 58** que les parties présentent *ensemble* une requête au tribunal, pour lui demander de statuer sur les points *de fait et de droit* qui font l'objet de leur désaccord.

On peut relever *3 caractères* :

- 4) C'est un acte écrit, daté et signé par les parties (les avocats, devant le TGI)
- 5) C'est un acte qui doit comporter des énonciations obligatoires : l'identification des *parties*, la *juridiction* devant laquelle la demande est portée, les *prétentions* respectives des parties, les *points* sur lesquels elles sont en désaccord, l'indication des *pièces* sur lesquelles la demande est fondée, éventuellement les mentions relatives à la *désignation de l'immeuble*, la *constitution des avocats*. Ces mentions sont obligatoires, sauf pour les pièces. Elles sont sanctionnées, non par la nullité, mais par une *fin de non-recevoir*.

- 6) C'est un acte qui peut en outre comporter des énonciations facultatives : une clause de *prorogation de compétence*, une clause donnant au juge la mission de statuer *comme amiable compositeur* (= en équité), une clause prévoyant que l'affaire sera débattue *en chambre du conseil* (= sans publicité).

Malgré les espoirs des rédacteurs du NCPC, il n'y a pratiquement jamais de requête conjointe pour introduire l'instance en matière contentieuse, sauf en matière de divorce « sur requête conjointe ». On retrouvera, infra, les requêtes en matière gracieuse.

## **SECTION II LA SAISINE DU TRIBUNAL**

Elle s'opère selon certaines *modalités* (§ 1) et entraîne certaines *conséquences* (§ 2).

### **§ 1 Les modalités de la saisine du tribunal**

Il s'agit *des formes* (A) et *des délais* (B).

#### C) Les formes

Le tribunal est saisi par la remise au Greffe d'une copie de l'assignation. On dit que l'affaire est **placée**. C'est en général *l'avocat du demandeur* qui place l'affaire, mais *l'avocat du défendeur* pourrait aussi le faire (cf. supra).

#### D) Le délai

Le placement doit être fait (par le demandeur ou par le défendeur) dans les 4 mois qui suivent l'assignation. A défaut, l'assignation est caduque et n'a pas interrompu les délais.

### **§ 2 Les conséquences de la saisine du tribunal**

La saisine du tribunal a pour effet de *créer le lien juridique d'instance* (A). Elle entraîne *quelques formalités administratives* (B).

#### C) La création du lien juridique d'instance

Il importe de savoir quand commence une instance (par exemple, pour régler un incident de litispendance). Dans l'arrêt précité d'Assemblée Plénière du 3 avril 1987, la Cour de cassation a jugé que l'instance ne commence qu'avec la saisine du tribunal, et non avec l'assignation comme le pense encore une partie de la doctrine. La question reste très discutée ; on peut considérer que l'instance commence avec l'assignation sous la condition suspensive que l'affaire soit ensuite placée.

A partir de la saisine du tribunal, les parties au procès sont donc unies par un lien de nature spéciale, le lien juridique d'instance : ce lien présente deux caractères : un *caractère autonome* (1) et un *caractère légal* (2).

### 3) Caractère autonome

A Rome, le lien juridique d'instance qui découlait de la ***litis contestatio***, se substituait purement et simplement au droit litigieux, c'est-à-dire que le droit invoqué s'éteignait avec la *litis contestatio*, pour être remplacé par le lien juridique d'instance. Si pour une raison ou une autre l'instance s'éteignait, *la demande ne pouvait pas être renouvelée* puisque la *litis contestatio* avait éteint le droit lui-même : elle avait un effet novatoire.

Aujourd'hui, la situation est différente : le rapport de droit litigieux subsiste, le lien juridique d'instance ne fait que s'y superposer, et si pour une raison quelconque l'instance n'aboutit pas (par exemple, s'il y a désistement), *la demande pourra être renouvelée*.

### 4) Caractère légal

On a prétendu que le lien juridique d'instance était un rapport de droit de nature contractuelle, que le procès s'analysait en un contrat passé entre les parties, un contrat judiciaire. Cette conception trouve son origine *dans le Droit romain* où la *litis contestatio* apparaissait comme *un accord de volontés* par lequel les « parties » convenaient de soumettre leur différend à un juge. On avance en faveur de cette conception l'argument selon lequel après l'échange des conclusions, il n'est plus possible au demandeur *de se désister sans l'accord de son adversaire*.

Mais en réalité, si le défendeur comparait devant le tribunal, c'est qu'il y est contraint et forcé ! Les obligations qui dérivent du lien juridique d'instance ne dérivent pas d'un contrat judiciaire (sauf peut-être en cas de *requête conjointe*), elles dérivent tout simplement de la volonté de la loi.

### D) Les formalités administratives

Une fois l'affaire placée, le Greffier va *inscrire* l'affaire au répertoire général, où elle va recevoir un *numéro de rôle* : on dit que l'affaire est enrôlée. Le Greffier va également ouvrir un dossier concernant cette affaire, où seront insérées les pièces essentielles de la procédure ; en cas de *voie de recours*, le dossier est transmis à la juridiction saisie du recours.

Si le tribunal comporte plusieurs chambres, le Président va distribuer l'affaire à l'une de ces chambres, l'avocat du demandeur en est aussitôt avisé. Puis le Président de cette chambre va fixer la date à laquelle cette affaire sera appelée pour la première audience de procédure ; *l'avocat du demandeur* en sera aussitôt informé par le Greffe (une lettre sera déposée à son casier au Palais), ainsi que *l'avocat du défendeur* si sa constitution est déjà parvenue au Greffe (sinon, c'est l'avocat du demandeur qui prévient l'avocat du défendeur).

Depuis la loi du 10 juillet 1970, le président du tribunal (ou de la chambre) peut décider, *sauf en matière disciplinaire et en matière d'état des personnes*, que l'affaire sera jugée à juge unique, mais si l'une des parties demande *le renvoi* à la formation collégiale, le renvoi *est de*

droit si la demande est présentée *dans les 15 jours* qui suivent l'avis qui est adressé aux avocats.

### **SECTION III L'INSTRUCTION**

Dans la conception classique, les plaideurs conduisent eux-mêmes l'instruction, en déposant entre les mains du juge *des conclusions*, après les avoir portées à la connaissance de l'adversaire.

Mais désormais, le juge intervient de plus en plus au cours de cette phase préparatoire, elle-même susceptible de deux modalités.

On étudiera *le rôle du juge* (Sous-Section I) et *le rôle des parties* (Sous-Section II).

#### **SOUS-SECTION I LE ROLE DU JUGE : LA REGULATION DE L'INSTANCE**

Après s'être interrogé sur *ce que doit être le rôle du juge* (§ 1), on étudiera *le circuit court* (§ 2), *le circuit long* (§ 3) et *l'ordonnance de clôture* (§ 4).

##### **§ 1 Quel doit être le rôle du juge dans l'instruction du procès civil ?**

On examinera *les systèmes concevables* (A) et *l'évolution du droit français* (B).

###### B) Les systèmes concevables

Deux systèmes extrêmes sont concevables : *le système accusatoire* (1) et *le système inquisitoire* (2).

###### 1) Le système accusatoire

Le juge ne joue qu'*un rôle secondaire*. *Les parties* développent librement leur argumentation, demandent au juge d'ordonner les mesures d'instruction qui paraissent opportunes. Elles font venir l'affaire à l'audience pour le jour qui leur paraît utile. Ce système repose sur l'idée que les intérêts litigieux sont des intérêts d'ordre privé, le procès étant la chose des parties (c'est ce que l'on appelle « **le principe dispositif** »). Un ancien auteur, TISSIER, expliquait : « **Le juge est une sorte d'automate, à qui on apporte les matériaux, en vue d'en tirer un jugement** ». Le juge ne doit prendre aucune initiative qui pourrait bouleverser les intentions des plaideurs. Il attend d'être saisi par la partie la plus diligente pour fixer la date des plaidoiries.

###### 2) Le système inquisitoire

Le juge a le pouvoir de *diriger lui-même* l'instruction du procès. Il peut accélérer la procédure, ordonner les mesures d'instruction qui lui paraissent utiles. Et quand l'affaire lui paraît en état d'être jugée, c'est lui qui la fait venir à l'audience. Ce système repose sur l'idée que la justice est un service public. Le système inquisitoire n'a pas que des avantages : les magistrats, surchargés de dossiers, ne sont pas assez nombreux pour suivre les instructions de près.

### C) L'évolution du droit français

On peut distinguer 4 grandes étapes :

#### 1) Le Code de 1806

Il avait pris parti pour le système accusatoire : la justice était un service public, mais elle restait à la disposition des plaideurs qui avaient la direction de la procédure. Cependant, les juges avaient déjà certains pouvoirs d'instruction (ils pouvaient ordonner une enquête d'office) mais dans la pratique ils n'en usaient pas. Le système avait été *très critiqué*, la passivité du juge favorisant les manœuvres dilatoires.

#### 2) Le décret-loi du 30 septembre 1935

Lors de la révision du Code par la Commission de révision de 1934, il était apparu opportun d'accorder au juge le pouvoir de surveiller et d'accélérer la marche de la procédure. C'est ainsi que fut institué le juge chargé de suivre la procédure, dont les pouvoirs ont été accrus en 1944 et 1958. Cette réforme fut cependant un échec. Dans la plupart des tribunaux, et notamment à Paris, l'institution nouvelle restera *lettre morte*. Sa mise en œuvre s'était *heurtée à des difficultés matérielles*, les magistrats étant trop peu nombreux et déjà occupés. La réforme s'était *heurtée aussi au peu d'empressement des auxiliaires de justice*, et notamment des avocats et des avoués.

#### 3) Le décret du 13 octobre 1965

Malgré l'échec du juge chargé de suivre la procédure, le gouvernement a persévéré dans cette voie, mais *en rénovant* l'institution. On a abandonné l'appellation de juge chargé de suivre la procédure, symbole d'échec, pour la remplacer par le juge des mises en état, en accroissant ses pouvoirs : le juge des mises en état recevait des pouvoirs d'injonction, qui faisaient de lui une sorte de régulateur de la procédure. Mais par prudence et en souvenir de l'échec de la réforme de 1935, le gouvernement de 1965 a limité l'application de la nouvelle réforme à certains tribunaux, ceux qui étaient *les mieux pourvus en effectifs et en moyens matériels* : seuls furent concernés les TGI « pilotes » appartenant aux ressorts de 14 cours d'appel.

#### 4) La réforme de 1971-1975

C'est en faveur du système institué en 1965 que s'est prononcé le gouvernement. Le décret du 9 septembre 1971, repris par les **articles 760 à 781 NCPC**, a généralisé le système de la mise en état, applicable à compter du 16 septembre 1972. A nouvelle réforme, nouvelle appellation : ce n'est plus le juge des mises en état, c'est le juge de la mise en état (J.M.E.). Le juge de la mise en état est désigné par le Président du TGI pour la durée de l'année judiciaire (renouvelable). Plusieurs juges du tribunal peuvent être juge de la mise en état, y compris le Président, même à l'intérieur d'une même chambre.



Le juge de la mise en état a des *pouvoirs importants*, mais il ne *va pas intervenir dans toutes les procédures* : les affaires les plus simples seront directement renvoyées à l'audience, sans instruction par le juge de la mise en état, après une « mini-instruction » par le Président du tribunal (ou de la chambre). Seules les affaires complexes seront confiées au juge de la mise en état. Il existe ainsi deux circuits : *le circuit court* (devant le Président) (§ 2) et *le circuit long* (devant le juge de la mise en état) (§ 3), se terminant l'un et l'autre par une *ordonnance de clôture* (§ 4).

## § 2 Le circuit court : le renvoi à l'audience

Lorsque l'affaire a été *distribuée* à une chambre, le Président de cette chambre va *fixer* une date pour la première audience de procédure. Le Greffier en avertit l'avocat du demandeur et, s'il est constitué, l'avocat du défendeur. Le jour fixé (peut-être un mois environ après le placement), le Président (seul, avec son Greffier) appelle, dans la salle d'audience, l'affaire pour, aux termes de l'**article 759** « *conférer de l'état de la cause avec le avocats présents* ». C'est ce que l'on appelle « la conférence du Président ». Elle a pour objet de déterminer si l'instruction de l'affaire peut se faire simplement et rapidement (pas besoin de mise en état) ou si elle risque de se révéler complexe (désignation d'un juge de la mise en état). Le circuit court est retenu dans deux hypothèses : lorsque l'affaire est *en état d'être jugée* (A) et lorsque l'affaire est *sur le point d'être en état d'être jugée* (B).

### A) Si l'affaire est en état d'être jugée

Lorsque les deux parties comparaissent, il est peu probable que les parties aient déjà communiqué leurs pièces entre elles et échangé leurs conclusions ...

En revanche, si le défendeur n'a pas constitué avocat, le Président peut rendre l'ordonnance de clôture et fixer une date pour l'audience de plaidoirie, à moins qu'il ne préfère faire prévenir le défendeur par le greffier ou même inviter le demandeur à réassigner le défendeur, et donc renvoyer l'affaire à une autre conférence du Président.

L'audience de plaidoirie peut se tenir le jour même (l'avocat du demandeur se borne souvent dans ces conditions à déposer son dossier).

### B) Si l'affaire est sur le point d'être en état d'être jugée

Dans ce cas, le Président renverra l'affaire à une autre conférence du Président (par exemple, à 4 semaines plus tard) en impartissant aux avocats un délai pour se communiquer leurs pièces et échanger leurs conclusions. Il pourra ainsi y avoir *plusieurs renvois* (parfois, cela peut durer un an ou plus ...). S'il estime que l'affaire se révèle complexe, il pourra la renvoyer au juge de la mise en état. Lorsque l'affaire lui paraît en état d'être plaidée, il rend l'ordonnance de clôture de l'instruction et fixe la date des plaidoiries.

Le Président n'a pas de pouvoirs juridictionnels : il peut simplement *fixer des délais* (pour communiquer, pour conclure), *ordonner la jonction* d'affaires connexes, prononcer *l'ordonnance de clôture* ou, le cas échéant, prononcer *la radiation de l'affaire* si les deux parties se désintéressent de la procédure ou *le retrait du rôle* si les deux parties le demandent. Il n'a pas le pouvoir d'ordonner *la production* d'une pièce, d'ordonner une *mesure d'instruction* ou une *provision* : seul le juge de la mise en état a ces pouvoirs. Il ne peut pas ordonner *la révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction* (bien que, en fait, les Présidents l'ordonnent très souvent).

### § 3 Le circuit long : l'instruction devant le juge de la mise en état

L'affaire est renvoyée au juge de la mise en état *soit* lors de la première conférence du Président, *soit* lors d'une conférence ultérieure, si cette affaire se révèle complexe. L'audience se déroule dans la salle d'audience ou dans le bureau du juge de la mise en état, assisté de son Greffier, en présence des avocats (qui en ont été avertis par le Greffe : un avis d'audience déposé à leur casier au Palais). Il y aura plusieurs audiences (par exemple, tous les deux mois, tous les trois mois ...).

La question principale est celle de savoir quels sont les pouvoirs du juge de la mise en état. Il a un pouvoir *de conciliation* (A), un pouvoir *de surveillance de l'instruction* (B) et un *pouvoir juridictionnel* (C).

#### A) Pouvoir d'entendre et de concilier les parties

Le JME peut *entendre* (contradictoirement) les parties, un pouvoir qui n'est guère utilisé. Avec le décret du 28 décembre 2005, le nouvel **art. 768** permet au JME d'*homologuer* les accords des parties, ce qui leur évitera d'aller devant le juge du fond : sa décision aura force exécutoire (c'est-à-dire même valeur qu'un jugement). Le JME peut également, comme tout juge, recourir à la *médiation*.

#### B) Pouvoir de surveillance de l'instruction

Le juge, qui est chargé de *la mise en état de l'affaire*, va veiller au bon déroulement de l'instruction. Il peut adresser *des invitations* ou *des injonctions* aux parties, c'est-à-dire aux avocats et *fixer un calendrier* de la procédure. Il peut ordonner une *jonction d'instances*.

##### 1) Les invitations

Le juge de la mise en état peut inviter les avocats à *répondre* aux moyens de la partie adverse, à *conclure* sur tel ou tel point, à *produire une pièce*, à *mettre en cause un tiers*, à déposer *des conclusions récapitulatives*.

##### 2) Les injonctions

On examinera *les pouvoirs* du juge et *les moyens* dont il dispose pour les faire respecter.

a) Les pouvoirs du juge

Le juge de la mise en état peut enjoindre aux parties (aux avocats) de *se communiquer* les pièces qu'elles veulent verser aux débats, et *de conclure*. Il peut enjoindre à une partie *de produire* une pièce qu'elle ne veut pas verser au débat.

Il peut aussi enjoindre à un tiers de *produire* une pièce.

b) Les moyens à la disposition du juge

Pour la production d'une pièce au débat (par une partie, par un tiers), le juge de la mise en état peut assortir son injonction d'une astreinte.

Pour la communication des pièces et l'échange des conclusions, le juge de la mise en état peut délivrer son injonction sous la menace de rendre une ordonnance de clôture en cas d'inaction d'une partie ou de prononcer la radiation de l'affaire en cas d'inaction de deux parties (la radiation est une simple mesure d'administration judiciaire, dont les parties sont personnellement avisées).

D'une façon plus générale, l'**art. 764** indique que le juge de la mise en état fixe au fur et à mesure les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire. Les délais varieront avec la nature de l'affaire.

3) La fixation d'un calendrier de la procédure

S'inspirant des pratiques de juridictions ayant mis en place des « contrats de procédure », l'article 764 du nouveau code de procédure civile (modifié par le décret du 28 décembre 2005) consacre ce dispositif. L'ancienne rédaction prévoyait seulement que le juge fixe les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, « au fur et à mesure ». Prise à la lettre, cette disposition interdisait les calendriers de procédure. A tout le moins, elle n'incitait pas les juges de la mise en état à s'orienter dans cette voie.

La disposition ancienne est maintenue mais complétée : désormais, le juge, après avoir recueilli l'accord des avocats ou avoués des parties, pourra fixer le calendrier de la mise en état qui comportera **le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de clôture, celle des débats et celle du prononcé de la décision**.

Le nouvel article 764 prévoit spécifiquement les conditions dans lesquelles ce calendrier peut être modifié, afin qu'il ne reste pas seulement indicatif. Selon le texte, les délais fixés dans le calendrier **ne pourront être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée**.

On observe que **l'accord des avocats** est indispensable. ...

On observe également que les avocats, une fois qu'ils ont donné leur accord, sont liés par le calendrier qui, théoriquement, **ne peut plus ensuite être modifié**, sauf cause grave et dûment justifiée : sera-t-il toujours possible de s'en tenir à un calendrier qui a été fixé au démarrage d'une procédure quinze ou dix-huit mois auparavant ? Comment prévoir la survenance d'appels en garantie ? Pourra-t-on supporter le caractère intangible de la date de la clôture, non susceptible de reports successifs ? En dehors des affaires simples, il sera bien difficile de s'engager sur un calendrier préétabli. En pratique, il semble que les juges de la mise en état en font une application assez souple.

**Quelles sont les sanctions** encourues en cas de non-respect du calendrier ? **S'il y a défaut total de conclusions ou de pièces**, la sanction reste celle de l'intervention de l'ordonnance de clôture, étant précisé qu'une ordonnance de clôture partielle pourrait venir sanctionner le plaideur négligent. **S'il y a dépôt de conclusions ou communication de pièces hors des délais prévus par le calendrier**, ces conclusions ou pièces ne semblent pas irrecevables pour autant, tant que l'ordonnance de clôture n'a pas été rendue. Finalement, le non-respect du calendrier ne deviendrait dangereux qu'à l'approche de l'ordonnance de clôture, le concluant ou le communiquant tardif s'exposant à un risque de voir rejeter par le tribunal ses conclusions ou ses pièces : conclure ou communiquer des pièces après le délai fixé par le calendrier et juste avant la clôture ne serait pas conclure ou communiquer « en temps utile » au sens de l'article 15 NCPC.

#### 4) Les jonctions et disjonctions d'instances

Le juge de la mise en état peut procéder aux jonctions et disjonctions d'instance (art. 766). Il s'agit de mesures d'administration judiciaire, non susceptibles de recours.

#### C) Pouvoir juridictionnel (art. 771)

On examinera *l'étendue* du pouvoir juridictionnel du juge de la mise en état, *sa compétence exclusive* et *les caractères* de ses décisions.

##### 1) L'étendue du pouvoir juridictionnel du juge de la mise en état

Le juge de la mise en état sera saisi par des conclusions déposées spécialement à son intention, lui soumettant un incident (« *Plaise au juge de la mise en état* »). Il entendra les avocats, lors d'une audience. Il statuera sur l'incident par ordonnance motivée (art. 774). En cas d'urgence, une partie peut, par notification entre avocats, inviter l'autre à se présenter devant le JME aux jour, heure et lieu fixés par celui-ci (**art. 771, al. 3**). Quels sont ses pouvoirs juridictionnels ?

- a) Il peut statuer sur toutes les exceptions de procédure : incompétence, litispendance, connexité, nullité pour vice de forme, nullité pour vice de fond, exceptions dilatoires,

- b) Il peut accorder une provision ad litem (pour faire face aux frais du procès).
- c) Il peut accorder au créancier une provision lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable.
- d) Il peut ordonner d'autres mesures provisoires (par exemple, fixer provisoirement le montant d'un loyer), à l'exception des saisies conservatoires, des nantissements conservatoires et des hypothèques conservatoires (qui sont de la compétence exclusive du JEX et du Président du Tribunal de Commerce).
- e) Il peut ordonner, même d'office, toutes les mesures d'instruction (expertise, par exemple). Très souvent, c'est pour que des mesures d'instruction soient ordonnées qu'une affaire est envoyée au juge de la mise en état.
- f) Il peut statuer sur les incidents mettant fin à l'instance (désistement, acquiescement, caducité de la citation, péremption).
- g) Il peut statuer sur les dépens et, depuis le décret du 28 décembre 2005, sur l'article 700.

## 2) La compétence exclusive du juge de la mise en état

A partir du moment où le juge de la mise en état est désigné pour s'occuper d'une affaire, et jusqu'à son dessaisissement, *lui seul* est compétent pour ordonner les mesures précédentes : *ni le tribunal au fond, ni la Cour d'appel, ni le Président du tribunal en référé* ne pourraient alors les ordonner parallèlement au JME.

En outre, depuis la réforme du décret du 28 décembre 2005, modifiant l'article 771 NCPC, **les demandes relatives aux exceptions de procédure et aux incidents mettant fin à l'instance** sont soumises quant à elles à un régime spécial : elles doivent être tranchées immédiatement par le JME, elles **doivent être « purgées » avant l'audience au fond** ; elles ne pourront pas être ensuite soulevées devant le juge du fond.

L'**article 771** du nouveau code de procédure civile énonce en effet que « les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou ne soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge ». Ce texte oblige donc les parties, à peine d'irrecevabilité, à « soulever » les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance devant le juge de la mise en état, qui les tranchera. Ils ne pourront pas être « soulevés » ( = pour la 1<sup>ère</sup> fois ?) « ultérieurement » : le juge du fond (tribunal et, surtout, cour d'appel) les déclarerait irrecevables.

Plus précisément, il s'agit :

- de toutes les exceptions de procédure : exceptions d'incompétence, de litispendance, de connexité, de nullité pour vice de forme et pour vice de fond, exceptions dilatoires dont les demandes de sursis à statuer (réponse du service de documentation et d'études de la Cour de cassation, JCP 2006, Actualités, p. 1 433).
- de tous les incidents mettant fin à l'instance : décès du plaideur en cas d'action intransmissible, désistement d'instance, acquiescement, caducité de la citation, péremption d'instance.

On peut dire qu'il s'agit du « **petit bloc de compétence exclusive** » du JME.

Cette obligation ne vise évidemment pas les exceptions et incidents qui surviendraient ou seraient révélés *postérieurement* au dessaisissement du juge de la mise en état, c'est-à-dire après l'ouverture des débats oraux ou après la date fixée pour le dépôt des dossiers des avocats, art. 779 al.4). Elle ne s'applique pas non plus aux provisions, mesures provisoires, mesures d'instruction, ni bien sûr aux  *fins de non-recevoir*  classiques (autres que celles relatives aux incidents mettant fin à l'instance, par exemple le défaut d'intérêt, de qualité, l'autorité de la chose jugée etc...) qui restent de la compétence exclusive du juge du fond comme vient de le confirmer une décision toute récente de la Cour de cassation (non publiée à ce jour). Le JME se comportera donc à leur égard comme un véritable juge du premier degré.

**Le plus souvent il sera saisi (par conclusions) par le défendeur** qui soulèvera par exemple l'incompétence ou la nullité (« *Plaise au Juge de la Mise en Etat* » ...). La partie adverse (le demandeur) déposera des conclusions en réponse, une audience de plaidoirie sera fixée devant le JME (audience d'incident) et le JME statuera par une ordonnance juridictionnelle motivée.

**Ainsi, après une instruction avec mise en état, il ne sera pas possible de soulever pour la première fois devant le juge du fond (tribunal, ou surtout cour d'appel) une exception de procédure ou un incident mettant fin à l'instance**, ce qui rend partiellement obsolètes (dans le cadre d'une  *mise en état*  devant le TGI ou devant la cour d'appel) les dispositions des articles 118 et 123 non modifiés qui continuent à dire (de façon dorénavant trop générale) que les exceptions de nullité pour vice de fond peuvent être opposées en tout état de cause (ce qui reste vrai devant les autres juridictions, mais ce qui ne l'est plus totalement dans le cadre de la mise en état devant le TGI et la cour d'appel ; toutefois,  *contra*  : Ca Versailles 2 avril 2007, jugeant que le JME n'a pas de compétence exclusive pour se prononcer sur la nullité (pour vice de fond) des actes accomplis par un syndic de copropriété dépourvu d'habilitation de l'assemblée générale).

**Les procédures risquent de connaître de sérieux retards** : par exemple, le défendeur soulèvera devant le JME un incident de compétence sans conclure au fond, puisque c'est le JME qui devra statuer sur l'exception de procédure et qu'il n'est pas compétent pour trancher le fond. Il faudra attendre la décision du JME, puis le cas échéant la décision de la cour d'appel

(même si les appels de ces ordonnances échappent au circuit de la mise en état devant la cour, art. 910 al.2), avant que les parties déposent ensuite des conclusions sur le fond ...

Il faudra faire attention, après des conclusions devant le JME, de bien respecter l'obligation de déposer des conclusions récapitulatives.

A partir du moment où le juge de la mise en état est *désigné* pour s'occuper d'une affaire, *lui seul* est compétent pour ordonner les mesures précédentes : *ni le tribunal au fond, ni le Président du tribunal en référé* ne pourraient alors les ordonner (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 juill. 2006 : JCP 2006, IV, n° 2 703). En outre, les demandes relatives aux exceptions de procédure et aux incidents mettant fin à l'instance ne pourront plus être soulevées ensuite devant le juge du fond.

### 3) Les caractères des ordonnances du juge de la mise en état

Ces caractères sont relatifs aux points suivants :

- o la motivation de la décision du juge
- o l'autorité de la chose jugée
- o l'appel immédiat

#### a) La motivation de l'ordonnance du juge de la mise en état

Pour statuer sur les mesures précédentes (a à g), le juge de la mise en état rend une ordonnance motivée, transmise aux avocats par le Greffe.

#### b) L'autorité de la chose jugée

Le principe était, avant le décret du 28 décembre 2005, que les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas en principe autorité de la chose jugée sur le principal (art. 775), c'est-à-dire que lorsque le tribunal statuera ensuite sur le fond *il ne sera pas lié* par ce qui aura été décidé *provisoirement* par le juge de la mise en état.

Le décret du 28 décembre 2005 a apporté deux exceptions importantes à ce principe :

Désormais (**art. 775**), afin de tirer les conséquences de la modification précédente sur la compétence exclusive du JME pour certaines décisions (son « petit bloc de compétence exclusive »), ont autorité de chose jugée au principal les ordonnances du juge de la mise en état lorsqu'il statue **sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance**.

Le terme « *incident mettant fin à l'instance* » n'est pas très heureux : d'abord, ce n'est pas un incident qui met fin à l'instance, mais plutôt la décision qui statue sur un incident ; d'autre part, on devine qu'une ordonnance du JME accueillant une fin de non-recevoir tirée de la péremption d'instance aura statué sur un « incident mettant fin à l'instance ». Mais en est-il encore de même pour une ordonnance du JME rejetant une fin de non-recevoir tirée de la péremption d'instance ?

- M. Perrot en doute et considère qu'une ordonnance du JME rejetant une fin de non-recevoir tirée de la péremption d'instance ne statue pas sur un incident mettant fin à l'instance et n'a donc pas autorité de la chose jugée sur le principal : par voie de conséquence, lorsque l'affaire (qui va se poursuivre, puisque l'ordonnance n'a pas mis fin à l'instance) viendra au fond devant le tribunal, le tribunal ne sera pas lié par l'ordonnance du JME et pourrait très bien juger qu'il y a lieu à péremption d'instance (Roger Perrot, décret du 28 décembre 2005, Procédures, février 2006, p.8).
- Cette opinion n'est pas partagée par M. Guillaume qui considère au contraire que l'intention du pouvoir réglementaire était de faire régler l'ensemble des incidents (exceptées les fins de non-recevoir) par le juge de la mise en état, de façon définitive, quel que soit le sens de sa décision. Pour M. Guillaume, dès que le juge de la mise en état rend une décision relative à un incident susceptible de mettre fin à l'instance, sa décision, qu'elle rejette ou accueille l'incident, a autorité de la chose jugée (Marc Guillaume, Gaz. Pal. 2-4 juillet 2006, p. 39).

Dans le même sens, Bull. Avoués Paris, n°175.

c) L'absence d'appel immédiat

- Les ordonnances juridictionnelles du juge de la mise en état **en principe ne sont pas susceptibles d'appel immédiat** : l'appel ne sera possible qu'avec le jugement sur le fond, il est différé jusqu'au jugement sur le fond. L'opposition est exclue.
- **Mais l'appel immédiat est par exception possible dans les cas suivants (art. 776) :**
  - en matière d'expertise et de sursis à statuer : autorisation du 1<sup>er</sup> Président de la cour d'appel s'il existe un motif grave et légitime
  - quand l'ordonnance condamne à une provision (si demande supérieure à 4.000 euros).
  - quand l'ordonnance porte sur des mesures provisoires en matière de divorce,
  - quand l'ordonnance porte sur une exception de procédure (par ex., incompetence, nullité de l'assignation),
  - quand l'ordonnance statue sur un incident mettant fin à l'instance (par exemple, la péremption d'instance), ou quand elle a pour effet de mettre fin à l'instance ( ?? ), ou quand elle en constate l'extinction (par ex., désistement, décès) : par ces formules redondantes (dont la première est due au décret du 28 décembre 2005), on n'a voulu négliger aucune possibilité permettant aux parties au procès



de relever appel d'une décision du juge de la mise en état lorsque cette ordonnance met fin à l'instance (Gérard Verdun, Gaz. Pal. 2-3 août 2006, p. 17).

En principe, le délai d'appel est de 15 jours à compter de la signification de l'ordonnance (sauf expertise et sursis à statuer).

En conclusion, on constate qu'avec le décret du 28 décembre 2005 le JME prend un peu plus l'aspect d'un véritable juge du premier degré. Nombre d'incidents se plaignent devant lui, certaines de ses décisions ont autorité de la chose jugée et peuvent faire l'objet d'appel immédiat.

Mais il faut bien comprendre que le calendrier de la procédure, la compétence exclusive renforcée du JME, l'autorité de la chose jugée de ses décisions et la possibilité d'un appel immédiat ne sont applicables que dans les seules procédures où un JME est désigné. Au contraire, chaque fois que l'affaire reste au circuit court, à la Conférence du Président, ces règles ne se rencontrent pas. Mais on constate que depuis le décret du 28 décembre 2005, la quasi-totalité des affaires est dirigée vers le JME.

### **§ 3 - La clôture de l'instruction**

L'ordonnance de clôture est destinée à mettre fin à l'instruction par un acte formel, afin d'éviter que la discussion se prolonge jusqu'à l'audience et oblige le juge à reporter la date des plaidoiries.

Elle est régie par les **art. 782 à 786**. On examinera *les conditions* (A) et *les effets* (B) de l'ordonnance de clôture.

#### **A - Les conditions de l'ordonnance de clôture**

Si l'affaire est restée au *circuit court*, c'est le Président qui rendra l'ordonnance de clôture.

Si l'affaire a été renvoyée à la mise en état, au *circuit long*, c'est le juge de la mise en état qui rendra l'ordonnance de clôture.

Dans les deux cas, l'ordonnance de clôture est une ordonnance qui n'est pas motivée et qui ne peut être frappée d'aucun recours : *c'est une simple mesure d'administration judiciaire*. Le Greffe la transmet aux avocats.

#### **B - Les effets de l'ordonnance de clôture**

On examinera *la règle de principe* (1), *la mise en œuvre* (2) et *les exceptions* (3).

##### 1) Le principe

Il est posé à l'**article 783** : après l'ordonnance de clôture, aucune conclusion ne peut être déposée, ni aucune pièce produite, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office. Le litige est définitivement **crystallisé dans ses éléments constitutifs**. La clôture est totale. Si des conclusions étaient déposées après l'ordonnance de clôture, ou des pièces communiquées après l'ordonnance de clôture, le tribunal devrait *les écarter* des débats, les rejeter.

Depuis la réforme du décret du 28 décembre 2005, il peut y avoir **clôture partielle** *si l'un des avocats n'a pas accompli les actes de la procédure dans le délai imparti : le juge peut ordonner la clôture à son égard, d'office ou à la demande d'une autre partie*. Cette clôture partielle n'aura semble-t-il d'utilité que pour les procès complexes mettant en cause des parties multiples, notamment à la suite d'appels en garantie, afin d'éviter que des parties n'attendent le dépôt des conclusions adverses avant de rédiger les leurs (Loïc Cadiet et autres, le procès civil français à son point de déséquilibre ? , JCP 2006, I, 146).

La possibilité offerte au « juge » (il semble que ce soit le seul **JME**) par l'article 780 semble étrange. En effet, l'avocat n'est pas partie au procès et l'ont voit mal comment une ordonnance de clôture peut être rendue « *à son égard* » alors qu'elle a pour effet de clôturer l'instruction de l'affaire. En outre, si une clôture est rendue à l'égard d'un avocat, rien ne devrait interdire à la partie concernée de faire accomplir les diligences par un autre avocat qu'elle constituerait ... (Gérard Verdun, Réflexions et commentaires du décret du 28 décembre 2005, Gaz. Pal. 22-23 fév. 2006, p. 22).

**Le juge rétracte l'ordonnance de clôture partielle**, d'office ou lorsqu'il est saisi de conclusions à cette fin, pour permettre de répliquer à des demandes ou des moyens nouveaux présentés par une partie postérieurement à cette ordonnance. Il en est de même en cas de cause grave et dûment justifiée. Le système mis en place n'est pas simple !

La décision du juge de la mise en état n'étant pas susceptible de recours, la juridiction de jugement n'aura pas d'autre choix, avant tout examen au fond, que d'examiner ce point et au besoin de renvoyer l'affaire dans le cadre de la mise en état pour qu'il soit donné la possibilité à la partie sanctionnée de conclure à nouveau. Cette réouverture des débats avec révocation de l'ordonnance de clôture alourdira d'autant plus les délais que l'on souhaitait réduire (Roger Tudela, décret du 28 décembre 2005 : vers une contractualisation de la procédure civile ?, Gaz. Pal. 26-28 mars 2006, p. 15).

La mise en œuvre de la clôture partielle risque d'être délicate : comment le JME saura-t-il distinguer les affaires dans lesquelles il ne risque pas d'y avoir des moyens nouveaux qui seront présentés postérieurement par une partie ?

## 2) La mise en œuvre (le problème des pièces et conclusions tardives)

Les plaideurs agissent souvent au dernier moment ... Que se passe-t-il si un plaideur dépose des conclusions ou communique des pièces peu de temps avant la clôture, voire le jour même de

l'ordonnance de clôture, si l'avocat adverse n'est pas présent à l'audience prévue pour la clôture et si l'ordonnance de clôture est rendue ?

La jurisprudence est partagée : certains juges écartent de telles pièces ou conclusions tardives, en s'appuyant notamment sur le principe de la contradiction. D'autres les admettent, au motif qu'elles ne sont pas intervenues *après* l'ordonnance de clôture, mais *avant* !

La Cour de cassation hésite depuis longtemps. Elle a jugé dans des arrêts rendus en chambre mixte le 3 février 2006 (D. 2006, p. 1 268, note Antoine Bolze) que les juges du fond avaient un *pouvoir souverain d'apprécier* si les pièces et conclusions étaient intervenues ou non en « temps utile » au sens de l'article 15 NCPC. Depuis, il a été jugé que des conclusions « remises au Greffe 8 minutes avant le début de l'audience », auxquelles l'adversaire était dans l'incapacité de répondre, n'avaient pas été déposées « **en temps utile** » et devaient être rejetées des débats (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 2006 : JCP 2006, IV, n° 1 681). Mais il a été également jugé que « les dernières conclusions déposées et signifiées la veille de l'ordonnance de clôture ne contenaient pas de moyens nouveaux ou de demandes nouvelles : elles avaient été produites en temps utile au sens de **l'article 15 NCPC** » (Cass. ch. mixte, 26 mai 2006 : D. 2006, p. 1 564). L'incertitude continue donc à planer sur cette question qui est pourtant essentielle à l'activité quotidienne des avocats.

L'instauration des calendriers de procédure (devant le JME) devrait contribuer à la diminution de ce type de difficulté ... si ces calendriers sont eux-mêmes respectés.

### 3) Les exceptions

Ici, le décret du 28 décembre 2005 n'a pas apporté de modifications. Sont recevables après l'ordonnance de clôture de l'instruction :

a) Les demandes en intervention volontaire

b) Les conclusions relatives aux loyers, arrérages, intérêts et autre accessoires (c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de parfaire un compte après l'ordonnance de clôture, à condition qu'il n'y ait pas de contestation sérieuse)

c) Les conclusions qui tendent à la révocation de l'ordonnance de clôture (en théorie, on ne peut pas demander, par simple lettre au président, la révocation de l'ordonnance de clôture...)

En effet, l'ordonnance de clôture peut être révoquée pour cause grave, soit par le juge de la mise en état jusqu'à l'ouverture des débats oraux ou le dépôt du dossier (circuit long), soit par le tribunal. La révocation peut être ordonnée à la demande d'une partie, ou d'office par le juge. Par exemple, *une partie* veut faire état d'un *fait important* intervenu entre-temps, d'un nouveau *témoignage* ... Ou encore *le tribunal*, après l'audience de plaidoiries, préfère ne pas statuer au fond et renvoyer l'affaire à l'instruction pour une *instruction plus complète*. Ou encore, une *constitution d'un avocat* survient après l'ordonnance de clôture : le défendeur, ou un tiers (intervention volontaire, ou forcée).

- d) Les conclusions qui tendent à la reprise d'instance.
- e) Selon la jurisprudence, les conclusions prises à la suite d'une ordonnance de réouverture des débats oraux.

## SOUS-SECTION II LE ROLE DES PARTIES : LES CONCLUSIONS

On appelle « conclusions » l'acte de procédure par lequel une partie fait connaître au tribunal ses prétentions et moyens. Conclusion vient du latin « **clavis** » : la clef ; conclure, *c'est fermer à clef, enfermer*. Les conclusions ont une grande importance : elles rendent l'instance *contradictoire* lorsque les deux parties ont conclu, elles permettent de *dégager les données du litige*, de faire connaître au juge *les points de fait et de droit* sur lesquels il devra statuer.

On examinera *la présentation* des conclusions (A), *les effets* des conclusions (B) et *le rôle du juge* (C).

### A) La présentation des conclusions

Elles sont *écrites* (1), indiquent *les moyens de fait et de droit* (2), sont *notifiées* à la partie adverse (3) et *déposées* au tribunal (4)

- 1) Elles doivent être écrites, signées par l'avocat
- 2) Elles doivent indiquer les moyens de fait et de droit

Elles doivent formuler expressément les prétentions des parties. Ainsi, une demande de condamnation « *au paiement des sommes dues* », non chiffrée, n'est pas recevable (Cass. 2<sup>ème</sup> Civ., 10 févr. 2000 : JCP 2000, II, 10 405).

Elles doivent aussi formuler les moyens en fait et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée. Un bordereau énumérant les pièces justifiant ces prétentions est annexé aux conclusions (**art. 753**).

L'obligation d'indiquer les moyens de fait et de droit (certains auteurs disent que les conclusions doivent être « qualificatives », parce qu'il faut qualifier les faits : G. Bolard, *Les écritures qualificatives*, JCP 200, I, 214 ; mais la jurisprudence ne semble guère y attacher d'importance) n'a d'autre effet que de mettre à la charge des plaideurs la rédaction d'une démonstration normalement compréhensible appuyée sur des principes juridiques indiqués. Même si peut paraître souhaitable l'indication des textes de loi applicables, l'article 753 ne rend pas obligatoire cette mention (Paris 19 juin 2002 : Juris-Data n°187622).

Elles sont rédigées à l'image du jugement souhaité, avec les motifs (« Plaise au tribunal ») et, à la fin, le dispositif (« Par ces motifs ») qui résume l'objet de la demande.

f) Selon la jurisprudence, les conclusions prises à la suite d'une ordonnance de réouverture des débats oraux.

## **SOUS-SECTION II LE ROLE DES PARTIES : LES CONCLUSIONS**

On appelle « conclusions » l'acte de procédure par lequel une partie fait connaître au tribunal ses prétentions et moyens. Conclusion vient du latin « **clavis** » : la clef ; conclure, *c'est fermer à clef, enfermer*. Les conclusions ont une grande importance : elles rendent l'instance *contradictoire* lorsque les deux parties ont conclu, elles permettent de *dégager les données du litige*, de faire connaître au juge *les points de fait et de droit* sur lesquels il devra statuer.

On examinera *la présentation* des conclusions (A), *les effets* des conclusions (B) et *le rôle du juge* (C).

### B) La présentation des conclusions

Elles sont *écrites* (1), indiquent *les moyens de fait et de droit* (2), sont *notifiées* à la partie adverse (3) et *déposées* au tribunal (4)

1) Elles doivent être écrites, signées par l'avocat

2) Elles doivent indiquer les moyens de fait et de droit

Elles doivent formuler expressément les prétentions des parties. Ainsi, une demande de condamnation « *au paiement des sommes dues* », non chiffrée, n'est pas recevable (Cass. 2<sup>ème</sup> Civ., 10 févr. 2000 : JCP 2000, II, 10 405).

Elles doivent aussi formuler les moyens en fait et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée. Un bordereau énumérant les pièces justifiant ces prétentions est annexé aux conclusions (**art. 753**).

L'obligation d'indiquer les moyens de fait et de droit (certains auteurs disent que les conclusions doivent être « qualificatives », parce qu'il faut qualifier les faits : G. Bolard, *Les écritures qualificatives*, JCP 200, I, 214 ; mais la jurisprudence ne semble guère y attacher d'importance) n'a d'autre effet que de mettre à la charge des plaideurs la rédaction d'une démonstration normalement compréhensible appuyée sur des principes juridiques indiqués. Même si peut paraître souhaitable l'indication des textes de loi applicables, l'article 753 ne rend pas obligatoire cette mention (Paris 19 juin 2002 : Juris-Data n°187622).

Elles sont rédigées à l'image du jugement souhaité, avec les motifs (« Plaise au tribunal ») et, à la fin, le dispositif (« Par ces motifs ») qui résume l'objet de la demande.

Si une demande figure dans les motifs, sans être reprise dans le dispositif, le tribunal en est quand même valablement saisi, selon une jurisprudence constante (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 avril 2004 : D. 2004, inf. rap., p. 1425).

Les parties peuvent présenter dans leurs conclusions des demandes à titre principal, puis des demandes *à titre subsidiaire* (au cas où, par impossible, le tribunal ne retiendrait pas les premières demandes), puis des demandes formulées *très subsidiairement*, ou *encore plus subsidiairement* ou *tout à fait subsidiairement*.

Les conclusions peuvent être rédigées soit en langage courant soit sous forme plus classique (« Attendu que ... »).

Si les mentions de la constitution sont incomplètes (date et lieu de naissance du défendeur etc...), les conclusions du défendeur sont irrecevables jusqu'à ce que ces mentions soient fournies (par conclusions).

### 3) Elles doivent être notifiées à l'adversaire

C'est un acte d'avocat à avocat, un « **acte du Palais** ». Elles sont notifiées soit par signification à l'avocat adverse ou aux avocats constitués) *par les huissiers-audienciers*, soit par remise directe en double exemplaire à l'avocat adverse. La date de la notification est importante (la signification devant avoir lieu avant l'ordonnance de clôture).

La signification par les huissiers-audienciers s'effectue de la manière suivante : l'avocat concluant remet aux huissiers les conclusions à notifier en 3 exemplaires (un pour lui et deux pour le Tribunal) + autant d'exemplaires que d'avocats adverses constitués (donc au moins 1, car on ne conclut pas dans une affaire dans laquelle le défendeur n'a pas constitué d'avocat puisqu'il n'y a personne en face pour recevoir les conclusions).

Par exemple, dans une procédure dans laquelle figurent 7 avocats constitués, l'avocat concluant devra remettre aux huissiers-audienciers :

- 1 exemplaire (l'original) sur lequel l'avocat concluant aura apposé 6 timbres H.A., sur lequel les huissiers-audienciers apposeront leur cachet, la date, et leur signature, et qu'ils retourneront (« régularisé », comme on dit) à l'avocat concluant à son casier : ce sera l'original des conclusions ;
- 6 exemplaires pour les autres avocats, que les huissiers-audienciers, après avoir apposé leur cachet, la date et leur signature, déposeront dans les casiers de ces avocats
- 2 exemplaires pour le tribunal que les huissiers-audienciers feront parvenir au Greffe de la chambre du tribunal saisie de l'affaire (dont les coordonnées figurent sur les

conclusions) et que le Greffier, après les avoir datées, répartira ainsi : 1 exemplaire dans le dossier du tribunal et 1 exemplaire retourné au casier de l'avocat concluant.

On remarque ainsi que l'avocat concluant doit toujours avoir dans son dossier, en double exemplaire, les conclusions qu'il a rédigées : 1 exemplaire portant le cachet des huissiers-audienciers, faisant la preuve qu'il a bien notifié les conclusions aux autres avocats constitués ; 1 exemplaire portant le cachet du Greffe, faisant la preuve qu'il a bien déposé ses conclusions au Tribunal.

A noter que les conclusions doivent être notifiées à tous les avocats constitués, même si peut-être ces avocats ne sont pas vraiment des adversaires, même s'ils sont « du même côté de la barre », même s'ils n'ont pas conclu à l'encontre du concluant. Le principe de la contradiction impose que les conclusions soient systématiquement notifiées à l'ensemble des avocats constitués.

#### 4) Elles doivent être remises au Greffe du tribunal

Autrefois, les avoués auprès des tribunaux les *lisaient* à la barre. Puis ils se sont limités à les « déposer » sur le bureau du juge, d'où l'expression « **le dépôt des conclusions** ».

Les conclusions doivent avoir été notifiées à la partie adverse (ou aux parties adverses) *avant* d'être déposées au Greffe de la chambre. Deux exemplaires sont remis au Greffier qui en conserve un dans le dossier de procédure du tribunal et qui en restitue un, visé et daté, à l'avocat concluant (l'auteur des conclusions), à titre de preuve de la formalité effectuée.

#### C) Les effets des conclusions

Les conclusions ont pour effet de saisir le tribunal des prétentions et moyens des parties. Le tribunal devra y répondre. **Devant le TGI (et la cour d'appel), ce qui n'est pas écrit ne compte pas !**

Les conclusions constituent une demande en justice. Elles sont à ce titre interruptives de la prescription extinctive (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 1996 : JCP 1996, IV, n° 2248) et elles seraient même, selon des décisions récentes, interruptives des délais préfix (mais il vaut mieux rester prudent à cet égard et préférer interrompre un délai préfix par une assignation).

Les conclusions doivent être suffisamment précises : on dit qu'elles doivent être « qualificatives » ; par exemple, une demande sollicitant seulement la condamnation de l'adversaire au « *paiement des sommes dues* », sans fournir d'élément d'évaluation, n'est pas régulière (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 fév. 2000 : JCP 2000, II, 10 405, note du Rusquec).

Les conclusions sont souvent nombreuses dans une procédure. Le défendeur, après avoir constitué avocat, répond à l'assignation en déposant ses conclusions. Le demandeur peut répliquer. Le défendeur peut répondre à son tour etc. ...

Il faut respecter l'ordre d'exposition des moyens : d'abord les exceptions de procédure (par exemple, une exception de nullité ou d'incompétence), puis les fins de non-recevoir (par exemple, la prescription) quand bien même ces moyens seraient-ils présentés dans les mêmes conclusions (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 juill. 2004 : JCP 2004, IV, n° 10 176, note Hervé Croze).

Il faut considérer en particulier *les premières* (1) et *les dernières* (2) conclusions.

#### 1) Les premières conclusions sur le fond du défendeur

On sait que *l'assignation vaut conclusions* : dès que le défendeur dépose ses premières conclusions sur le fond, l'instance prend *un caractère contradictoire*. Le juge connaît les prétentions des deux parties. On dit que **l'instance est liée** (c'est la liaison de l'instance). Ceci entraîne *deux conséquences* :

- le dépôt des conclusions sur le fond du défendeur marque l'instant à partir duquel les exceptions de procédure cessent d'être recevables (en principe)
- le demandeur, après le dépôt des premières conclusions du défendeur sur le fond, ne peut plus se désister sans le consentement du défendeur (mais celui-ci ne peut refuser, sauf raison légitime).

#### 2) Les dernières conclusions

Elles fixent le contenu du lien juridique d'instance.

Elles déterminent la compétence et le taux du ressort.

Selon **l'article 753** (devant le TGI) et l'article 954 al. 2 (devant la cour d'appel), les parties doivent reprendre dans leurs dernières conclusions les prétentions et moyens présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures (ou dans leur assignation). A défaut, elles sont réputées les avoir abandonnés et le tribunal ne statue que sur les dernières conclusions (**art. 753**).

On dit que **les dernières conclusions doivent être récapitulatives**, car le tribunal ne statuera qu'au vu de ces dernières conclusions.

La jurisprudence a précisé les points suivants :

##### a) la portée de la règle

- la non-reprise de certains moyens et prétentions dans les dernières conclusions équivaut à leur abandon ; le tribunal ne statuera pas dessus (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 29 janv. 2004 : Gaz. Pal. 13-15 mars 2005, p. 14), même s'il s'agit d'une erreur de l'avoué qui a porté, à tort, le nom d'une partie sur des conclusions : cette partie est alors censée avoir abandonné



les moyens antérieurs non repris (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 29 janv. 2004 : Gaz. Pal. 2005, 1, 1 282, note du Rusquec) ;

- toute formule de renvoi ou de référence à des conclusions antérieures est insuffisante et inefficace (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 oct. 2005 : JCP 2005, p. 2 027, IV, n° 3 347 ; TGI Bernay 27 mai 1999 : Gaz. Pal. 2000, 1, 66, en matière d'intervention volontaire où le tiers intervenant (la fille) s'était borné à dire qu'elle demandait au tribunal « *de faire droit aux demandes qui avaient été présentées par sa mère en son nom alors qu'elle était mineure* » ) ; de même, ne suffisent pas les conclusions déposées par lesquelles un plaideur se contente de demander acte de ce qu'il réitère « *de plus fort* » les moyens et fins soutenus dans ses précédentes écritures (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 fév.. 2005 : JCP 2005, IV, n° 1 674) ;
- toutefois, certains effets des conclusions non reprises seront maintenus : pour déterminer l'ordre dans lequel ont été soulevées les exceptions, pour l'interruption de la prescription, pour l'interruption de la péremption d'instance, pour valoir aveu judiciaire (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 mai 2003 : Gaz. Pal. 2003, 2, somm. p. 3234).

#### b) le domaine d'application de la règle

La Cour de cassation considère que sont concernées les conclusions qui déterminent l'objet du litige et celles qui soulèvent un incident de nature à mettre fin à l'instance (incident de nullité, péremption d'instance ... ) : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 mai 2001 : D. 2003, p. 99 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 avril 2004 : D. 2004, inf. rap., p. 1 354 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 20 janv. 2005 : JCP 2005, IV, n° 1 403, p. 407).

En revanche, la Cour de cassation considère que sont exclues de cette règle les conclusions tendant à l'irrecevabilité pour tardiveté des conclusions (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 mai 2001 précité : D. 2002, p. 99, note A. Bolze), solution à étendre sans doute aux conclusions tendant au rejet des pièces qui seraient communiquées tardivement, les conclusions fournissant simplement un complément de l'identité du concluant, les conclusions de sursis à statuer ou d'opposition à sursis à statuer (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 20 janv. 2005 : JCP 2005, IV, n° 1 403), les conclusions de reprise d'instance après une interruption de l'instance, les conclusions de jonction d'instances, les conclusions ne faisant que répondre aux questions précises posées par le jugement avant-dire droit (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 avril 2005 : JCP 2005, IV, n° 2 346, p. 1 143), les conclusions tendant exclusivement à défendre à l'exception de nullité de l'assignation soulevée par les défendeurs (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 20 oct. 2005 : D. 2005, p. 2 902).

#### D) Le rôle du juge (rappel)

Le rôle du juge vis-à-vis des conclusions a déjà été évoqué. Le juge peut *inviter* les parties à conclure sur tel ou tel point, leur *enjoindre de conclure* dans tel délai. Il peut inviter les plaideurs à *récapituler* leurs conclusions. Il peut prononcer *l'ordonnance de clôture de l'instruction* qui rendra irrecevables toutes conclusions postérieures (sauf exceptions).

## SECTION IV LES DEBATS ORAUX

### Introduction.

Jusqu'à présent les parties, par l'intermédiaire de leurs avocats, se sont bornées à *échanger des conclusions*. Il va falloir maintenant *les discuter à la barre*.

La date de l'audience des plaidoiries est fixée par le *Président* de la chambre ou par le *juge de la mise en état*. Il peut arriver qu'un avocat demande ensuite au Président de la chambre une remise de cause c'est-à-dire un renvoi de l'affaire à une autre audience de plaidoiries. La décision de renvoyer ou non l'affaire à une autre date d'audience est une prérogative du Président de la chambre : le renvoi n'est jamais de droit, même si la demande est faite conjointement par les avocats.

En principe l'audience est publique. La publicité des débats est posée à l'**article 433** et le Conseil d'Etat y a vu dans un arrêt du 4 octobre 1974 **un principe général du droit**. L'**article 6 de la CDEH** rappelle cette exigence. Mais il existe des cas dans lesquels il est préférable d'entourer un procès d'une certaine *discretion*, où l'affaire sera jugée *en chambre du conseil*. Il y a d'une part les cas obligatoires : *divorce, filiation*. Et d'autre part des cas facultatifs, prévus par l'**art. 435** (loi du 9 juillet 1975) : s'il y a risque d'*atteinte à l'intimité de la vie privée*, si *toutes les parties le demandent*, s'il y a risque de *désordres*. En cas de violation de ces règles, il y aura nullité du jugement, mais la nullité doit être *invoquée avant la clôture des débats* et il n'y aura pas nullité si on a *régularisé*, c'est-à-dire si l'audience s'est poursuivie en sa forme régulière.

Les débats oraux peuvent comporter diverses phases, plus ou moins nombreuses selon les cas : *le rapport* d'un juge (§ 1), *les plaidoiries des avocats* (§ 2), *les conclusions du Ministère Public* (§ 3), la révocation éventuelle de l'ordonnance de clôture de l'instruction (§ 4), *la clôture des débats* (§ 5), les notes en délibéré (§ 6) et la réouverture des débats (§ 7).

### **§ 1 Le rapport d'un juge**

La formalité du rapport a été introduite par le décret-loi du 30 octobre 1935. Il semblait *utile* qu'un rapport soit présenté au tribunal, pour que les juges qui n'ont pas participé à l'instruction de l'affaire soient *informés* des éléments du litige sur lequel ils doivent statuer. Mais deux inconvénients étaient apparus : le rapport pouvait ressembler à *un pré-jugement*, rendant illusoires les plaidoiries des avocats ; et puis, cela pouvait apparaître comme *une perte de temps* pour les juges chargés du rapport.

Avec le décret du 28 décembre 2005, modifiant l'**article 785** NCPC, un rapport oral est obligatoire devant le TGI (en cas de circuit court comme en cas de circuit long) : le rapport est alors fait par le JME ou, exceptionnellement, par le Président ou un autre juge. Le rapport *expose* l'objet de la demande, les moyens des parties, les questions de fait et de droit soulevées par le litige. Le rapport est *oral*. Il est fait au début de l'audience, avant les plaidoiries, sans que le juge rapporteur ne fasse connaître son avis. A la clôture d'une instruction avec mise en état, « **le**

**juge de la mise en état** » peut demander aux avocats de déposer au Greffe leur dossier, comprenant notamment les pièces produites, à la date qu'il détermine, pour la préparation du rapport (**art. 779 al. 2**).

Que se passera-t-il si le ou les avocats ne déposent pas leur dossier en temps et en heure ou ne le déposent pas du tout ? Y aura-t-il une sanction ?

## § 2 Les plaidoiries des avocats

On examinera *devant* qui l'affaire est plaidée (A) et *comment* elle est plaidée (B).

### A) Devant qui l'affaire est plaidée

Il convient de distinguer trois situations différentes : plaidoirie devant *le juge unique* (1), devant *le juge de la mie en état ou le juge chargé du rapport* (2), devant *le tribunal* (3). Enfin, il peut *ne pas y avoir d'audience de plaidoirie* (4).

#### 1) Plaidoirie devant le juge unique

La loi prévoit dans quelques cas qu'une affaire sera jugée à juge unique : en matière *d'accident de la circulation par exemple*, ou en matière *d'exequatur* (art. L. 311-11 COJ).

Autrement, le Président du tribunal ou le Président de la chambre peut décider (au moment de la fixation de l'affaire ou au cours de la procédure) que l'affaire sera jugée à juge unique. Les avocats en sont *avisés* et ils ont un délai de *15 jours* pour demander le *renvoi devant la formation collégiale* : le renvoi *est de droit* si la demande est présentée dans ce délai ; si la demande est présentée passé ce délai, en général les Présidents renvoient quand même devant la formation collégiale (alors qu'ils n'y sont pas obligés).

#### 2) Plaidoirie devant le juge de la mise en état ou le juge chargé du rapport

Ici, normalement l'affaire devrait être plaidée devant la formation collégiale. Mais il peut être *plus souple* de prévoir que l'affaire ne sera plaidée que devant un seul juge. Cette pratique était connue depuis longtemps *au tribunal de commerce* sous le nom de *renvoi au délibéré du juge rapporteur*. Selon l'**article 786**, il suffit que *les avocats ne s'y opposent pas*.

La Cour de cassation a précisé dans de nombreux arrêts que si les plaidoiries pouvaient avoir lieu devant un juge, elles pouvaient aussi avoir lieu devant deux juges : « *si, aux termes de l'art. 786 NCPC, les plaidoiries peuvent être entendues, avec l'accord des avocats, par le juge de la mise en état ou le magistrat chargé du rapport, rien n'interdit qu'elles le soient pas deux magistrats, dès lors qu'il en est ensuite rendu compte à la formation collégiale dans son délibéré, peu important que le magistrat « assistant » le président rapporteur n'en fasse pas partie* » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 fév. 2004 : D. 2004, p. 1 206 ; Cass. com. 6 juill. 1993 : RTDCiv. 1993, p. 887, obs. Perrot). Cette possibilité est très souvent utilisée, notamment en cas d'indisponibilité d'un magistrat.

Mais *après* les plaidoiries devant ce magistrat, juge de la mise en état ou juge rapporteur, le juge qui aura entendu les avocats devra rendre compte des explications recueillies à la formation collégiale et l'affaire sera en définitive *jugée par la formation collégiale* (tandis que pour la plaidoirie devant le juge unique, le jugement est rendu par le juge unique ; ici, pour la plaidoirie devant le juge de la mise en état ou le juge rapporteur, le jugement est rendu par le tribunal).

### 3) Plaidoiries devant la formation collégiale

C'est l'hypothèse traditionnelle : les avocats plaident devant au moins *trois juges*.

Si un juge est indisponible, le Président de la chambre peut aussi demander *à l'avocat le plus ancien* présent dans la salle d'audience de venir compléter le tribunal, entendre les plaidoiries et participer au délibéré et à la rédaction du jugement.

### 4) Le jugement sans audience de plaidoirie (dépôt du dossier)

Dans la pratique, de nombreux dossiers sont déposés sans être plaidés. Cette pratique des dépôts de dossier par les avocats a été officialisée par le décret du 28 décembre 2005 afin de limiter la durée des audiences. Avec ce système, on aboutit finalement à **un jugement sur pièces**.

L'**article 779 al. 3** prévoit donc, **pour les procédures avec mise en état**, que **le Président ou le JME** s'il a reçu délégation à cet effet peut, **à la demande des avocats**, et après accord, le cas échéant, du Ministère Public, autoriser le dépôt des dossiers au Greffe de la chambre à une date qu'il fixe, quand il lui apparaît que l'affaire **ne requiert pas de plaidoiries**.

L'application de l'article 779, al. 3, qui ne concerne que les procédures avec mise en état (circuit long), suppose donc une demande des avocats : elle ne saurait donc être imposée par le juge. Le juge peut autoriser ou ne pas autoriser. En cas d'autorisation, une information devra être donnée aux parties quant aux noms des juges qui seront appelés à délibérer (art. 786-1), afin que les parties puissent ainsi, le cas échéant, contester la composition de la juridiction.

Que se passera-t-il si le ou les avocats ne déposent pas leur dossier en temps et en heure ou ne le déposent pas du tout ? Y aura-t-il une sanction ? Le tribunal pourrait-il débouter une partie de ses demandes au motif que, au jour fixé, elle n'avait pas remis son dossier et donc aucune pièce ? Une décision a été rendue en ce sens ...

Les règles relatives au délibéré ne sont pas modifiées par ce nouveau dispositif. Mais en ce cas il n'y a plus ouverture ni clôture des débats. Pour cette raison, le JME demeure saisi jusqu'à la date fixée pour le dépôt des dossiers.

### B) Comment l'affaire est plaidée

On s'en tiendra à trois observations ::

1) Le Greffier tient le registre d'audience (le plumitif)

Y sont mentionnées diverses indications : date de l'audience, nom des juges, des avocats, des parties ..., et tous les *incidents* qui peuvent se produire. C'est *une sorte de Procès-Verbal*, dont les indications peuvent être utilisées pour faire prononcer *la nullité du jugement*.

2) Le Président de la chambre dirige les débats.

Il a la *police* de l'audience. Il *donne la parole* d'abord à l'avocat du *demandeur*, puis à celui du *défendeur* (**art. 440 al.3**). Les plaidoiries ne sont *pas obligatoires*, il suffit que les avocats remettent leur dossier au tribunal.

*Les parties elle-mêmes* ont le droit de présenter à la barre des observations orales, même devant le TGI., tout en étant assistées par leur avocat. L'**article 441** prévoit que le président peut leur retirer la parole « *si la passion ou l'inexpérience les empêche de discuter leur cause avec la décence convenable ou la clarté nécessaire* ».

3) Les plaidoiries ont perdu de leur importance , mais elles peuvent être très utiles lorsque l'affaire est complexe

Les usages varient selon les tribunaux. A Paris, il vient d'être décidé que les avocats remettront leur dossier au tribunal 15 jours avant l'audience, qu'un juge rapporteur sera toujours désigné et que le Président pourra poser des questions aux avocats le jour de l'audience, ce qui s'éloigne de la conception classique de la plaidoirie constituée par un double monologue (d'environ une demi-heure pour chaque avocat). Une semblable tentative avait été faite il y a environ trois ans, sans succès, les avocats restant attachés à la plaidoirie traditionnelle.

### § 3 Les conclusions du Ministère Public partie jointe

Lorsque le Ministère Public agit comme partie jointe, le dossier de la procédure lui sera communiqué par le tribunal et les avocats devront lui communiquer leurs pièces.

Il y a les cas de communication légale (*filiation, tutelle, enregistrement, ordre*), l'hypothèse de la communication judiciaire (*le tribunal demande au Ministère Public son avis*) et l'hypothèse de la communication volontaire (*le Ministère Public se fait communiquer le dossier d'une affaire qui l'intéresse*).

En cas de communication *légale*, le Ministère Public doit au minimum *prendre connaissance du dossier*. Ou bien il « visera » le dossier (ainsi, la formalité du visa en matière d'assistance éducative : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juill. 2002 : JCP 2003, II, 10 092. : il n'est pas nécessaire qu'il fasse connaître son avis, sauf dans quelques cas : *adoption, enregistrement, ordre*), ou bien il doit « être présent » à l'audience (ainsi, en matière de délégation d'autorité parentale : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juill. 2002 : JCP 2003, II, 10 092), ou bien d'autres fois il doit, en plus, conclure (en matière d'ordre).

S'il donne son avis, il peut le faire sous forme écrite par *conclusions ou réquisitions*, qui sont notifiées aux avocats par acte du Palais (par les huissiers-audienciers) et qui peuvent être déposées même après l'ordonnance de clôture de l'instruction, jusqu'à l'audience (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 déc. 2006 : JCP 2007, IV, n° 1 216).. Il peut aussi donner son avis sous forme orale, à l'audience (**art. 431, al. 2**) : il prend *la parole* le dernier et on ne peut lui répliquer : « **nul ne répond à l'avocat du Roi** ». Il n'est pas obligé de prendre position pour l'une des parties. Il ne peut pas modifier les éléments du litige (qui est la chose des parties).

#### **§ 4 La révocation éventuelle de l'ordonnance de clôture de l'instruction avant la clôture des débats**

Il peut arriver que, au cours des plaidoiries, le tribunal prenne conscience que l'affaire ne peut être jugée telle quelle et qu'un complément d'instruction est nécessaire. Il faut alors procéder à la révocation de l'ordonnance de clôture.

La révocation de l'ordonnance de clôture est possible s'il existe une cause grave (**art. 784**). On se souvient que le JME est compétent pour prononcer la révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction jusqu'à l'ouverture des débats oraux. Une fois les débats oraux ouverts (c'est-à-dire dès le début de l'audience : rapport du juge rapporteur, ou plaidoiries des avocats en l'absence de rapport), le JME cesse d'être compétent.

S'il apparaît opportun de révoquer l'ordonnance de clôture de l'instruction, c'est le tribunal qui prononcera la révocation : l'affaire pourra être *renvoyée à l'instruction*, au circuit court (conférence du Président) ou au circuit long (mise en état) ; l'affaire pourra aussi être *conservée par le tribunal entre ses mains* : il pourra par exemple admettre des pièces ou conclusions signifiées ou produites tardivement, puis rendre une nouvelle ordonnance de clôture de l'instruction, puis procéder à la poursuite des débats oraux (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 oct. 1992 : D. 1993, p. 154). C'est un moyen de rendre recevables des pièces et conclusions qui étaient irrecevables pour avoir été produites ou signifiées trop tard : il y aura régularisation.

#### **§ 5 La clôture des débats oraux**

Le Président fait cesser les débats quand la juridiction s'estime éclairée (**article 440 al.3**). Le cas échéant, le Président avertit les avocats des moyens qui paraissent pouvoir être relevés d'office, afin que les avocats présentent leurs observations à ce sujet.

Les avocats remettent leur dossier de plaidoirie au tribunal (si ce n'a déjà été fait). Le dossier comporte les originaux des actes de procédure (assignation, conclusions), les pièces que les parties se sont communiquées tout au long de l'instruction, la doctrine et la jurisprudence (*dont la communication à la partie adverse n'est pas obligatoire*), les bordereaux de communication de pièces. Le Greffe restituera les dossiers aux avocats après le jugement.

Avant la Révolution, toutes les pièces concernant une affaire soumise à la justice civile étaient réunies dans un grossier sac de toile. Une fois l'affaire terminée, le sac était restitué à l'avocat qui le pendait dans son Cabinet à un crochet fixé dans le mur. Le sac à procès a aujourd'hui

disparu, remplacé par le dossier, mais il demeure dans notre langue courante l'expression : « **l'affaire est dans le sac** ».

Le Président prononce ensuite l'ordonnance de clôture des débats et met l'affaire en délibéré. « Délibéré » vient de « **libra** », la livre romaine : les juges « *pèsent* » les prétentions des parties. En matière civile, le jugement est rarement prononcé *sur le champ* : en général, l'affaire est *mise en délibéré* à quatre semaines ou un peu plus, à une date que le Président indique (mais le délibéré peut être prorogé par la suite ...). En cas de prorogation du délibéré, le Président doit en aviser les parties en motivant le report (**article 450**).

Les effets de la clôture des débats :

- De nouvelles pièces ou de nouvelles conclusions restent irrecevables, comme elles l'étaient déjà depuis l'ordonnance de clôture de l'instruction
- Il n'est plus possible, après la clôture des débats, de soulever des nullités sur la composition du tribunal, sur le caractère public des débats

## **§ 6 Les notes en délibéré**

C'est une vieille question. Les parties cherchent toujours à continuer la discussion après la clôture des débats, pendant que l'affaire est en délibéré et que le tribunal n'a pas encore statué. Par exemple, une partie veut informer le tribunal d'*une nouvelle décision de jurisprudence* qui vient d'être publiée au Dalloz, favorable à ses prétentions ; ou bien *un fait nouveau* (par exemple un témoignage) est survenu et mérite d'être porté à la connaissance du tribunal ; ou *une partie décède* ; ou bien, il s'agit simplement de *répondre à l'argument développé par l'avocat adverse dans sa plaidoirie*, de chercher à dissiper l'impression que le tribunal a paru plus sensible à la plaidoirie adverse.

Depuis 1808 les parties *avaient le droit* de déposer de simples notes au tribunal, appelées « notes en délibéré » : une lettre adressée au Président, avec copie à l'avocat adverse. Mais la pratique systématique des notes en délibéré aboutissait à *retarder* le jugement des affaires : l'adversaire y répondait, le premier y répliquait ... et le juge attendait la fin de l'échange. Souvent des pièces y étaient jointes.

Les auteurs du NCPC ont posé une règle très ferme : « après la clôture des débats, les parties ne peuvent déposer aucune note à l'appui de leurs observations » (**art. 445**). Le principe est donc celui de *l'interdiction* des notes en délibéré. En outre, on sait que désormais *les pièces* ne peuvent plus être communiquées et produites après l'ordonnance de clôture de l'instruction : un jugement qui se fonderait sur une pièce jointe à une note en délibéré, devant le TGI, serait irrégulier (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 mars 2006 : JCP 2006, IV, n° 1 894).

Deux exceptions sont prévues par l'**article 445** : les notes en délibéré sont recevables quand le Ministère Public a pris la parole le dernier, pour lui répliquer, et quand le tribunal lui-même

demande aux avocats de déposer une note sur tel ou tel point (par exemple, sur un point pas assez clair, ou sur un moyen que le tribunal pense relever d'office). Dans ces cas, la note en délibéré peut valablement être accompagnée de pièces justifiant ce qu'elle énonce (Cass. soc., 23 mai 2007 : D 2007, p. 1 667).

La position de la Cour de cassation n'est pas très claire sur l'interdiction de principe des notes en délibéré : elle se montre tantôt assez stricte (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 février 2004 : JCP 2004, IV, n° 1 686), tantôt assez tolérante se contentant du respect du contradictoire (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 mai 2005 : JCP 2005, IV, n° 2 493), une décision récente étant même allée jusqu'à casser un arrêt d'appel pour n'avoir pas retenu une note en délibéré portant sur un point important (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 juin 2005 : JCP 2005, IV, n° 337).

## § 7 La réouverture des débats

Elle peut ne pas s'accompagner ou s'accompagner de la révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction. Elle sera décidée par le président dans le premier cas (A) et par le tribunal dans le deuxième (B)..

### A) La réouverture des débats oraux sans révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction

Dans certains cas, **le Président** doit ordonner la réouverture des débats (1) ; autrement, la réouverture des débats est facultative (2).

#### 1) La réouverture obligatoire

L'article 444 prévoit deux cas dans lesquels le Président doit ordonner cette réouverture :

- tout d'abord chaque fois que les parties n'ont pas été à même de s'expliquer contradictoirement sur les éclaircissements de droit ou de fait qui leur avaient été demandés
- ensuite, dans l'hypothèse où, au cours du délibéré, est intervenu un changement dans la composition de la juridiction

#### 2) La réouverture facultative

Le Président peut ordonner la réouverture des débats lorsqu'il l'estime opportun. Cette faculté relève de son pouvoir discrétionnaire (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 oct. 1999 : D. 1999, inf. rap. , p. 247). Par exemple, lorsqu'il reçoit une *note en délibéré* qui lui semble importante (par exemple, sur une nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation ...). Il rend une ordonnance.

La réouverture des débats sans autre précision (c'est-à-dire sans indication de révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction) signifie à proprement parler simplement *une nouvelle audience de plaidoirie*, mais la Cour de cassation admet que les parties puissent quand même déposer de nouvelles conclusions (sur le point objet de la réouverture des débats) bien que l'ordonnance de clôture de l'instruction n'ait pas été formellement révoquée (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 9



nov. 2000 : JCP 2001, IV, n° 1.014 ; Paris, 6° B, 23 septembre 2004 : Bull. av. n°171, 1<sup>er</sup> trim. 2005, p. 11) : la jurisprudence crée ainsi un 5<sup>ème</sup> cas où les conclusions sont recevables après l'ordonnance de clôture de l'instruction (cf. art. 784 : intervention volontaire, compte à parfaire, demande de révocation de l'ordonnance de clôture, reprise d'instance et ... réouverture des débats).

Cette solution semble préférable à celle qui avait été un moment celle de la 1<sup>ère</sup> chambre civile et de la chambre commerciale : ces chambres considéraient que la réouverture des débats entraînait la révocation implicite de l'ordonnance de clôture de l'instruction (Cass. com., 18 fév. 1992 : D. 1992, inf. rap., p. 117 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 juill. 1995 : JCP 1995, IV, n° 2 245), ce qui permettait alors aux parties de conclure et de produire des pièces librement, en dehors de la question précise pour laquelle la réouverture des débats avait été ordonnée (v. Perrot, RTDCiv. 1992, p. 640). Mais ceci reposait sur un postulat inexact au départ : la révocation implicite de l'ordonnance de clôture de l'instruction par le Président ordonnant la réouverture des débats. Or le Président ne dispose pas du pouvoir de révoquer lui-même l'ordonnance de clôture de l'instruction, ce pouvoir n'étant attribué qu'au JME et au tribunal.

La controverse n'est toutefois pas définitivement réglée, car il n'y a pas eu de nouvelle décision (confirmative) de la 2<sup>ème</sup> chambre civile depuis son arrêt du 9 novembre 2000, ni de nouvelle décision de la 1<sup>ère</sup> chambre civile et de la chambre commerciale depuis les décisions précitées.

#### B) La réouverture des débats oraux avec révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction

**Le tribunal** peut préférer que l'ordonnance de clôture de l'instruction soit révoquée : un jugement est alors rendu par le tribunal, révoquant l'ordonnance de clôture de l'instruction et renvoyant l'affaire à la Conférence du Président ou au juge de la mise en état ; il y aura de nouvelles conclusions, puis ordonnance de clôture de l'instruction et nouvelles plaidoiries.

Il s'agit donc ici de la révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction intervenant après la clôture des débats oraux (à ne pas confondre avec la révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction intervenant avant la clôture des débats oraux, étudiée au § 4 ci-dessus).

Ce procédé est souvent utilisé pour accueillir des pièces ou des conclusions postérieures à l'ordonnance de clôture de l'instruction qui, autrement, seraient irrecevables. Il s'agit en quelque sorte d'une régularisation.

De très nombreuses décisions de la cour de cassation, émanant des diverses chambres, ne cessent de rappeler depuis 1989, dans une formulation constante, que « *lorsque le juge révoque l'ordonnance de clôture, cette décision, motivée par une cause grave révélée depuis qu'elle a été rendue, doit intervenir avant la clôture des débats sinon s'accompagner d'une réouverture de ceux-ci* » .

Il s'ensuit qu'en révoquant l'ordonnance de clôture, en accueillant au débat de nouvelles pièces et conclusions, et en statuant au fond dans le même arrêt, sans ordonner la réouverture des

débats, le tribunal ou la cour viole les articles 16 et 784 NCPC (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 janv. 2001 : JCP 2201, IV, n° 1 375).

Autrement dit, une fois la clôture des débats prononcée, il ne peut pas y avoir de révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction sans que cette révocation soit suivie elle-même d'une nouvelle audience de plaidoiries (une réouverture des débats oraux). Après la clôture des débats oraux, une révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction ne peut pas être suivie directement du jugement sur le fond : elle doit être d'abord suivie d'une nouvelle audience de plaidoirie (nouveaux débats oraux) puis du jugement au fond.

Le principe de la contradiction impose en effet que les parties disposent toujours de la possibilité de s'exprimer verbalement après la clôture de l'instruction et avant que le jugement sur le fond n'intervienne. Un jugement au fond ne peut pas faire suite directement à une ordonnance de clôture de l'instruction.

On en retiendra que le tribunal ne peut pas par un tour de « passe-passe » rendre service à un plaideur en rendant un jugement dans lequel à la fois il révoque l'ordonnance de clôture de l'instruction, accueille de nouvelles pièces et conclusions, rend une nouvelle ordonnance de clôture de l'instruction (ou reporte au jour du jugement la première ordonnance de clôture, comme disent certaines décisions) et statue au fond au vu des pièces et conclusions ainsi régularisées.

Une seule exception est admise : si l'ordonnance de clôture de l'instruction a été révoquée à la demande d'une partie qui entendait seulement répliquer aux conclusions (tardives) de son adversaire, cette partie n'est alors pas recevable à faire grief au tribunal qui a accueilli sa demande d'avoir par le même jugement révoqué la clôture et de l'avoir reportée à la date des débats : elle ne peut alors se plaindre d'avoir obtenu ce qu'elle a demandé, quand bien même la décision du tribunal ne serait pas régulière (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 29 nov. 1995 : JCP 1996, IV, n° 154).

## Chapitre 2 Les incidents de l'instance

On les appelle aussi les incidents de la procédure, pour les distinguer des incidents relatifs au lien juridique d'instance proprement dits. Les incidents de nature à retarder la marche normale de l'instance peuvent se répartir en cinq groupes : les incidents relatifs *au personnel judiciaire* (Section I), *à la compétence* (Section II), *à la nullité des actes de procédure* (Section III), *à la preuve* (Section IV) et *au lien juridique d'instance* (Section V).

### **SECTION I LES INCIDENTS RELATIFS AU PERSONNEL JUDICIAIRE**

On examinera, brièvement, les incidents relatifs *aux magistrats* (§ 1) et les incidents relatifs *aux avocats* (§ 2).

#### **§ 1 Les incidents relatifs aux magistrats**

Il s'agit de *la récusation* (a) et du *renvoi* (b).

##### a) La récusation

Un plaideur peut demander que soit écarté du tribunal un juge qui pourrait manquer d'impartialité (par exemple, pour cause de parenté, ou parce qu'il aurait déjà donné son avis sur le fond de cette affaire à l'occasion d'une autre procédure). L'**article 341** énumère des cas de récusation mais la Cour de cassation, en se fondant sur l'**article 6.1 Conv. EDH**, a jugé à plusieurs reprises que cette liste n'était pas limitative (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 avril 1998 : RTDCiv. 1998, p. 744, obs. Perrot ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 27 mai 2004 : D. 2004, p. 1 863).

Exemples de récusation :

- la mère ayant engagé, pour ses enfants, une action à fin de subsides contre un tiers, un tribunal de grande instance a condamné celui-ci à lui verser une pension alimentaire ; la cour d'appel a confirmé le jugement ; or la cour d'appel était présidée par le même magistrat qui avait présidé le tribunal de grande instance : il y a eu en conséquence un manque d'impartialité contraire aux exigences de l'article 6-1 de la CEDH (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 20 nov. 2003 : JCP 2004, IV, n° 1 067) ;

- V. les arrêts de principe en matière d'impartialité - art. 6.1 CEDH : Cass. ass. plén. 6 nov. 1998 (2 arrêts) : JCP 1998, II, 10 198, rapport Pierre Sargos :

- Lorsqu'un juge a statué *en référé* sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut pas ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation
- La circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement, comme *juge de la mise en état*, une mesure conservatoire n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement.

- Pour une illustration assez complexe, V. Paris 29 mai 2001 : Gaz . Pal. 2002, 2, p. 1 763 (décision, en matière de recherche de paternité naturelle, relative aux notions de jugement ADD, de demande d'autorisation d'appel immédiat, d'autorité de la chose jugée et d'impartialité) ;

b) Le renvoi pour cause de suspicion légitime

Un plaideur peut aussi suspecter le tribunal en son entier (par exemple, en cas de retentissement local du procès).

Les procédures de récusation et de renvoi obéissent à des règles volontairement complexes (**art. 339 à 366**) : le juge de première instance récusé doit faire connaître soit son acquiescement à la récusation soit son opposition ; si le juge s'oppose à la récusation, la demande de récusation est jugée « sans délai » par la cour d'appel, l'arrêt étant lui-même susceptible de pourvoi en cassation. S'il s'agit d'une demande de récusation devant une cour d'appel, c'est la Cour de cassation qui statue.

## § 2 Les incidents relatifs aux avocats

En principe, l'avocat est *présumé* avoir un mandat de son client (a), mais dans certains cas *un mandat spécial* est exigé (b).

a) Présomption de pouvoir

En général, l'avocat est réputé avoir reçu *mandat d'agir en justice* (puisqu'il a en mains les pièces du dossier). Seule pourra alors être mise en œuvre la responsabilité personnelle de l'avocat qui aurait dépassé son mandat (qui se serait par exemple désisté sans l'accord de son client) : l'acte de procédure (le désistement) n'est pas nul, il est valable (**art. 417**), mais l'avocat peut être condamné à des dommages-intérêts.

Il serait très difficile de prouver que l'avocat a agi sans aucun mandat pour un client ... (**art. 416**).

b) Mandat spécial

Dans les cas où un mandat spécial du client à son avocat est nécessaire (par exemple, inscription de faux), l'acte est alors nul s'il est fait sans mandat : c'est une *nullité pour vice de fond* (défaut de pouvoir d'un représentant).

## **SECTION II LES INCIDENTS RELATIFS A LA COMPETENCE**

Il s'agit des **articles 75 à 107**. On étudiera *les conditions* dans lesquelles l'incompétence peut être soulevée (§ 1), *la procédure de règlement des incidents de compétence* (§ 2) et on dira quelques mots de la litispendance et de la connexité (§ 3).

### **§ 1 Les conditions dans lesquelles l'incompétence peut être soulevée**

L'incompétence peut être soulevée *par les parties* (A) : on parle d'exception de procédure. Elle peut aussi être *relevée* par le juge (B).

#### **A) L'incompétence peut être soulevée par les parties**

L'exception d'incompétence est le moyen de défense par lequel le plaideur qui estime que la juridiction saisie est incompétente (incompétence d'attribution ou territoriale) demande à cette juridiction de se dessaisir.

En principe elle est évidemment soulevée *par le défendeur*.

*Le demandeur* peut-il soulever aussi l'incompétence ? Il peut sans doute soulever l'incompétence du tribunal pour statuer sur une demande reconventionnelle du défendeur. Mais peut-il soulever l'incompétence du tribunal pour statuer sur la demande qu'il a lui-même présentée ? La Cour de cassation a jugé que non : en effet, les exceptions d'incompétence constituent des moyens de « *défense* », à la disposition du défendeur et non du demandeur (Cass. 2ème civ., 7 déc. 2000 : D. 2001, inf. rap., p. 178).

Pour être recevable, l'exception d'incompétence doit être soulevée *à un certain moment* (1) et *selon certaines formes* (2).

#### **1) Le moment auquel doit être soulevée l'exception d'incompétence**

Elle doit être soulevée simultanément avec les autres exceptions et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir, c'est-à-dire *in limine litis*, même s'il s'agit d'une règle d'ordre public (**art. 74**). S'il y a mise en état, elle doit être présentée devant le JME (petit bloc de compétence exclusive).

Le plaideur qui s'en est rapporté à justice ne peut plus, dans des conclusions postérieures, soulever une exception de procédure : en s'en rapportant à justice il a abordé le fond. Le défendeur qui a déjà conclu au fond, s'il ne peut plus soulever utilement l'incompétence, peut toujours la signaler ... dans l'espoir que le juge la relève d'office s'il s'agit d'un cas dans lequel le juge a ce pouvoir (cf. B).

## 2) Les formes à suivre

L'exception est présentée, devant le TGI, dans des conclusions écrites ; elle peut être présentée *en tête* des conclusions sur le fond. S'agissant de conclusions qui déclinent la compétence du tribunal, on parle de **déclinatoire de compétence**.

L'**art. 75** exige *deux conditions* : le déclinatoire doit être motivé et il doit indiquer quelle est la juridiction compétente ; selon la jurisprudence, s'il y a une option de compétence, il suffit de n'indiquer qu'une seule juridiction ; s'il s'agit d'une juridiction étrangère, il suffit d'indiquer le pays concerné (par exemple, les juridictions marocaines). Si ces deux conditions ne sont pas observées (motivation + juridiction réellement compétente), les conclusions d'incompétence seront déclarées par le juge irrecevables.

### B) L'incompétence peut être relevée d'office par le juge

Cette possibilité n'est ouverte que dans certains cas. Il faut distinguer selon qu'il s'agit de compétence *d'attribution* (1) ou de compétence *territoriale* (2).

#### 1) Pour l'incompétence d'attribution

Le juge peut relever d'office l'incompétence notamment *si le défendeur ne comparait pas* et *si l'incompétence est d'ordre public*. Les pouvoirs de la cour d'appel sont plus réduits : l'affaire doit relever de la compétence d'une juridiction répressive, administrative ou étrangère (**art. 92**).

#### 2) Pour l'incompétence territoriale

Le juge peut relever l'incompétence *si le défendeur ne comparait pas*, en matière *gracieuse*, en matière *d'état des personnes* et quand la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction (par exemple, en matière de procédures collectives, de brevets) : **art. 93**.

## § 2 La procédure de règlement de l'incident de compétence

Elle se déroule *en première instance* (A) et *en appel* (B).

### A) En première instance

Lorsque le JME (circuit long) ou le tribunal (circuit court) est saisi d'une contestation sur sa compétence, il peut adopter *deux attitudes* : se déclarer *incompétent* (1) ou se déclarer *compétent* (2).

#### 1) Le juge se déclare incompetent

Il peut le dire sur déclinatoire ou d'office. Cela entraîne *deux conséquences* :

a) le juge est évidemment dessaisi de l'affaire

Il ne statue pas sur le fond

b) le juge désigne la juridiction qu'il estime compétente

Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi (sauf recours). Le dossier de procédure est transmis au tribunal de renvoi, les parties seront convoquées par LRAR par le Greffier et invitées le cas échéant à constituer avocat. Toutefois si le juge estime que la compétence revient à une juridiction *administrative, répressive, étrangère ou arbitrale*, il renvoie simplement les parties à mieux se pourvoir (art. 96).

Si le Greffe néglige de remplir ses obligations (transmettre le dossier de l'affaire à la juridiction de renvoi), les parties sont alors tenues de parer à la carence de celui-ci en assignant devant la juridiction de renvoi, sous peine de voir l'instance se périmier au bout de deux ans (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 juill. 2000 : Gaz. Pal. 2002, 1, somm. p. 244).

2) Le juge se déclare compétent

L'affaire peut se trouver au stade de la mise en état, ou devant le juge du fond.

a) Si c'est le JME

Le JME tranchera alors la question de compétence.

En l'absence de recours, et une fois que l'ordonnance de clôture de l'instruction aura été rendue, le tribunal statuera au fond, la décision du JME sur la compétence ayant autorité de la chose jugée sur le juge du fond, c'est-à-dire sur le tribunal statuant au fond.

b) Si c'est le tribunal

On suppose alors qu'il n'y a pas eu de mise en état, mais circuit court : le Président est incompétent pour statuer sur les exceptions d'incompétence. C'est alors le tribunal qui statuera sur l'exception d'incompétence.

L'**art. 76** ouvre *une option* au tribunal :

a) le tribunal se déclare compétent mais sursoit à statuer sur le fond, jusqu'à l'expiration du délai pour faire un recours ou jusqu'à la décision de la cour d'appel (**art. 81**)

b) le tribunal se déclare compétent et statue sur le fond du litige dans un même jugement mais par des dispositions distinctes : ce n'est qu'une *faculté* pour le tribunal, mais s'il en use il doit mettre les parties en mesure de conclure sur le fond.

Si un plaideur conteste la décision du juge, il formera un recours.

## B) Devant la cour d'appel

La cour d'appel est en principe saisie par un recours spécial, qui s'apparente à l'appel, *le contredit* (1). Mais la voie de *l'appel* (2) n'a pas complètement disparu, ce qui peut entraîner des *difficultés* (3).

### 1) Le contredit

L'affaire est instruite selon une procédure qui rappelle la procédure administrative. On examinera le déroulement de cette procédure :

#### a) La déclaration au Greffe du tribunal

Le contredit (une lettre) est remis au Greffe du tribunal. Comme le déclinatoire, il doit être motivé et indiquer la juridiction compétente. Il doit être formé dans les 15 jours à compter du jugement (ou de la *signification* du jugement *si la date* à laquelle le jugement sera rendu n'avait pas été indiquée au moment de la clôture des débats oraux : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 juin 1997 : JCP 1997, II, 22 965). Le Greffe notifie le contredit à la partie adverse, par LRAR, et transmet le dossier au Greffe de la cour d'appel.

#### b) L'instruction devant la cour d'appel

Le Président de la chambre de la cour d'appel saisie de l'affaire fixe la date de l'audience qui doit avoir lieu dans le plus bref délai (**art. 84**). Le Greffe en avise les parties par LRAR. Le ministère d'avoué à la cour n'est pas obligatoire. Les parties peuvent déposer des observations écrites ; souvent, les avocats essaient de plaider ... La cour d'appel rend son arrêt. Puis le Greffe notifie l'arrêt aux parties par LRAR (**art. 87**).

#### c) L'arrêt rendu sur contredit

Deux éventualités peuvent se présenter : soit le tribunal était *incompétent*, soit il était *compétent*.

1<sup>er</sup> cas : si le tribunal saisi était incompetent : la cour d'appel doit désigner quel est le tribunal compétent. Le tribunal désigné *ne pourra pas discuter* sa compétence, même s'il dépend du ressort d'une autre cour d'appel. Il existe toutefois une exception lorsque l'affaire relève d'une *juridiction administrative, répressive, étrangère ou arbitrale* : la cour renvoie les parties à mieux se pourvoir.

Mais la cour d'appel peut décider d'évoquer le fond si elle est *juridiction d'appel* du tribunal qu'elle estime compétent et si elle estime *de bonne justice* de donner à l'affaire une solution définitive. Les parties seront alors invitées à constituer avoué à la cour et à conclure sur le fond.

2<sup>ème</sup> cas : si le tribunal saisi était compétent : la cour d'appel lui renvoie l'affaire, pour jugement sur le fond. Mais là également, la cour d'appel peut préférer évoquer le fond.



## 2) L'exclusion du contredit au profit de l'appel

Il y a des hypothèses où la décision qui a statué sur la compétence doit être déférée à la cour non pas par un contredit, mais par *un appel ordinaire* : l'appel est alors formé par déclaration au Greffe de la cour d'appel, par un avoué à la cour, en principe dans le délai d'un mois à compter de la signification ; l'appel n'a pas besoin d'être motivé ni d'indiquer la juridiction compétente. Les cas d'appel sont les suivants :

- lorsque le tribunal a statué à la fois sur la compétence et sur le fond (art. 78 et 79)
- les ordonnances du JME
- les ordonnances de référé
- les jugements du JEX
- les ordonnances du juge conciliateur en matière de divorce
- si la juridiction estimée compétente par le tribunal est une juridiction administrative

Deux éventualités peuvent alors se présenter, selon que la cour d'appel *confirme ou infirme* la décision du chef de la compétence :

1<sup>er</sup> cas : si la cour confirme la décision du chef de la compétence. Si le jugement a été rendu en premier ressort seulement, la cour d'appel devra statuer sur l'ensemble du litige sur lequel la décision frappée d'appel avait statué, par le jeu normal de *l'effet dévolutif de l'appel*. Si le jugement a été rendu en premier et dernier ressort, le jugement aura ses pleins effets sur le fond. Enfin, on peut estimer, en l'absence de jurisprudence, que s'il s'agit d'une ordonnance de référé ou d'une ordonnance du JME, l'ordonnance aura alors plein effet.

2<sup>ème</sup> cas : si la cour infirme le jugement du chef de la compétence : en ce cas, le premier juge a mal statué puisqu'il n'aurait pas dû statuer ; le jugement est donc annulé ; il faut que l'affaire soit rejugée par une bonne juridiction ; trois hypothèses peuvent se présenter :

- si la cour d'appel est la juridiction d'appel relativement au tribunal réellement compétent, elle doit alors statuer sur le fond du litige. C'est une extension légale de l'effet dévolutif de l'appel, consacrée par **l'art. 79**.

A ce sujet *deux difficultés* sont apparues :

- l'article 79 n'est pas applicable si, à la suite d'un appel formé contre une ordonnance de référé ayant accueilli une demande relevant en réalité du juge du fond, la cour a jugé que le juge des référés était incompétent en raison de la compétence exclusive d'une juridiction du fond qui aurait dû être saisie (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 avril 2004 : Gaz. Pal. 15-16 septembre 2004, panorama p. 28 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 juill. 2004 : D. 2004, p. 2474). La raison en est que la cour d'appel ne saurait avoir plus de pouvoirs que le juge des référés saisi à tort. La solution semble transposable en matière d'appel d'une ordonnance du JME : l'ordonnance n'aura alors aucun effet. La cour d'appel ne sera alors pas

compétente pour statuer au fond. Il appartiendra au plaideur de saisir le juge du fond de première instance.

➤ en revanche, l'article 79 est applicable dans l'hypothèse où le JEX se reconnaît à tort compétent et tranche au fond les points litigieux (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 oct. 2001, RTDCiv. 2002, p. 351, obs. Normand ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 avril 2004 : D. 2004, p. 1769, opérant un revirement de la 2<sup>ème</sup> chambre civile qui s'aligne donc désormais sur la position de la première chambre civile). La raison en est que le JEX n'est pas un *juge du provisoire* comme le juge des référés, mais un *juge du principal* qui tranche au fond toutes les questions soumises à son examen, qu'elles touchent au fond du droit ou mettent en cause les règles propres du droit de l'exécution ; il exerce la même fonction juridictionnelle que les juges du fond et les conflits entre lui et eux sont donc bien des conflits de compétence sur leurs attributions respectives (Vincent et Guinchard, Précis Dalloz, 27<sup>o</sup> éd., p. 417 n<sup>o</sup> 450). La cour d'appel sera alors compétente pour statuer au fond.

- si le tribunal réellement compétent dépend d'une autre cour d'appel, la cour d'appel qui statue sur la compétence doit renvoyer l'affaire à cette autre cour d'appel (= à la juridiction d'appel compétente). Ce renvoi s'impose à la cour de renvoi et aux parties.
- Si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction *administrative, répressive, étrangère ou arbitrale*, la cour d'appel renvoie les parties à mieux se pourvoir.

*En résumé*, on peut retenir que si le tribunal n'a statué que sur la compétence, la voie de recours est le contredit et la cour d'appel devra renvoyer l'affaire au tribunal compétent sauf à évoquer le fond de l'affaire, et que si le tribunal s'est déclaré compétent et a statué sur le fond, la voie de recours est l'appel et la cour d'appel devra soit renvoyer l'affaire à une autre cour d'appel soit la juger elle-même.

### 3) La difficulté du choix de la voie de recours

Trois situations peuvent se présenter, dont *deux* ont été réglées par le NCPC :

- a) Il se peut que la décision sur la compétence soit subordonnée à une question de fond

Par exemple, décision du Conseil des Prud'hommes sur sa compétence subordonnée à la question de savoir si on est en présence d'un contrat de travail ou d'un contrat de société.

L'**article 80** dit que dans ce cas le jugement doit être attaqué par la voie du contredit quand bien même le juge aurait tranché la question de fond dont dépend la compétence.

L'**article 95** prévoit que le jugement a alors autorité de la chose jugée sur la question de fond, la jurisprudence ayant ajouté que ce n'était le cas que si la question de fond dont dépend la compétence a été tranchée dans le dispositif (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 mai 2007 : AJDI 2007, p. 742).

- b) Il se peut que la cour d'appel ait été saisie par la voie du contredit alors qu'elle devait l'être par la voie de l'appel

L'**article 91** prévoit que la cour n'en demeure pas moins saisie, les parties étant alors invitées à constituer avoué. La procédure reste donc valable.

- c) Il se peut enfin que la cour ait été saisie par la voie de l'appel alors qu'elle devait l'être par la voie du contredit

Le NCPC est muet sur ce point. La jurisprudence, sévère, décide que le plaideur qui a fait un appel au lieu d'un contredit ne peut pas régulariser son recours : l'appel est irrecevable. Le plaideur doit faire un contredit ... mais il y aura peu de chances qu'il soit encore dans le délai de 15 jours à compter du prononcé du jugement. Dans le doute, les avoués à la Cour font souvent les deux recours ...

### § 3 Litispendance et connexité

#### A) Litispendance

Le même litige est pendant devant deux juridictions différentes. La juridiction qui a été saisie en second doit se dessaisir (**art. 100**). Les règles rappellent celles étudiées en matière d'incompétence (**art. 100**).

#### B) Connexité

Deux litiges très proches méritent d'être jugés ensemble. Il peut s'agir de deux litiges pendants *devant deux juridictions différentes* (1) ou de deux litiges pendants *devant le même tribunal* (2).

- 1) S'il s'agit de deux demandes portées devant deux juridictions différentes

Par exemple, une demande en exécution forcée et une demande en annulation.

Le tribunal saisi de l'exception -qui peut être présentée en tout état de cause- appréciera ; les règles applicables rappellent celles de l'exception d'incompétence (**art. 103**) ;

- 2) S'il s'agit de deux demandes portées devant différentes chambres du même tribunal

La décision sera alors prise par le Président. Il s'agira d'une *mesure d'administration judiciaire*, appelée la jonction d'instances, non susceptible de recours (**art. 368**), les deux affaires seront jointes, elles n'auront plus qu'un seul numéro de répertoire général, elles seront examinées en même temps, mais selon la Cour de cassation « *la jonction des instances ne crée pas une procédure unique* ». L'absence de création d'une procédure unique a été mise en relief par la jurisprudence dans deux situations :

a) Dans le cadre des conclusions récapitulatives

- Art. 753 : le demandeur qui assigne un premier défendeur, puis un deuxième défendeur, puis qui, après jonction des instances, ne conclue que contre le deuxième défendeur, n'est pas réputé avoir abandonné ses prétentions antérieurement présentées contre le premier défendeur (Paris, 22 mars 2007 : AJDI 2007, p. 766 : « *la jonction est une simple mesure d'administration judiciaire qui ne crée pas une procédure unique* »).
- Art. 954 : de même, l'appelant qui dépose des conclusions à l'appui de l'appel d'une deuxième décision n'est pas réputé avoir abandonné, à défaut de les avoir repris dans ces dernières écritures, les prétentions et moyens qu'il avait antérieurement présentés à l'appui de son appel de la première décision (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 17 mai 2001 RTDCiv. 2001, p. 656, obs. Perrot, D. 2001, p.1 924 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 26 fév. 2003 : Gaz. Pal. 2003, 1, somm. p. 1 964 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 26 oct. 2006 : JCP 2006, IV, n° 3 245).

b) Dans le cadre de la condamnation à l'article 700 et à l'amende civile

Si deux appels joints sont considérés abusifs l'un et l'autre, le juge peut parfaitement prononcer deux amendes civiles distinctes et condamner à deux articles 700 distincts (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 juin 2004 : RTDCiv. 2004, p. 554, obs. Perrot).

### SECTION III LES INCIDENTS RELATIFS A LA NULLITE DES ACTES DE PROCEDURE

#### Introduction.

Le respect des formes est nécessaire, il protège le plaideur contre les manœuvres de l'autre partie et aussi contre l'arbitraire du juge. Mais, d'un autre côté, il peut paraître excessif qu'un procès soit perdu pour une simple question de forme. Un équilibre doit être trouvé. Plusieurs systèmes sont concevables :

- le système des actions de la loi (***legis actiones***), où la nullité est automatique : la moindre erreur matérielle entraîne la nullité. Mais ce système est trop rigoureux et les Romains l'avaient eux-mêmes abandonné.
- le système des nullités simplement comminatoires, où la nullité plane comme une menace : l'acte irrégulier peut être annulé si le juge le décide. C'était le système en vigueur devant certains Parlements avant l'ordonnance de 1667, mais à cette époque un adage circulait : « **Dieu nous garde de l'équité des Parlements !** »
- le système de la détermination légale des causes de nullité. C'est la loi qui détermine quelles sont les causes de nullité, toutes les erreurs ne provoquant pas la nullité. On échappe à la rigueur des actions de la loi et à l'arbitraire du juge. Ce système suppose

que l'on tienne compte de l'importance respective des diverses formalités. Il a été retenu par l'ordonnance de 1667, le Code de 1806, le NCPC de 1975.

On examinera *les conditions* (§ 1), *le régime* (§ 2) et *les effets* (§ 3) de la nullité.

## § 1 Les conditions de la nullité

On distingue les nullités *pour vice de forme* où l'irrégularité sanctionne les défauts concernant *l'acte* de procédure : absence d'une mention de l'assignation ... (A) et les nullités *pour vice de fond* où l'irrégularité sanctionne les défauts concernant *la partie au procès ou la personne qui la représente ayant accompli l'acte de procédure* (B). Il y a des cas où l'on hésite (C).

### A) Les nullités pour vice de forme

#### Introduction.

Les rédacteurs du Code de 1806 avaient adopté un système de nullités uniquement *textuelles*, destiné à limiter le prononcé des nullités de procédure : il n'y avait nullité que si un texte le prévoyait

Ce système présentait *une grande sécurité juridique*, mais il aboutissait à *des résultats injustes* et il ne pouvait pas fonctionner tel quel. C'est pourquoi les auteurs et la jurisprudence ont élaboré, en dehors de la loi, une distinction entre *les formalités substantielles* (sans elles, l'acte est inapte à sa fonction : par exemple, la signature pour un acte d'huissier) et *les formalités accessoires*, secondaires. Pour les formalités substantielles, l'acte est nul, même si la loi ne le prévoit pas. Pour les formalités accessoires, l'acte n'est nul que si la loi le prévoit expressément (on retrouve le système des nullités textuelles).

Le législateur est ensuite intervenu en 1935 pour subordonner le prononcé de la nullité à la preuve d'*un grief* par celui qui l'invoque. Mais la jurisprudence, à partir d'un arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 1947 (RTDCiv. 1948, p. 247, note Raynaud) a décidé que la preuve d'un grief n'était *pas nécessaire en cas de violation d'une formalité substantielle* (soumise donc ni à un texte ni à un grief). Cette jurisprudence était critiquée par les auteurs (Raynaud, Solus) comme contraire à la loi et à l'intention du législateur soucieux d'éviter le prononcé des nullités. Mais, malgré les critiques répétées de la doctrine pendant près de 30 ans, la Cour de cassation n'avait pas modifié sa position.

Le NCPC de 1975 a repris les choses. En principe, *trois conditions* doivent être réunies (**article 114**) :

- 1) Il faut que la nullité soit prévue par un texte ou qu'il s'agisse d'une formalité substantielle ou d'ordre public

Exemple de formalité substantielle (ou d'ordre public) : l'obligation pour l'expert de répondre aux observations des parties.

Exemple de formalité accessoire, non substantielle : le formalisme prévu en matière d'attestations.

2) Il faut que le vice de forme ait causé un grief à la partie adverse, même s'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public

C'est la condamnation de la jurisprudence de la Cour de cassation de 1947 !

Le grief consiste dans l'impossibilité pour le défendeur d'exercer correctement sa défense. On retrouve un vieil adage : « **Pas de nullité sans grief** ».

La jurisprudence est très exigeante Mais parfois la jurisprudence est étonnamment bienveillante : ainsi lorsqu'elle considère que la notification d'un acte en un lieu autre que l'un de ceux qui sont prévus par la loi (par exemple, à la dernière adresse connue en cas de PV art. 659) « *ne vaut pas notification* » et n'est pas soumise à l'exigence d'un grief (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 déc. 2004 : D. 2005, p. 166).

c) Exemples où la jurisprudence a rejeté la nullité pour vice de forme faute de preuve d'un grief

Ainsi, l'omission de l'indication des nom et prénom de l'huissier de justice qui a instrumenté constitue une irrégularité de forme qui n'est sanctionnée par la nullité de l'acte que s'il en résulte un grief (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 mai 2004 : JCP 2004, IV, n° 2 475). De même pour l'omission de signature de l'huissier (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 mai 2004 : Droit et Procédures, sept. Oct. 2004, n° A 079) ou de l'avocat pour un mémoire (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 fév. 2002 : RJDA 2002, n° 482) ou pour une requête au juge-commissaire (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 juin 1999 : JCP 1999, IV, n° 2 402). On a vu également (cf. les actes de procédure) que la jurisprudence, après avoir beaucoup hésité, répond maintenant que le défaut de désignation de l'organe représentant légalement une personne morale dans un acte de procédure ne constitue qu'un vice de forme : l'acte peut être annulé, mais à la condition que soit prouvé « le grief » exigé pour les vices de forme (Cass. ch. mixte 22 fév. 2002 : RTDCiv. 2002, p. 358, obs. Perrot ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 18 sept. 2003 : D. 2003, p. 2 543 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 oct. 2005 : JCP 2005, IV, n°3 353 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6 déc. 2005 : JCP 2006, IV, n° 1 033) , ce qui est très rare. Mêmes solutions pour un acte délivré à la requête d'une société avec directoire et conseil de surveillance « agissant poursuites et diligences de son président du conseil d'administration, en tant que représentant légal » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 oct. 1999 : Gaz. Pal. 1999, 2, panorama p. 273).

d) Exemples où la jurisprudence a admis la nullité pour vice de forme par suite de l'existence d'un grief

Ils concernent l'absence de respect du contradictoire dans les opérations d'expertise, l'absence de respect des formalités de délivrance de l'assignation ou de signification de jugement lorsque

le défendeur non prévenu régulièrement n'a pas été en mesure de se défendre ou de faire appel dans le délai légal,

Ceci étant, il faut bien reconnaître que dans certains cas la jurisprudence sanctionne ce qui peut apparaître comme un vice de forme tout en n'exigeant pas la preuve d'un grief :

- ainsi en cas d'absence de respect du contradictoire dans les opérations d'expertise (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 nov. 1999 : JCP 2000, IV, n° 1 044), en cas d'absence de notification préalable du jugement à l'avocat adverse (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 fév. 1995 : D. 1995, inf. rap., p. 69) ou d'absence de document récapitulatif lorsque plusieurs décisions sont notifiées par un seul envoi postal (Cass. com. 22 mai 2002, inédit).

### 3) Il faut que l'acte irrégulier n'ait pas été régularisé

Il est en effet possible de régulariser un acte irrégulier (compléter la nationalité, la profession, la date de naissance) dans des conclusions postérieures si aucune forclusion n'est intervenue entre-temps et si la régularisation ne laisse subsister aucun grief. La jurisprudence admet qu'une nullité puisse encore être régularisée *devant la Cour d'appel* s'il n'y a pas eu expiration d'un délai entre-temps.

### B) Les nullités pour vice de fond

#### Introduction.

La nullité pour vice de fond avait été évoquée par quelques auteurs (Glasson-Tissier-Morel) en 1936 et par Solus en 1940. Les nullités pour vice de fond auraient concerné certaines règles sur *l'organisation judiciaire et le défaut de capacité*. Mais cette catégorie, en fait, *ne présentait d'intérêt que si l'existence d'un grief était exigée pour toutes les nullités pour vice de forme*, parce que les nullités pour vice de fond en auraient été alors dispensées. Or, pendant la période qui s'est écoulée entre 1947 et le NCPC, époque où la jurisprudence dispensait de grief les nullités substantielles, la notion de nullité pour vice de fond a été pratiquement absorbée par celle de nullité substantielle.

Le NCPC a créé la surprise en réglementant les nullités pour vice de fond, quasiment inconnues jusque-là. En fait, il s'agit d'anciennes fins de non-recevoir.

Les nullités pour vice de fond présentent *trois caractères* :

#### 1) Les nullités pour vice de fond sont énumérées à l'article 117

Il s'agit de causes de nullité qui atteignent *les parties au procès* ou les personnes qui les *représentent*. On peut résumer ainsi : défaut de capacité ou de pouvoir d'une partie ou de son représentant (directeur de société, mandataire, huissier, avocat ... )..

#### a) exemples de nullités pour vice de fond

Exemples de défaut de capacité : assignation délivrée à la requête d'une indivision (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 25 avril 2001 : JCP 2001, IV, n° 2 085), à la requête de l'ambassade de Géorgie (Paris 7 mars 2001 : AJDI 2001, p. 512), d'une personne décédée avant la délivrance (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 juin 2002 : D. 2002, inf. rap., p. 2 305 ; mais le pourvoi en cassation formé contre une personne décédée doit être réputé dirigé contre sa succession dès lors qu'il n'est pas établi que le demandeur avait connaissance de ce décès (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 mars 2004 : D. 2004, inf. rap., p. 995), d'une société en formation, d'un commerçant en L.J. non représenté par son Liquidateur (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 nov. 2005), le défaut de notification d'un mémoire en matière de bail commercial à chacun des preneurs indivis (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 mai 2006 ; Administrer, août-sept. 2006, p. 46), le pourvoi en cassation formé par une société qui a perdu la personnalité morale à la suite d'une fusion-absorption sans création de société nouvelle (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 mai 2006 : PA 29 sept. 2006, n°195, p. 10) .

Exemples de défaut de pouvoir : requête au TGI non signée par l'avocat postulant (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 fév. 2005 : JCP 2005, IV, n° 1 735 ; on a vu supra qu'il a été jugé au contraire dans un cas semblable qu'il s'agissait d'un vice de forme) ; assignation délivrée à la requête d'un syndicat de copropriété représenté par un syndic non habilité par une décision de l'assemblée générale des copropriétaires.

En revanche, plusieurs décisions récentes de la Cour de cassation ont jugé que la désignation erronée dans un acte de procédure du représentant d'une personne morale constitue une nullité pour vice de forme, et non une nullité pour vice de fond :

- nom de l'avocat seul, au lieu du nom de la société d'avocats (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 avril 2007 : D. 2007, p. 2 341

- appel au nom de l'enseigne, au lieu de la dénomination sociale : Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 24 mai 2007 (2 arrêts) (D. 2007, p. 2 341)

- nom du liquidateur seul, au lieu du nom de la société de liquidateurs (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 juin 2007 et 4 juillet 2007 (deux arrêts) ( Gaz. Pal. 26-27 oct. 2007, p. 34 et 35).

#### b) caractère limitatif de la liste de l'article 117

La question se pose de savoir si la liste de l'article 117 est limitative ou non. Il existe une tendance des juridictions du fond à étendre les nullités pour vice de fond aux irrégularités les plus graves.

La Cour de cassation, par trois fois, en 1977, en 1989 et en 1999 avait affirmé le caractère limitatif de la liste de l'article 117.

Elle avait ensuite semblé opérer un revirement, en admettant des nullités pour vice de fond non visées par l'article 117 : absence d'assignation (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 avril 2003 : D. 2003, 1266), conclusions au lieu d'un mémoire (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 avril 2003 : D 2003, 1437, note Yves



Rouquet ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 avril 2005 : AJDI 2005, p. 577), non-respect du délai minimum de 15 jours pour une assignation devant le tribunal de commerce (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 juin 2003 : JCP 2003, IV, n° 2 387, jugeant qu'il ne s'agit pas d'une nullité pour vice de forme et qu'il y a nullité). Il semble en résulter qu'en cas d'absence d'acte de procédure il y ait nullité pour vice de fond, et non fin de non-recevoir.

Mais les dernières décisions montrent un retour à sa position initiale sur le caractère limitatif de l'article 117 : Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 oct. 2005 : JCP 2005, IV, n° 3 394, RTDCiv. 2006, p. 150, obs. Perrot : « ... alors que seules affectent la validité d'un acte de procédure, indépendamment du grief qu'elles ont pu causer, les irrégularités de fond limitativement énumérées par l'article 117 NCPC », décision rendue à propos d'une requête et d'une ordonnance sur requête non dénoncées avec l'assignation à jour fixe y faisant suite ; également Cass. ch. mixte, 7 juill. 2006 (JCP 2006, II, 10 146) : « quelle que soit la gravité des irrégularités alléguées, seuls affectent la validité d'un acte de procédure soit les vices de forme faisant grief, soit les irrégularités de fond limitativement énumérées à l'art. 117 NCPC ». La cause semble donc entendue au niveau de la Cour de cassation : la liste de l'art. 117 est limitative.

2) Les nullités pour vice de fond ne sont pas soumises à l'exigence d'un grief

**Art. 119.** C'est un des intérêts de la distinction : la nullité sera automatique, sauf régularisation.

3) Les nullités pour vice de fond peuvent être régularisées

a) Pour que la régularisation soit possible, il faut d'abord qu'aucune forclusion ne soit intervenue entre-temps.

La régularisation doit intervenir avant l'ordonnance de clôture dans les procédures écrites (TGI et cour d'appel) et avant la clôture des débats oraux dans les procédures orales (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 juin 1998 : RTDCiv. 1998, p. 740, obs. Perrot).

b) Il faut ensuite que la nullité soit susceptible d'être régularisée : ce n'est pas le cas lorsque la demande est émise par ou contre une partie dépourvue de personnalité juridique (Cass. com., 20 juin 2006 : JCP 2006, IV, n° 2 575). Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle jugé que si l'assignation est délivrée après le décès du demandeur ou du défendeur, il y a nullité pour vice de fond (défaut de capacité du demandeur ou du défendeur) non susceptible d'être régularisée (on ne peut pas faire revivre un mort ...). De même pour une action intentée au nom d'une société qui n'a plus d'existence (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 fév. 2004 : D. 2004, inf. rap., p. 731), pour une société inexistante parce que en formation (Cass. com. 30 nov. 1999 : D. 2000, p. 37), pour l'assignation délivrée au nom de l'assuré mais à son insu par une compagnie d'assurance (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 mai 2004 : D. 2004, inf. rap., p. 2 347 : la régularisation par l'intervention volontaire de l'assuré n'est pas possible), pour la constitution en première instance d'un avocat incompetent territorialement (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 oct. 2003 : JCP 2003, IV, n° 2 954 : la constitution régulière d'un avoué en appel ne peut avoir pour effet de régulariser la procédure).

C) Les difficultés de qualification

On peut relever :

### 1) L'erreur sur la personne

Un acte de procédure fait à la requête d'une personne au lieu d'une autre personne est-il nul pour vice de forme ? pour vice de fond ? l'action est-elle irrecevable ?

Dans une espèce où il s'agissait d'un congé délivré à la requête de Jean-Pierre DISS alors que les propriétaires étaient les époux Fernand DISS qui avaient acquis l'immeuble de la société SOGIS, représentée par Jean-Pierre DISS, la Cour de cassation a considéré qu'il s'agissait d'une nullité pour vice de fond, le grief étant indifférent (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 sept. 1999 : P.A. 7 oct. 1999, p. 5 ; D. 1999, inf. rap., p. 244).

Un auteur (P. Théry, RTDCiv. 2004, p. 766) propose la distinction suivante :

- *si c'est le défendeur qui est mal identifié*, il y aurait peut-être nullité pour vice de forme
- *si c'est le demandeur qui s'identifie mal*, il y aurait nullité pour vice de fond non régularisable.

### 2) L'acte fait dans une forme différente de la forme requise

L'appel fait par une déclaration au greffe du tribunal, au lieu d'une déclaration au greffe de la cour d'appel, est irrecevable : il s'agit d'une fin de non-recevoir (Rouen 28 nov. 1996 : JCP 1996, IV, n° 2 034 ; dans le même sens : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 22 mai 1996 : D. 1996, inf. rap., p. 155 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 9 déc. 1997 : Gaz. Pal. 1998, 1, panorama p. 123). Pour l'irrecevabilité d'un pourvoi formé par déclaration écrite au greffe de la cour d'appel, au lieu d'une déclaration au greffe de la Cour de cassation : Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 mai 2001 : D. 2001, p. 1 848). Mais il a été jugé que la saisine de la Commission départementale de conciliation des loyers par lettre simple à la place d'une LRAR est une cause de nullité pour vice de forme nécessitant la preuve d'un grief (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 nov. 2002 : Loyers et copr. avril 2003, n° 93). La question reste donc floue !

### 3) Acte effectué par télécopie

Une déclaration de créance peut être faite par télécopie si le destinataire en accuse réception (Cass. com. 17 déc. 2003 : D. 2004, p. 137).

Un appel peut-il être interjeté par télécopie ? La cour de Douai l'a admis dans un arrêt du 25 octobre 2001 (D. 2002, p. 367, note Annie Bottiau), statuant sur déféré d'une ordonnance du CME du 26 janvier 2000 (RTDCiv. 2000, p. 405, obs. Perrot). Mais, en sens opposé, la Cour de cassation ne l'a pas admis en matière de mutualité sociale agricole (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 juin 1995 :

JCP 1995, II, 25 512 : « *il en résulte que la télécopie ne répond pas à ces conditions* »), pas plus que la cour de Paris (Paris 19 déc. 2000 : Gaz. Pal. 2001, 1, somm. p. 510).

Des conclusions peuvent-elles être adressées par télécopie ? La Cour de cassation a jugé que des conclusions d'appel adressées à la cour par fax étaient irrecevables (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 juin 2002 : JCP 2002, IV, n° 2 324 ; D. 2002, inf. rap., p. 2 233). Il s'agit donc d'une fin de non-recevoir.

#### 4) Acte effectué par voie électronique

Le Conseil d'Etat admet la recevabilité d'une requête contentieuse présentée par courrier électronique dans les délais de recours contentieux et confirmée par un courrier ultérieur signé par le requérant (CE 28 déc. 2001 : D. 2002, p. 2008). Un arrêté du 11 mai 2007 met en œuvre l'expérimentation à Paris de la transmission par voie électronique devant le TA et la CAA de Paris des requêtes et des appels.

Devant les juridictions judiciaires, la loi prévoit qu'un sursis à exécution peut être demandé au premier président de la cour d'appel par télécopie ou par voie électronique en matière de surendettement depuis un décret du 24 février 2004 complétant la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 (JCP 2004, I, 133, n° 19).

La Cour de cassation a jugé que dans les procédures sans représentation obligatoire une déclaration d'appel (que la partie fait ou adresse par lettre recommandée) peut être faite par courrier électronique si l'acte comporte la signature électronique prévue par la loi du 13 mars 2003 ou s'il n'existe pas de doute sur l'identification de la personne qui avait fait usage de ce procédé (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 30 avril 2003 : D. 2003, inf. rap., p. 1 406, interprétation *a contrario*).

On peut dire en conclusion que des expérimentations sont actuellement en cours, présageant une prochaine généralisation.

#### 5) Inexistence ?

Des arrêts de la Cour de cassation ont jugé :

- qu'un document dépourvu de signature ne constitue pas la notification d'un avis à tiers détenteur (Cass. com. 13 janv. 1998 : D. 29 janvier 1998, n°4, dernière actualité)
- qu'un document ne comportant pas la signature de l'avocat postulant mais seulement son cachet ne peut pas être considéré comme valant conclusions (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 janv. 2000 : D. 2000, inf. rap., p. 36)
- que des opérations d'expertise menées par le conjoint de l'expert ne peuvent valoir opérations d'expertise (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 avril 2000 : D. 2000, inf. rap., p. 158).

On est ici tout près de la notion d'inexistence, encore qu'on puisse parfaitement interpréter ces décisions comme signifiant simplement qu'il s'agit d'actes nuls. L'inexistence existe-t-elle en procédure civile ? L'arrêt précité de Chambre mixte de la Cour de cassation du 7 juillet 2006 (JCP 2006, II, 10 146) rejette la notion d'inexistence et retient la nullité pour vice de forme pour une assignation délivrée pour un jour férié : « *quelle que soit la gravité des irrégularités alléguées, seuls affectent la validité d'un acte de procédure soit les vices de forme faisant grief, soit les irrégularités de fond limitativement énumérées à l'article 117 NCPC* ».

## § 2 Le régime de la nullité

La nullité des actes de procédure est *une exception de procédure*. Devant le TGI, elle est nécessairement présentée dans *des conclusions*.

### A) Qui peut l'invoquer ?

- s'il s'agit d'une nullité pour vice de forme : seule *la victime* peut l'invoquer
- s'il s'agit d'une nullité pour vice de fond : *toutes* les parties à l'instance peuvent l'invoquer.

### B) Jusqu'à quel moment ?

- s'il s'agit d'une nullité pour vice de forme : il faut l'invoquer après l'accomplissement de l'acte irrégulier, *simultanément* avec les autres exceptions de procédure le cas échéant et *avant toute fin de non-recevoir ou toute défense au fond* (**article 112 et 113**).

Mais l'exception présentée avant toute défense au fond en première instance peut être reprise en appel jusqu'aux dernières conclusions (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 fév. 2001 : JCP 2001, II, 10 633, note du Rusquec : correctement soulevée en première instance, elle peut l'être à tout moment en appel).

Par ailleurs, il ne faut pas confondre l'exception de procédure pour nullité d'un acte et l'irrecevabilité de l'exception pour présentation tardive. L'espèce suivante permet de le comprendre :

A la suite d'un conflit l'opposant à d'autres actionnaires d'une clinique, relatif à la conclusion d'un contrat d'informatisation et d'assistance technique au management, un médecin exerçant dans cette clinique a diffusé un document lors de l'assemblée générale de la clinique, annexé au procès-verbal de l'assemblée.

S'estimant diffamés par les propos tenus, la clinique et les huit médecins administrateurs ont assigné le médecin devant le TGI.

Le médecin ayant soulevé l'exception d'incompétence de cette juridiction, l'instance a été renvoyée devant un tribunal d'instance.

Le médecin ayant alors soulevé la nullité de l'assignation, le tribunal d'instance a déclaré nulle l'assignation.

Devant la cour d'appel, la clinique soulève, pour la première fois, l'irrecevabilité de l'exception de nullité au motif qu'elle a été invoquée tardivement devant le tribunal, après l'exception d'incompétence.

La cour d'appel a à bon droit donné raison à la clinique et déclaré le médecin irrecevable en son exception de nullité.

En effet, l'exception de nullité de l'assignation n'était pas recevable devant le tribunal d'instance, faute d'avoir été soulevée simultanément avec l'exception d'incompétence, conformément à l'article 74 NCPC (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 mai 2004 : JCP 2004, IV, n° 2 366).

Autrement dit, le médecin devait soulever devant le tribunal en même temps l'incompétence et la nullité de l'assignation : les exceptions doivent être soulevées simultanément. Quant à la clinique, elle pouvait invoquer la tardiveté (= l'irrecevabilité) de l'exception de nullité à tout moment, y compris devant la cour d'appel : en effet, une fin de non-recevoir peut être soulevée en tout état de cause.

- s'il s'agit d'une nullité pour vice de fond : il est possible de l'invoquer *en tout état de cause*, sauf risque de condamnation à des dommages-intérêts en cas d'intention dilatoire. Toutefois, en cas de circuit long, il faut l'invoquer devant le JME.

### C) Le juge compétent

Qu'il s'agisse d'une nullité pour vice de forme ou d'une nullité pour vice de fond, *le juge de la mise en état* est seul compétent en cas de circuit long (petit bloc de compétence exclusive). En cas de circuit court, *c'est le tribunal qui est compétent*.

## § 3 Les effets de la nullité

La nullité va avoir des répercussions *sur les actes de procédure (A) et sur l'auxiliaire de justice (B)*.

### A) Les effets sur les actes de procédure

Il y en a quatre :

- 1) Quand la nullité est prononcée, l'acte de procédure est réputé non avenu : il est censé n'avoir jamais existé
- 2) Les actes antérieurs à l'acte annulé restent valables

- 3) Les actes postérieurs (« *subséquents* ») peuvent perdre leur efficacité : par exemple, *si l'assignation est annulée*, tous les actes qui l'ont suivie et qui se sont appuyés dessus, disparaissent aussi, frappés par l'annulation : constitution, conclusions ... Si certains actes, parce que *antérieurs* à l'acte annulé, *sont maintenus*, on dit que la procédure est reprise « **sur ses derniers errements** » (= à partir du dernier acte valable).
- 4) La nullité de l'acte de procédure peut parfois entraîner la perte du droit : si l'assignation est irrégulière et qu'elle est annulée, le délai de prescription sera peut-être écoulé ...

#### B) Les conséquences pour l'auxiliaire de justice

Le jugement qui annule l'acte de procédure irrégulier peut en même temps condamner l'auxiliaire de justice à rembourser le coût de l'acte ; il peut aussi mettre les dépens à sa charge.

En outre, l'auxiliaire de justice engage sa responsabilité civile s'il a commis une faute dont il est résulté un préjudice pour le plaideur : on appliquera les règles de l'indemnisation de *la perte d'une chance*.

### SECTION IV LES INCIDENTS RELATIFS A LA PREUVE

#### Introduction.

Dans tous les procès, les questions de preuve occupent une place considérable. Le gain ou la perte d'un procès dépend souvent de la pertinence des preuves.

*La théorie générale de la preuve est réglementée dans le Code civil (articles 1315 et s.). Les modes d'administration de la preuve en justice sont réglementés dans le NCPC (articles 132 à 322).*

En général, les parties se fondent sur des documents (contrat, lettre ...), appelés « *les pièces* » (§ 1), mais il arrive que ces pièces ne soient pas suffisantes pour entraîner la conviction du juge : il faut alors recourir à *une mesure d'instruction* (entendre un témoin, désigner un expert ...) (§ 2).

#### § 1 Les pièces

Dans le dossier de plaidoirie des avocats, il y a toujours des pièces : « **qui dit faits dit preuve ; qui dit preuve dit pièces** ».

Les pièces peuvent donner lieu à divers incidents de procédure, concernant leur *sincérité* (A), leur *communication* (B) et leur *production forcée* (C).

#### A) La sincérité des pièces

Si une partie met un écrit en doute, *deux* procédures différentes sont prévues selon qu'il s'agit *d'un acte sous seing privé* (1) ou *d'un acte authentique* (2).

#### 1) S'il s'agit d'une contestation relative aux écritures privées

Par exemple, une partie ne reconnaît pas son écriture ou sa signature. Il y aura procédure en vérification d'écriture, ou encore procédure de faux en cas de *faux matériel* : grattage, surcharge .. Souvent, le juge ordonnera la comparution personnelle des parties, ou une expertise graphologique.

La Cour de cassation a jugé que dans le cas où la partie désavoue son écriture, le juge doit procéder à la vérification de l'écrit contesté (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 9 mars 2005 : JCP 2005, IV, n° 1896 et n°1897). Le juge des référés a le pouvoir de procéder lui-même à la vérification d'écriture. Ainsi en matière de chèque, lorsque le défendeur prétend que ce n'est pas sa

En outre, l'auxiliaire de justice engage sa responsabilité civile s'il a commis une faute dont il est résulté un préjudice pour le plaideur : on appliquera les règles de l'indemnisation de *la perte d'une chance*.

### SECTION IV LES INCIDENTS RELATIFS A LA PREUVE

#### Introduction.

Dans tous les procès, les questions de preuve occupent une place considérable. Le gain ou la perte d'un procès dépend souvent de la pertinence des preuves.

*La théorie générale* de la preuve est réglementée *dans le Code civil (articles 1315 et s.)*. *Les modes d'administration de la preuve en justice* sont réglementés *dans le NCPC (articles 132 à 322)*.

En général, les parties se fondent sur des documents (contrat, lettre ...), appelés « *les pièces* » (§ 1), mais il arrive que ces pièces ne soient pas suffisantes pour entraîner la conviction du juge : il faut alors recourir à *une mesure d'instruction* (entendre un témoin, désigner un expert ...) (§ 2).

#### **§ 1 Les pièces**

Dans le dossier de plaidoirie des avocats, il y a toujours des pièces : « **qui dit faits dit preuve ; qui dit preuve dit pièces** ».

Les pièces peuvent donner lieu à divers incidents de procédure, concernant leur *sincérité* (A), leur *communication* (B) et leur *production forcée* (C).

### B) La sincérité des pièces

Si une partie met un écrit en doute, *deux* procédures différentes sont prévues selon qu'il s'agit d'un acte sous seing privé (1) ou d'un acte authentique (2).

#### 1) S'il s'agit d'une contestation relative aux écritures privées

Par exemple, une partie ne reconnaît pas son écriture ou sa signature. Il y aura procédure en vérification d'écriture, ou encore procédure de faux en cas de *faux matériel* : grattage, surcharge .. Souvent, le juge ordonnera la comparution personnelle des parties, ou une expertise graphologique.

La Cour de cassation a jugé que dans le cas où la partie désavoue son écriture, le juge doit procéder à la vérification de l'écrit contesté (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 9 mars 2005 : JCP 2005, IV, n° 1896 et n°1897). Le juge des référés a le pouvoir de procéder lui-même à la vérification d'écriture. Ainsi en matière de chèque, lorsque le défendeur prétend que ce n'est pas sa signature qui figure sur le chèque sans provision : le juge des référés peut vérifier lui-même la signature (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 juin 2000 : Gaz. Pal. 2002, 1, somm. p. 244).

#### 2) S'il s'agit d'une contestation relative aux actes authentiques

Il y aura procédure d'inscription de faux : en cas de *faux matériel* (grattage, surcharge) ou en cas de *faux intellectuel* (fausse mention portée par l'officier public -notaire, huissier- dans le cadre de l'acte qu'il accomplit). Les règles de procédure (**art. 285 à 324**) sont volontairement complexes, pour dissuader les plaideurs d'y recourir trop facilement.

L'incident de faux, qui tend à contester une preuve littérale invoquée au soutien d'une demande, constitue non une exception de procédure mais une défense au fond (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 oct. 2006 : D. 2007, p. 192, note D. Cholet). Il n'a donc pas à être soulevé *in limine litis* et échappe à la compétence exclusive du JME.

### C) La communication des pièces entre les parties

On examinera *la règle* (1), *la mise en œuvre* (2) et *la sanction* (3).

#### 1) La règle

Les pièces qu'une partie entend verser aux débats (on dit aussi : produire en justice), c'est-à-dire remettre au juge dans le dossier de plaidoirie, doivent avoir été préalablement communiquées à la partie adverse, pour que celle-ci puisse en prendre connaissance et les critiquer éventuellement. L'**article 132** précise même que la communication des pièces dont on se prévaut (dans l'assignation, dans les conclusions) doit être spontanée



## 2) La mise en œuvre

Les avocats se communiquent directement les pièces, à leur casier au Palais de justice ou par voie postale, en général en photocopie à moins qu'une partie demande à examiner l'original (signature à vérifier ...). Il existe ici ou là des usages selon lesquels par exemple la communication se fait par l'intermédiaire de l'Ordre des avocats.

Il est recommandé que les pièces communiquées par l'avocat portent le cachet de l'avocat : « *L'avocat postulant en première instance et l'avoué devant la cour étant les garants de la régularité et de la sincérité de la communication des pièces, ils ne peuvent utilement jouer ce rôle qu'à la condition qu'ils aient visé, par l'apposition de leur cachet professionnel, les pièces qu'ils communiquent sous leur responsabilité. A défaut, il y a lieu de rejeter d'office les pièces dépourvues de cachet* » (Paris 12 oct. 2000 : AJDI 2000, p. 1 067).

Les pièces sont accompagnées d'un bordereau de communication (= la liste des pièces, numérotée) qui figurera en annexe des conclusions devant le TGI ou la cour d'appel (= la dernière page des conclusions).

## 3) La sanction

Si une partie (par exemple, le demandeur) ne communique pas spontanément les pièces dont elle se prévaut dans ses écritures (dans son assignation), l'autre partie peut demander au juge de la mise en état (ou au tribunal, mais pas au Président !) d'enjoindre cette communication, au besoin sous astreinte.

De plus, si une pièce est remise au tribunal sans avoir été communiquée à la partie adverse préalablement, elle doit être écartée des débats.

L'ensemble de ces règles repose sur **le principe de la contradiction**.

Si en revanche des conclusions devant le TGI ou la cour d'appel sont notifiées sans que soit annexé le bordereau de communication, il semble que, par analogie avec la solution retenue par la jurisprudence en cas d'absence de liste des pièces annexée à l'assignation, il n'y ait pas de sanction, à condition toutefois que les pièces aient quand même été communiquées (Paris 24 avril 2001 : AJDI 2001, p. 637 : « ... *il convient d'observer qu'aucune sanction n'est prévue lorsque des pièces régulièrement communiquées ont été omises dudit bordereau (...). Sont donc régulièrement acquises aux débats les pièces communiquées le 5 août 1999 bien qu'omises du bordereau récapitulatif annexé aux conclusions du 17 janvier 2001*).

La jurisprudence a posé une présomption de régularité de la communication des pièces : la présomption résulte de la mention des pièces dans le bordereau ou même dans les conclusions ; en l'absence d'incident de communication de pièces soulevé par une partie, les pièces visées au bordereau ou dans l'assignation ou les conclusions sont censées avoir été régulièrement communiquées par l'autre partie (cf. Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 janv. 2006 : D. 2006, p. 252 et les

références citées dans la note). ). Si le juge ne les trouve pas au dossier, il doit inviter les parties à s'expliquer sur leur absence (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 6 juin 2007 : D. 2007, p. 1 794).

#### D) La production forcée des pièces

Il n'y a pas de difficulté lorsque les parties produisent *volontairement* (spontanément) leurs pièces, à condition simplement que ces pièces soient préalablement communiquées à la partie adverse.

Mais il se peut qu'*une partie n'ait pas fait état, dans ses écritures, d'une pièce* qu'elle détient et qui lui est défavorable. L'autre partie peut-elle la contraindre à produire cette pièce (1) ? Il se peut aussi que la pièce soit *détenue par un tiers : peut-on contraindre ce tiers* (2) ?

##### 1) La production forcée contre une partie

Elle a longtemps été refusée, pour le motif que « **nul n'est tenu de prouver contre lui-même** » (*Nemo tenetur edere contra se*). Et puis les choses ont changé en 1972 avec l'**article 10 du code civil** (« *chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité et celui qui se soustrait à cette obligation peut être contraint d'y satisfaire, même s'il s'agit d'un tiers, sauf la possibilité d'invoquer un empêchement légitime* ». Les **articles 138 à 142 NCPC** réglementent cette question. Il faut une demande de l'une des parties et que ce plaideur n'ait pas été partie à l'acte (autrement, il n'avait qu'à conserver son exemplaire !). La décision du juge (juge de la mise en état, tribunal) est aussitôt exécutoire.

Sanction : le juge de la mise en état ou le tribunal peut enjoindre cette production, au besoin sous astreinte. Il peut n'ordonner que la production d'un *extrait* de la pièce (par exemple, sous contrôle d'huissier s'il convient de préserver le secret d'un procédé de fabrication ...). Mais le juge civil ne saurait aller jusqu'à ordonner *une perquisition* ... : ainsi, un huissier ne saurait avoir pour mission judiciaire de se rendre au domicile d'une partie pour s'emparer de tel ou tel document. La décision du juge (JME ou tribunal) n'est pas susceptible d'appel : elle est donc « exécutable » immédiatement ; c'est un peu comme si elle était assortie de l'exécution provisoire de droit..

##### 2) La production forcée contre un tiers (l'obtention)

Il se peut que la pièce recherchée soit entre les mains d'un tiers, par exemple un notaire (un document sur les héritiers), de la société éditrice d'un journal (une photographie) ou même d'une administration publique (un hôpital).

On applique les mêmes règles que pour la production forcée contre une partie, avec deux différences : *d'une part*, le tiers, par exemple s'il invoque un empêchement légitime tel le secret professionnel de l'expert-comptable (Cass. com., 8 fév. 2005 : Gaz. Pal. 2005, 1, somm. p.1173) ou du médecin (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 déc. 2004, D. 2005, p. 244) peut demander sans forme (= par lettre) au juge de rétracter ou de modifier sa décision, la nouvelle décision étant elle-

même susceptible d'appel dans les 15 jours de son prononcé ; *d'autre part*, la décision du juge est exécutoire sur minute (**art. 140**).

On retrouve donc la même interdiction d'ordonner une perquisition civile : le juge ne saurait ordonner à un huissier de se rendre au siège d'un journal pour se faire remettre des photographies permettant d'identifier les auteurs de dommages.

## § 2 Les mesures d'instruction

Il s'agit de toutes les mesures qui sont prescrites par le juge (juge de la mise en état, tribunal, juge des référés ou des requêtes) pour éclairer des points de fait dont dépend la solution du procès.

Le NCPC régleme dans les **articles 143 à 284-1** quatre mesures d'instruction : les *vérifications personnelles du juge* (A), la *comparution personnelle des parties* (B), les *déclarations des tiers* (C) et le *recours à un technicien* (D).

### A) Les vérifications personnelles du juge (= *la preuve par le juge*) (**art. 179 à 183**)

Cette mesure était déjà pratiquée *avant l'ordonnance de 1667* sous le nom de **la descente sur les lieux**.

Le juge vérifie par lui-même certains faits litigieux. Par exemple, le juge décide de se rendre sur place afin de vérifier s'il est raisonnable d'installer un ascenseur dans une cage d'escalier d'un immeuble ancien. Cette mesure est rarement pratiquée, sauf en matière d'expropriation où elle est obligatoire. Elle a toujours un caractère *contradictoire*, les parties devant être convoquées. Le juge ne saurait se contenter de faire état de ses connaissances personnelles (par exemple, il ne pourrait se borner à relater dans le jugement qu'il connaît très bien le 10 avenue Pierre Larousse pour s'y être rendu à de nombreuses reprises ...). Un P.V. est en principe rédigé.

### B) La comparution personnelle des parties (= *la preuve par les parties*) (**art. 184 à 198**)

Il s'agit d'une mesure d'instruction qui tend à recueillir verbalement les déclarations *des parties elles-mêmes* (et non de leurs avocats). On examinera *les conditions* (1) et *les effets* (2).

#### 1) Les conditions

Cette mesure peut être ordonnée en toute matière et en tout état de cause. Les parties sont en principe entendues ensemble, mais le juge peut décider de les entendre séparément, mais alors elles doivent être confrontées si l'une d'elles le demande. Leur audition peut être publique ou non publique. En principe, un P.V. est rédigé.

#### 2) Les effets

Les parties se présenteront ou non devant le juge. Elles répondront à ses questions ou non.

L'**article 198** prévoit que le juge pourra tirer toute conséquence de l'attitude des parties, y compris un commencement de preuve par écrit, ce qui permettra de rendre recevable la preuve par témoins ou par présomptions de fait dans des hypothèses où la preuve écrite est normalement exigée.

C'est une mesure d'instruction qui est utilisée de temps en temps.

On peut en rapprocher la réglementation du serment, avec la distinction entre le serment décisoire (déféré par une partie à l'autre, pour en faire dépendre le sort du procès) et le serment supplétoire (déféré d'office par le juge à l'une des parties : le juge n'est pas lié).

### C) Les déclarations des tiers (= la preuve par les témoins) (**articles 199 à 231**)

Il s'agit de la mesure d'instruction au moyen de laquelle sont recueillis les témoignages des personnes étrangères à l'instance (et non les déclarations des parties), qui vont dire ce dont elles ont personnellement connaissance. La preuve par témoins peut être administrée soit oralement par enquête (1) soit de façon écrite par attestations (2).

#### 1) La forme orale : l'enquête

Les juges n'ordonnent presque plus d'enquêtes, faute de pouvoir disposer du temps nécessaire à l'audition des témoins. On les rencontre encore devant les Conseils de Prud'Hommes et, quelque fois, devant la cour d'appel.

Les **articles 222 à 231** distinguent l'enquête ordinaire (minutieusement réglementée : **articles 222 à 230**) et l'enquête sur le champ (**article 231**) qui est en quelque sorte une enquête spontanée et qui n'obéit presque à aucune règle de forme (les témoins sont sur place : par exemple, des salariés venus reconforter aux Prud'Hommes, par leur présence dans la salle d'audience, leur collègue licencié qui réclame des indemnités ; il est alors facile pour le tribunal de les interroger).

#### 2) La forme écrite : les attestations

Les attestations, qui existaient depuis longtemps dans la pratique, ont été officialisées par le NCPC (**article 202**). Elles sont extrêmement fréquentes dans les dossiers.

L'attestation, qui est un acte écrit, doit être datée, signée par son auteur, avec en annexe une photocopie d'un document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature. Elle n'est pas obligatoirement manuscrite : elle peut être dactylographiée, du moment qu'elle est signée par son auteur.

Elle doit comporter les nom, prénom, date et lieu de naissance, demeure et profession de l'auteur de l'attestation. Celui-ci doit préciser son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts.

Elle doit indiquer qu'elle est établie en vue de sa production en justice et qu'une fausse attestation expose son auteur à des sanctions pénales.

Ces diverses formalités exigées par **l'article 202** ne sont pas prescrites à peine de nullité et la Cour de cassation a jugé à de très nombreuses reprises qu'il ne s'agit pas de formalités substantielles (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 30 nov. 2004 : JCP 2005, IV, n° 1 076 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 déc. 2004 : JCP 2005, IV, n° 1 214). Le non-respect de ces formalités n'entraîne donc pas la nullité de l'attestation : il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement la valeur et la portée d'une attestation ne satisfaisant pas aux exigences de l'article 202 NCPC (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 20 mars 2003 : JCP 2003, II, 10 131, note Emmanuel du Rusquec, pour une attestation non datée). Le juge peut toujours décider de procéder à l'audition de l'auteur de l'attestation, ce sera alors une enquête.

Les attestations sont soumises au principe de la contradiction : elles doivent être *communiquées* à la partie adverse. En pratique, elles sont traitées *comme des pièces* et communiquées avec les autres pièces.

#### D) L'intervention d'un technicien (= *la preuve par un technicien*) (**articles 232 à 284**)

##### Introduction.

Certaines affaires (par exemple, les affaires *immobilières*, les affaires *médicales*) exigent l'intervention d'un technicien spécialisé pour éclairer le juge. Le Code de 1806 réglementait à cet effet *l'expertise*. Mais les expertises sont assez *lourdes* à mettre en œuvre, assez *lentes* et assez *coûteuses*. Aussi le NCPC a-t-il *réduit* le domaine de l'expertise en prévoyant, à ses côtés, des procédures plus simples : *la constatation* et *la consultation*. Toutes les trois (2) sont soumises à des *dispositions communes* (1).

##### 1) Les dispositions communes (**articles 232 à 248**)

Elles sont relatives à *la désignation* du technicien (a) et à *sa mission* (b).

##### a) La désignation du technicien

Le juge peut désigner toute personne de son choix.

Il est établi chaque année des listes d'experts en matière civile : une liste nationale, dressée par le bureau de la Cour de cassation et des listes régionales, dressées par l'assemblée générale de chaque cour d'appel, un expert pouvant être inscrit sur plusieurs listes. Il s'agit de personnes réputées dans leur profession (des professeurs de médecine etc... ).

Mais le juge peut désigner comme expert une personne ne figurant pas sur ces listes (par exemple, un expert à la retraite). Le technicien peut être récusé pour les mêmes causes que le juge.

b) La mission du technicien

Le technicien est saisi par le Greffe qui lui envoie une copie du jugement le désignant et fixant sa mission. Il doit indiquer s'il accepte la mission qui lui est confiée. Sa mission, en principe, ne doit porter que sur des questions de fait (mais en pratique les juges lui demandent volontiers d'indiquer qui est responsable ...). Il peut se faire assister dans l'accomplissement de sa mission. Il peut demander des documents aux parties ou des informations à toute personne (« **les sachants** », ou « **sapiteurs** »). Sa rémunération, généralement mise à la charge -provisoire- du demandeur, est fixée par le juge : d'abord une provision, puis à la fin de la mission le solde sur justification du travail fourni. Les frais d'expertise font partie des dépens, dont le sort sera réglé avec le jugement sur le fond : à la fin de sa mission, après le dépôt de son rapport, le juge fixe sa rémunération (en général après avoir demandé leurs observations aux avocats) et délivre automatiquement un titre exécutoire à l'expert (**art. 284**).

2) Les trois mesures à la disposition du juge

Le juge peut demander à un technicien de procéder à *des constatations* (a), de donner *une consultation* (b) ou de procéder à *une expertise* (c).

a) Les constatations

Le juge désigne un technicien pour qu'il rapporte au tribunal ce qu'il a constaté personnellement, sans qu'il ait à donner son avis (**articles 249 à 255**). C'est souvent un huissier qui est désigné, pour faire *un « constat »*. La Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que le juge ne peut pas, en matière civile, désigner un huissier aux fins de procéder à des auditions de personnes (si ce n'est pour éclairer ses constatations) ou à une véritable perquisition (Cass. soc., 28 avril 2006 : D. 2006, p. 1 250).

b) La consultation

Un avis est sollicité du technicien, comme dans l'expertise. Par exemple, désignation d'un expert-comptable pour faire des comptes entre les parties (règlement de loyers ...). La procédure est moins solennelle, plus simple que l'expertise (**articles 256 à 262**).

c) L'expertise

Elle fait l'objet d'une réglementation plus détaillée (**articles 263 à 284**). La procédure comprend plus de formalités. Elle a en principe un caractère subsidaire, n'ayant à être ordonnée que si des constatations ou une consultation ne peuvent suffire à éclairer le juge. S'agissant d'une mesure souvent coûteuse, l'**article 272** en autorise l'appel immédiat à certaines conditions.

Les parties doivent apporter leur concours aux opérations d'expertise. Si elles refusent de s'y prêter (par exemple, refus de se soumettre à une expertise sanguine, à une recherche d'empreintes génétiques ... ), le juge (c'est-à-dire le tribunal, statuant au fond) pourra en tirer *toutes conséquences* (c'est ainsi qu'Yves Montand, qui avait refusé de se soumettre à une expertise sanguine, a pu être déclaré le père d'Aurore Drossard par le tribunal de grande instance de Paris). Les opérations d'expertise doivent toujours avoir un caractère contradictoire, les parties devant être convoquées. Les parties peuvent formuler des observations (« **les dires** »), auxquelles l'expert devra répondre. A la fin de l'expertise, , chaque partie adresse à l'Expert un Dire récapitulatif, puis l'expert déposera son rapport. S'il y a plusieurs experts qui ont été désignés, il n'y aura qu'un seul rapport. Enfin, le juge n'est jamais lié par le rapport de l'expert : il peut *le suivre* (on dit « l'homologuer », « l'entériner ») ou au contraire *ne pas le suivre*.

x  
x     x

Il n'existe pas d'autres mesures d'instruction.

Pourtant on remarque que de temps en temps les juges désignent une personnalité au titre de « *amicus curiae* » (Ch. mixte, 4 arrêts du 23 nov. 2004 : RTDCiv. 2005, p. 88). Il s'agira d'expliquer un fait commun à toute une série de litiges et dont la bonne appréciation est nécessaire pour forger, en l'absence de toute loi sur ce point, la règle de droit opportune. Il en a été ainsi sur des questions relatives au statut de l'avocat, sur le problème de la contamination par le Sida, sur la question des maternités de substitution, en matière de co-assurance internationale (V. Raphaël Encinas de Munacorri, *L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae* : RTDCiv. 2005, p. 88 à 93).

La Cour de cassation ayant elle-même eu plusieurs fois recours à la désignation d'un « *amicus curiae* », il semble peu utile de s'interroger sur la légalité de cette pratique prétorienne.

## SECTION V LES INCIDENTS RELATIFS AU LIEN JURIDIQUE D'INSTANCE

Les incidents peuvent concerner soit *l'étendue* du lien juridique d'instance (§ 1) soit *l'existence même* du lien juridique d'instance (§ 2).

### § 1 Les incidents relatifs à l'étendue du lien juridique d'instance

#### Introduction.

C'est la demande introductive d'instance (l'assignation, devant le TGI) qui fixe d'abord les éléments constitutifs du lien juridique d'instance.

En principe, au cours du procès le demandeur ne peut pas modifier l'objet du litige : MOREL disait que **le demandeur est prisonnier de sa formule**. C'est ce que l'on appelle **le principe de l'immutabilité du litige**, principe destiné à éviter les manœuvres ou les surprises et à assurer

une certaine stabilité des éléments de l'instance. On verra par exemple que le demandeur n'a pas le droit de modifier les éléments de sa demande lorsque le défendeur fait défaut.

Mais la pratique révèle que souvent c'est au cours du procès que chaque partie apprécie correctement l'étendue de ses droits : si cette partie souhaite invoquer des droits auxquels elle n'a pas initialement songé, il paraît préférable de lui permettre d'élargir l'étendue primitive du lien juridique d'instance plutôt que de l'obliger à intenter un nouveau procès.

C'est pourquoi, par dérogation au principe de l'immutabilité du litige, il est permis aux plaideurs de formuler au cours du procès *des demandes nouvelles* qui ont pour objet de modifier l'étendue du lien juridique d'instance. Il s'agit des demandes incidentes (appelées ainsi parce qu'elles sont formées « incidemment », à l'occasion d'une instance en cours).

Il y a trois sortes de demandes incidentes : *la demande additionnelle* qui émane souvent du demandeur (A), *la demande reconventionnelle* qui émane le plus souvent du défendeur (B) et *la demande en intervention* qui émane d'une partie qui veut faire entrer un tiers dans le litige ou du tiers lui-même (C).

#### A) La demande additionnelle

C'est celle par laquelle une partie modifie ses prétentions antérieures. Elle doit se rattacher à la prétention originaire par un lien suffisant. Devant le TGI elle est formée par voie de conclusions (si l'autre partie a comparu).

#### B) La demande reconventionnelle

C'est celle par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire. Elle doit se rattacher à la demande initiale par un lien suffisant. Devant le TGI elle est formée par voie de conclusions.

*Deux difficultés* peuvent se rencontrer quant au régime de la demande reconventionnelle : *la possibilité de répondre* à une demande reconventionnelle par une nouvelle demande reconventionnelle (1) et *l'autonomie procédurale* de la demande reconventionnelle (2).

##### 1) Demande reconventionnelle sur demande reconventionnelle

On disait autrefois que le demandeur ne pouvait pas répondre à la demande reconventionnelle du défendeur par une autre demande reconventionnelle : c'était le vieil adage : « **reconvention sur reconvention ne vaut** », destiné à éviter la multiplication des demandes incidentes.

Mais cet adage a toujours été très critiqué. Le NCPC n'y fait pas allusion, facilitant plutôt l'extension du lien juridique d'instance. Aussi cet adage a-t-il été abandonné par la jurisprudence moderne. Par exemple, une assemblée générale de copropriétaires refuse à un copropriétaire qui exploite un restaurant dans l'immeuble de faire des travaux d'agrandissement. Le restaurateur assigne le syndicat des copropriétaires devant le TGI *en*



*annulation* de la décision de refus prise par l'assemblée générale (= demande principale). Devant le tribunal, le syndicat des copropriétaires (défendeur) profite de l'occasion de cette procédure pour demander la condamnation du restaurateur à *lui rembourser une facture de serrurier* parce que des fournisseurs du restaurant ont forcé la porte d'entrée de l'immeuble et abîmé la serrure (= demande reconventionnelle). Le restaurateur (demandeur initial) en profite pour demander à son tour que lui soit reconnu par le tribunal le droit de faire des *livraisons par la porte d'entrée principale* de l'immeuble et non pas seulement par la petite porte de service (= demande reconventionnelle en réplique). C'est admis par la jurisprudence, à condition qu'il y ait un lien suffisant entre les demandes reconventionnelles.

## 2) L'autonomie procédurale de la demande reconventionnelle

a) **En principe, la demande reconventionnelle est instruite et jugée en même temps que la demande initiale.** Mais le juge a toujours la possibilité d'ordonner la disjonction, en se prononçant immédiatement sur la demande initiale et en renvoyant à statuer ultérieurement sur la demande reconventionnelle, par exemple si celle-ci nécessite une mesure d'instruction.

b) On pourrait penser que la demande reconventionnelle, parce qu'elle est greffée sur la demande initiale, disparaît si la demande initiale vient à disparaître, par exemple à la suite d'un désistement du demandeur voire de l'admission d'une fin de non-recevoir présentée imprudemment par le défendeur qui a fait également une demande reconventionnelle. Mais la jurisprudence admet la **possibilité d'une survie de la demande reconventionnelle lorsqu'elle a une autonomie suffisante par rapport à la demande initiale**. C'est un peu la quadrature du cercle, puisque, pour qu'une demande reconventionnelle soit recevable, il faut quand même qu'elle ait un lien suffisant avec la demande principale (donc qu'elle ne soit pas trop autonome ...). Toutefois, en matière de divorce on considère que la demande principale et la demande reconventionnelle en divorce sont indivisibles, ce qui fait que l'irrecevabilité de la demande principale entraîne l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 avril 2005 : JCP 2005, IV, n° 2 350).

c) **Il y a donc toujours une incertitude** lorsqu'un plaideur fait une demande reconventionnelle : survivrait-elle à la disparition de la demande principale ? Si on ajoute un autre risque, lié à l'incertitude entourant l'effet interruptif, ou non, d'une demande reconventionnelle sur les délais préfix, on en déduit que la prudence commande, chaque fois qu'il y a lieu pour un plaideur de présenter une demande nouvelle en cours d'instance qui porte sur des intérêts importants, de faire sa demande *par voie d'assignation* plutôt que par voie de conclusions reconventionnelles : certes les formalités seront un peu moins simples, mais ce plaideur y gagnera en sécurité.

## C) La demande en intervention

C'est celle par laquelle un tiers devient partie à l'instance. Le tiers pourra faire valoir ses droits et le jugement aura effet à son égard. L'intervention est *volontaire* quand le tiers demande lui-même à figurer dans le procès (1). L'intervention est *forcée* quand c'est une des parties au

procès qui oblige un tiers à figurer au procès, contre son gré (2). L'intervention n'est recevable que si elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant.

### 1) L'intervention volontaire

L'intervention volontaire d'un tiers dans un procès peut revêtir deux formes : l'intervention *principale* (a) et l'intervention *accessoire* (b).

#### a) L'intervention principale (ou agressive)

C'est lorsque le tiers demande à figurer au procès pour obtenir la reconnaissance d'un droit dont il se prétend titulaire. Par exemple, *une victime de pollution* intente une action contre l'entreprise à l'origine de la pollution. Une autre victime, ou bien une association de victimes, peuvent intervenir volontairement à l'instance pour demander des dommages-intérêts à leur profit. Le tiers (= l'association) aurait pu former *une demande séparée* puis demander ensuite au tribunal d'ordonner *la jonction* des procédures. Mais il peut aussi intervenir *directement* dans le procès en cours.

L'intervenant joue alors le rôle d'un véritable plaideur : il lui faut un véritable intérêt à agir (d'où des difficultés pour les associations ...). Devant le TGI, l'intervention principale se fait par voie de conclusions, notifiées aux avocats constitués pour les parties déjà en cause. Le tiers, devenu partie, a le droit d'exercer les voies de recours comme un plaideur ordinaire.

La jurisprudence admet depuis longtemps que les régularisations de fins de non-recevoir tirées du défaut de qualité ou du défaut de capacité s'opèrent par voie d'intervention volontaire (par exemple, le « bon plaideur » (la société filiale, réellement concernée) intervient volontairement au litige et reprend à son nom la procédure initiée par le « mauvais plaideur » (la société mère, non réellement concernée). Toutefois une intervention n'est concevable que si l'instance initiale « existe », ce qui n'est pas le cas d'après la Cour de cassation lorsque l'assignation était nulle pour vice de fond parce qu'elle avait été délivrée à l'insu du soit-disant demandeur : on ne régularise pas le néant (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 mai 2004 : RTDCiv. 2004, p. 552, obs. Perrot).

Que devient l'intervention volontaire principale en cas de disparition de la demande principale ? La Cour de cassation a jugé que le sort de l'intervention volontaire principale n'est pas lié à celui de l'action principale lorsque l'intervenant principal se prévaut d'un droit propre : l'irrégularité affectant la demande principale n'a pas pour effet d'entraîner l'irrecevabilité de l'intervention volontaire fondée sur un droit propre à cet intervenant (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 juill. 2006 : JCP 2006, IV, n° 2 796). On peut donc parler d'une autonomie de l'intervention volontaire principale.

#### b) L'intervention accessoire (ou conservatoire)

C'est lorsque le tiers se borne à soutenir les prétentions d'une partie, parce qu'il y a intérêt mais sans demander une condamnation à son profit, simplement pour veiller à ce que ses intérêts ne soient pas compromis. Par exemple, l'assureur intervient dans un procès où la responsabilité de

l'assuré risque d'être retenue ; l'Ordre des Médecins intervient dans un procès mettant en cause la définition des obligations du chirurgien ou de l'anesthésiste ; l'Ordre des avocats intervient dans un procès mettant en cause le calcul des honoraires d'un avocat ...

L'intervention accessoire est admise largement par la jurisprudence : un intérêt simplement éventuel est suffisant. Le tiers, devenu partie, ne peut pas en principe exercer les voies de recours et il doit supporter ses propres dépens. Comme l'intervention principale, l'intervention accessoire se fait devant le TGI par voie de conclusions, notifiées aux avocats déjà constitués pour les parties en cause.

## 2) L'intervention forcée (ou mise en cause)

C'est une des parties qui met en cause un tiers pour le rendre *partie* à l'instance. On distingue deux situations : *l'assignation en déclaration de jugement commun* (a) et *la mise en cause aux fins de condamnation* (b).

### a) L'assignation en déclaration de jugement commun

Une partie met en cause un tiers pour l'associer à l'autorité de la chose jugée, pour que ce tiers ne puisse *pas faire tierce opposition*. Par exemple, *le bailleur* assigne son locataire en résiliation du bail et expulsion ; par la suite, il assigne en déclaration de jugement commun la ou les personnes habitant chez le locataire, dont il apprend l'existence.

La mise en cause se fait par assignation puisqu'il s'agit d'obliger un tiers à comparaître devant le tribunal. Le tiers, devenu partie, pourra exercer les voies de recours.

### b) La mise en cause aux fins de condamnation

Une partie met en cause un tiers pour obtenir sa condamnation : soit sa condamnation en tant que responsable ou coresponsable, soit sa condamnation en tant que garant (on parle alors d'*appel en garantie*). Par exemple, le vendeur, qui a été assigné par l'acheteur, se retourne contre le fabricant : c'est la *garantie incidente*.

Le juge peut demander à une partie (**article 332** : « inviter une partie ») de mettre en cause un tiers.

La mise en cause se fait par assignation puisqu'il s'agit d'obliger un tiers à comparaître devant le tribunal. L'assignation se fait devant le tribunal saisi de la demande principale (et non devant le tribunal du domicile du tiers), même si le demandeur en intervention et le tiers étaient liés par une clause attributive de compétence territoriale (inefficace en un pareil cas). Le plaideur souhaitant faire une mise en cause d'un tiers en informera en général le juge lors d'une audience de procédure, le juge renvoyant alors la procédure à une date d'audience suffisamment éloignée pour permettre la mise en cause (par ex., renvoi à 4 mois plus tard). Ensuite ce plaideur fera délivrer au tiers une assignation à comparaître devant le tribunal saisi de la demande initiale et, en tête de cette assignation, il dénoncera au tiers l'assignation initiale et, le

cas échéant, les conclusions intervenues depuis (en pratique, l'assignation et les conclusions seront agrafées au-dessus de l'assignation de mise en cause, « *en tête* » de cette assignation). De même, une fois l'assignation délivrée au tiers, il faudra que la partie qui a effectué la mise en cause la dénonce aux autres parties à l'instance : en pratique, cette dénonciation se fait souvent sous la forme d'une *communication de pièces* entre les avocats des parties à l'instance. La partie qui a effectué la mise en cause devra naturellement *placer* l'assignation au greffe du tribunal en demandant qu'elle soit *distribuée* à la chambre déjà saisie de la première assignation, en vue de *la jonction* des procédures. Le tiers mis en cause devenant une véritable partie, les autres parties devront lui communiquer toutes leurs pièces. Bien entendu, le tiers mis en cause aux fins de condamnation pourra exercer normalement les voies de recours.

Il faut faire attention à la jurisprudence qui considère qu'une mise en cause (par le défendeur, par ex.) dont la rédaction contient des affirmations sur le fond de l'affaire présente pour partie le caractère d'une demande au fond (par ex., exposer que le tiers est responsable pour telle ou telle raison et qu'il doit être mis en cause pour supporter une partie des condamnations demandées par le demandeur initial). Il a en effet été jugé que cette mise en cause rend de ce fait irrecevables les exceptions de procédure (nullité, incompétence) qui ne peuvent plus être valablement soulevées par le défendeur contre le demandeur principal pour la raison que le fond a déjà été abordé vis-à-vis de ce tiers qui devient une partie (Cass. com. 6 juin 2000 : Gaz. Pal. 2002, 1, somm. p. 241 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 mai 1999 : JCP 2000, II, 10 291, note Nicolas Auclair), une solution qui paraît contestable vis-à-vis des autres plaideurs que le tiers, qui ne sont pas vraiment « parties » à l'instance entre le demandeur à l'intervention forcée et le défendeur à l'intervention forcée.

Le défendeur qui souhaite tout à la fois mettre en cause un tiers et conserver son droit de soulever des exceptions de procédure contre le demandeur sera donc prudent de veiller à ne pas aborder le fond dans sa mise en cause : il assignera le tiers en intervention forcée en se bornant à rappeler l'assignation initiale et les faits, et à indiquer qu'il convient dans ces conditions que ce tiers figure à l'instance ; par la suite, ce défendeur pourra encore soulever ses exceptions de procédure vis-à-vis des autres plaideurs ; et ensuite, il sera toujours temps pour lui de conclure sur le fond contre le tiers devenu une partie.

## **§ 2 Les incidents relatifs à l'existence du lien juridique d'instance**

Trois sortes d'incidents peuvent survenir au cours du procès : *la suspension* de l'instance (A), *l'interruption* de l'instance (B) et *l'extinction* de l'instance (C).

### A) La suspension de l'instance

Il y a suspension de l'instance en cas de survenance de certains événements étrangers à la situation personnelle des parties ou de leurs représentants. Lorsque la cause objective de suspension a cessé, la procédure est poursuivie sans qu'il soit nécessaire de procéder à la formalité de la reprise d'instance.

Les causes de suspension peuvent être réparties en trois groupes :

1) Diverses causes, ponctuelles

Ainsi en cas de contredit, et pour certaines exceptions dilatoires.

2) Le sursis à statuer

Il peut être imposé par la loi (en cas d'inscription de faux, de récusation) ou résulter de la force des choses (quand une question préjudicielle est soulevée).

3) Le retrait de rôle et la radiation

Ce sont des mesures qui consistent à enlever une affaire du rôle du tribunal. Ce sont des mesures d'administration judiciaire qui ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles ne sont elles-mêmes que la conséquence du comportement des parties : soit l'affaire est rayée parce que les parties qui ont trouvé un accord amiable ou qui sont en pourparlers le demandent au juge : c'est le retrait de rôle qui s'impose alors au juge ; soit l'affaire est rayée parce que les parties se désintéressent du litige et que le juge décide d'office de prononcer la radiation.

Les **articles 382 et 383** précisent que l'instance n'est pas éteinte : l'assignation reste donc valable. Pour que l'instance se poursuive, il suffira de demander au juge, par lettre, le rétablissement de l'affaire : le Greffier convoquera alors les avocats à une audience de procédure, après avoir attribué un nouveau numéro de Rôle Général à l'affaire ; en cas de radiation d'instance, il faut en plus, théoriquement, justifier que les formalités attendues ont bien été effectuées.

B) L'interruption de l'instance

Il y a interruption de l'instance en cas de survenance d'événements affectant la situation personnelle des parties ou de leurs représentants (1). Il s'agit de protéger la partie qui n'est plus en mesure de se défendre (2). Lorsque la cause subjective de suspension aura cessé, la procédure ne pourra être poursuivie qu'après avoir procédé à la formalité de la reprise d'instance (3).

1) Les causes d'interruption

L'**article 369** énumère les événements qui ont un effet interruptif automatique (a). L'**article 370** énumère ceux qui n'ont un effet interruptif qu'à compter de la notification qui en est faite à l'autre partie (b). Dans un cas comme dans l'autre, pour que l'instance soit interrompue, il faut que l'événement (au cas d'interruption automatique) ou sa notification (au cas d'interruption subordonnée) survienne avant l'ouverture des débats oraux.

- a) Interruption automatique à la suite d'un événement survenu avant l'ouverture des débats oraux

L'instance est automatiquement interrompue par la survenance, *avant* l'ouverture des débats oraux, de la majorité d'une partie, de la cessation des fonctions de l'avocat ou de l'avoué en cas de postulation, du jugement prononçant le R.J. ou la L.J. avec assistance ou dessaisissement du débiteur.

Si le jugement d'ouverture du R.J. ou de la L.J. est intervenu *après* l'ouverture des débats, il n'y a pas interruption et le jugement rendu est parfaitement valable (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 déc. 2003 : Loyers et copr. 2004, n° 33).

b) Interruption subordonnée à une notification avant l'ouverture des débats oraux

En ce cas, l'effet interruptif ne se produit qu'à compter du jour de la notification qui en est faite à l'autre partie : il faut que la partie adverse elle-même (et non son avocat ou son avoué : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 déc. 2002 : D. 2003, inf. rap., p. 179) soit officiellement informée de la cause d'interruption.

- Il s'agit du décès d'une partie lorsque l'action est transmissible, ce qui est le cas général : le décès d'une partie en cours d'instance ne met pas fin à l'instance, il peut simplement être une cause d'interruption de l'instance s'il est notifié à la partie adverse avant l'ouverture des débats oraux. Si le décès survient *après* l'ouverture des débats, ou encore en l'absence de notification du décès, le jugement est valablement rendu contre le défunt (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 déc. 1996 : JCP 1997, IV, n° 216) et la jurisprudence considère qu'il aura plein effet contre les héritiers si ceux-ci acceptent la succession.

A ce propos, il est rappelé qu'un héritier peut accepter expressément ou tacitement une succession. Il peut également renoncer à la succession, en faisant une déclaration auprès du greffe du TGI du domicile du défunt. Tout héritier dispose en principe d'un délai de 10 ans (30 ans pour les successions ouvertes avant le 1<sup>er</sup> janvier 2007) pour faire son choix. Toutefois, la loi prévoit que passé 4 mois, il peut être contraint de prendre position.

A compter d'un décès, les héritiers disposent en effet d'un délai de 4 mois pendant lequel ils ne peuvent être contraints de se prononcer. Passé ce délai, l'héritier peut être sommé par huissier de prendre parti. L'héritier dispose alors d'un nouveau délai de 2 mois pour prendre parti. Il peut toutefois demander au juge un délai supplémentaire pour clôturer l'inventaire en cours ou s'il justifie de motifs sérieux et légitimes. A l'expiration du délai supplémentaire de 2 mois ou du délai accordé par le juge, si l'héritier n'a pas pris sa décision, on considère qu'il a purement et simplement accepté la succession et il peut être assigné en cette qualité.

Lorsque la succession est en partie inconnue (passif fiscal ? cautionnements ? ), l'héritier a alors intérêt à accepter la succession à concurrence de l'actif net en faisant une déclaration au greffe du TGI, et en la publiant dans un journal d'annonces légales. L'héritier doit alors faire procéder à l'inventaire des biens par un commissaire-priseur qui doit être déposé au TGI dans les 2 mois qui suivent la déclaration d'acceptation à concurrence de l'actif net, le dépôt de l'inventaire devant être également publié dans un journal d'annonces légales. Si l'inventaire n'a pas été déposé dans les délais prévus, l'héritier est considéré comme ayant accepté purement et

simplement. Dans les 15 mois de la déclaration de l'acceptation à concurrence de l'actif net au Greffe, tous les créanciers doivent déclarer leur créance au domicile élu par l'héritier, faute de quoi les créances non assorties d'une garantie réelle sont définitivement éteintes.

L'héritier qui a accepté une succession à concurrence de l'actif net ne peut plus, par la suite, renoncer à cette succession. Mais il peut renoncer à l'acceptation à concurrence de l'actif net en devenant alors héritier acceptant pur et simple.

En pratique, passé 4 mois après le décès et 2 mois après la Sommation, tout créancier du défunt peut donc assigner tout héritier potentiel du défunt qui n'a pas renoncé à la succession

- Il s'agit encore de la cessation de fonction du représentant d'un incapable
- et du recouvrement ou de la perte par une partie de la capacité d'ester en justice (mineur étant émancipé, mainlevée d'une tutelle, majeur placé sous tutelle).

## 2) Les effets de l'interruption

L'interruption a pour conséquence d'empêcher la continuation de l'instance : tous les actes postérieurs seraient non avenus (conclusions et même les jugements définitifs, y compris un arrêt de la cour de cassation ! : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 mai 1998 : Gaz. Pal. 1998, 2, panor. p. 263). Le juge, qui n'est pas dessaisi, *peut inviter les parties à prendre des initiatives* pour sortir de cette situation. Sinon, il pourrait ordonner *la radiation* de l'affaire.

## 3) La reprise peut être volontaire ou forcée

- La reprise d'instance est volontaire si la partie *que l'on voulait protéger* prend elle-même l'initiative de continuer la procédure en déposant des conclusions en ce sens.
- La reprise d'instance est forcée dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire si la partie que l'on veut protéger ne prend pas l'initiative de reprendre l'instance. Il faudra alors que l'autre partie, qui désire reprendre l'instance pour obtenir un jugement, délivre une assignation à son adversaire (par exemple aux héritiers) pour lui faire sommation de comparaître devant le tribunal ... et le procès reprendra son cours.

## C) L'extinction de l'instance

Il y a 7 cas d'extinction de l'instance :

### 1) Le jugement sur le fond

Le jugement sur le fond met fin à l'instance. Mais il existe des cas où l'instance s'éteint *avant* que le jugement sur le fond soit rendu :

### 2) Le décès d'une partie lorsque l'action en justice est intransmissible

Par exemple, en matière de divorce (pour la rupture du lien conjugal).

### 3) La conciliation

Il entre dans la mission du juge de concilier les parties (**article 21**). La conciliation est souvent le résultat d'une transaction, laquelle est revêtue de l'autorité de la chose jugée (**article 2044 C. civ.**).

Si les parties se concilient en cours d'instance, le juge peut constater l'accord des parties dans un *Procès-Verbal* et les extraits de ce P.V. auront *force exécutoire* (**article 131**).

### 4) Le désistement d'instance

Il émane du demandeur. C'est l'acte par lequel le demandeur renonce à la demande en justice qu'il avait formée (procès engagé dans de mauvaises conditions, frais trop importants ... ). On verra *les conditions* (a) et *les effets* (b).

#### a) Les conditions du désistement

Le désistement a en principe une nature conventionnelle : il faut qu'il soit accepté par le défendeur. Mais cette règle connaît *deux atténuations* : jusqu'à l'échange des *conclusions sur le fond du défendeur* (c'est-à-dire tant que l'instance n'est pas liée) le demandeur peut toujours renoncer unilatéralement à sa demande ; d'autre part, le défendeur ne peut refuser son consentement *sans motif légitime* (**article 396**). Devant le TGI, le désistement se fait par voie de conclusions.

#### b) Les effets du désistement

Le désistement remet les parties dans l'état où elles se trouvaient avant l'instance. L'assignation et toute la procédure subséquente sont réputées non avenues. Les effets attachés à l'assignation sont censés ne jamais s'être produits (pas d'effet interruptif des délais). Mais seule l'instance est éteinte : le droit d'agir en justice subsiste, le demandeur pouvant refaire une assignation. Le désistement emporte offre de payer les frais de l'instance (dépens, article 700).

Il ne faut pas confondre **le désistement d'instance** (le demandeur renonce au procès en cours, mais il peut dès le lendemain recommencer un nouveau procès, en lançant une nouvelle assignation)) avec **le désistement d'action** (une partie renonce à l'action, donc au droit d'agir lui-même : souvent à la suite d'une transaction). Par exemple, lorsque des parties parviennent à une transaction en cours de procédure et que l'une d'entre elles est assurée, il est d'usage que l'avocat de la Cie d'assurance du responsable adresse à l'avocat de la victime un protocole d'accord et un chèque de règlement, en demandant à cet avocat de ne se dessaisir du chèque au profit de son client qu'en contrepartie de la signature par son client du protocole comportant *désistement d'instance et d'action*. Il existe enfin le **désistement d'un acte de procédure**, plus mystérieux : une partie renonce unilatéralement à se prévaloir d'un acte de procédure dont elle



a pris l'initiative, peut-être parce que son efficacité est douteuse et qu'elle préfère le refaire, ou peut-être encore dans la perspective d'un accord avec la partie adverse. Le désistement d'un acte de procédure a pour effet de priver l'auteur de cet acte des effets qu'il devait produire à son profit, et non point des effets qu'il était de nature à engendrer au profit de son adversaire. Il n'est donc pas toujours très intéressant et on peut lui préférer le système des conclusions récapitulatives qui permet maintenant aux parties de renoncer très facilement à des points invoqués dans leurs conclusions précédentes : il leur suffit de déposer de nouvelles conclusions rédigées différemment ! Quant à la **renonciation à un jugement**, qui peut être intéressante lorsque l'affaire est devant la cour d'appel et qu'il n'est pas question d'un désistement d'appel qui conforterait définitivement le jugement de première instance, elle peut s'analyser à la fois comme un désistement d'un acte de procédure (le jugement) et comme un désistement d'action (la renonciation à exercer le droit en question).

#### 5) L'acquiescement à la demande

Il émane du défendeur. C'est l'acte par lequel le défendeur reconnaît le bien fondé de tout ou partie de la demande. Devant le TGI, il est formé par voie de conclusions. Le fait de *s'en rapporter à justice* n'est pas un acquiescement.

Il ne faut pas confondre l'acquiescement à la demande avec l'acquiescement au jugement qui est une simple renonciation à exercer une voie de recours.

#### 6) La caducité de la citation

Divers textes la prévoient. : la caducité de l'assignation si le demandeur (ou le défendeur) n'a pas saisi le TGI dans les 4 mois, la caducité de la citation si le demandeur ne comparait pas ...

La caducité de la citation éteint l'instance principale, le juge est dessaisi. Mais le demandeur conserve le droit d'introduire une nouvelle instance s'il n'y a pas eu prescription : il fera une nouvelle assignation (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 sept. 2003 : JCP 2003, IV, n° 2 691).

#### 7) La péremption d'instance

Elle remonte au Droit Romain, sous Justinien. Elle a été reprise par l'ancien droit, le Code de 1806 et le NCPC. L'**article 386** énonce que « *l'instance est périmée lorsque aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans* ».

Elle repose sur deux idées : *un désintéret des parties* pour le procès et le souci que les tribunaux ne soient *pas encombrés d'affaires trop anciennes*. On examinera *les conditions* (a) et *les effets* (b).

##### a) Les conditions de la péremption

La péremption est encourue quand deux années se sont écoulées depuis la dernière « diligence » de l'une des parties : *conclusions, notification d'un jugement* (quand bien même la notification

serait nulle : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 juin 1999 : JCP 1999, IV, n° 2 403), *lettre adressée à un juge, lettre adressée à un expert ...*, tout acte de nature à faire progresser l'affaire, tout acte manifestant la volonté de voir aboutir la procédure.

En revanche ne constituent pas des diligences *une demande de renvoi au juge* (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 mai 2004 : JCP 2004, IV, n° 2 477), *des conclusions banales de « donner acte que l'on entend interrompre par les présentes toute éventuelle péremption »*.

Il a été jugé qu'un acte nul peut interrompre la péremption d'instance (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 fév. 2006 : JCP 2006, IV, n° 1 540).

La jurisprudence est très incertaine sur la question de savoir s'il peut y avoir péremption d'instance lorsque le procès se trouve dans une phase où les diligences procédurales échappent à la maîtrise des parties. Le législateur a réglé le cas en matière prud'homale (art. R 516-3 c. trav.) en soumettant la péremption à des règles particulières devant cette juridiction où les parties n'ont guère le moyen de faire progresser l'instruction qui est en fait sous la maîtrise du CPH. Et en dehors de ce cas ?

La question se pose notamment lorsque l'affaire a reçu fixation pour être plaidée (par exemple, après ordonnance de clôture de l'instruction) et que les parties n'ont plus à accomplir de diligences de nature à faire progresser l'instance. Ainsi, dans une affaire où l'appelant avait conclu le 10 juillet 1998 et l'intimé le 23 octobre 1998, puis l'affaire avait été renvoyée pour être plaidée à l'audience du ... 5 avril 2001 ! (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 fév. 2004 : RTDCiv., 2004, p. 347, obs. Perrot) : cet arrêt considère qu'en un tel cas la péremption ne court pas. Cette solution a été réaffirmée par un arrêt de la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 28 juin 2006 (D. 2006, inf. rap., p. 1 989).

Mais cette opinion n'est pas partagée par la 1<sup>ère</sup> chambre civile qui exige une initiative des parties en rappelant que la péremption peut être interrompue par tout acte manifestant la volonté de voir aboutir la procédure (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 fév. 2004 : RTDCiv., même référence) ... La solution dépend de la conception que l'on a de la péremption d'instance : doit-elle être une sanction de l'inaction des plaideurs ? doit-elle être un mode de gestion du rôle du tribunal, un moyen permettant de faire disparaître toutes les affaires anciennes auxquelles les parties n'ont plus attaché d'importance ? (C. Atias, *La péremption d'instance entre deux eaux : sanction des parties et gestion du rôle* : D. 2004, Chr. p. 2 874).

La péremption doit être demandée par une partie : elle ne peut pas être relevée d'office par le juge. Elle peut être invoquée par le demandeur comme par le défendeur. Elle peut être opposée par voie d'exception, c'est-à-dire qu'après le délai de deux ans, si elle n'a pas été demandée à titre principal et si une partie accomplit un nouvel acte de procédure, l'autre partie pourra encore lui opposer la péremption par voie d'exception. Elle doit être demandée avant tout autre moyen (et non pas après avoir soulevé la nullité du jugement : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 juill. 2004 : D. 2004, inf. rap., p. 2 477. Une erreur fréquente consiste à soulever la péremption d'instance après la prescription ; c'est de façon inverse qu'il faut procéder : d'abord la péremption d'instance, puis la prescription), c'est-à-dire *in limine litis*, ce qui fait dire à une partie de la

doctrine qu'il s'agit d'une exception de procédure. Devant le TGI elle est invoquée par voie de conclusions.

Il faut enfin signaler que la péremption ne s'applique pas aux jugements mixtes, ni lorsqu'il y a interruption de l'instance ou sursis à statuer.

En conséquence, lorsqu'un plaideur est dans l'attente d'une décision devant être rendue par une autre juridiction, il a intérêt à demander au premier tribunal non pas un « renvoi » à une autre audience en attendant la décision que rendra le second tribunal (par ex., renvoi à un an plus tard), ni non plus une décision de *radiation d'instance ou de retrait de rôle* (Si une affaire est radiée pendant deux ans, la péremption pourra être demandée : en effet, le délai de péremption court pendant la radiation d'instance ou le retrait de rôle : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16<sup>n</sup> mars 2000 : RTDCiv. 2000, p. 398, obs. Perrot), mais un véritable jugement de *sursis à statuer* qui, lui seul, empêchera la péremption d'instance de courir.

En cas de jugement de sursis à statuer, le cours de la péremption reprendra cependant dès lors que la situation qui a amené au sursis à statuer a pris fin : par exemple, en cas de jugement de sursis à statuer au civil en raison d'une instance pénale en cours, le cours de la péremption d'instance reprendra dès lors qu'une décision pénale est intervenue et est devenue définitive.

#### b) Les effets de la péremption

Lorsque les conditions en sont réunies, la péremption est de droit : le juge doit la prononcer. L'instance disparaît rétroactivement, les effets de l'assignation sont anéantis, la prescription n'aura pas été interrompue. L'action et le droit peuvent même être définitivement paralysés si la prescription a joué entre-temps. Si la péremption concerne l'instance d'appel, le jugement deviendra définitif.

Contrairement à une idée reçue, il n'y a pas d'indivisibilité de la péremption.

→ Ainsi, lorsqu'une instance est interrompue par le décès d'une partie, l'interruption de l'instance emporte celle du délai de péremption (art. 392 NCPC) au profit des seuls héritiers du plaideur décédé et non pas également au profit des autres parties : à l'égard de toutes les autres parties, l'instance n'a pas été interrompue et la péremption peut se trouver acquise (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 fév. 1999 : D. 1999, somm. comm. p. 215).

→ De même lorsque l'instance est interrompue par la cessation de l'avoué d'une partie : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 mars 2005 : JCP 2005, IV, n° 1 894 : « *l'arrêt retient exactement qu'à la suite de la cessation des fonctions de l'avoué du mandataire-liquidateur de la société en cause, l'instance n'avait été interrompue qu'au profit de cette société et n'avait donc pas interrompu le délai de péremption ayant couru à l'encontre des autres parties* »).

→ De même lorsqu'un jugement de R.J. a interrompu une instance et, par voie de conséquence, le délai de péremption au profit de la seule partie qui y était soumise : une

autre partie, un assureur, ne peut donc s'en prévaloir. Le mandataire judiciaire de la société en R.J. est donc fondé à soutenir que l'instance était périmée, faute pour l'assureur d'avoir accompli les diligences dans le délai de deux ans. Autrement dit, l'ouverture d'une procédure de R.J. interrompt l'instance et le délai de péremption mais uniquement au profit du commerçant en R.J., et pas au profit des autres parties : assureur (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 juin 2006 : D. 2006, inf. rap., p. 1 990).

Quelle est la juridiction compétente pour constater la péremption d'instance ? Aux termes de l'article 50 NCPC, les incidents d'instance sont tranchés par la juridiction devant laquelle se déroule l'instance qu'ils affectent. Aussi, c'est à bon droit que la cour d'appel, saisie d'une instance relative *au fond du litige*, a décidé qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur la péremption d'une instance en référé : c'est au juge des référés de se prononcer sur la péremption d'une instance en référé, c'est au tribunal de commerce de se prononcer sur la péremption d'une instance devant le tribunal de commerce, etc. ... (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 18 févr. 2003 : JCP 2003, IV, n° 1 675).

x  
x x

Selon un avis de la Cour de cassation, ce sont ces « **incidents mettant fin à l'instance** » qui sont les incidents qui font partie du petit bloc de **compétence exclusive du JME** (et eux seuls, à l'exclusion des fins de non-recevoir telle la prescription : cf. Avis de la Cour de cassation du 13 nov. 2006 : Gaz. Pal. 17-18 nov. 2006, p. 5, avis de l'av. gén. Roland Kessous) et qui ont **autorité de la chose jugée sur le juge du fond**.

## Chapitre 3 La procédure par défaut

Faire défaut, c'est ne pas comparaître devant le tribunal. Le défaut peut émaner *du demandeur* (§ 1) ou *du défendeur* (§ 2).

### § 1 Le défaut de comparution du demandeur

- Devant le TGI, le demandeur *a constitué avocat* dans son assignation : il comparait donc toujours (par avocat).

- Devant les autres juridictions, si le demandeur ne comparait pas, le défendeur peut demander au juge soit de déclarer la citation caduque soit de rendre un jugement sur le fond (qui sera « contradictoire »). L'article 468 NCPC prévoit que la déclaration de caducité peut être rapportée si le demandeur fait connaître au greffe dans un délai de 15 jours de la notification du jugement le motif légitime qu'il n'aurait pas été en mesure d'invoquer en temps utile (par exemple, en cas d'empêchement de son avocat suite au décès d'une personne proche de celui-ci : Paris 29 janv. 2004 : Gaz. Pal 2004, 2, somm. comm. p. 2 715). Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la décision de déclarer la citation caduque ou de rendre un jugement sur le fond, il peut en outre préférer renvoyer l'affaire à une autre audience.

### § 2 Le défaut de comparution du défendeur

Si le défendeur ne comparait pas, le juge peut soit demander au demandeur de réassigner le défendeur si celui-ci n'avait pas été assigné à personne, soit écrire au défendeur par lettre simple pour lui signaler que l'affaire a été renvoyée à une nouvelle audience à laquelle l'affaire sera normalement jugée et l'inviter à faire le nécessaire pour comparaître, soit rendre un jugement. En ce dernier cas, deux situations peuvent alors se présenter, selon qu'il y a *un défendeur unique* (A) ou *pluralité de défendeurs* (B). Dans un cas comme dans l'autre, *un jugement sera rendu* (C).

#### A) En cas de défendeur unique

##### 1) Il y aura jugement par défaut si 3 conditions sont réunies :

- il faut que le défendeur n'ait pas comparu
- que la décision soit en dernier ressort (donc pas susceptible d'appel)
- **et** que l'assignation n'ait pas été délivrée à personne (**article 473**)

La voie de recours contre un jugement par défaut est l'opposition.

2) Il y aura jugement réputé contradictoire si 2 conditions sont réunies :

- il faut que le défendeur n'ait pas comparu
- et que le jugement soit susceptible d'appel ou que l'assignation ait été délivrée à la personne du défendeur.

**Il y a donc 3 sortes de jugements réputés contradictoires :**

- les jugements réputés contradictoires **au seul motif** que le non-comparant a été cité à personne (*le jugement n'est pas susceptible d'appel*, ce qui suppose en principe que le montant de la demande est inférieur ou égal à 4.000 euros, *mais il y a eu citation à personne*). Voie de recours : le pourvoi en cassation.
- les jugements réputés contradictoires **au seul motif** que le jugement est susceptible d'appel (*le non-comparant n'a pas été cité à personne, mais le jugement est susceptible d'appel*). En ce cas, le jugement devra être notifié dans les 6 mois de son prononcé, faute de quoi il serait non avenu. Voie de recours : l'appel.
- les jugements réputés contradictoires **au double motif** que le non-comparant a été cité à personne et que le jugement est susceptible d'appel. **Voie de recours : l'appel.**

3) Il y aura jugement contradictoire si aucune de ces conditions n'est réunie :

Lorsque les deux parties ont comparu.

B) En cas de pluralité de défendeurs

**a) L'art. 474 al. 1** prévoit d'abord, dans la lignée de ce qui précède, que lorsque l'un au moins des défendeurs ne comparait pas, le jugement est réputé contradictoire à l'égard de tous si la décision est susceptible d'appel **ou** si ceux qui ne comparaissent pas ont été cités à personne.

**b) L'article 474 al. 2** prévoit ensuite que le jugement est un jugement par défaut si l'affaire est en dernier ressort **et** que l'une au moins des parties qui n'a pas comparu n'a pas été assignée à personne.

Le jugement étant par défaut devra être notifié dans les 6 mois de son prononcé, faute de quoi il serait non avenu.

Mais seuls les plaideurs non comparants pourront faire opposition. Les autres plaideurs devront faire (puisque le jugement est par hypothèse rendu en dernier ressort) un pourvoi en cassation.

En conclusion, les jugements des TGI étant presque tous susceptibles d'appel, les jugements par défaut ne se rencontrent pratiquement pas devant le TGI où il n'y a que des jugements contradictoires et des jugements réputés contradictoires.

C) Le jugement rendu : jugement par défaut ou jugement réputé contradictoire

- Le demandeur ne peut pas, en l'absence de comparution du défendeur, faire une demande additionnelle par voie de conclusions ou par voie orale, puisqu'il n'y a pas d'interlocuteur en face pour recevoir une demande additionnelle : le demandeur est, comme disaient les anciens auteurs, « **prisonnier de sa formule** ». La seule manière de compléter sa demande serait de le faire par voie d'assignation contre le défendeur.

- Le demandeur peut, après avoir délivré l'assignation, verser au débat une nouvelle pièce non visée dans la liste des pièces annexée à l'assignation et non communiquée au défendeur n'ayant pas comparu à l'audience : d'une part l'obligation d'énumérer les pièces sur lesquelles la demande est fondée ne pourrait entraîner la nullité qu'à la condition de prouver un grief subsistant, et d'autre part le défendeur ne peut invoquer utilement un défaut de communication qui n'est que la conséquence de son défaut de comparution (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 avril 2003 : pourvoi n°99-22066).

L'idée est que le défendeur ne peut s'en prendre qu'à lui-même de ne pas avoir comparu :

→ *si l'on est devant le TGI* où le défendeur doit comparaître par avocat sous peine d'être jugé au vu des seules pièces fournies par le demandeur, on comprend que le demandeur n'ait pas d'obligation d'adresser par huissier ou par LRAR au défendeur qui ne comparaît pas sa communication de pièces : l'avocat du demandeur n'a à communiquer ses pièces qu'à l'avocat adverse, pas à la partie adverse. Même raisonnement devant la cour d'appel.

→ *si l'on est devant une juridiction où la procédure est orale*, les usages judiciaires considèrent actuellement que le demandeur ou son avocat n'a pas à communiquer ses pièces au défendeur non comparant.

Si le défendeur ne comparaît pas, le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée (**art. 472**) : le jugement doit être motivé.

## Chapitre 4 Les procédures particulières

Elles sont nombreuses en procédure civile : il y a ainsi des règles particulières en matière de *R.J. – L.J.*, de *divorce* ... En laissant de côté les règles propres à telle ou telle matière, on étudiera d'une part des procédures spéciales que l'on retrouve *devant plusieurs juridictions* (Section I) et celles qui ne concernent *qu'une seule juridiction* (Section II).

### SECTION I LES PROCEDURES PARTICULIERES APPLICABLES DEVANT PLUSIEURS JURIDICTIONS

Certaines de ces procédures ont déjà été évoquées : celle de la *requête conjointe*, celle de *l'assignation à jour fixe*. A côté de ces procédures figurent la procédure *en matière gracieuse* (Sous Section I) et la procédure *devant le Président du tribunal* (Sous Section II).

#### SOUS-SECTION I LA PROCEDURE EN MATIERE GRACIEUSE

Il y a matière gracieuse quand, en l'absence de litige, une demande doit être soumise au contrôle d'un juge (article 25). Il en est ainsi en matière de *déclaration d'absence*, *d'adoption*.

Les traits caractéristiques de la procédure gracieuse sont les suivants :

- la demande est faite par requête déposée au Greffe (si TGI par avocat postulant)
- la procédure est communiquée au Ministère Public devant le TGI
- les débats oraux, qui ne sont pas obligatoires, ont lieu en chambre du conseil (devant le TGI en présence du Ministère Public)
- l'appel obéit à des règles spéciales.

#### SOUS-SECTION II LA PROCEDURE DEVANT LE PRESIDENT DU TRIBUNAL

Le Président du tribunal est le juge *des référés* et *des requêtes*. Le Code de 1806 ne contenait que quelques dispositions. Le NCPC, devant le succès du référé (une procédure sur deux est un référé ...), a développé les dispositions relatives au référé. On étudiera *le référé* (§ 1) et *les ordonnances sur requête* (§ 2).

##### **§ 1 Le référé**

Le référé est une procédure contradictoire qui tend à obtenir rapidement du Président du tribunal une décision, appelée ordonnance, ayant un caractère provisoire.

Cette procédure présente 4 caractères : c'est une procédure *rapide* (on peut avoir une décision en 15 jours ...), c'est *un juge unique* qui statue (le Président du tribunal ou son délégataire),



l'ordonnance de référé a un *caractère provisoire* (c'est-à-dire que la décision pourra être modifiée en cas de fait nouveau) et elle a un *caractère contradictoire* (le défendeur étant assigné à comparaître devant le Président).

On examinera *la compétence* (A), *les conditions d'intervention* du juge des référés (B), *la procédure* (C) et le problème de *l'existence de faux référés* (D).

#### A) La compétence

On examinera successivement *la compétence d'attribution* (1) et *la compétence territoriale* (2).

##### 1) La compétence d'attribution

La compétence d'attribution du juge des référés est calquée sur celle de la juridiction à laquelle il appartient. Il existe ainsi des référés devant le TGI, le TI, le Tribunal de Commerce, les Conseils de Prud'Hommes (il y a deux Présidents ...) et le Tribunal Paritaire des baux ruraux.

Il est possible de faire un référé en cours d'instance, à la condition que le *Juge de la Mise en Etat ne soit pas saisi* ; par conséquent, si l'affaire est devant le TGI au « circuit court », il est toujours possible en cours d'instance de faire un référé, par exemple pour demander une provision. Mais il existe une exception importante : s'il s'agit d'un référé tendant à demander *une mesure d'instruction*, il n'est plus possible de saisir le juge des référés si le juge du fond a été saisi ; le référé-expertise en cours d'instance n'est pas possible.

##### 2) La compétence territoriale

Elle obéit au régime de droit commun. La jurisprudence y ajoute la compétence du lieu où l'incident s'est produit et la compétence du lieu où la mesure d'instruction devra être exécutée.

#### B) Les conditions d'intervention du juge des référés

Les conditions d'intervention du juge des référés s'apprécient *au moment où le juge statue*, et non pas au jour de l'assignation, (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 janv. 2004 : D. 2004, p. 2 172), ce qui a pour conséquence que si le défendeur a remédié entre-temps à la situation, le juge des référés serait amené à constater que le référé n'a plus d'objet (à moins qu'il ne préfère ordonner « le maintien de la suppression »).

Elles sont précisées par *différents textes* relatifs aux différentes juridictions. Mas ces textes ont une *rédaction identique*.

Les conditions d'intervention du juge des référés varient avec la nature des mesures qu'on lui demande de prendre. Quelles sont donc les mesures que le juge des référés peut prendre, c'est-à-dire quels sont ses pouvoirs ? En dehors des cas spéciaux prévus par telle ou telle disposition particulière, il y a 5 cas généraux d'intervention :

1) Le pouvoir d'ordonner toutes mesures en cas d'urgence (= *le référé-urgence*)

**L'article 808** devant le TGI (**848** devant le TI, **872** devant le Tribunal de Commerce ...) énonce : « *dans tous les cas d'urgence le Président peut prendre toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ».

Le juge des référés sera donc compétent, pour ordonner « toute » mesure (mais pas l'annulation d'un contrat, qui relève du juge du fond : Cass. soc., 14 mars 2006 : JCP 2006, IV, n° 768, ni l'interprétation de la clause d'un contrat : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 juill. 2006 : D. 2006, inf. rap., p. 2 127), dans deux situations :

a) S'il y a urgence et absence de contestation sérieuse

Il y a urgence chaque fois que l'absence de décision immédiate risque de causer *un dommage irréparable* au demandeur.

Il y a absence de contestation sérieuse lorsque *le droit allégué par le demandeur est évident*. Les défendeurs ont évidemment tendance à plaider que la mesure sollicitée par le demandeur se heurte à une contestation sérieuse et qu'elle relève de la compétence du juge du fond.

b) S'il y a urgence et existence d'un différend

Prise au pied de la lettre, cette disposition est déconcertante car elle vide de sens l'hypothèse précédente ; s'il y a procès, c'est parce qu'il y a, par hypothèse, existence d'un différend ... Le juge serait donc toujours compétent pour ordonner toute mesure urgente, même en présence d'une contestation sérieuse ...

En pratique, les juges des référés ne se fondent presque jamais sur cette disposition, mal rédigée, qui reste encore mystérieuse. Les rares exemples concernent la neutralisation provisoire de l'ordre d'arrivée d'une compétition sportive dans l'attente des résultats d'une enquête ou du résultat d'un contrôle anti-doping, ainsi que les litiges en matière de garde d'enfants.

2) Le pouvoir d'ordonner toute mesure conservatoire ou de remise en état (= *le référé-sauvegarde*)

**L'article 809 al.1** (**849 al.1** devant le TI, **873 al.1** devant le tribunal de Commerce) énonce que le Président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Il faut donc distinguer deux situations : *le dommage imminent* (a) et *le trouble manifestement illicite* (b).

a) S'il faut prévenir un dommage imminent (= *le péril*)

Par exemple, interdire *un préavis de grève illicite*, *interdire la mise en vente* (non encore réalisée) d'un livre portant atteinte à l'intimité de la vie privée, *interdire la diffusion* prochaine d'une émission de télévision, d'un film ...

b) S'il faut faire cesser un trouble manifestement illicite (= *la voie de fait*)

Le trouble a été réalisé. Il s'agit d'y mettre fin au plus vite. Par exemple, *faire saisir* un livre, un journal, un film ...

3) Le pouvoir d'ordonner le versement d'une provision ou l'exécution de l'obligation (= *le référé-provision, le référé-injonction de faire*)

L'**article 809 al.2 (849 al.2, 873 al.2 ...)** énonce : "*dans les où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le Président peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation, même s'il s'agit d'une obligation de faire* ».

Par exemple, le Président peut accorder une provision à *la victime d'un accident*, condamner un locataire à payer *les loyers arriérés*, y compris le montant d'une clause pénale de 10% par exemple (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 fév. 2003 : Gaz. Pal. 2003, 2, p.3 259) ou condamner un éditeur à publier un livre ou à sortir un disque comme le contrat le prévoit, quand bien même l'éditeur prétendrait-il que le goût du public aurait changé ..., ou encore faire injonction sous astreinte à un ex-époux de donner mainlevée de l'inscription du privilège du co-partageant alors que le règlement des sommes dues au titre du partage de la communauté a été effectué (TGI Toulouse 11 mars 1998 : D. 1999, p. 396).

Il faut l'absence de contestation sérieuse. La contestation sérieuse résultera d'une argumentation apparemment sérieuse opposée par le défendeur : par exemple, une difficulté d'interprétation du contrat, une contestation sur l'existence d'une servitude de passage ... Les juges des référés ont tendance à considérer qu'il existe une contestation sérieuse si le juge du fond a déjà été saisi par une des parties. La jurisprudence considère que le juge des référés peut allouer une provision sur la base d'une clause pénale stipulée au contrat (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 oct. 2003 : Gaz. Pal. 2003, 2, somm. p. 3 260). Mais le juge des référés n'a pas le pouvoir de condamner à des dommages-intérêts, ce pouvoir étant réservé au juge du fond.

Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'urgence n'est pas nécessaire.

Selon la Cour de cassation, la provision peut être égale au montant de la créance (la provision à 100%), ce qui constitue un moyen de désencombrer les juridictions du fond.

Les rapports entre le référé-provision et la prescription ont donné lieu en jurisprudence à deux difficultés :

1. il se peut que la demande de référé-provision échoue en raison de l'existence d'une contestation sérieuse ; usuellement, les juges des référés disent alors qu'*il n'y a pas lieu à référé*, ou encore qu'*ils ne sont pas compétents* (mais en réalité, il s'agit du *pouvoir* du juge des référés, et non à proprement parler de sa *compétence*). La question est alors de savoir si l'assignation en référé-provision ainsi rejetée a interrompu la prescription de l'action au fond. On sait que selon l'article 2247 c. civ. l'interruption de la prescription par l'assignation est non avenue si la demande est rejetée par le juge. Est-ce le cas si le juge des référés se déclare « non compétent » ou qu'il dit « n'y avoir lieu à référé » en cas de contestation sérieuse ?

2. Pour la Cour de cassation, c'est effectivement le cas : la décision par laquelle le juge des référés, statuant sur le fondement de l'art. 809 al. 2, rejette une demande de provision en raison du défaut de la condition tenant à l'existence d'une obligation non sérieusement contestable ne constitue pas une décision sur la compétence, mais une décision sur le fond même du référé : il s'ensuit qu'en application de l'article 2247 c. civ. l'interruption de la prescription résultant de la citation en justice est non avenue (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 fév. 1996 : D. 1998, somm. comm. p. 47, note Groutel)

3. Il se peut que, après une instance en référé ayant abouti à l'allocation d'une provision, la prescription de l'action au fond soit acquise : que devient alors la provision allouée en référé, disparaît-elle corrélativement ou subsiste-t-elle seule ?

La question a été soulevée dans l'affaire suivante. Une SCI a fait en 1976-1977 édifier des immeubles qui ont été vendus par fractions en état futur d'achèvement. Elle a souscrit à cette occasion une police d'assurance « maître de l'ouvrage » auprès de la Cie AGF. A la fin de la construction, un syndicat de copropriétaires a été constitué. Se plaignant de vices de construction, celui-ci, après référé-expertise, a fait un référé-provision et a obtenu le 24 avril 1985 une première condamnation de la SCI à lui payer une provision de 150.000 F, les AGF étant tenues de garantir cette société dans les limites du contrat d'assurance. Sur de nouvelles assignations, une autre expertise a été ordonnée, à la suite de laquelle le juge des référés, par une ordonnance du 11 septembre 1987, a condamné in solidum la SCI et les AGF à payer une provision complémentaire de 120.000 F, l'assureur étant tenu de garantir la SCI. Cette ordonnance de référé a été confirmée par un arrêt du 29 avril 1988. Le syndicat des copropriétaires a attendu le 8 juillet 1991 pour assigner les AGF en paiement du solde du coût de réparation des désordres. L'assureur a alors invoqué la prescription de l'action au fond de l'assuré (art. L.114-1 c. assur. : les actions dérivant du contrat d'assurance se prescrivent par 2 ans) et demandé reconventionnellement le remboursement des provisions de 270.000 F allouées en référé.

La Cour de cassation a considéré que « la prescription de l'action au fond contre l'assureur fait obstacle à toute action de celui-ci tendant à remettre en cause les provisions allouées par des décisions du juge des référés devenues inattaquables, de sorte que lesdites provisions ne peuvent constituer un paiement indu » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 avril 2000 : PA 2 juillet 2001, p. 15, note Sandrine Flatin). Voilà comment une décision *provisoire* (référé) peut devenir *définitive*, après prescription de l'action au fond.

4) Le pouvoir d'ordonner une mesure d'instruction (= le référé-expertise)

L'**article 145**, applicable à toutes les juridictions, énonce : « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès (au fond !) la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ».

Il faut un motif légitime, c'est-à-dire un élément rendant plausibles, vraisemblables, les faits allégués par le demandeur. Autrement dit, il ne faut pas que le demandeur aille « les mains vides » à l'audience de référé : il faut qu'il ait à son dossier des documents, des photographies, un constat d'huissier ... rendant vraisemblables les faits allégués. Les faits ne doivent pas être hypothétiques. L'article **145** permet ainsi au plaideur dépourvu de preuves suffisantes de demander au juge des référés de l'aider dans la constitution d'une preuve qui lui permettra peut-être ensuite d'agir au fond. A l'opposé, l'article **146** NCPC (non applicable devant le juge des référés) fait interdiction au juge (du fond) de suppléer la carence de la partie demanderesse à la mesure d'instruction : → *le plaideur qui est dépourvu de preuve a ainsi intérêt à faire sa demande d'expertise devant le juge des référés, et non pas devant le juge du fond* : il évitera que la partie adverse lui oppose l'article 146 NCPC sur sa carence dans l'administration de la preuve en justice, un texte qui est très souvent invoqué par les parties qui entendent s'opposer à une demande adverse d'expertise devant le juge du fond.

On dit aussi parfois qu'il faut également que la mesure demandée soit utile à la solution du procès, ce qui n'est pas le cas si la partie adverse considère déjà comme établi le fait dont on demande le constat, cette condition paraissant toutefois faire double emploi avec celle d'un motif légitime.

Ni l'urgence, ni l'absence de contestation sérieuse ne sont requises.

Le juge du fond ne doit pas avoir déjà été saisi. Pour apprécier cette condition, qui est rigoureuse, il faut se placer le jour où le juge des référés statue (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 janv. 2004 : D. 2004, p. 2 172, note Yves Strickler).

Inversement, le juge du fond ne saurait être saisi à titre principal d'une demande visant uniquement à ordonner une expertise, dès lors que cette possibilité n'appartient qu'à un juge statuant en référé ou sur requête (Aix-en-Provence 9 oct. 2001 : Gaz. Pal. 2002, 2, 1794). Le juge du fond peut être saisi d'une demande au fond **et** d'une demande d'expertise, mais pas uniquement d'une demande d'expertise.

Le secret des affaires doit être protégé. Permettant d'obtenir des mesures d'instruction avant tout procès, l'art. 145 NCPC pourrait être détourné de sa fonction probatoire par des plaideurs qui l'utiliseraient uniquement afin de mettre à jour les secrets d'affaires de leurs concurrents, en dehors de toute idée de litige. Il appartient au juge de veiller au respect du secret des affaires en contrôlant, *en amont*, la légitimité de la demande et en encadrant, *en aval*, l'exécution des mesures d'instruction (Sylvie Pierre-Maurice, *Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum* : D. 2002, doct., p. 3 131). La jurisprudence prohibe les mesures générales

d'instruction portant sur un ensemble de documents et de pièces concernant les secrets d'un concurrent. La mission du constatant doit être au contraire soigneusement précisée. Les pièces et documents à relever doivent être spécialement visés dans l'ordonnance, elles ne doivent pas être consignées dans une liste excessivement longue.

Dans le cadre des pouvoirs de l'article 145 NCPC, le juge des référés ne peut ordonner une confiscation ou une saisie de documents : il ne peut pas ordonner une perquisition civile, il ne peut pas désigner un huissier de justice avec pour mission d'appréhender chez le défendeur les documents litigieux (Douai, 11 mai 2000 : D. 2000, p. 287). De même, il ne peut commettre un huissier pour procéder à des auditions de témoins qui relèvent de la procédure d'enquête (Cass. soc., 29 oct. 2002 : D. 2003, p. 3 188, dans une affaire où l'huissier de justice avait été commis pour interroger des salariés d'une entreprise concurrente : le procès-verbal de constat établi par l'huissier doit être écarté des débats).

#### 5) Le pouvoir d'accorder des délais de grâce (= *le référé-délai*)

Les **articles 1244-1 à 1244-3 C. civ.** permettent au Président d'accorder en référé des délais de grâce jusqu'à *deux ans*. Le juge des référés perd cette compétence au profit du JEX dès qu'un Commandement de Payer est délivré au débiteur ou dès qu'une saisie est pratiquée.

A côté de ces 5 *cas généraux* de référé, il existe *de nombreuses dispositions particulières* : par exemple, en matière d'indivision, de perquisition fiscale, d'audiovisuel ...

#### C) La procédure de référé

On examinera *l'introduction de l'instance* (1), *l'audience* (2) et *l'ordonnance de référé* (3).

##### 1) La demande

Elle est faite par assignation pour une date que choisit le demandeur (en accord avec le Greffe). Il n'y a pas de délai de comparution minimum, mais le Président s'assure qu'il s'est écoulé un temps suffisant, selon la nature du litige. Le délai moyen est de quelques jours. L'augmentation des délais en raison de la distance n'est pas applicable (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 9 nov. 2006 : D. 2006, inf. rap., p. 2 874). L'assignation est placée au Greffe (à Paris, on peut la placer le jour de l'audience). Le Président peut décider de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure.

En cas de grande urgence, l'**article 485** prévoit que le Président peut autoriser le demandeur à assigner en référé d'heure à heure : la demande est présentée par requête, l'autorisation est donnée par ordonnance. Le Président peut permettre d'assigner à très bref délai, voire le jour même, les dimanche, jours fériés ou chômés, même « *à son domicile, portes ouvertes* ».

##### 2) La comparution à l'audience

Les parties peuvent comparaître en personne ou se faire représenter par un avocat (la territorialité de la postulation ne s'applique pas). En pratique, *le demandeur* est plus ou moins

obligé de recourir à un avocat, mais *le défendeur* peut très bien se présenter en personne, ce qui est très souvent le cas (environ 50% des cas).

La procédure est orale, mais les parties peuvent déposer des conclusions. Il n'y a pas d'instruction, de mise en état ni d'ordonnance de clôture. Les plaidoiries durent quelques minutes. Le Président pose souvent des questions aux avocats ou aux parties.

Le Président peut renvoyer l'affaire à une autre audience de référé. Il peut ordonner une mesure d'instruction. Il peut renvoyer l'affaire devant le tribunal (formation collégiale) qui statuera en état de référé (le jugement aura les mêmes caractères qu'une ordonnance de référé). Il peut aussi rendre sa décision.

### 3) L'ordonnance de référé

On va suivre la chronologie.

\*Elle est rendue soit sur le champ, soit quelque temps plus tard (si le Président préfère examiner les dossiers).

\*Le plaideur qui veut s'en prévaloir la fera signifier. La signification fera courir le délai d'appel qui est de 15 jours (sauf si l'intérêt du litige est inférieur ou égal à 4.000 €). L'affaire est jugée par la Cour d'appel statuant en formation collégiale (et non en référé) ; la cour d'appel n'a pas plus de pouvoirs que le juge des référés de première instance.

\*L'ordonnance de référé n'a pas autorité de la chose jugée sur le principal (**art. 488** NCPC), c'est-à-dire que l'ordonnance ne s'impose pas au tribunal qui sera peut-être ensuite saisi du fond.

Par exemple, le juge des référés peut avoir condamné le défendeur à payer une provision au créancier parce que l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable : cela n'empêchera pas ensuite le tribunal, s'il est saisi de l'affaire « au fond » (c'est-à-dire par un procès ordinaire), de décider au contraire que le débiteur ne doit rien du tout (et le créancier devra restituer les fonds ...).

Une question très débattue concerne la suspension de la clause résolutoire. On sait que le juge saisi d'une demande de délais peut, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets de la clause résolutoire insérée dans un bail, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée. On sait aussi que si le locataire ne s'acquitte pas du paiement de l'arriéré et des loyers courants dans les conditions prévues par la décision (le plus souvent c'est une ordonnance de référé), la clause résolutoire jouera alors de plein droit, sans nouvelle décision.

La question se pose alors de savoir si, lorsqu'une décision définitive du juge des référés a suspendu la clause résolutoire et que le locataire n'a pas respecté les échéances de remboursement fixées par l'ordonnance, le bail est définitivement résilié du fait de cette

ordonnance de référé, ou si le locataire peut encore aller tenter sa chance au fond, devant le TGI ou le TI. L'ordonnance de référé sur les conditions de suspension et d'acquisition de la clause résolutoire a-t-elle autorité de la chose jugée ?

On est tenté de répondre que non, puisque les ordonnances de référé n'ont pas autorité de la chose jugée sur le principal ; mais on invoque, en sens opposé, la rédaction un peu particulière des textes régissant les clauses résolutoires en matière de bail d'habitation loi de 1948, de bail d'habitation loi de 1989 et de bail commercial décret de 1953, ainsi que l'existence peut-être dans les baux d'une prorogation conventionnelle implicite de la compétence d'attribution du juge des référés pour statuer comme juge du fond sur la clause résolutoire.

La dernière décision intervenue en la matière est l'arrêt de la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 2 avril 2003, opérant un revirement de jurisprudence, jugeant qu'une cour d'appel saisie au fond, qui constatait que les délais accordés par l'ordonnance de référé ayant suspendu la clause résolutoire n'avaient pas été respectés, ne pouvait pas accorder de nouveaux délais (JCP 2003, II, 10 109, concl. Av. gén. Olivier Guérin). Autrement dit, après l'acquisition d'une clause résolutoire résultant d'une ordonnance de référé définitive, il n'est plus possible pour le locataire malheureux d'aller au fond pour tenter d'obtenir une décision différente ; ce qui revient à dire que l'ordonnance de référé rendue en ce domaine a bien autorité de la chose jugée sur le principal ...

\*L'ordonnance de référé a un caractère provisoire : elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé (c'est-à-dire après une nouvelle assignation en référé) *qu'en cas de circonstances nouvelles (art. 488)*. Ces circonstances nouvelles ne peuvent pas résulter d'un fait antérieur à l'audience et déjà connu du défendeur, qui n'avait qu'à l'invoquer alors à l'audience (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 déc. 2003 : D. 2004, inf. rap., p. 251).

\*L'ordonnance de référé est assortie de l'exécution provisoire de droit, c'est-à-dire qu'elle peut être exécutée contre le perdant dès sa signification : le délai d'appel (15 jours) et l'appel lui-même *ne sont pas suspensifs*. L'**article 489** prévoit en outre qu'en cas de nécessité le juge des référés peut même ordonner l'exécution sur minute qui permet au gagnant de faire procéder immédiatement à l'exécution de l'ordonnance par un huissier, sur la simple présentation de l'ordonnance, sans attendre que l'ordonnance soit signifiée au perdant : par exemple, l'ordonnance prescrivant *l'arrêt de l'impression d'un journal ou d'un livre* pourra être exécutée sur le champ auprès de l'imprimeur (= un tiers), même si elle n'est signifiée qu'un peu plus tard aux défendeurs (l'auteur et l'éditeur).

\*L'ordonnance de référé peut être assortie d'une astreinte. Il appartiendra au juge des référés, comme à tout juge qui prononce une astreinte, de préciser s'il entend se réserver le pouvoir de liquider provisoirement puis définitivement l'astreinte ; à défaut, la compétence reviendra au JEX. Le prononcé de l'astreinte ne peut jamais être exécutoire de droit : l'appel sera donc suspensif vis-à-vis de la décision ou de la partie de la décision ordonnant l'astreinte.

\*Elle peut contenir, en cas de rejet de la demande, à la demande d'une partie, fixation d'une date d'audience devant le tribunal, au fond : c'est ce qu'on appelle le système de la passerelle



(on passe du référé « au fond », à jour fixe) : par exemple, lorsque le Président estime qu'il ne peut pas statuer parce qu'il y a *contestation sérieuse* mais que le litige réclame une solution (au fond) rapide. Cela revient finalement à dispenser le demandeur débouté de son référé pour cause de contestation sérieuse de présenter dans les jours suivants une requête à fin d'autorisation d'assigner à jour fixe : le jour fixe est donné directement par le juge des référés.

La question s'est posée de savoir si, devant le juge du fond statuant dans le cadre d'une procédure à jour fixe, le demandeur pouvait émettre des prétentions nouvelles par rapport à celles figurant dans son assignation en référé.

Dans une affaire où le demandeur avait demandé en référé la suspension des résolutions votées par l'assemblée générale de la société dont il était actionnaire, et avait sollicité ensuite du tribunal au fond la résiliation du contrat qui le liait à la société et l'allocation de dommages-intérêts, la Cour de cassation n'a pas admis que le demandeur soumette au tribunal des prétentions non soumises au juge des référés (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 déc. 2000 : JCP 2001, II, 10 474, note Croze ; RTDCiv. 2001, p. 209, obs. critiques de M. Perrot qui ne comprend pas pourquoi les plaideurs seraient désormais, après mise en œuvre de la passerelle, « *prisonniers de leurs prétentions respectives* »).

#### D) Le référé – ordonnance commune

Dans une expertise, la mission de l'Expert est limitée par l'ordonnance de référé, tant en ce qui concerne les points à examiner qu'en ce qui concerne les parties à l'expertise. Or il arrive souvent qu'en cours d'expertise il apparaisse nécessaire de mettre en cause des tiers (par exemple, les premières investigations de l'expert font apparaître qu'un fournisseur a livré un produit mal fabriqué). Il convient alors de demander à l'Expert de donner son avis sur cette extension de sa mission, puis de faire un nouveau référé, contre ce tiers, pour demander au juge des référés de « rendre commune » au tiers la première ordonnance de référé. Il y aura assignation en référé du tiers (avec dénonciation, en tête de l'assignation, de l'ordonnance de référé initiale), audience de référé et ordonnance de référé rendant commune au tiers l'ordonnance de référé initiale et étendant à ce tiers la mission de l'expert. Le plus souvent, la nouvelle ordonnance mettra à la charge du demandeur un complément de provision pour l'expert. Le tiers deviendra alors partie à l'expertise qui lui sera ainsi opposable. Les parties initiales à l'expertise devront communiquer leurs pièces à ce tiers devenu nouvelle partie à l'expertise.

A défaut d'ordonnance commune, le tiers qui serait ensuite assigné en condamnation devant le juge du fond sur le fondement du rapport d'expertise serait en droit de faire juger que l'expertise à laquelle il n'a pas été partie ne lui est pas « opposable » et qu'il n'est donc pas possible de retenir les conclusions du rapport d'expertise à son encontre. De nombreux procès sont ainsi perdus devant le juge du fond parce que les demandeurs ont eu la flemme de faire, au cours de l'expertise de référé, une demande d'ordonnance commune contre un ou des tiers dont il apparaissait qu'ils pouvaient avoir une part de responsabilité dans le dommage : si le rapport de l'expert désigne le tiers comme un coresponsable et que le demandeur assigne ce tiers en condamnation devant le juge du fond, ce tiers pourra faire juger que le rapport d'expertise ne lui est pas opposable. La prudence commande donc au cours d'une expertise de référé de toujours

mettre en cause par voie d'ordonnance commune tous les tiers dont la responsabilité peut apparaître lors du déroulement des opérations d'expertise. Ainsi, il n'est pas rare dans les référés-expertise en matière de construction d'avoir à faire successivement 5 ou 6 demandes successives d'ordonnance commune vis-à-vis de tiers dont la mise en cause apparaît opportune au fur et à mesure de la progression des investigations et remarques de l'expert.

Mais lorsqu'une expertise a été ordonnée dans le cadre d'une instance au fond, elle ne peut être étendue à d'autres personnes par voie de référé (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 juill. 2005 : pourvoi n° 05-13269). Il faudra d'abord faire une demande d'intervention forcée contre ce tiers, en l'assignant devant le TGI, pour le faire rentrer dans le procès. Puis il faudra demander au juge de la mise en état ou au tribunal de rendre une décision rendant commune à ce tiers, devenu partie, la décision initiale ayant ordonné l'expertise vis-à-vis des autres parties.

#### E) L'existence de « faux référés »

Il faut signaler l'existence de faux référés qui n'empruntent à la procédure de référé que certains de ses caractères : divers textes prévoient en effet que dans tel cas ou tel cas le juge statuera « comme en matière de référé » ou encore « selon la forme des référés ».

Ainsi en matière d'indivision, de paiement d'arriéré de charges de copropriété, de servitude de cour commune, d'interdiction de l'usage d'une marque, de conflit collectif en matière de droit du travail ou d'après-divorce, de recours contre les décisions de rejet du Conservateur des hypothèques.

Ainsi, aux termes de l'article L. 716-6 du code de propriété intellectuelle, lorsque le tribunal est saisi d'une action en contrefaçon, son Président, *statuant en la forme des référés*, peut interdire provisoirement les actes argués de contrefaçon, si l'action au fond paraît sérieuse et a été engagée à bref délai. Sur ce fondement, la Française des Jeux a assigné devant le Président du TGI statuant selon la forme des référés une société qui avait créé un site Internet intitulé : « Banana Loto ». Dans sa décision le Président a estimé que « l'exécution provisoire n'est pas nécessaire », car comme il ne s'agit pas d'un vrai référé, l'exécution provisoire de droit n'est pas automatique.

Il importe alors, chaque fois qu'on est en présence d'un « faux référé », de vérifier :

1. si une telle décision de référé a un caractère provisoire ou définitif
2. si elle a ou non autorité de la chose jugée au principal
3. si elle est ou non assortie de l'exécution provisoire de droit.
4. si elle est soumise au délai d'appel de 15 jours (ce qui est le plus souvent retenu par la jurisprudence) ou d'un mois (comme un jugement de droit commun).

## § 2 Les ordonnances sur requête

Selon l'article 493, l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse.

On rencontre la procédure de l'ordonnance sur requête devant toutes les juridictions, à l'exception seulement du CPH où le caractère paritaire de la procédure s'y oppose : c'est alors le Président du TGI, juridiction de droit commun, qui statue en ce domaine (Cass. soc. 12 avril 1995 : RTDciv. 1995, p. 953, obs. Perrot).

L'ordonnance sur requête se rapproche de l'ordonnance de référé par son caractère provisoire mais elle s'en distingue par son caractère non contradictoire.

On étudiera *les conditions* (A), *la procédure* (B) et *une difficulté* (C).

a. Les conditions

Le Président du tribunal statue par ordonnance sur requête *dans les cas spécifiés par la loi* (1) ou, d'une façon générale, *s'il y a urgence et nécessité d'absence de contradiction* (2) : **article 812 ...**

i. Dans les cas spécifiés par la loi

Par exemple, *envoi en possession d'un légataire universel, autorisation d'assignation à jour fixe, autorisation de saisie conservatoire ...*

ii. S'il y a urgence et que les circonstances exigent que la mesure ne soit pas prise de façon contradictoire

*Par exemple, désignation d'un huissier :*

- pour faire *un constat d'adultère*
- pour *constater que les lieux loués donnent lieu à une sous-location interdite* (on comprend que dans ces deux cas une assignation en référé, contradictoire, aurait un effet désastreux sur la réussite de la mesure demandée ... )
- pour *expulser les gens du voyage*, ainsi qu'il a été jugé dans l'affaire suivante :

*« Un constat d'huissier mettait en évidence la présence, sur le terrain de la centrale thermique d'EDF, de 150 caravanes environ ainsi que de véhicules fourgons et véhicules de particuliers stationnés sur les bas côtés et espaces verts de la route d'accès, sur le parking et également sur les espaces verts aménagés situés à droite de l'entrée. L'huissier a noté que des hommes du camp étaient présents et que ceux-ci, sur sa Sommaton, ont refusé catégoriquement de lui décliner leur identité. L'huissier s'est de nouveau rendu sur les lieux le 20 juin 2002 et s'est heurté encore au refus des hommes du camp de décliner leur identité (...).*

*En premier lieu, la mesure d'expulsion sollicitée apparaît justifiée au regard de la condition d'urgence eu égard au caractère particulièrement dangereux de l'occupation, les gens du voyage stationnant sur le site d'une centrale thermique, dont les conditions d'exploitation et de surveillance sont exigeantes et mettent en cause la sécurité des personnes.*

*Ensuite, compte tenu de ce qui vient d'être exposé et de l'urgence, le recours à la procédure contradictoire n'est pas adapté en raison de la difficulté pratique d'appeler individuellement en cause tous les occupants dès lors qu'ils ne sont pas identifiés (...).*

*Le recours à la procédure sur requête apparaît ainsi justifié au regard des articles 495 et suivants et 812 NCPC, pour faire cesser dans les termes du dispositif le trouble manifestement illicite que causent les gens du voyage à EDF par leur occupation sans droit ni titre du terrain dont s'agit ». (Paris, 6 nov. 2002 : AJDI 2003, p. 137).*

Comme en matière de référé, il n'est pas possible pour le juge de commettre un huissier pour procéder à des auditions de témoins, qui relèvent de la procédure d'enquête (Cass. soc. 29 oct. 2002 précité), ou pour procéder à une saisie de documents.

Si ces conditions ne sont pas réunies, il faut alors faire un référé.

#### A) La procédure

On verra la demande (1), l'ordonnance (2) et les recours (3).

##### 1. La demande

La requête est présentée (en deux exemplaires) par le demandeur (devant le TGI, un *avocat postulant* est nécessaire), *avec les pièces justificatives*. Elle est déposée en général *au Greffe* mais elle peut aussi être présentée par l'avocat *personnellement au juge*.

##### 2. L'ordonnance

Le Président accepte ou refuse, au bas de la requête par une ordonnance (souvent l'avocat rédige un projet d'ordonnance).

L'ordonnance sur requête est exécutoire sur minute, de plein droit : l'exécution peut intervenir sur présentation de l'ordonnance, ce qui permet de créer souvent un effet de surprise. L'intéressé (= la partie adverse) n'en a connaissance qu'en même temps que la mesure ordonnée est exécutée, c'est-à-dire qu'il est *mis devant le fait accompli*. Par exemple, une requête du propriétaire d'un appartement qui a appris de sa concierge que son locataire aurait sous-loué : le propriétaire va présenter une requête pour que soit désigné un huissier pour venir constater les conditions d'occupation des lieux : le locataire et le sous-locataire seront mis devant le fait accompli lorsque l'huissier, accompagné du Commissaire de Police et d'un serrurier, viendra sur place.

Si l'autorisation est subordonnée au respect d'un délai fixé par le juge (par ex., le constat devra être dressé dans les 15 jours suivant l'ordonnance), le non-respect de ce délai est sanctionné par la caducité de l'ordonnance (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 déc. 2006 : JCP 2007, IV, n° 1 140).

Copie de la requête et de l'ordonnance est laissée à la personne à laquelle elle est opposée (**art. 495**) : il importe en effet que la partie adverse puisse connaître précisément les éléments qui ont déterminé le juge à donner l'autorisation, pour pouvoir efficacement préparer ses arguments à l'appui d'une éventuelle contestation (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 nov. 2004 : D. 2004, inf. rap., p. 3195).

iii.

#### Les recours

- a) En cas de rejet de la requête par le Président, le demandeur peut faire appel dans les 15 jours du prononcé de l'ordonnance
- b) En cas d'admission, l'**article 496 al.2** énonce que tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance : le recours se fera donc sous la forme d'une assignation en référé, le défendeur demandera au juge, « saisi comme en matière de référé » (c'est un faux référé), de façon contradictoire, la rétractation de sa décision. Le juge de la rétractation doit se placer au jour où il statue, en considérant la situation qui existe à cet instant (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 oct. 2001 : RTDciv. 2002, p. 146, obs. Perrot). Et cette décision, que le juge rend en qualité de juge des requêtes, et qui n'est donc pas soumise à l'absence de contestation sérieuse, pourra elle-même faire l'objet d'un appel dans les 15 jours de sa signification.

#### C) Une difficulté

Il s'agit du *constat d'adultère*.

On se demande s'il reste possible de présenter une requête pour autorisation de faire dresser un constat d'adultère par un huissier, à cause de l'**article 259-2 C. civ.** sur le respect de l'intimité de la vie privée. La Cour de cassation rappelle inlassablement la validité de ce type de demande mais elle se heurte à une inlassable résistance d'une partie des juges des requêtes.

## SECTION II LES PARTICULARITES DE LA PROCEDURE DEVANT LES JURIDICTIONS D'EXCEPTION

constater les conditions d'occupation des lieux : le locataire et le sous-locataire seront mis devant le fait accompli lorsque l'huissier, accompagné du Commissaire de Police et d'un serrurier, viendra sur place.

Si l'autorisation est subordonnée au respect d'un délai fixé par le juge (par ex., le constat devra être dressé dans les 15 jours suivant l'ordonnance), le non-respect de ce délai est sanctionné par la caducité de l'ordonnance (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 déc. 2006 : JCP 2007, IV, n° 1 140).

Copie de la requête et de l'ordonnance est laissée à la personne à laquelle elle est opposée (**art. 495**) : il importe en effet que la partie adverse puisse connaître précisément les éléments qui ont déterminé le juge à donner l'autorisation, pour pouvoir efficacement préparer ses arguments à l'appui d'une éventuelle contestation (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 nov. 2004 : D. 2004, inf. rap., p. 3195).

iv.

### Les recours

- a) En cas de rejet de la requête par le Président, le demandeur peut faire appel dans les 15 jours du prononcé de l'ordonnance
- b) En cas d'admission, l'**article 496 al.2** énonce que tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance : le recours se fera donc sous la forme d'une assignation en référé, le défendeur demandera au juge, « saisi comme en matière de référé » (c'est un faux référé), de façon contradictoire, la rétractation de sa décision. Le juge de la rétractation doit se placer au jour où il statue, en considérant la situation qui existe à cet instant (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 oct. 2001 : RTDciv. 2002, p. 146, obs. Perrot). Et cette décision, que le juge rend en qualité de juge des requêtes, et qui n'est donc pas soumise à l'absence de contestation sérieuse, pourra elle-même faire l'objet d'un appel dans les 15 jours de sa signification.

### D) Une difficulté

Il s'agit du *constat d'adultère*.

On se demande s'il reste possible de présenter une requête pour autorisation de faire dresser un constat d'adultère par un huissier, à cause de l'**article 259-2 C. civ.** sur le respect de l'intimité de la vie privée. La Cour de cassation rappelle inlassablement la validité de ce type de demande mais elle se heurte à une inlassable résistance d'une partie des juges des requêtes.

## SECTION III LES PARTICULARITES DE LA PROCEDURE DEVANT LES JURIDICTIONS D'EXCEPTION

Devant le Tribunal d'Instance, le Juge de Proximité, le Tribunal de Commerce, le Conseil de Prud'Hommes et le Juge de l'Exécution, la procédure est *plus simple et plus rapide* que devant le TGI : *le ministère d'avocat* n'est pas obligatoire et la procédure est *orale* (la procédure écrite ne pouvant qu'être l'œuvre d'un professionnel).

On étudiera la procédure applicable *devant ces juridictions* (§ 1 à 4), ainsi que deux procédures à part, les procédures *d'injonction* (§ 5), pour terminer par une réflexion générale sur quelques difficultés nées de la procédure orale (§ 6).

### **§ 1 La procédure devant le Tribunal d'instance (articles 827 à 852)**

Les particularités de la procédure sont relatives à *la représentation* (1), *l'introduction de l'instance* (2) et *l'instruction* (3).

#### 1) Représentation

Les parties peuvent se défendre elles-mêmes. Elles peuvent se faire assister ou représenter par un avocat, leur conjoint, un parent ou allié en ligne directe jusqu'au 4<sup>ème</sup> degré, une personne attachée à leur service ou à leur entreprise. L'Etat, les départements, les communes et les établissements publics peuvent se faire assister ou représenter par un fonctionnaire ou un agent de leur administration.

Le représentant, s'il n'est avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial.

#### 2) L'introduction de l'instance

Elle peut se faire de diverses façons : par *une assignation à toutes fins* (a), par *une demande de citation en conciliation* (b) ou par *une déclaration au Greffe* (c).

##### a) L'assignation à toutes fins

Le demandeur assigne le défendeur pour une date d'audience *de son choix*, en respectant le délai minimum de 15 jours (si on assigne pour l'audience du 20 avril, l'assignation devra être délivrée au plus tard le 5 avril à 24 heures), sauf autorisation du Président du Tribunal d'Instance d'assigner « à bref délai » donnée par ordonnance sur requête.

Une photocopie de l'assignation devra parvenir au Greffe au moins 8 jours avant l'audience (le 12 avril à 24 heures au plus tard, si l'audience a lieu le 20 avril) : la sanction encourue est la caducité de l'assignation. C'est la formalité du « placement » de l'affaire.

L'assignation est « à toutes fins » parce que le demandeur doit assigner aux fins de conciliation et, à défaut, de jugement ... Les logiciels ne contiennent en général pas de référence à une possibilité de conciliation : aussi quelques décisions de Tribunaux d'Instance ont-elles annulé

des assignations en matière de loyers d'habitation dépourvues de référence à une possibilité de conciliation (T.I. Paris 3°, 20 fév. 2006 : Gaz. Pal. 27 avril 2006, p. 9, note Vincent Canu).

b) La demande de citation en conciliation

Le demandeur demande *par lettre* ou *par déclaration au Greffe* que le défendeur soit cité par Lettre Recommandée par le Greffe à une tentative de conciliation (devant le juge, ou devant un conciliateur). En l'absence de conciliation, il appartiendra aux parties de faire une procédure normale (sauf si elles acceptent d'être jugées immédiatement à l'audience).

c) La déclaration au Greffe

Pour les petites demandes, jusqu'à 4.000 €, le Tribunal d'instance peut être saisi par une déclaration faite, remise ou adressée au Greffe. Le Greffier convoquera les parties à l'audience par Lettre Recommandée. On fait ainsi l'économie des frais d'assignation et peut-être aussi des frais d'avocat.

3) L'instruction

Il n'y a pas de mise en état, pas d'ordonnance de clôture de l'instruction. La procédure est orale, les conclusions écrites ne sont pas obligatoires. En pratique, si le défendeur comparait, l'affaire sera probablement renvoyée à d'autres audiences pour permettre la communication des pièces et l'échange des conclusions. Les conclusions seront remises au juge seulement le jour de l'audience de plaidoiries. La réglementation sur les conclusions récapitulatives ne s'applique que devant le TGI et la cour d'appel.

Le jugement est signifié par huissier, à la requête d'une partie.

A noter que ces règles sont applicables **devant le Juge de Proximité**.

**§ 2 La procédure devant le Tribunal de Commerce (articles 853 à 878)**

On retrouve *la représentation* (1), *l'introduction de l'instance* (2) et *l'instruction* (3).

1) Représentation

La représentation est entièrement libre (**art. 853**). Il suffit de justifier d'un pouvoir (sauf pour les avocats). Souvent les parties se font représenter par des avocats spécialisés (« les mandataires »). Toutefois cette disposition ne saurait avoir pour effet de déroger au principe suivant lequel seuls les avocats peuvent exercer de façon habituelle cette mission de représentation devant les tribunaux. En conséquence, une société exerçant habituellement l'activité de recouvrement amiable de créances ne peut pas représenter son client devant le Tribunal de Commerce (Paris 12 mai 2004 : D. 2004, inf. rap., p. 1 769).



## 2) L'introduction de l'instance

Le demandeur assigne le défendeur pour une date d'audience *de son choix*, en respectant le délai de comparution de 15 jours (si l'audience est le 20 avril, il faut assigner le 5 avril à 24 heures au plus tard), sauf autorisation du Président d'assigner « à bref délai ».

L'assignation doit être *placée* au moins 8 jours avant l'audience (le 12 avril à 24 heures au plus tard, si l'audience est le 20 avril), sous peine de caducité.

## 3) L'instruction

La procédure est orale, mais il y a souvent des conclusions. Les règles sur les conclusions récapitulatives ne s'appliquent pas ici.

Beaucoup de règles rappellent la procédure devant le TGI : on retrouve *un circuit court et un circuit long* avec la désignation d'*un juge-rapporteur* qui peut délivrer *des injonctions*, statuer sur *certaines incidents* (communication de pièces, mesures d'instruction) ; ses décisions *ne sont pas susceptibles d'appel immédiat* sauf pour l'expertise et le sursis à statuer.

Mais il n'existe pas d'ordonnance de clôture de l'instruction : l'affaire est simplement renvoyée à l'audience quand le juge l'estime opportun.

Le circuit long est souvent retenu, le juge-rapporteur pouvant d'ailleurs entendre seul les plaidoiries (avant d'en rendre compte aux deux autres juges du tribunal) : c'est « le renvoi au délibéré d'un juge »).

Le jugement est signifié par huissier, à la requête d'une partie.

### **§ 3 La procédure devant le Conseil de prud'Hommes (article 879)**

On examinera *la représentation* (1), *l'introduction de l'instance* (2), *le bureau de conciliation* (3) et *le bureau de jugement* (4).

#### 1) Représentation

En principe les parties comparaissent *en personne*. Elles peuvent, en cas de *motif légitime*, se faire *représenter* par un avocat, un salarié ou un employeur appartenant à la même branche d'activité, un délégué syndical, le conjoint. L'employeur peut aussi se faire représenter par un membre de l'entreprise.

#### 2) L'introduction de l'instance

Le demandeur (en pratique, c'est le salarié) fait une *déclaration au Greffe* (c'est-à-dire remplit un formulaire) ou adresse une *lettre recommandée au Greffe*. Le Greffier convoque le défendeur (c'est-à-dire l'employeur) par Lettre Recommandée à une audience de conciliation. Si le

défendeur n'est pas joint par la Lettre Recommandée, le demandeur est invité à procéder par voie *d'assignation* pour une autre date de tentative de conciliation.

### 3) Le bureau de conciliation

Le bureau de conciliation (1 conseiller employeur et 1 conseiller salarié) essaie de concilier les parties. A défaut, il renvoie l'affaire au bureau de jugement.

Il peut ordonner *des mesures provisoires*, assorties de l'exécution provisoire de droit : par exemple, ordonner la remise d'un bulletin de paye, d'un certificat de travail, le paiement d'une provision, la désignation d'un ou de deux conseillers-rapporteurs qui feront un rapport au Conseil.

### 4) Le bureau de jugement

Il y a 2 conseillers employeurs et 2 conseillers salariés. La procédure est orale. Il n'y a pas de circuit court ou long, pas de juge de la mise en état, pas d'ordonnance de clôture. Très souvent, les affaires sont plaidées à la première audience devant le bureau de jugement, sauf difficulté particulière. Il existe une règle obligeant les plaideurs à regrouper tous leurs chefs de demande dans le même procès (« **règle de l'unicité de la demande** »).

En cas de partage égal des voix, l'affaire est re-plaidée à bref délai devant le bureau de jugement, complété par le Juge du Tribunal d'instance dans le ressort duquel se trouve le Conseil de Prud'Hommes.

Le jugement est notifié par le Greffe par LRAR.

## § 4 La procédure devant le Juge de l'Exécution

Le Juge de l'Exécution a été institué par la **loi du 9 juillet 1991** et le **décret du 31 juillet 1992**. Le Juge de l'Exécution est compétent pour les difficultés d'exécution des jugements (saisies mobilières), les délais de grâce suite à une saisie, et le surendettement des particuliers.

On examinera *la représentation* (1), *l'introduction de l'instance* (2), *l'instruction* (3) et *le jugement* (4).

### 1) Représentation

Elle obéit aux mêmes règles que devant le Tribunal d'Instance.

### 2) L'introduction de l'instance

Elle se fait par assignation, pour une date qui est donnée par le Greffe (environ un mois plus tard). On peut demander par requête l'autorisation d'assigner à très bref délai. L'assignation doit être placée au Greffe avant l'audience.

Par sollicitude envers les personnes faisant l'objet d'une *procédure d'expulsion*, souvent démunies, le Juge de l'Exécution peut dans ce cas être saisi par simple lettre déposée ou adressée au Greffe.

### 3) L'instruction

La procédure est orale, mais le défendeur peut exposer sa défense par lettre adressée au Juge de l'Exécution et à son adversaire. L'affaire est souvent jugée à la première audience.

### 4) Le jugement

Le jugement est assorti de l'exécution provisoire de droit (l'appel n'est pas suspensif). Le délai d'appel est de 15 jours à compter de la notification du jugement par LRAR qui est effectuée par le Greffe. L'appel est porté devant la cour d'appel, selon la procédure normale.

## § 5 Les procédures d'injonction (articles 1405 à 1425-9)

Il s'agit de deux procédures destinées au grand public mais finalement assez complexes dans leur mise en œuvre : *la procédure d'injonction de payer* (A) et *la procédure d'injonction de faire* (B).

### A) La procédure d'injonction de payer (articles 1405 à 1425)

On verra *le domaine* (1), *la compétence* (2) et *la procédure* (3).

#### 1) Domaine

Elle concerne les créances dont le montant est déterminé (sans limite) qui résultent d'un contrat, d'une obligation statutaire (cotisations à payer), d'une lettre de change ou d'un bordereau de cession de créance.

#### 2) Compétence

En matière civile, c'est le Juge de Proximité jusqu'à 4.000 euros, et le juge du Tribunal d'instance au-delà. En matière commerciale, c'est le Président du Tribunal de Commerce.

Pour la compétence territoriale, c'est le juge du domicile du débiteur (en matière de copropriété, c'est le juge du Tribunal d'instance du lieu de l'immeuble).

#### 3) Procédure

Le créancier ou son mandataire (il peut s'agir d'une société de recouvrement amiable) adresse au Greffe une requête par LRAR ou fait une déclaration au Greffe, avec les pièces justificatives (le contrat, la mise en demeure de payer). Des formulaires sont disponibles.

Si le juge n'y fait pas droit, le créancier pourra encore procéder selon le droit commun, en assignant devant le Juge de Proximité, le JDP, le TI, le TGI ou le TC.

Si le juge y fait droit, il rend une ordonnance portant injonction de payer, adressée au créancier.

Dans les 6 mois, le créancier fait signifier par huissier l'ordonnance au débiteur. Le débiteur a 1 mois pour faire opposition par LRAR adressée au Greffe du Tribunal (le délai est reporté au premier acte d'exécution forcée si la signification n'a pas été faite à la personne même du débiteur).

L'opposition sera jugée, selon la procédure ordinaire, par le Juge de Proximité (jusqu'à 4.000 euros), le Tribunal d'Instance (de 4.001 euros à 10.000 euros), le Tribunal de Commerce (mais la représentation ne pourra pas se faire à titre habituel par une société de recouvrement amiable, seuls les avocats étant habilités à représenter habituellement les parties devant les tribunaux) ou le TGI si la valeur du litige est supérieure à 10.000 €. Un jugement sera rendu, susceptible d'appel si la demande était supérieure à 4.000 €.

En l'absence d'opposition, l'ordonnance devient définitive et le créancier devra dans le délai d'1 mois demander au Greffier d'apposer la formule exécutoire sur l'ordonnance. Ce sera alors l'équivalent d'un véritable jugement.

En fait, cette procédure est très utilisée par les services contentieux des grandes entreprises. Devant le Tribunal de Commerce, il y a des petits frais de requête, d'opposition (150 €) avancés par le créancier.

#### B) La procédure d'injonction de faire (articles 1425-1 à 1425-9)

Elle a été organisée par le décret du 4 mars 1988. On verra *son domaine* (1), *la compétence* (2) et *la procédure* (3).

##### 1) Domaine

Elle concerne les créances d'une valeur maximum de 10.000 €, ayant pour objet une obligation de faire née d'un contrat mixte. La demande doit avoir pour objet l'exécution en nature de l'obligation (par exemple, la livraison de la cuisinière commandée, la réparation de l'aspirateur sous garantie ...

##### 2) Compétence

C'est le Juge de Proximité (jusqu'à 4.000 euros) ou le Tribunal d'Instance de la demeure du défendeur ou du lieu d'exécution de l'obligation.

##### 3) Procédure

Le créancier ou son représentant (on applique les mêmes règles de représentation que devant le Tribunal d'Instance) adresse au Greffe une requête avec les pièces justificatives. Si le juge y fait droit, il rend une ordonnance portant injonction de faire et mentionnant la date de l'audience à moins que le demandeur n'ait fait connaître d'ici-là au Tribunal que l'injonction a été exécutée. Le Greffe notifie l'ordonnance au débiteur par LRAR. Si le débiteur n'exécute pas l'ordonnance avant l'audience, il y aura une audience contradictoire, selon le droit commun, suivie d'un jugement qui se substituera à l'ordonnance, qui sera signifié par huissier à la requête d'une partie et qui sera susceptible d'appel si la demande était supérieure à 4.000 €.

Cette procédure est peu appréciée des juges. Il avait été question de la supprimer.

### **§ 6 De quelques difficultés nées de la procédure orale**

Le caractère oral des procédures étudiées ci-dessus suscite un certain nombre de difficultés que l'on peut regrouper en quatre interrogations : *l'obligation de présenter ses demandes oralement à l'audience* (A), *l'efficacité des conclusions déposées avant l'audience pour interrompre les délais* (B), *le respect de l'ordre dans lequel doivent être soulevés les moyens de défense* (C) et *le respect du principe de la contradiction* (D).

A) Les plaideurs ont-ils l'obligation de présenter leurs demandes oralement, à l'audience ?

Du caractère oral de la procédure, la jurisprudence tire les conséquences suivantes :

- E) une partie non comparante à l'audience et non représentée à l'audience ne peut pas former une demande de renvoi (Cass. soc. 13 déc. 1994) ; les demandes de renvoi par fax d'un avocat, si courantes en pratique, n'assurent aucune sécurité au plaideur, le juge étant parfaitement en droit de ne pas en tenir compte.
- F) une partie non comparante à l'audience et non représentée à l'audience ne peut pas adresser ses observations par courrier au tribunal (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 sept. 2004 : JCP 2004, IV, n° 3051). Dans la pratique, les tribunaux n'en tiennent d'ailleurs jamais compte.
- G) une partie non comparante à l'audience et non représentée à l'audience ne peut pas adresser ses conclusions au tribunal (Cass. soc. 22 oct. 1997 : Procédures 1998, p. 7 n°4 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 fév. 2004 : D. 2004, inf. rap., p. 674 ; JCP 2004, IV, n° 1 694 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 déc. 2004 : D. 2005, inf. rap., p. 241 ; Cass. soc., 14 mars 2007 : D. 2007, p. 1 018).
- H) de même, sont inopérantes des conclusions écrites valablement déposées devant le TGI originairement saisi du litige si elles n'ont pas été reprises oralement à la barre par la partie comparissant en personne ou représentée (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 mars 2004 : D. 2004 : inf. rap., 853 ; JCP 2004, IV, n° 1 867).

- I) une partie non comparante à l'audience et non représentée à l'audience ne peut pas adresser après l'audience son dossier par courrier au tribunal (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 26 oct. 1994 : JCP 1994, IV, n° 2 610).
- J) une partie non comparante à l'audience et non représentée à l'audience ne peut pas adresser au tribunal par courrier un désistement (Limoges 29 mai 2001 : D. 2001, inf. rap., p. 192). Mais dans la pratique, les tribunaux acceptent presque toujours que les désistements soient opérés par le demandeur par simple courrier adressé au juge avant l'audience.

B) Dans quelle mesure les conclusions écrites interrompent-elles les délais ?

Les demandes présentées verbalement au juge *lors de l'audience* par le plaideur comparant ou par son représentant interrompent naturellement les délais à cette date. Dans la pratique, l'avocat, au début des plaidoiries de l'affaire en question, remet un exemplaire de ses conclusions au greffier qui les vise et les remet au juge qui les insère dans le dossier du tribunal.

En général, les juges et les greffiers des tribunaux d'instance n'acceptent pas que des conclusions soient déposées au greffe *avant l'audience*. Mais les usages peuvent être différents devant les tribunaux de commerce ou les CPH. Il y a alors lieu de distinguer entre la prescription et la péremption d'instance.

1) Vis-à-vis de la prescription

La jurisprudence est fluctuante.

- K) une demande d'un salarié présentée verbalement aux conseillers rapporteurs chargés de l'instruction avant l'expiration de la prescription quinquennale, bien que formalisée après son expiration à l'audience à laquelle l'affaire avait été plaidée, interrompt néanmoins la prescription (Cass. soc. 22 mars 2000 : RTDCiv. 2000, p. 632, obs. Perrot)
- L) des conclusions reconventionnelles déposées au greffe d'un tribunal de commerce interrompent, à leur date, la prescription, dès lors que le concluant a comparu ou a été représenté à l'audience ultérieurement (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 26 nov. 1998 : D. 1999, inf. rap., p. 28 ; RTDCiv. 1999, p. 200 obs. Perrot)
- M) mais des conclusions reconventionnelles en paiement n'interrompent le délai de forclusion de deux ans en matière de droit de la consommation que si elles ont date certaine, c'est-à-dire que si elles ont été signifiées ou présentées à l'audience avant l'expiration du délai de deux ans (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 mai 2001 : JCP 2001, IV, n° 2 304)

2) Vis-à-vis de la péremption d'instance

Si les conclusions écrites d'une partie ne saisissent valablement le juge que si elles sont réitérées verbalement à l'audience, leur dépôt constitue néanmoins une diligence interruptive de la péremption (Cass. soc. 9 mars 2005 : D. 2005, inf. rap., p. 918 ; RTDCiv. 2005, p. 452, obs. Perrot).

En conclusion, il convient d'être extrêmement prudent en ce domaine : chaque fois que l'on doit faire des conclusions pour interrompre un délai, on a le plus grand intérêt à faire signifier par huissier lesdites conclusions, surtout s'il s'agit d'un délai préfix, et à ne pas se contenter d'une banale communication à l'avocat adverse (dans les temps) suivie (hors délai) d'une remise à la barre le jour de l'audience.

C) Comment respecter l'ordre dans lequel doivent être soulevés les moyens de défense ?

On distinguera les cas de l'incompétence (ou de la nullité), de l'appel en garantie et du désistement.

- 1) Le caractère oral de la procédure permet-il de soulever à l'audience l'incompétence ou la nullité alors que l'on a déjà abordé le fond dans des conclusions antérieures adressées à la partie adverse ou à son avocat avant l'audience ?

Dans le sens de la préférence au déclinatoire oral de compétence : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 oct. 2003 : D. 2003, inf. rap., p. 2 668 ; RTDCiv. 2004, p. 138, obs. Perrot ; D. 2004, p. 454, note Stéphanie Mary. Un plaideur assigné devant un tribunal de commerce avait commencé par déposer au greffe des écritures sur le fond, et ensuite, le jour de l'audience, il avait oralement décliné la compétence de ce même tribunal : son déclinatoire était-il recevable ? La Cour de cassation l'a admis, en rappelant que devant les tribunaux de commerce où la procédure est orale, « les prétentions des parties peuvent être formulées au cours de l'audience et qu'il en est notamment ainsi des exceptions de procédure ». Dans le même sens : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 20 nov. 2003 : JCP 2004, IV, n° 1 063. Cette jurisprudence semble dater un peu.

- 2) Le caractère oral de la procédure permet-il de soulever à l'audience l'incompétence ou la nullité alors que l'on a fait une demande en intervention forcée contre un tiers avant l'audience ?

Cette difficulté a été évoquée avec l'étude des demandes incidentes (cf. supra). On a vu qu'il a été jugé que le fait pour un défendeur d'appeler en cause son propre garant lui interdit ensuite de décliner oralement la compétence du tribunal lorsque la mise en cause est fondée sur des moyens de fond (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 juin 2003 : D. 2003, inf. rap., p. 1 806).

Peut-on en déduire que cependant, devant les juridictions devant lesquelles la procédure est orale, il sera encore possible de soulever le jour de l'audience une nullité de l'assignation ou l'incompétence quand bien même on aurait précédemment mis en cause un tiers en ayant abordé le fond de l'affaire ? La question, non soumise à la jurisprudence pour l'instant, peut être posée.

- 3) Le caractère oral de la procédure permet-il encore un désistement d'instance à l'audience alors que le défendeur a envoyé ses conclusions sur le fond au tribunal avant l'audience ? et permet-il de donner effet à un désistement écrit antérieur à l'audience alors que l'autre partie conclut sur le fond lors de l'audience ? Qu'est-ce qui doit primer : ce qui est dit par écrit avant l'audience, ou ce qui est dit à l'audience ?

On sait que le désistement d'instance ne nécessite pas l'accord du défendeur tant que celui-ci n'a pas conclu sur le fond. De même, devant la cour d'appel, le désistement d'appel ne nécessite pas l'accord de l'intimé tant que celui-ci n'a pas fait d'appel incident ou de demande incidente.

La 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation avait jugé que les écritures du défendeur déposées la veille de l'audience ne faisaient pas obstacle à ce que le lendemain son adversaire le demandeur se désiste unilatéralement à la barre : l'oral postérieur l'emportait sur l'écrit antérieur (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 26 nov. 1998 : JCP 1999, IV, n° 1 075 ; RTDCiv. 1999, p. 200 obs. Perrot).

Mais la chambre sociale a jugé plus récemment dans un sens contraire : le désistement par lettre parvenue au CPH antérieurement à l'audience produit immédiatement son effet extinctif avant l'ouverture des débats de sorte que la demande reconventionnelle est irrecevable : Cass. Soc. 17 mai 2005 : Gaz. Pal. 28-29 déc. 2005, Panorama, p. 17. L'écrit antérieur l'emporte. De même, si un appel incident est formé et remis au Greffe par l'intimé, l'appelant n'est plus recevable à se désister de son appel : l'écrit antérieur (= l'appel incident) l'emporte (Cass. Soc., 14 mars 2007 : RTDciv. 2007, p. 642, obs. Perrot ; D. 2007, p. 2 429).

La 2<sup>ème</sup> chambre civile s'est ralliée à la position de la chambre sociale : devant un T.I. un copropriétaire a assigné le syndicat en paiement puis avait écrit au tribunal pour se désister de sa demande. Croyant l'affaire terminée, le copropriétaire ne s'est pas présenté à l'audience à laquelle le syndicat a formé une demande reconventionnelle en paiement de charges de copropriété. Le syndicat obtient devant le tribunal et devant la cour d'appel gain de cause. L'arrêt d'appel est cassé par la 2<sup>ème</sup> chambre civile : le désistement écrit antérieur ayant immédiatement mis fin à l'instance, le syndicat n'était plus recevable à présenter une demande reconventionnelle (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 oct. 2006 : D. 2006, inf. rap., p. 2 808 ; JCP 2006, IV, n° 3 149 ; Gaz. Pal. 20-21 oct. 2006 p. 11, note Bernard Travier). L'écrit antérieur l'emporte donc.

Conclusion. Il ressort de cette étude une certaine diversité dans les solutions. L'évolution de la jurisprudence sur ces questions est loin d'être achevée. Il semble que l'oral perde peu à peu son monopole dans les procédures orales.

#### D) Le respect du principe de la contradiction

Devant les juridictions où la procédure est orale il n'y a pas d'instruction à proprement parler. L'affaire est censée être plaidée à la date prévue pour l'audience. Si ce jour-là le Président



estime que l'affaire n'est pas en état d'être plaidée, il renverra simplement l'affaire à une autre audience (par exemple, 2 mois plus tard). Il n'y a pas de mise en état, pas d'injonctions, pas d'ordonnance de clôture. Les conclusions écrites ne sont pas obligatoires, et l'obligation d'annexer aux conclusions le bordereau de communication des pièces ne s'applique pas.

Il faut néanmoins organiser tant bien que mal la phase qui s'écoule nécessairement entre la première audience (à laquelle rarement l'affaire sera réellement plaidée, sauf pour les affaires venant par défaut) et l'audience à laquelle l'affaire sera plaidée.

La jurisprudence a posé une présomption de régularité de communication, déjà évoquée, selon laquelle « la procédure étant orale, les pièces invoquées sont présumées, jusqu'à preuve contraire, avoir été débattues contradictoirement » (Cass. soc. 12 janv. 1999 : Gaz. Pal. 1999, 2, panor. p. 154).

Des tentatives sont faites d'autre part d'organiser au mieux les échanges de conclusions et de pièces. Ainsi voit-on apparaître des « calendriers de procédure » mis au point par le Président avec les avocats présents à la première audience et envoyé par le greffe aux parties ou à leurs avocats : ils comportent des dates ultimes pour la communication des pièces par le demandeur, puis par le défendeur, pour les conclusions en réponse du défendeur, puis pour les conclusions en réplique du demandeur etc. ...

Les barreaux prévoient parfois (c'est le cas à Paris) une obligation pour l'avocat (notamment du demandeur devant le CPH) qui a choisi de ne pas faire de conclusions d'adresser en ce cas à son confrère adverse la copie de ses cotes de plaidoirie, pour assurer le respect du principe de la contradiction.

Enfin se pose le problème des pièces et conclusions tardives, d'autant plus important qu'il n'existe pas d'ordonnance de clôture de l'instruction, ce qui fait que très fréquemment des pièces sont communiquées ou des conclusions remises juste avant l'audience. Bien sûr, les calendriers de procédure susvisés ont pour objectif d'y remédier mais il n'en est rien en pratique.

En présence de pièces communiquées à une date proche de l'audience, ou de conclusions adressées à la partie adverse à une date proche de l'audience, si ce n'est le jour de l'audience par voie de fax quelques heures ou quelques minutes avant l'audience ..., la sagesse devrait commander de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure. Les Présidents le font souvent, mais pas toujours : au bout d'un moment, ils en ont assez de renvoyer systématiquement ...

De façon pratique, *si les avocats s'entendent sur un renvoi*, il suffira qu'ils adressent un fax au Président la veille (voire le jour) de l'audience et le Président acceptera presque toujours de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure (les avocats, qui en fait ne se déplaceront pas, étant prévenus de la date de la nouvelle audience par une lettre du greffe) ; si le Président n'accepte pas la demande de renvoi, il pourra déclarer la citation caduque (défaut du demandeur) ou, le plus souvent, il prononcera la radiation d'instance.

Mais *si les avocats ne s'entendent pas sur le renvoi*, la décision de renvoyer ou de ne pas renvoyer appartiendra au Président et sera connue lorsque l'affaire sera appelée à l'appel des causes : la prudence commande de toujours préparer son dossier en vue de la plaidoirie, même lorsque l'on se plaint d'avoir été le destinataire de conclusions ou de pièces tardives et que l'on demande un renvoi, on ne sait jamais ... La tendance actuelle est d'accorder sans aucune difficulté un premier renvoi, mais après il n'existe plus de certitude. Il y a très souvent d'amères déceptions chez les avocats qui, ayant reçu la veille des conclusions et des pièces adverses, s'attendaient à ce que l'affaire soit renvoyée et à ne pas plaider, qui n'avaient donc pas vraiment préparé leur dossier, et qui finalement ont dû plaider parce que le Président n'a pas voulu renvoyer l'affaire.

La Cour de cassation avait d'abord jugé que le caractère oral de la procédure s'opposait à ce que le juge puisse rejeter des débats les pièces et conclusions communiquées tardivement, le juge devant simplement renvoyer l'affaire à une audience ultérieure (Cass. com. 10 oct. 1989 : Gaz. Pal. 1990, 1, somm. p. 43), la communication pouvant parfaitement s'opérer à l'audience (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 nov. 2002 : Gaz. Pal. 2003, 1, somm. p. 582). C'était à nouveau une manifestation originale du caractère oral de la procédure.

Il semblerait qu'elle soit en train d'évoluer pour se rapprocher de la jurisprudence étudiée dans le cadre de la procédure écrite en distinguant selon que la tardiveté de la communication a porté, ou n'a pas porté, de façon concrète, une atteinte aux droits de la défense de la partie adverse. Ainsi, dans une affaire où le locataire avait, après un renvoi pour communication de pièces, communiqué une centaine de pièces le jour de l'audience, de sorte que le bailleur n'avait pu en prendre connaissance, le tribunal a pu valablement apprécier qu'il n'y avait pas lieu à renvoi de l'affaire et a pu valablement retenir que ces pièces devaient être écartées des débats (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> fév. 2006 : JCP 2006, IV, n° 1 395).

## TITRE II LE JUGEMENT

Le jugement, qui met fin à l'instance, est l'acte par lequel le juge *dit le droit*, ce qui correspond à son pouvoir de **jurisdictio**. Le mot « jugement » sera pris ici dans le sens d'une décision rendue par le tribunal (et non d'une ordonnance du juge de la mise en état ou d'une ordonnance de référé).

On examinera *le moment de l'intervention* du jugement (Chap. 1), *le contenu* du jugement (Chap. 2), *la notification* du jugement (Chap. 3) et *les effets* du jugement (Chap. 4).

### Chapitre 1 Le moment de l'intervention du jugement

On distingue *les jugements avant-dire droit* (Section I) et *les jugements sur le fond* (Section II).

#### SECTION I LES JUGEMENTS AVANT-DIRE DROIT

Les jugements ADD sont rendus en cours d'instance, pour assurer *la protection d'un plaideur*. Selon l'**article 482**, est ADD le jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire (c'est-à-dire une mesure prise provisoirement, pour le cours de l'instance : par exemple, fixation provisoire d'un loyer jusqu'au jugement sur le fond, désignation provisoire d'un séquestre chargé de conserver un bien dont les deux parties se disputent la propriété, résidence des enfants pendant l'instance en divorce, provision ... ).

Le régime des jugements ADD se caractérise par 3 traits : *absence de dessaisissement du juge* (§ 1), *absence d'autorité de la chose jugée* (§ 2) et *absence d'appel immédiat* (§ 3).

##### § 1 Absence de dessaisissement du juge

Le tribunal continuera de s'occuper de l'affaire (**article 483**), pour ... rendre le jugement sur le fond.

##### § 2 Absence d'autorité de la chose jugée sur le principal

Le principe est que le tribunal, lorsqu'il statuera au fond, *ne sera pas lié* par la décision avant-dire droit. Par exemple, il pourra débouter le demandeur même s'il avait ordonné avant-dire droit une expertise pour déterminer l'étendue du préjudice.

Cependant le jugement ADD *existe par lui-même* en ce sens qu'il ne peut pas être ignoré : il devra être exécuté.

### § 3 Absence d'appel immédiat

On examinera *le principe* (A) et *les exceptions* (B).

#### A) Le principe

Le jugement ADD, qui n'a pas autorité de la chose jugée sur le principal, n'est pas susceptible d'appel immédiat.

L'appel reste possible mais plus tard, avec le jugement sur le fond. Il y aura alors deux appels, l'un contre le jugement ADD et l'autre contre le jugement sur le fond, et il faudra faire appel des deux jugements en même temps : dans le même acte que l'appel du jugement sur le fond, ou dans deux actes différents du même jour (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 avril 2001 : D. 2001, p. 1 252).

- Cette solution est applicable (*en principe*) aux jugements qui ordonnent une expertise : ainsi pour l'irrecevabilité de l'appel contre un jugement ayant ordonné une expertise sanguine à la demande de la mère de l'enfant agissant à fins de subsides (CA Paris 29 avril 2003 : D. 2004, p. 460). Il existe toutefois une possibilité (*exceptionnelle*) d'autorisation d'appel immédiat en cas de motif grave et légitime (cf. infra).

- Cette solution est applicable aux jugements qui ordonnent une provision (bien que supérieure à 4.000 euros).

- Cette solution est également applicable aux jugements qui ordonnent une provision et une expertise : après des hésitations qui ont duré plus de 15 ans (cf. note Pierre Julien sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 juin 2002 : D. 2002, p. 2.428), la Cour de cassation a tranché dans un arrêt rendu en Chambre Mixte du 25 octobre 2004 (D. 2004, p. 3 035 ; RTDCiv. 2005, p. 187, obs. Perrot), dans le sens retenu par la 3<sup>ème</sup> chambre civile et contre celui retenu par les 1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres civiles (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 juin 2002 : D. 2002, inf. rap., p. 2 302 et la note) : le jugement qui se borne dans son dispositif à ordonner une expertise et le versement d'une provision ne tranche pas une partie du « principal » : il n'est donc pas susceptible d'appel immédiat (même solution pour l'irrecevabilité du pourvoi en cassation immédiat contre l'arrêt ordonnant une provision et une expertise). La solution s'explique par le fait que la décision ne lie pas le juge du fond, ni quant au montant de la somme allouée ni même quant au principe de la créance ; il s'en déduit que ce jugement « ne tranche pas une partie du principal », ne met pas fin à l'instance et ne peut faire l'objet d'un appel ou d'un pourvoi immédiat.

#### B) Les exceptions

Il y en a trois : les jugements qui ordonnent *une expertise ou un sursis à statuer* (1), les jugements qui ordonnent des *mesures provisoires en matière de divorce* (2) et les *jugements mixtes* (3).

#### 1) Jugements ordonnant un sursis à statuer ou une expertise

Le jugement qui ordonne un sursis à statuer ou une expertise peut exceptionnellement faire l'objet d'un appel immédiat s'il existe *un motif grave et légitime*, et avec *l'autorisation du Premier Président de la cour d'appel* obtenue après assignation en référé (faux référé) délivrée à la partie adverse dans le mois du jugement (**articles 380 et 272**). Il faudra ensuite faire une déclaration d'appel dans le mois de l'ordonnance du Premier Président (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 fév. 2003 : Gaz. Pal. 2003, 2, somm. p. 3 162).

#### 2) Jugements ordonnant des mesures provisoires en matière de divorce

Les mesures provisoires en matière de divorce sont susceptibles d'appel immédiat, en raison du caractère délicat et important de la matière

#### 3) Jugements mixtes

Le jugement mixte est susceptible d'appel immédiat.

Le jugement mixte est un jugement qui, tout en ordonnant une mesure provisoire ou une mesure d'instruction, tranche une partie du principal (**article 544 al. 1**). Il contient *à la fois* des dispositions ADD et des dispositions définitives. Par exemple, le tribunal *déclare le défendeur responsable de l'accident* (= tranche une partie du principal, la question de la responsabilité) et *ordonne une expertise pour évaluer le préjudice* (= ordonne une mesure d'instruction).

L'appel immédiat est possible parce que le tribunal a définitivement statué sur une partie du principal.

L'article 544 al. 1 est à l'origine de deux difficultés : la décision sur *la recevabilité* de la demande et la question des *motifs décisifs*.

##### a) 1ère difficulté : la décision qui rejette une fin de non-recevoir

La jurisprudence considère que le jugement qui déclare la demande recevable en écartant une fin de non-recevoir (par exemple défaut de qualité, défaut d'intérêt, prescription ...) et ordonne une mesure provisoire ou une mesure d'instruction *n'est pas un jugement mixte*, n'est pas non plus un jugement ayant statué sur une fin de non-recevoir ayant mis fin à l'instance (puisque l'instance continue ...) et donc n'est pas susceptible d'appel immédiat (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 janv. 1995 : Gaz. Pal. 1995, panor. p. 178).

La jurisprudence y apporte *une seule exception* : en matière de jugement sur la recevabilité de l'action en rescision pour *lésion*, où elle admet traditionnellement l'appel immédiat.

Il n'y a pas pour instant d'autre exception, bien que la question soit fortement discutée pour les jugements qui déclarent recevable une action en matière de *recherche de paternité naturelle* et ordonnent une expertise en demandant à l'expert « *de dire qui de X... ou de Y... est le père de l'enfant* » ... : est-il opportun de ne pas pouvoir faire un appel immédiat de ces décisions (v. par ex., Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 mai 1995 : Gaz. Pal. 1996, panor. p. 4) ? Puisqu'il existe déjà une exception pour la lésion, pourquoi ne pas admettre une deuxième exception dans ce domaine autrement plus sensible ? En fait, c'est la rédaction de l'article 544, al. 2 qui mériterait d'être revue.

#### b) 2<sup>ème</sup> difficulté : la question des motifs décisifs

Il arrive souvent que le tribunal prenne parti pour un plaideur *dans les motifs* (par exemple, il y est dit que le défendeur a commis une faute grave) tout en se bornant à ordonner *dans le dispositif*, avant-dire droit, une mesure d'instruction (par exemple, une expertise pour évaluer le préjudice du demandeur). Il y a incontestablement *préjugé* en faveur d'une partie.

Faut-il en ce cas considérer que le tribunal s'est prononcé sur une partie du fond dans les motifs, qu'il a ainsi rendu un jugement *mixte*, même si, par mauvaise rédaction, l'élément de décision sur le principal contenu dans les motifs n'a pas été repris dans le dispositif ? Autrement dit, un « motif décisif », c'est-à-dire un motif dans lequel le tribunal a « décidé », a « tranché » une partie du principal, transforme-t-il un jugement apparemment ADD (quant au dispositif) en un jugement mixte susceptible d'appel immédiat ?

La controverse existe depuis plus de 45 ans ... *Au niveau de la Cour de cassation*, toutes les chambres considèrent depuis 1981 qu'il ne faut pas tenir compte des motifs décisifs. Autrement dit, pour savoir si on est en présence d'un jugement ADD ou d'un jugement mixte, il faut uniquement considérer le dispositif, et non les motifs. La position de la Cour de cassation est même tellement certaine qu'il n'y a quasiment plus de décisions sur ce point depuis quelques années (la jurisprudence est citée dans les codes sous l'art. 544). *Mais au niveau des cours d'appel*, il existe encore un petit courant de résistance qui considère qu'il n'est pas raisonnable d'interdire l'appel immédiat lorsque le juge a pris parti, fut-ce dans les motifs.

## SECTION II LES JUGEMENTS SUR LE FOND

Le vocabulaire du CPC est ambigu : il ne s'agit pas que des jugements sur le fond ... Aussi certains préfèrent parler de « jugements définitifs » plutôt que de jugement « sur le fond » ; mais l'appellation n'est guère plus heureuse, en raison du risque de confusion avec l'absence d'appel.

Quand est-on donc en présence d'un « jugement sur le fond » ?

Il s'agit bien sûr du jugement qui tranche tout le principal : il a autorité de la chose jugée et il est susceptible d'appel immédiat.

Mais le CPC range aussi sous ce nom les jugements qui statuent sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou certains incidents de procédure : ils ont autorité de la chose jugée (**article 480**) mais ils ne sont susceptibles d'appel immédiat que s'ils mettent fin à l'instance (**article 544, al. 2**). C'est sur le fondement de ce texte que sont déclarés irrecevables les appels contre un jugement ayant écarté une fin de non-recevoir et ayant déclaré l'action recevable (par exemple, jugement ayant déclaré recevable une action en recherche de paternité naturelle : Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 mai 2006, JCP 2006, IV, n° 1 814).

## Chapitre 2 Le contenu du jugement

Le jugement contient la formule rituelle : « Au nom du peuple français ».

Il contient, à peine de nullité, des énonciations sur les conditions dans lesquelles il est rendu (**art. 454**) : nom des juges, du greffier, signature du Président (ou d'un juge) et du greffier, date du jugement, identification des parties, des avocats.

Il contient le rappel succinct des prétentions et moyens des parties (il est possible de se borner à viser les conclusions, en indiquant leur date : art. 455 al. 1 et 458).

Le jugement doit être motivé, à peine de nullité (**article 455**) : ainsi une cour d'appel ne peut, pour débouter une partie de sa demande d'annulation du mandat et des actes d'un syndic de copropriété, retenir que les prétentions à elle soumises dans une procédure distincte ont donné lieu à un autre arrêt, aux énonciations duquel il y a lieu de se reporter, « *alors que, pour motiver sa décision, le juge doit se déterminer d'après les circonstances particulières du procès et non par voie de référence à des causes déjà jugées* » (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 23 avril 1997 : Gaz. Pal. 1999, 2, somm. p. 590). Autrement dit, les « jugements par voie de référence » sont interdits.

Le jugement énonce la décision sous forme de dispositif (**article 455, al. 2**), texte non prescrit à peine de nullité, ce qui a favorisé la persistance de discussions sur les motifs décisifs. On dit encore parfois que le juge « **couche le jugement** ».

Le jugement est prononcé en principe publiquement, la lecture pouvant se limiter au dispositif ou bien être remplacée par la consultation au Greffe (en pratique, les jugements sont simplement à la disposition des avocats au Greffe, pour lecture, le jour où ils sont rendus ; quelques jours plus tard, le texte du jugement sera adressé aux avocats à leur casier au Palais par le Greffe).

L'original du jugement, qui s'appelle la minute (parce que jadis écrite par le Greffier *en caractères minuscules*, souvenir de l'époque où les Greffiers payaient eux-mêmes leur plume et leur encre ...) est conservé par le Greffier dans les archives du Tribunal : c'est un acte authentique.

Le Greffier en délivre des copies certifiées, que l'on appelle des expéditions.

Les tiers peuvent obtenir une expédition de tout jugement : « **arrêt lu à l'audience appartient au public** ».



Les parties ont le droit de recevoir une expédition revêtue de la formule exécutoire (*En conséquence, la République Française mande et ordonne à tous huissiers sur ce requis ...*) apposée par le Greffier, appelée LA GROSSE (parce que jadis écrite par le Greffier *en gros caractères*, souvenir de l'époque où les Greffiers faisaient payer ces copies aux parties ...). En pratique, le demandeur la reçoit automatiquement, le défendeur peut toujours la demander (il peut avoir fait une demande reconventionnelle et avoir gagné ...). On dit parfois encore qu'un avocat « **va lever la Grosse** » ... Quand un huissier procède à l'exécution forcée d'un jugement (par exemple, quand il fait une saisie), il est en possession de la Grosse.

## Chapitre 3 La notification du jugement

On examinera *l'objet* de la notification (Section I), son *rôle* (Section II), sa *forme* (Section III), son *délai* (Section IV) et *ses effets* (Section V).

### SECTION I L'OBJET DE LA NOTIFICATION

La notification a pour objet de porter le jugement officiellement à la connaissance des parties.

### SECTION II LE ROLE DE LA NOTIFICATION

La notification a un double rôle :

- a. Elle est d'abord la condition préalable pour qu'un jugement ait force exécutoire (sauf pour *les ordonnances sur requête* qui sont exécutoires sur minute et *les ordonnances de référé* et *les jugements du juge de l'exécution* qui le sont lorsque le juge ordonne l'exécution sur minute).
- b. Ensuite, elle marque le point de départ des délais pour exercer les voies de recours (mais il reste possible de *faire appel dès que le jugement est rendu*, sans attendre la notification), sauf quelques exceptions (le délai de 15 jours pour faire un *contredit* court à compter du prononcé du jugement).

### SECTION III LA FORME DE LA NOTIFICATION

Il faut distinguer *la notification à la partie adverse* (§ 1) et *la notification préalable à l'avocat adverse* (§ 2).

#### § 1 La notification à la partie adverse

La notification est en principe faite par huissier, à la requête du gagnant contre le perdant. Mais il existe des cas où la notification est effectuée par le Greffe par LRAR : par exemple, en matière prud'homale et pour les jugements du juge de l'exécution.

La notification doit toujours contenir des précisions sur les délais du recours et sur les modalités du recours (avoué obligatoire ...). Sinon, le délai ne court pas ; de même en cas de mention erronée (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 30 sept. 1999 : JCP 1999, IV, n° 2 846).

Lorsque plusieurs décisions sont notifiées par un seul envoi postal, celui-ci doit contenir, outre chacune des notifications, une liste récapitulative permettant l'identification de chacune des

décisions. L'absence de document récapitulatif pourrait rendre la notification irrégulière, indépendamment de tout grief (Cass. com. 22 mai 2002, pourvoi n°00-20423).

La notification du jugement obéit aux règles générales des notifications. Elle ne peut être faite qu'à une personne vivante. Si le défendeur est décédé en cours d'instance sans que les héritiers s'avisent de notifier le décès au demandeur, l'instance n'est pas interrompue et le procès continue : le jugement sera alors valablement rendu à l'encontre du défunt, mais se posera la question de sa signification : à qui faudra-t-il le signifier ? La réponse devrait être : aux héritiers ayant accepté la succession. Mais on relève un arrêt ayant retenu que la notification du jugement au défunt était valable puisque les héritiers n'avaient pas informé le demandeur du décès (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 mars 2007 : RTDCiv. 2007, p. 381, obs. crit. Perrot).

## § 2 La notification préalable à l'avocat adverse (TGI)

Devant le TGI, il existe une formalité préalable particulière : il faut une notification à l'avocat adverse avant la notification à la partie adverse, ce qui permettra à l'avocat qui recevra la notification du jugement par le Palais ou par notification directe (notification d'avocat à avocat) de prévenir son client de l'imminence d'une signification à partie. Autrement dit, l'avocat qui notifie un jugement d'un TGI **doit toujours sonner deux fois** : d'abord une première fois *chez son confrère adverse*, puis une deuxième fois *chez la partie adverse*. Sinon, la notification à partie serait nulle (**art. 678**). Selon la jurisprudence, il s'agit d'une nullité non soumise à l'exigence d'un grief.

La jurisprudence a apporté les précisions suivantes en matière de notification d'avocat à avocat :

### A) A l'égard du notifiant

Il faut que la notification à avocat soit préalable à la signification à partie. Si les deux notifications sont effectuées le même jour, la notification à avocat n'est pas régulière et la signification à partie est donc nulle (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 nov. 1996 : JCP 1997, IV, n° 146), à moins que la notification à partie mentionne la signification à avocat, ce dont il se déduit qu'elle avait été faite préalablement, peu important alors qu'elle ait été effectuée le même jour (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 janv. 2007 : JCP 2007, IV, n° 1 366).

Lorsque la notification à avocat est faite **PAR un avocat représentant plusieurs parties**, il faut qu'elle indique à la requête de quelles parties elle est faite. Les parties non mentionnées ne pourront pas se prévaloir de la notification à avocat et en l'absence de notification à avocat préalable, une signification (directe) à partie serait nulle (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 17 déc. 1997, inédit).

### B) A l'égard du notifié

La notification à avocat doit être faite à l'avocat du destinataire de la signification à partie. Les notifications à avocat et à partie doivent être faites à même requête (Cass. 2<sup>ème</sup> civ. ; 27 oct. 1982 : Gaz. Pal. 1983, panor. cass. p. 541, obs. Guinchard ; D. 1983, p. 541, note Coste-Floret ;

JCP 1984, II, 20 284). On peut imaginer que dans une espèce où chaque partie gagne et succombe partiellement, l'avocat de l'une des parties notifie en premier le jugement à l'avocat de la partie adverse, lequel aurait le réflexe de signifier ensuite directement à la partie adverse, omettant de notifier préalablement lui-même au premier avocat : la signification à partie faite par le second avocat serait alors nulle faute d'avoir été précédée d'une notification préalable à l'avocat de cette partie ...

Lorsque la notification à avocat est faite A un avocat représentant plusieurs parties, il faut qu'elle précise quelles sont les parties (que représente cet avocat) qui sont concernées.

#### SECTION IV LE DELAI DE LA NOTIFICATION

Il diffère selon qu'il s'agit d'un *jugement par défaut ou réputé contradictoire* (§ 1), ou bien d'un *jugement contradictoire sur le fond* (§2).

§ 1 Pour les jugements par défaut et les jugements réputés contradictoires au seul motif qu'ils sont susceptibles d'appel

Rappel : il y a jugement par défaut lorsque 3 conditions sont réunies : défendeur non comparant, non cité à personne et affaire non susceptible d'appel. ; il y a jugement réputé contradictoire au seul motif qu'il est susceptible d'appel lorsque le non-comparant n'a pas été cité à personne.

Ces jugements, quand ils dessaisissent le juge (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 janv. 2005 : D. 2005, p. 244), doivent être notifiés dans les 6 mois de leur date, faute de quoi ils sont *non avenues*, c'est-à-dire *anéantis* (**article 478**). On ne veut pas que le bénéficiaire d'un jugement par défaut s'en serve trop longtemps comme *une menace* contre son adversaire. *Ici le temps qui passe les anéantira*.

En cas de pluralité de parties ayant reçu ou non une notification, on « saucissonne » : un jugement rendu par défaut ou réputé contradictoire au seul motif qu'il est susceptible d'appel, portant condamnation solidaire, notifié à l'un des coobligés est non avenue à l'égard de ceux, non comparants, auxquels il n'a pas été notifié dans les 6 mois (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 29 janv. 1997 : JCP 1997, II, 22 789). Autrement dit, la notification à celui qui a comparé ne sauve pas l'absence de notification dans les délais à ceux qui n'ont pas comparé, et inversement.

C'est le JEX qui est compétent, au cas où la partie ayant signifié tardivement chercherait néanmoins à faire exécuter le jugement, pour constater la caducité du jugement et ordonner l'arrêt des poursuites. En conséquence, l'appel d'un tel jugement devant la cour d'appel à l'effet de le faire déclarer non avenue est irrecevable (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 oct. 1995 : Gaz. Pal. 1996, 2, somm. p. 470) : il fallait assigner devant le JEX.

Si la partie défaillante interjette appel sur le fond, elle renonce tacitement à l'application de l'article 478 : l'appel de la partie défaillante en première instance emporte renonciation au bénéfice des dispositions protectrices de l'art. 478. En effet, si la partie défaillante a pris l'initiative de saisir la cour pour que la chose jugée soit remise en question, il est alors naturel

d'en déduire qu'elle a montré par là-même qu'elle a eu connaissance du jugement et que la protection de l'art. 478 n'a plus d'objet (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 juill. 2003 : D. 2003, p. 2 124).

## § 2 Pour les jugements contradictoires sur le fond

Ils doivent être notifiés dans les 2 ans de leur date, faute de quoi ils ne sont *plus susceptibles de recours*, c'est-à-dire qu'ils deviennent *définitifs* : l'appel, le pourvoi en cassation, le recours en révision deviennent alors impossibles (**article 528-1**), peu important que la signification fût entachée d'une irrégularité susceptible d'en affecter l'efficacité (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 juill. 2005 : D. 2005, I.R., p. 2 174). Ici le temps qui passe les consolidera.

La sanction de l'expiration du délai de 2 ans est la forclusion. Le moyen de défense par lequel on soulève la forclusion est une fin de non-recevoir (invocable en tout état de cause) et non pas la péremption d'instance (qui doit, elle, être invoquée avant toute exception ou fin de non-recevoir) : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 mai 1998 : Gaz. Pal. 1998, panor. cass., p. 2905.

## SECTION V LES EFFETS DE LA NOTIFICATION

On peut relever trois effets : *départ du délai de recours contre les deux parties* (1), *solidarité des parties perdantes* (2), *solidarité des parties gagnantes* (3).

### § 1 Point de départ du délai de recours contre les deux parties

Après la notification, le délai pour faire appel court à la fois :  
 - contre la partie à laquelle est signifié le jugement  
 - **et** contre la partie même qui signifie le jugement.

Le délai court contre les deux parties (**article 528**), l'ancien adage « **nul ne se forclot soi-même** » ayant été abandonné depuis 1935. Il faut donc bien réfléchir avant de faire notifier un jugement : aujourd'hui, en notifiant, on se forclot soi-même ...

### § 2 En cas de solidarité des parties perdantes

Lorsqu'il y a plusieurs parties à l'instance et que leur **condamnation** solidaire ou indivisible a été prononcée par le jugement, la notification faite à l'une d'elles ne fait courir le délai qu'à son égard. Il faut donc effectuer une notification à chacune des parties intéressées (art. 529 al. 1, sur la notification d'un jugement en présence de plusieurs perdants solidaires). Si le jugement n'est notifié qu'à ce seul perdant solidairement condamné, le délai d'appel ne courra qu'entre le gagnant et ce perdant. C'est la règle « *chacun pour soi* ».

### § 3 En cas de solidarité des parties gagnantes

En revanche, au cas où le jugement **profite**, de même manière solidaire ou indivisible, à plusieurs parties, la notification par l'une d'elles est suffisante et permet à chacune des autres de s'en prévaloir (art. 529 al. 2, sur la notification d'un jugement par un des gagnants

solidaires). C'est ainsi que la signification par un copartageant d'un jugement homologuant un partage -s'agissant d'une matière indivisible- a fait courir le délai d'appel à l'égard de toutes les parties. La solution en cas de solidarité des parties gagnantes s'explique par l'idée de la représentation mutuelle des codébiteurs solidaires. C'est l'application de la règle « *un pour tous* ». A noter que, selon la Cour de cassation, s'il existe une possibilité d'exécuter à la fois les décisions respectivement rendues au profit de plusieurs créanciers, il n'y a pas profit indivisible du jugement à ces créanciers (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 oct. 2006, pourvoi n° 05-14573).

## CHAPITRE 4 LES EFFETS DES JUGEMENTS

Après le jugement, le tribunal est *dessaisi* du dossier (Section I). La décision est revêtue de *l'autorité de la chose jugée* (Section II). Elle peut être mise à *exécution* (Section III).

### SECTION I LE DESSAISISSEMENT DU JUGE

Le jugement ADD *ne dessaisit pas* le juge : le juge aura encore à statuer sur le fond du litige.

Le jugement sur le fond *dessaisit* le juge de la contestation qu'il tranche (**article 481**). Selon un adage, « **la sentence rendue, le juge cesse d'être juge** ». Avec le jugement, l'instance est éteinte.

Le tribunal n'a plus que le pouvoir d'interpréter son jugement (pas de délai) ou de le rectifier pour *erreur matérielle* (pas de délai), pour *omission de statuer* (délai d'un an) ou pour *avoir statué ultra petita* (délai d'un an). L'omission de statuer ne s'applique qu'aux *demandes* sur lesquelles le juge a omis de statuer, et non pas aux *moyens de défense* tels que la prescription, qui est une fin de non-recevoir (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 21 oct. 2004 : JCP 2004, IV, n°3 308 ; D. 2004, inf. rap., p. 3 194).

La demande d'interprétation ou de rectification est présentée au tribunal par voie de requête, les parties sont convoquées à une audience qui se tient *en chambre du conseil*. Un jugement sera rendu, soumis aux voies de recours (**articles 461 à 464**).

Lorsque le jugement fait l'objet d'un appel, le pouvoir d'interpréter ou de rectifier passe à la cour d'appel dès l'acte d'appel, en raison de l'effet dévolutif de l'appel

### SECTION II L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE

#### Introduction.

Selon un adage, « **la chose jugée doit être tenue pour la vérité** ». Le jugement rend incontestable ce qui a été jugé. Si une nouvelle demande était présentée, elle se heurterait à une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée.

On a proposé d'expliquer cette autorité particulière par une *présomption de vérité* ou par l'existence d'un *contrat judiciaire* mais il s'agit plus simplement d'une règle de *bonne administration de la Justice* : il est souhaitable qu'on ne puisse discuter indéfiniment ce qui a été jugé.

On examinera *les caractères* (§ 1) et *le domaine* (§ 2) de l'autorité de la chose jugée.

### § 1 Les caractères de l'autorité de la chose jugée

Il y en a trois :

- A) L'autorité de la chose jugée existe dès le prononcé du jugement : elle permet, par exemple, de faire *une saisie conservatoire* ; elle est simplement *fragile, conditionnelle*, jusqu'à l'expiration du délai d'appel.
- B) L'autorité de la chose jugée présente un aspect positif : le gagnant peut s'en *prévaloir*, dès que le jugement est rendu. Ainsi, un jugement qui prononce la résolution d'une vente d'immeuble entre le propriétaire d'origine (n°1) et le premier acquéreur ((propriétaire n°2), est, sous réserve d'accomplissement des formalités de publicité foncière, opposable de plein droit à tous les acquéreurs ultérieurs du bien (propriétaires n°3, 4, 5 ...), quand bien même ils n'auraient pas été mis en cause.
- C) L'autorité de la chose jugée présente aussi un aspect négatif : elle rend *irrecevable* toute nouvelle demande identique à la précédente par ses trois éléments constitutifs : identité des *parties*, identité *d'objet* et identité *de cause* (**article 1351 C. civ.**). Sur les parties, l'objet et la cause, cf. la notion d'instance, supra, p. 74 et suiv.).

### § 2 Le domaine de l'autorité de la chose jugée

L'autorité de la chose jugée ne concerne que *le dispositif* des jugements *contentieux* sur *le fond*.

#### A) Jugements contentieux

Les jugements *gracieux* (par exemple, un jugement d'adoption) n'ont pas autorité de la chose jugée, car il n'y a pas de contestation à juger.

#### B) Jugements sur le fond

Les jugements *ADD* n'ont pas autorité de la chose jugée sur le principal. Mais ils existent par eux-mêmes, ils doivent être exécutés, ils ne peuvent être ignorés.

Les jugements *mixtes* ont autorité de la chose jugée par rapport à la contestation qu'ils tranchent (**article 480**).

Les jugements *sur le fond* ont bien entendu autorité de la chose jugée.

#### C) Dispositif



Il ne peut pas s'agir des *motifs* (1), ni d'une *clause de style*, non véritablement tranchée par le jugement (2).

### 1) L'absence d'autorité de la chose jugée des motifs

On sait que le jugement énonce la décision sous forme de dispositif (**article 455**). Aussi est-il *logique* d'en déduire que l'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'au seul dispositif (**article 480**).

*Cependant*, le jugement est une *œuvre intellectuelle* qui forme un tout, comprenant les motifs et le dispositif, qu'il est difficile de fractionner. Aussi existe-t-il une controverse, depuis plus de 45 ans, sur la question de savoir si certains motifs ne doivent pas être revêtus de l'autorité de la chose jugée :

- ainsi pour les motifs décisifs, ceux qui sont *inséparables du dispositif*, et qui en *constituent le soutien nécessaire*. Par exemple, dans les motifs du jugement il est indiqué que le défendeur a commis une faute intentionnelle et dans le dispositif il est indiqué seulement que le défendeur est responsable du dommage et qu'il doit être condamné à le réparer : la faute intentionnelle est un motif décisif, constituant le soutien nécessaire du dispositif.
- ainsi pour les motifs décisives, dans lesquels le juge a pris parti sur une question sans relation nécessaire avec le dispositif. Par exemple, à l'occasion d'un premier procès sur le caractère mitoyen ou non mitoyen d'un mur, le jugement, dans ses motifs, parle d'un arbre, proche du mur, comme étant la propriété de l'un des plaideurs. Ce motif, non repris dans le dispositif, fait-il obstacle à ce que l'autre partie intente une deuxième procès pour faire juger que c'est elle la véritable propriétaire de cet arbre ? Ce motif (décisive, dans lequel le juge a tranché la question de la propriété de l'arbre) est-il revêtu de l'autorité de la chose jugée ? Ce genre de question se pose très fréquemment.

Pendant longtemps, la Cour de cassation a été favorable à l'autorité des motifs décisifs, les chambres de la Cour de cassation étant divisées sur l'autorité des motifs décisives.

Mais depuis quelques années, toutes les chambres de la Cour de cassation refusent toute autorité aux motifs décisives et même aux motifs décisifs

Exemples récents :

- Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 fév. 2004 : JCP 2004, IV, n° 1 685 : « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif. Les motifs, fussent-ils le soutien nécessaire du dispositif, n'ayant pas l'autorité de la chose jugée, la cour d'appel a violé l'art. 1351 du code civil et les art. 480 et 482 CPC* ».
- Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 avril 2004 : JCP 2004, IV, n° 2 149 : « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement et a été tranché dans son dispositif. Le*

*jugement ayant seulement, dans son dispositif, posé une question préjudicielle et réservé les demandes des parties, ses motifs relatifs à la non-conformité de la loi de validation à la CEDH étaient dès lors dépourvus de l'autorité de la chose jugée ».*

Position confirmée par les arrêts de la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation des 13 juillet 2006 (JCP 2006, IV, n° 2 787) et 14 septembre 2006 (pourvoi n° 05-15370).

On constate donc que pour la Cour de cassation il ne faut pas prendre en considération les motifs *ni à propos de l'autorité de la chose jugée* (motifs décisives et motifs décisifs) *ni à propos de la qualification de jugement mixte* permettant un appel immédiat (motifs décisives).

## 2) L'absence d'autorité de la chose jugée des clauses de style non tranchées par le jugement

Il arrive souvent que le juge, saisi d'une longue liste de prétentions, après avoir statué sur les chefs de demande essentiels, estime utile de rejeter tous les autres par une décision globale, sans les spécifier un à un. Le juge, hanté par la crainte de ne pas répondre à tous les chefs de demande, trouve commode d'apaiser sa conscience juridique en évacuant d'un seul trait de plume tous ceux qui lui paraissent ne pas devoir être admis, par une formule du genre : « rejette toutes demandes plus amples ou contraires ». Quelle portée faut-il attribuer à une telle formule (par exemple, vaut-elle rejet d'une demande de condamnation aux intérêts légaux) ?

La Cour de cassation a nettement pris position (Ass. Plén. 2 nov. 1999 : JCP 1999, II, 10 213, concl. Av. gén. Weber ; RTDCiv. 2000, p. 160, obs. Perrot ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 20 oct. 2005 : JCP 2005, IV, n° 3 455) : il ne s'agit que d'une simple formule de style dépourvue de toute portée, sans autorité de la chose jugée. Autrement dit, la question, qui n'a pas été « tranchée », débattue, n'a pas été jugée par le tribunal : il appartient donc au plaideur intéressé (par exemple, celui qui veut faire reconnaître son droit aux intérêts légaux) de revenir devant le juge qui a statué initialement, pour l'inviter à compléter sa copie, en présentant une requête en omission de statuer, ou bien de saisir par les voies normales le juge du fond.

## SECTION III LA FORCE EXECUTOIRE

### Introduction.

Après le jugement, le plaideur qui a gagné dispose de *la grosse* (revêtue de la formule exécutoire). Mais ce n'est pas suffisant : *des formalités complémentaires* sont nécessaires pour que le jugement ait « force exécutoire », c'est-à-dire pour que le jugement puisse être mis à exécution contre la partie adverse. On étudiera *les conditions générales* pour qu'un jugement ait force exécutoire (§ 1), puis l'hypothèse particulière de *l'exécution provisoire* (§ 2).

### § 1 Les conditions générales pour qu'un jugement ait force exécutoire

Il convient de distinguer soigneusement *l'autorité de la chose jugée* (A), *la force de chose jugée* (B) et *la force exécutoire* d'un jugement (C).

### A) L'autorité de la chose jugée

On a vu que l'autorité de la chose jugée existe **dès le prononcé du jugement**, que cette autorité est fragilisée si le jugement est frappé d'une voie de recours, mais qu'elle subsiste quand même (ainsi, elle permet de pratiquer une saisie conservatoire sans autorisation judiciaire).

### B) La force de chose jugée

Pour que le jugement ait force de chose jugée, il faut **qu'il ne soit plus susceptible de voies de recours suspensives**, ce qui suppose en général qu'il ait été signifié et qu'il n'y ait pas eu d'appel ou d'opposition dans le délai légal, ou encore qu'il y ait eu acquiescement au jugement. Ainsi un jugement signifié qui n'est plus susceptible d'appel a force de chose jugée.

Les jugements en premier et dernier ressort et les arrêts d'appel ont force de chose jugée dès qu'ils sont rendus (le pourvoi en cassation n'étant pas suspensif en règle générale).

L'arrêt de la Cour de cassation rendu le 16 décembre 2005 en chambre mixte (JCP 2005, II, 10 093, note Karim Sahli) a précisé que le jugement ayant force de chose jugée ne produit toutefois effet à l'égard des parties qu'à la date de sa notification, solution confirmée (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 sept. 2006 : RTDciv. 2006, p. 824, obs ; Perrot).

L'appel, l'opposition (rarement le pourvoi en cassation) ont un effet suspensif, non seulement quand le recours a été exercé mais aussi pendant toute la durée du délai. Le recours et le délai du recours sont suspensifs. Aucun acte d'exécution ne peut alors avoir lieu.

### C) La force exécutoire

En principe, un jugement est exécutoire **lorsqu'il passe en force de chose jugée (article 501)**.

A noter que, même exécutoire, un jugement ou un arrêt doit, malgré tout, toujours avoir été notifié à la partie adverse pour produire des effets contre elle : aucun acte d'exécution ne peut être accompli si la décision n'a pas été dûment notifiée (arrêt du 16 décembre 2005 en chambre mixte (JCP 2005, II, 10 093, note Karim Sahli ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 sept. 2006 : RTDciv. 2006, p. 824, obs. Perrot, précités).

**Mais** le moment où le jugement peut être mis à exécution peut être **avancé** (en ce sens que le jugement deviendra exécutoire *avant* d'avoir force de chose jugée) si le jugement est assorti de l'exécution provisoire et ce moment peut être **retardé** (en ce sens que le jugement ne deviendra exécutoire qu'*après* avoir eu force de chose jugée) si le jugement octroie un délai de grâce.

Le délai de grâce, par définition, s'oppose en effet à l'exécution. Il peut avoir été octroyé par le *tribunal* dans le jugement ou par le *juge des référés* ou encore par le *juge de l'exécution*. Le délai de grâce (par exemple, pas d'expulsion avant trois mois) court à compter de la *décision* si elle est contradictoire ou, sinon, à compter du jour de la *notification*

## § 2 L'hypothèse particulière de l'exécution provisoire

Le Code prévoit que dans certains cas un jugement peut être exécuté *malgré l'effet suspensif* des voies de recours, mais simplement à titre « provisoire » (on dit encore « par provision »).

L'exécution provisoire a un double but : déjouer les manœuvres dilatoires du débiteur, et allouer rapidement au créancier ce qui lui est dû. Elle est régie par les **articles 514 à 526**.

On étudiera *les conditions* (A) et *les effets* (B) de l'exécution provisoire.

### A) Les conditions de l'exécution provisoire

L'exécution provisoire peut résulter de *la loi* (1) ou être ordonnée *par le juge* (2). Elle a pour point de départ la notification du jugement (3).

#### 1) L'exécution provisoire de droit

**Elle est attachée (automatiquement)** aux ordonnances de référé, aux jugements du JEX, aux ordonnances du juge de la mise en état accordant une provision, aux décisions du tribunal ou du juge de la mise en état ordonnant des mesures provisoires, à certaines décisions du Juge aux Affaires Familiales (jouissance du domicile conjugal, garde des enfants, pensions ... ), du Conseil de Prud'Hommes (remise du bulletin de paye, de l'attestation ASSEDIC, partie du préavis etc. ) ... (**article 514**).

**La jurisprudence en fait bénéficier** les jugements ADD ordonnant une provision (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 janv. 2000 : JCP 2000, II, 10 431). la condamnation au titre de l'article 700 CPC attachée à une décision exécutoire de droit (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 juin 1998 : RTDCiv. 1998, p. 746, obs. Perrot), ainsi que les condamnations aux dépens attachées aux ordonnances de référé. Il faut y assimiler les condamnations aux dépens attachées aux jugements assortis de l'exécution provisoire de droit, depuis la réforme du 28 décembre 2005 admettant que l'exécution provisoire soit ordonnée en matière de dépens.

#### 2) L'exécution provisoire ordonnée

Dans les autres cas, il ne peut y avoir exécution provisoire que si elle a été ordonnée par le juge. Le juge a un *très large pouvoir d'appréciation* pour l'ordonner, même d'office : il suffit qu'elle soit *nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire* (ce qui ne serait, bien entendu, pas le cas pour un jugement de divorce). L'exécution provisoire peut être ordonnée pour les dépens des jugements sur le fond (depuis le décret du 28 décembre 2005) et en matière d'article 700 (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 31 mai 2001 : RTDCiv. 2001, p. 663, obs. Perrot). Le juge peut *subordonner* l'exécution provisoire à la constitution par le gagnant d'une garantie (caution bancaire, hypothèque) pour le cas où la Cour d'appel statuerait de façon différente.

#### 3) Le point de départ de l'exécution provisoire

Selon la jurisprudence, c'est la notification du jugement qui marque le point de départ de l'exécution provisoire (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 avril 2002 : RTDCiv. 2002, p. 562, obs. Perrot).

#### B) Les effets de l'exécution provisoire

L'exécution provisoire permet à son bénéficiaire de faire exécuter le jugement s'il le souhaite. Si c'est le cas, le perdant devra exécuter le jugement, même s'il fait appel (réserve faite de la possibilité d'une demande d'arrêt ou d'aménagement de l'exécution provisoire).

Par la suite, si le jugement est confirmé par la Cour d'appel, l'exécution provisoire devient définitive.

Si au contraire le jugement est infirmé, le gagnant en première instance devra restituer les sommes qu'il avait reçues. L'intérêt légal sur les sommes à restituer ne courra qu'à compter de la notification de l'arrêt d'appel réformant le jugement, l'ex-gagnant détenant jusque-là les fonds en vertu d'un titre légal.

En outre, l'exécution provisoire se fait « **toujours aux risques et au péril de celui qui y procède** », ce qui permet à celui dont les biens ont été saisis et vendus aux enchères de demander des dommages-intérêts à son adversaire moins heureux devant la Cour d'appel. Un arrêt, très critiqué, de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 24 février 2006 (JCP 2006, II, 10 063, note Hervé Croze) a jugé, à tort, que la mise en œuvre de l'exécution provisoire pouvait résulter de la simple notification d'une décision exécutoire de droit (en l'espèce, une signification d'ordonnance de référé à la suite de laquelle la partie adverse condamnée avait spontanément exécuté la décision, sans avoir reçu de mise en demeure ou de Commandement de Payer).

Une étude plus détaillée sera faite infra, avec l'arrêt de l'exécution provisoire par le Premier Président, en cas d'appel.



### TITRE III LES VOIES DE RECOURS

#### **Introduction**

Les voies de recours ont pour objet de *remettre en cause* une décision de justice, soit pour des questions de fond (il s'agit de *réformer*) soit pour des questions de forme (il s'agit d'*annuler*).

Il y a 5 voies de recours : les voies de recours ordinaires, qui sont *suspensives* d'exécution (appel et opposition) et les voies de recours extraordinaires, qui ne sont *pas suspensives* d'exécution (tierce-opposition, recours en révision, pourvoi en cassation).

Le contredit est considéré comme une variété d'appel.

## CHAPITRE 1    L'APPEL

### Introduction

Le jugement rendu par le tribunal tranche la question litigieuse et met fin à l'instance en cours. Le juge de première instance est dessaisi, il ne peut plus statuer à nouveau - sauf pour interpréter, rectifier ou compléter son jugement.

Mais le jugement peut ne pas satisfaire une des parties. Il est normal que cette partie ait le droit de critiquer le jugement et d'obtenir que la question litigieuse soit de nouveau tranchée, par une juridiction supérieure, à l'occasion d'une nouvelle instance. Le ***principe du double degré de juridiction***, même s'il n'est pas un droit consacré par la Conv. EDH en matière civile, est une garantie de bonne justice à laquelle tous les citoyens français sont très attachés.

Le principe du double degré de juridiction se caractérise par le droit de faire appel. L'appel ouvre une nouvelle instance, l'instance d'appel. Il tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré (**article 542**). L'appelant demande à la cour d'infirmier le jugement, soit en le réformant (jugement mal fondé), soit en l'annulant (irrégularité de la procédure de première instance).

Les statistiques révèlent qu'en matière civile la proportion des jugements frappés d'appel a été en l'an 2000 de 4,9% pour les jugements de Tribunaux d'Instance, de 13,8% pour les jugements des Tribunaux de Commerce, de 15,7% pour les jugements des Tribunaux de Grande Instance et de 57% pour les jugements de Conseils de prud'Hommes. Le taux de réformation totale ou partielle des jugements en appel est, pour Paris, pour les mois de mai et juin 2002, de 58%. On l'évalue en général à 60%, ce qui en démontre toute l'importance.

L'appel est réglementé par les **articles 542 à 570** pour *les conditions et les effets*, et par les **articles 899 à 970** pour *la procédure* devant la cour. Mais il faut tenir compte également des **articles 538 à 541** qui contiennent des règles concernant l'appel et l'opposition.

On examinera successivement *les conditions de l'appel* (Section I), *les effets de l'appel* (Section II) et *la procédure d'appel* (Section III).

### SECTION I - LES CONDITIONS DE L'APPEL

Pour que l'appel soit recevable, il faut avoir *intérêt* (§ 1), avoir *qualité* (§ 2), que le jugement soit *susceptible d'appel* (§ 3) et agir dans un certain *délai* (§ 4).

### § 1 - L'intérêt

Selon l'**article 546**, « *le droit d'appel appartient à toute personne qui y a intérêt, si elle n'y a pas renoncé* ».

Il faut *avoir succombé* (A) et *ne pas avoir renoncé* (B).

#### A - Il faut avoir succombé

Celui qui fait appel doit avoir succombé en première instance, ne serait-ce que partiellement (1). L'intérêt s'apprécie au jour de l'appel (2).

#### 1 - Ne pas avoir obtenu satisfaction complète en première instance

Cette exigence entraîne 4 conséquences :

a) Celui qui a obtenu satisfaction devant le premier juge conformément à ses conclusions est irrecevable à faire appel, c'est-à-dire à critiquer le jugement : ainsi, celui qui a gagné devant le tribunal ne peut pas faire appel pour présenter une demande nouvelle devant la cour.

Exemple : le divorce de René et de Jeannine a été prononcé le 30 juin 1998, à la requête de l'épouse, aux torts exclusifs du mari. Le jugement a constaté, dans ses motifs, que la femme n'avait pas demandé de prestation compensatoire et ne lui en a donc pas attribué.

Jeannine se ravisant a interjeté un appel de ce jugement limité à la question de la prestation compensatoire puis un appel général en faisant valoir que le tribunal n'avait retenu à l'encontre de son mari que le grief d'adultère et non le grief de violence qu'elle avait aussi allégué.

La cour d'appel, par un arrêt du 15 juin 2000, a déclaré l'appel irrecevable au motif que seul le dispositif du jugement de première instance est de nature à faire grief à l'appelant et que, dès lors, la décision qui a accueilli en totalité la demande en divorce aux torts exclusifs du mari formulée par la femme ne pouvait être critiquée par elle par la voie de l'appel.

La 1<sup>ère</sup> chambre de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en énonçant qu'il résulte de l'article 546 CPC que le droit d'appel n'appartient à une partie que si elle a intérêt et que l'irrecevabilité de l'appel rend irrecevable une demande nouvelle même si celle-ci aurait pu être présentée pour la première fois en cause d'appel. Elle a constaté que la cour d'appel ayant constaté que les premiers juges avaient alloué le bénéfice intégral de ses conclusions à Jeannine, dont l'appel n'avait pour finalité que de présenter une demande de prestation compensatoire non formée en première instance, en avaient exactement déduit qu'elle était, en application de l'article 546,



privée du droit d'appel (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 mai 2004 : JCP 2004, IV, n° 2 452 ; Gaz. Pal. 19-20 janv. 2005, somm. p. 18, note Jacques Massip).

b) Celui qui n'a pas obtenu satisfaction en première instance est recevable à faire appel.

c) Celui qui n'a pas obtenu satisfaction complète en première instance est également recevable à faire appel.

- Il peut bien entendu *limiter son appel* au chef du jugement sur lequel il n'a pas obtenu satisfaction (par exemple, les dommages-intérêts, les dépens, l'article 700).

- Mais la jurisprudence l'autorise même à faire *un appel général*. Cette solution peut surprendre mais, du fait de l'effet dévolutif de l'appel, un appel général remet en cause la totalité du jugement : la dévolution s'opère pour le tout, la cour aura à statuer sur l'entier litige. Autrement dit, dès lors que les prétentions d'un plaideur ne sont pas accueillies en première instance, ce plaideur a intérêt à interjeter un appel dont l'effet dévolutif confère à la cour d'appel la connaissance de l'entier litige (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 sept. 2007 : D. 2007, p. 2 542).

L'appelant pourra alors ensuite dans ses conclusions ne critiquer que certains chefs du jugement (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 juin 2007 : JCP 2007, IV, n° 2 470) : en ce cas, la cour devra statuer (puisqu'elle aura été saisie du tout par l'effet dévolutif de l'appel) en confirmant les chefs du jugement non critiqués par les conclusions d'appel et en réformant ou confirmant les chefs du jugement critiqués par les conclusions de l'appelant.

d) Le fait de s'en rapporter à justice en première instance ne rend pas l'appel irrecevable : la jurisprudence a jugé, à de nombreuses reprises, que l'appel était recevable en un tel cas (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 oct. 1997 : D. 1997, Inf. rap., p. 245).

## 2 - Appréciation au jour de l'appel

L'existence de l'intérêt à interjeter appel s'apprécie au jour de l'appel, sa recevabilité ne pouvant dépendre de circonstances postérieures qui l'auraient rendu sans objet (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 juill. 2006 : JCP 2006, IV, n° 2 776). C'est une règle générale que, en Procédure Civile, *l'intérêt à agir* s'apprécie toujours au jour de la demande, tandis que *le bien-fondé* de la demande s'apprécie au jour où le juge statue.

*Par exemple*, une ordonnance de référé avait autorisé un OPHLM à pénétrer dans le logement de Mme DA SILVA, sa locataire, pour faire procéder, après inventaire, à des travaux ; Mme DA SILVA avait interjeté appel de cette décision. La cour d'appel, pour déclarer l'appel irrecevable, avait énoncé que l'ordonnance de référé n'avait pas été exécutée en raison du départ des lieux de Mme DA SILVA, qui ne justifiait pas d'un intérêt à faire appel. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel en relevant que Mme DA SILVA avait donné congé et quitté les lieux *après* avoir fait appel : son appel était donc recevable (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 mai 1998 : JCP 1998, II, 10.209, note du Rusquec).

## **B - Il faut ne pas avoir renoncé à l'appel**

Il convient de distinguer *la renonciation conventionnelle* (1), *la renonciation unilatérale et l'acquiescement au jugement* (2) et *le désistement de l'appel* (3).

### **1 - La renonciation conventionnelle à l'appel**

Les parties peuvent convenir de renoncer à l'appel, mais seulement après la naissance du litige et pour des droits dont elle ont la libre disposition. L'accord des parties doit être exprès (**article 41, al. 2**).

### **2 - La renonciation unilatérale à l'appel. L'acquiescement.**

a) Une partie peut décider -unilatéralement- de renoncer à l'appel, mais seulement après la naissance du litige (**article 557**) et pour des droits dont elle a la libre disposition (**article 556**).

La renonciation d'une partie devient sans effet si une autre partie interjette régulièrement appel postérieurement à cette renonciation (**article 558, al. 2**), afin que celui qui avait unilatéralement renoncé puisse se défendre.

b) L'acquiescement au jugement emporte renonciation à l'appel.

Toutefois, ici encore, la partie qui a acquiescé au jugement sera recevable en son appel si, postérieurement à son acquiescement, une autre partie dont les intérêts sont opposés à ceux de celle qui a acquiescé, a interjeté régulièrement appel (**article 409, al. 1<sup>er</sup>**). Autrement dit, l'appel incident est recevable malgré l'acquiescement.

c) L'acquiescement peut être exprès ou tacite.

L'acquiescement tacite résulte de l'exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire (**article 410**). Il convient donc d'être extrêmement prudent en présence d'un jugement qui n'est pas assorti de l'exécution provisoire : l'exécution sans réserve de ce jugement peut valoir acquiescement au jugement et donc renonciation à l'appel, tel que le fait de régler -sans réserve- le montant de la condamnation prononcée par le jugement. L'acquiescement a même été étendu à la tentative d'exécuter un jugement non exécutoire (Paris 17 mars 2005 : Bull. Av. Paris, 2<sup>ème</sup> sem. 2005, n°172, p. 30).

A cet égard, la jurisprudence a eu l'occasion de poser les règles suivantes :

- Bien entendu, il n'y a pas acquiescement si le jugement est assorti de l'exécution provisoire : ainsi, celui qui, après signification de l'ordonnance de référé qui le condamne à payer une provision de 20.000 €, règle la condamnation de 20.000 €, même sans faire de réserve, est recevable à interjeter appel (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 nov.

1999 : JCP 2000, IV, n° 1008). De même, le locataire expulsé par ordonnance de référé, qui quitte les lieux avant l'expiration du délai légal de deux mois après le Commandement de déguerpir, n'acquiesce pas à l'ordonnance de référé qui est assortie de l'exécution provisoire de droit : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 fév. 2004 : JCP 2004, IV, n° 1681).

- Par compassion pour les plaideurs qui se faisaient régulièrement « piéger », la Cour de cassation a fini par juger que la participation sans réserve à une mesure d'instruction ordonnée par un jugement mixte non assorti de l'exécution provisoire ne vaut pas acquiescement au jugement sur le principal et ne prive pas le plaideur d'interjeter appel (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 7 mai 2002 : JCP 2002, IV, n° 2046 ; D. 2002, Inf. rap., p. 1729 ; RTDCiv. 2002, p. 563, obs. Perrot) reprenant la solution rendue par la Cour de cassation dans un arrêt de revirement du 22 mai 1995).

- Il en est de même pour le règlement de la provision à consigner pour l'expert (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 20 juin 1996 : Gaz. Pal. 1997, 1, panor. p. 17 ; ***toutefois contra*** : CA Paris, 6<sup>ème</sup> ch., 1<sup>er</sup> fév. 2000 : AJDI 2000, p. 351 : « en consignait sans réserve les frais de l'expertise ordonnée par un jugement non assorti de l'exécution provisoire, la partie a donc bien acquiescé à la décision du tribunal et son appel est en conséquence irrecevable ».

La prudence commande malgré tout, chaque fois qu'on exécute tout ou partie d'un jugement qu'on pense frapper d'appel, de préciser que le règlement est fait sous réserve de ses droits d'appel.

### 3 - Le désistement de l'appel

Le désistement de l'appel est valable (article 400), sauf quelques exceptions en matière d'incapacité.

Mais il doit être accepté par la partie adverse si elle avait préalablement interjeté un appel incident ou formé une demande incidente (article 401). En une telle hypothèse, si l'intimé n'accepte pas le désistement, c'est le CME ou la Cour d'appel qui tranchera en disant si son refus est ou non justifié par un motif légitime.

Les conclusions par lesquelles l'intimé a conclu à l'application de l'article 700 ne constituent pas une « demande incidente » (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 déc. 1996 : RTDCiv. 1987, 153, obs. Perrot) et n'imposent pas à elles seules de recueillir l'accord de l'intimé. Simplement, à la suite d'un désistement valable, si l'intimé demande une indemnité au titre de l'article 700, la cour d'appel, dans sa décision qui prononcera l'extinction de l'instance, statuera sur l'application de l'article 700 (CA Paris 19<sup>o</sup> ch. B, ord. CME, 16 mars 2006 : Bull. av. Paris 2006, p. 12).

Le désistement de l'appel est non avenu si, postérieurement, une autre partie interjetée elle-même régulièrement appel (**article 403**).

### § 2 - La qualité

*Les parties* en première instance peuvent faire appel (A). *Les tiers* peuvent jouer un certain rôle (B).

### A - Les parties en première instance

On distingue *l'appel principal* (1), *l'appel incident* (2) et *l'appel provoqué* (3) qui sont liés à l'appel principal (4), sans oublier *l'appel abusif* (5).

#### 1°) - L'appel principal

Il est formé par l'appelant contre l'intimé. *Qui* peut l'exercer ? (a) *Contre qui* ? (b) *Comment* ? (c).

##### a) Qui peut l'exercer ?

D'abord, il faut bien comprendre que l'on fait appel dès que l'on critique le jugement : critiquer (devant la cour) le jugement, c'est faire appel (quand bien même on n'emploierait pas les mots : je fais appel du jugement).

Toute partie en première instance qui a intérêt peut interjeter appel. Un intervenant principal en première instance, devenu donc partie, peut faire appel. Quelques textes réservent cependant le droit de faire appel à certaines personnes : ainsi, en matière de procédures collectives. Par ailleurs, si un jugement de première instance prive avec exécution provisoire un plaideur du droit d'agir, ce plaideur conserve quand même le pouvoir de faire appel (Cass. Com., 13 fév. 2007 : D. 2007, p. 735).

Lorsque plusieurs parties étaient présentes en première instance, l'appel ne profite qu'à celle qui l'exerce.

Mais en cas de *solidarité* entre plusieurs parties, l'appel de l'une conserve le droit d'appel des autres qui devront se joindre à l'instance (la jonction n'est pas nécessaire en cas *d'indivisibilité* : **article 552, al. 1**). Et la cour d'appel peut toujours ordonner la mise en cause de tous les intéressés (**article 552, dernier alinéa**).

##### b) Contre qui ?

L'appel principal peut être fait contre toute personne ayant été partie en première instance, y compris contre une partie qui en première instance se trouvait du même côté de la barre.

En matière gracieuse, l'appel est recevable nonobstant l'absence d'autres parties (**article 547, al. 2**), ce qui est le cas pour l'appel des ordonnances sur requête.

En cas d'appel contre des parties tenues solidairement ou indivisiblement, l'appel dirigé contre l'une d'elles réserve à l'appelant le droit de faire appel contre les autres même si le délai d'appel est expiré. En cas d'indivisibilité, l'**article 553** dispose que l'appel dirigé contre l'une des parties n'est recevable que si toutes ont été appelées à l'instance, la cour d'appel pouvant ordonner d'office la mise en cause de tous les cointéressés (**article 552, al. 3**).

En matière de garantie, l'appel interjeté dans les délais par le garant conserve le droit du garanti et inversement.

c) Comment ?

Ce point sera examiné plus loin : une déclaration d'appel, par un avoué, est nécessaire.

**2°) - L'appel incident**

Qui peut l'exercer ? (a) *Contre qui ?* (b) *Comment ?* (c)

a) Qui peut l'exercer ?

L'appel incident est celui qui émane de l'intimé : l'intimé peut répondre à l'appel principal en interjetant à son tour un appel, nommé appel incident. Si l'appelant avait limité son appel à certains chefs du jugement, l'intimé peut interjeter appel incident sur les autres chefs.

Les conditions d'exercice de l'appel incident sont les mêmes que pour l'appel principal : avoir intérêt et ne pas avoir acquiescé au jugement.

b) Contre qui peut-on exercer un appel incident ?

L'appel incident peut bien entendu être dirigé contre l'appelant principal.

*Par exemple*, l'appel principal (du défendeur en première instance) porte sur le principe même de sa responsabilité : l'appel incident (du demandeur en première instance) peut porter sur le montant de la (trop faible) condamnation à dommages-intérêts.

Il peut aussi être dirigé contre les autres intimés (article 548), **mais la jurisprudence limite l'appel incident d'intimé à intimé au cas où ils avaient conclu l'un contre l'autre en première instance** (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 oct. 1977 : RTDCiv. 1978, 935, obs. Perrot) : autrement dit, l'appel incident d'intimé à intimé n'est recevable que si ces intimés avaient conclu l'un contre l'autre en première instance (car autrement il y aurait une demande nouvelle en cause d'appel, prohibée par le CPC).

Cette situation, à laquelle il faut faire attention, se rencontre assez souvent lorsqu'il y a eu des appels en garantie en première instance et que tel ou tel plaideur qui deviendra ensuite intimé devant la cour aura négligé de demander en première instance la condamnation ou la garantie des mis en cause.

c) comment ?

L'**article 581** prévoit que l'appel incident est formé de la même manière que le sont les demandes incidentes, c'est-à-dire par conclusions d'avoué à avoué (ou par assignation s'agissant de l'appel incident formé à l'égard de parties défaillantes).

Selon une décision de la Cour de cassation, le défaut d'exercice d'un appel incident épuise le droit d'appel : ainsi, si un jugement est frappé d'appel par l'appelant sans avoir été signifié à la partie adverse, et que cette partie adverse (l'intimé) constitue avoué et conclut devant la cour sans faire d'appel incident, cette même partie adverse ne pourrait plus ensuite (dans les 2 ans : art. 528-1) faire un appel principal ordinaire contre le jugement au motif que l'appel serait resté ouvert en l'absence d'une notification du jugement ayant fait courir le délai d'appel : selon la jurisprudence, cette partie n'avait qu'à faire appel incident devant la cour : ne l'ayant pas fait, elle est irrecevable à tenter ensuite de faire un appel principal (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 mai 2003 : RTD civ. 2003, p. 549, obs. Perrot). La solution étonne un peu mais correspond au « *principe de concentration* » de tous ses moyens dans le procès dès la première fois.

**3°) - L'appel provoqué**

a) Au départ, l'appel provoqué est celui qui émane d'une partie en première instance qui n'a pas été intimée devant la cour (contre laquelle personne n'a fait appel). Cette partie, non intimée, apprenant qu'une autre partie a fait appel, peut avoir intérêt à faire appel à son tour. L'appel provoqué suppose donc qu'il y a eu au moins trois parties en première instance.

Par exemple, on suppose un procès ayant opposé en première instance le demandeur (la victime, réclamant 50 000 € de dommages-intérêts), le défendeur (l'auteur de l'accident, qui soutient ne pas avoir commis de faute) et la Cie d'assurance (qui soutient que le contrat d'assurance ne peut pas jouer dans ce cas). On suppose que le jugement déclare le défendeur responsable, déclare que le contrat d'assurance doit jouer et condamne le défendeur à payer 3 000 € de dommages-intérêts au demandeur. Le demandeur, déçu par la maigre indemnité, va faire appel contre le défendeur (l'auteur de l'accident) ; il ne va pas faire appel contre la Cie d'assurance, parce que le jugement ayant déclaré que l'assurance doit jouer lui convient sur ce point. Mais la Cie d'assurance peut alors redouter que la cour d'appel n'augmente sensiblement le montant des dommages-intérêts : aussi peut-elle avoir intérêt à faire à son tour appel contre le jugement, pour demander à la cour de réformer le jugement en jugeant que le contrat d'assurance ne doit pas jouer : l'appel de la Cie d'assurance est « provoqué » par un autre appel, par l'appel interjeté par le demandeur de première instance qui estime le montant de la condamnation insuffisant.

b) Mais le CPC a considérablement élargi le champ de l'appel provoqué, en l'ouvrant également à l'appelant principal lorsque celui-ci ayant limité son appel à certains chefs de jugement se retrouve intimé dans le cadre d'un appel incident : afin de pouvoir étendre l'objet de son appel, il peut alors en effet avoir intérêt à former un appel provoqué, la limitation initiale du recours principal n'y faisant pas obstacle.

c) L'appel provoqué peut également être fait par l'appelant incident, lorsque celui-ci décide d'attirer devant la cour des parties à l'instance devant les premiers juges n'ayant pas encore été intimées.

L'appel provoqué est formé par voie de conclusions d'avoué à avoué lorsqu'il vise des personnes déjà parties à l'instance d'appel et ayant constitué avoué ; autrement, il doit être formalisé par voie d'assignation.

#### 4°) Le lien de l'appel incident ou provoqué avec l'appel principal

Ce lien se manifeste à deux égards : l'appel incident ou provoqué *suppose-t-il un appel principal recevable ?* (a) et *disparaît-il à son tour si l'appel principal disparaît ?* (b).

##### a) Recevabilité de l'appel incident (ou provoqué) et validité de l'appel principal

L'efficacité de l'appel incident ou provoqué est-elle liée à la validité de l'appel principal ?

Il résulte de **l'article 550 al. 1<sup>er</sup> in fine** qu'il faut distinguer deux cas :

- si l'appel incident ou provoqué est **POSTERIEUR A L'EXPIRATION DU DELAI pour former un appel principal**, sa recevabilité est liée à celle de l'appel principal

- si l'appel incident ou provoqué a été intenté **DANS LE DELAI de l'appel principal**, il doit être considéré comme un appel principal se suffisant à lui-même.

##### b) Recevabilité de l'appel incident (ou provoqué) et désistement de l'appel principal

Lorsque l'appel incident ou provoqué a été formé **avant le désistement de l'appel principal**, le désistement de l'appel principal est sans effet sur l'appel incident ou provoqué (art. 401). L'appel incident reste valable.

En revanche, lorsque l'appel incident ou provoqué a été formé **après le désistement de l'appel principal**, c'est trop tard. L'appel incident ou provoqué n'est plus possible.

Lorsque l'appel incident ou provoqué a été formé **le même jour que le désistement de l'appel principal**, la jurisprudence considère que le désistement est parfait et que l'appel incident est irrecevable (Paris 2 déc. 2004 : Bull. Av. Paris, 2<sup>ème</sup> sem. 2005, n°172, p. 11).

Un piège peut se présenter dans la situation suivante (relativement fréquente) : un jugement est rendu, plus favorable à une des parties qu'à l'autre. Une des parties va signifier. Puis la partie qui a plutôt gagné va s'empresse de faire appel, ce qui va endormir l'autre partie qui, confiante, va se dire qu'elle aura tout le temps de faire un appel incident au cours de l'instruction devant la cour d'appel. Mais, malicieusement, la partie appelante va attendre

l'expiration du délai de l'appel principal (par exemple, un mois après la signification du jugement) puis, juste après, se désister de son appel. Résultat : l'intimé, berné, ne pourra plus valablement faire appel incident, puisque son appel incident serait postérieur au désistement de l'appelant ; mais, plus grave, cet intimé ne pourra pas non plus faire un appel principal puisque le délai légal d'appel sera expiré ... Le piège aura consisté à l'endormir en faisant, le premier, un appel, à lui faire croire qu'il avait tout le temps pour déposer des conclusions d'appel incident. D'où l'intérêt pour l'intimé de toujours déposer des conclusions d'appel incident dans le délai de l'appel principal !

### 5°) L'abus du droit d'appel

Divers textes prévoient la possibilité de condamner à des dommages-intérêts et à une amende civile l'auteur d'un appel abusif, principal, incident ou provoqué (par ex., article 559).

## B - Les tiers

Le principe du double degré de juridiction s'oppose à priori à ce que des tiers figurent dans le procès d'appel. Mais il existe des situations dans lesquelles les tiers peuvent *agir* (1) ou *intervenir* en appel (2).

### 1 - L'appel des tiers en matière gracieuse

En matière gracieuse, les tiers auxquels le jugement a été notifié peuvent faire appel (**article 546, al. 2**).

Ceux auxquels le jugement n'a pas été notifié ne peuvent faire qu'une tierce-opposition.

### 2 - L'intervention des tiers en cause d'appel

Il y a lieu de distinguer *l'intervention volontaire* (a) et *l'intervention forcée* (b).

#### a) L'intervention volontaire

L'intervention volontaire est possible en cause d'appel, ce qui après tout est normal puisque l'intervenant accepte de renoncer au double degré de juridiction.

Elle peut être l'œuvre d'une personne qui n'était ni partie ni représentée en première instance. Elle peut aussi être l'œuvre d'une personne qui était partie en première instance mais qui intervient en appel en une autre qualité.

*Il est fréquent* que l'intervention volontaire soit utilisée quand un jugement a déclaré le demandeur irrecevable en sa demande pour défaut de qualité, au motif que le droit d'agir appartient à une autre personne (par exemple, la société LA JOIE France est déclarée irrecevable en sa demande parce que le tribunal estime dans son jugement que c'était la société



LA JOIE Bretagne (sa filiale) qui était concernée, ayant seule signé le contrat avec le défendeur). En un tel cas, le demandeur déclaré irrecevable en sa demande par le tribunal fait souvent appel et en même temps, par prudence, fait intervenir le bon plaideur (en l'espèce, la filiale LA JOIE Bretagne) qui déposera des conclusions devant la cour reprenant la demande à son compte. L'intervention volontaire en cause d'appel *permet souvent de régulariser en appel une procédure qui était boiteuse devant le tribunal.*

L'**article 554** se borne à exiger chez l'intervenant volontaire un intérêt.

La Cour de cassation en déduit que, à la différence de l'intervention *forcée* d'un tiers en cause d'appel, l'intervention volontaire en cause d'appel n'est pas subordonnée à l'évolution du litige : un fait nouveau depuis le jugement n'est donc pas nécessaire (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 15 janv. 2004 : RTDCiv. 2004, p. 350, obs. Perrot ; D. 2004, inf. Rap., p. 539).

Mais une partie de la jurisprudence exige que le litige soumis à la cour d'appel par l'intervenant ne doit pas être nouveau, ce qui donne lieu à des appréciations diverses.

*Par exemple*, la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation a jugé irrecevable l'intervention volontaire en cause d'appel du dirigeant d'une société pour réparation de son propre préjudice moral, alors que sa société était partie en première instance et en appel pour demander réparation du préjudice subi par elle-même : la Cour de cassation a considéré qu'il s'agissait d'*un litige nouveau* (la réparation du préjudice moral du dirigeant) qui n'avait pas été soumis au premier juge (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 29 avril 1997 : Gaz. Pal. 1997, 2, panor. p. 314 ; dans le même sens, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 17 oct. 2002 : Gaz. Pal. 2003, 1, somm. p. 1261). La 3<sup>ème</sup> chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation ont une position plus souple, se contentant que la demande en intervention volontaire devant la cour d'appel présente simplement *un lien de connexité* avec la demande principale.

L'intervention volontaire se fait par voie de conclusions d'avoué à avoué.

#### b) **L'intervention forcée**

L'intervention forcée est possible en cause d'appel depuis le décret du 28 août 1972. La chose n'allait pas de soi car un tiers (c'est-à-dire une personne qui n'avait pas été partie en première instance ou qui y avait figuré en une autre qualité) peut ainsi être condamné en appel sans avoir bénéficié du premier degré de juridiction.

Toutefois l'**article 555** exige que la mise en cause du tiers soit justifiée par « **l'évolution du litige** ». La jurisprudence considère qu'il y a évolution du litige en cas de « fait nouveau », révélé par le jugement ou survenu depuis le jugement, modifiant les données juridiques du litige.

*Ainsi, **ont été considérés comme « fait nouveau »** justifiant la mise en cause d'un tiers en appel :*

- des circonstances nouvelles révélées par une expertise en appel (Cass. Com. 1<sup>er</sup> avril 1997 : Gaz. Pal. 1997, 2, panor. p. 296), ou par une découverte après le jugement (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 juin 2004 : JCP 2004, IV, n° 2 546) ou révélées par de nouvelles pièces qui avaient été cachées au premier juge
- l'ouverture, après le jugement de première instance, d'une procédure collective (R.J. ou L.J.) contre la partie condamnée en première instance, ce fait justifiant la mise en cause en appel de sa compagnie d'assurance
- une modification de la jurisprudence depuis le jugement
- la découverte en appel de l'existence d'un second héritier (Paris 9 déc. 2004 : Bull. av. Paris, 2<sup>ème</sup> sem. 2005, n°172, p. 12).

En revanche, ne sont pas considérés comme fait nouveau des éléments qui étaient déjà connus au cours de la première instance et que le plaideur avait négligés :

- le maître de l'ouvrage qui a omis d'assigner devant le tribunal le fournisseur, alors qu'il connaissait dès la première instance les conditions d'intervention de ce fournisseur, ne peut pas valablement mettre en cause en appel ce fournisseur (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 5 juin 1996 : JCP 1996, II, n° 1710)
- la société propriétaire d'un camion, responsable d'un accident de la circulation, qui a omis devant le tribunal de mettre en cause sa compagnie d'assurance, n'est pas recevable à mettre en cause sa compagnie d'assurance devant la cour d'appel (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 juill. 1996 : Gaz. Pal. 1997, 1 panor. p. 88).
- le plaideur qui, à la suite d'une expertise ordonnée par un jugement avant-dire droit du tribunal, ne met pas en cause devant le tribunal le tiers que le rapport d'expert désigne comme un responsable probable du dommage, ne peut pas ensuite mettre en cause ce tiers devant la cour d'appel.

La prudence commande donc, chaque fois qu'une expertise diligentée au cours d'une procédure devant un tribunal fait apparaître *une possibilité de responsabilité d'un tiers*, de mettre en cause devant le tribunal ce tiers le plus vite possible, afin que l'expertise en cours lui soit opposable et qu'il puisse, le cas échéant, être condamné par le tribunal. A défaut, on est privé, en cas d'appel, de la possibilité de mettre ce tiers en cause devant la cour d'appel, faute de fait nouveau depuis le jugement. Il subsistera bien sûr la possibilité d'agir contre ce tiers dans le cadre d'un procès ordinaire devant le tribunal, mais que de complications ...

- l'aggravation du coût des réparations révélée par une nouvelle expertise en cause d'appel, sans qu'il y ait une modification quelconque des données juridiques du litige (Ass. Plén. 11 mars 2005 : D. 2005, p. 855 ; RTDCiv. 2005, p. 455, obs. Perrot).

L'intervention forcée se fait par voie d'assignation.

### § 3 - Un jugement susceptible d'appel

En principe, *tous les jugements* rendus en première instance sont susceptibles d'appel (A). Mais il existe *des exceptions* (B) et, parfois, la jurisprudence est amenée à restaurer une possibilité d'appel par le moyen de *l'appel-nullité* (C).

#### A - L'admission de principe de l'appel

« La voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance, s'il n'en est autrement disposé » (**article 543**) C'est **le principe du double degré de juridiction**.

La règle est donc claire : l'appel est toujours possible, sauf texte contraire. Quand un jugement *tranche le principal*, il est susceptible d'appel (le principal s'entendant, pour chaque partie, de l'objet du litige la concernant). Quand un jugement *met fin à une instance* après avoir statué sur une nullité, une irrecevabilité, il est susceptible d'appel.

Quelles sont les dérogations ?

#### B - L'exclusion de l'appel

Il faut distinguer *l'exclusion définitive* de l'appel (1) et *l'exclusion temporaire* (2).

##### 1 - L'exclusion définitive

###### a) Les mesures d'administration judiciaire

Les mesures d'administration judiciaire ne sont pas susceptibles d'appel (**article 537**) : par exemple, on ne peut pas faire appel d'une ordonnance de clôture de l'instruction rendue par le Président du TGI ou par le Juge de la mise en état, ou d'une ordonnance de jonction d'instances, ou d'une ordonnance de radiation, ou d'une ordonnance de réouverture des débats oraux ou d'une ordonnance sur requête autorisant l'assignation à jour fixe.

###### b) Les jugements en premier et dernier ressort

Le taux du premier et dernier ressort est, pour l'instant, unifié : 4.000 €.

La Cour de cassation a jugé qu'une demande de condamnation à 1 F symbolique est une demande déterminée et que le jugement rendu n'est donc pas susceptible d'appel.

###### c) Les jugements rendus en certaines matières

Il est impossible de les énumérer. Citons par exemple la décision enjoignant aux parties de rencontrer un médiateur familial en application de l'article 373-2-10 al. 3 c. civ., certaines décisions en matière de compétence (lorsque c'est un contredit qu'il faut faire), d'ordonnance sur requête (lorsque le tiers peut faire un recours en rétractation), de divorce par consentement mutuel, ...

## 2 - L'exclusion temporaire de l'appel

Parfois, l'exclusion n'est que temporaire : l'appel sera possible plus tard, il est différé. Il s'agit des jugements ADD et de certaines ordonnances du JME. La Cour de cassation soumet également à ce régime de l'appel différé l'appel des ordonnances de référé lorsque le juge des référés s'est borné à rejeter une exception de procédure sans trancher les autres questions qui lui étaient soumises, invitant par exemple le défendeur à conclure au fond (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 23 septembre 2004 : Gaz. Pal. 2005, 1, 1 435) : on pourrait parler des ordonnances ADD !

## C - L'appel-nullité

Lorsque l'appel est ainsi interdit ou différé, ou encore lorsque seules certaines parties ont qualité pour l'interjeter, la jurisprudence admettait depuis une douzaine d'années qu'un appel (nommé « appel-nullité ») pouvait quand même être exercé en cas d'excès de pouvoir ou de violation d'un principe fondamental de la procédure.

Des arrêts récents limitent l'appel-nullité au seul cas d'excès de pouvoir, ce qui exclut donc l'hypothèse d'une violation d'un principe fondamental de procédure (Ch. mixte 28 janv. 2005 : D. 2005, p. 386 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 17 nov. 2005 : JCP 2005, IV, n° 3 698, p. 2 334), ce qui n'est guère en adéquation avec la nouvelle rédaction de l'article 524 NCPC relative à l'arrêt de l'exécution provisoire de droit.

Il y a excès de pouvoir en cas de méconnaissance par le juge de l'étendue de son pouvoir (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 fév. 2007 : RTDCiv. 2007, p. 386, obs. Perrot).

La théorie de l'appel-nullité trouve souvent à s'appliquer pour l'excès de pouvoir en matière prud'homale (pour l'appel des mesures ordonnées par le bureau de conciliation) et en matière de procédures collectives.

L'appel-nullité obéit aux règles de l'appel ordinaire : conditions de délai, d'exercice, effet dévolutif (Cass. Com., 28 mai 1996 : D. 1997, 538, note Bolard), ce qui est normal puisque la raison d'être de l'appel-nullité est de restaurer un appel (que la loi interdit) parce que cette interdiction est insupportable.

x

x x

A noter que la qualification inexacte d'un jugement par le juge qui l'a rendu est sans effet sur la recevabilité des voies de recours (article 536) : c'est au plaideur de le requalifier et d'en tirer les conséquences sur la possibilité ou non d'exercer le recours. En revanche, le délai du recours ne court pas lorsque le jugement critiqué porte une mention erronée sur sa qualification, à moins que l'acte de notification de cette décision n'ait indiqué la voie de recours qui était effectivement ouverte (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 mai 2002 : D. 2002, Inf. rap. , p. 2233 ; JCP 2002, IV, n° 2088).

#### **§ 4 - Le délai**

On examinera *la durée* du délai (A), *le point de départ* du délai (B) et *la sanction de l'expiration* du délai (C).

##### **A - La durée du délai**

La condition de délai ne s'applique qu'à l'appel principal : l'appel incident et l'appel provoqué peuvent en effet être formés en tout état de cause (**article 550**).

Il faut distinguer *le délai de droit commun* (1) et *les délais particuliers* (2).

##### **1 - Le délai de droit commun**

Il a varié selon les époques, toujours dans le sens du raccourcissement.

Il était de 30 ans dans l'Ancien Droit, de 10 ans dans l'ordonnance de 1667, puis de 3 mois dans l'Ancien Code de 1806, de 2 mois en 1862 et enfin de 1 mois depuis le décret-loi du 30 octobre 1935.

Le Code prévoit des augmentations en raison de la distance pour un appelant situé hors de France Métropolitaine : 1 mois de plus s'il réside dans un DOM-TOM, 2 mois de plus s'il réside à l'étranger.

##### **2 - Les délais particuliers**

Ils sont variés. Par exemple, 15 jours pour l'appel des décisions gracieuses, des jugements du Juge de l'Exécution, des ordonnances de référé, des ordonnances du juge de la Mise en Etat ; 10 jours (et même parfois 3 jours) pour de nombreuses décisions en matière de procédures collectives ; 24 heures en matière de funérailles.

##### **B - Le point de départ du délai**

*La règle* de principe est que le délai court à compter de la notification du jugement (1) mais il existe *des exceptions* (2).

##### **1 - En principe, le délai court du jour de la notification de la décision**

La notification a pour rôle d'informer la partie adverse du jugement rendu et de faire courir le délai du recours.

a) La notification, pour faire courir le délai d'appel, doit bien entendu **être régulière**. Elle doit en outre **indiquer de manière très apparente le délai de l'appel et ses modalités** (article 680). L'absence de mention ou la mention erronée dans l'acte de signification d'un jugement de la voie de recours ouverte, de son délai ou de ses modalités a pour effet de ne pas faire courir le délai de recours (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 fév. 2004 : JCP 2004, IV, n° 1 680).

b) **La notification fait courir le délai contre la partie à laquelle l'acte est notifié. Mais elle fait aussi courir le délai à l'encontre de celui qui notifie le jugement**, et cela à compter du jour de la notification qu'il a lui-même effectuée (article 528, al. 2). Le délai de recours court contre les deux parties (on se forclôt soi-même).

c) **Le délai d'appel peut être interrompu en cas de changement de capacité de la partie qui a reçu la notification du jugement** (article 531) : dans ce cas le cours du délai ne reprend qu'en vertu d'une nouvelle notification faite à la personne qui a désormais qualité pour la recevoir. Ce sera un nouveau délai.

*Par exemple*, si la personne à laquelle le jugement a été notifié fait l'objet d'une mesure de tutelle avant l'expiration du délai, une nouvelle notification devra être faite à son représentant légal. La solution est la même au cas où un commerçant ou une société fait l'objet d'une procédure collective avant l'expiration du délai d'appel : une nouvelle notification devra être faite à l'administrateur judiciaire ou au représentant des créanciers. Le délai d'un mois courra à compter de la notification du jugement faite à celui qui a désormais qualité pour la recevoir.

**Le délai d'appel est également interrompu en cas de décès de la partie qui a reçu la notification** : un nouveau délai d'un mois court alors en vertu d'une notification faite aux héritiers, cette notification étant faite « au domicile du défunt, collectivement et sans désignation de noms et qualités » (article 532, al. 2 et 3) : le point de départ de ce nouveau délai est en principe la date de cette nouvelle notification. Il en va différemment lorsque celle-ci intervient avant que n'ait expiré le délai imparti pour accepter à concurrence de l'actif net (soit 4 mois à compter du décès pour prendre parti + 2 mois à compter de la Sommation, cf. art. 795 c. civ.). Dans ce dernier cas, le nouveau délai d'appel ne pourra courir qu'à compter de l'expiration de ce délai.

d) **Il existe des règles particulières en cas de solidarité ou d'indivisibilité** : lorsque plusieurs parties ont été *condamnées solidairement* ou indivisiblement, la notification faite à l'une d'elles ne fait courir le délai qu'à son égard (article 529, al. 1<sup>er</sup>). En revanche, lorsque une décision *profite solidairement* ou indivisiblement à plusieurs parties, chacune peut se prévaloir de la notification que l'une d'elles a faite (article 529, al. 2).

e) **Le délai ne court pas lorsque le jugement n'a pas été notifié**. Mais l'appel n'est plus possible si le jugement n'a pas été notifié dans les deux ans de son prononcé, s'il s'agit d'un jugement contradictoire tranchant tout le principal ou qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a mis fin à l'instance (article 528-1). C'est une situation qui se rencontre assez souvent.

Il est possible de faire appel avant même la notification.

f) Il peut arriver qu'un jugement fasse l'objet d'une première notification, puis d'une seconde notification (par exemple, un jugement est d'abord notifié par le Greffe, puis est ensuite signifié à la requête d'une partie) : **quel est alors l'effet d'une seconde notification sur le délai d'appel ?** C'est la question des notifications successives.

La Cour de cassation opère la distinction suivante :

- *le destinataire* d'une seconde notification, effectuée dans le délai ouvert par la première notification, peut se prévaloir du nouveau délai d'un mois ouvert par la seconde notification : il aura un mois pour faire appel à compter de la seconde notification (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 20 déc. 2001 : D. 2002, p. 1165, note Pierre Julien ; D. 2002, Inf. rap. p. 76 ; Cass. soc. 21 sept. 2005 : D. 2005, inf. rap., p. 2 479).  
Si la seconde notification est faite après l'expiration du délai ouvert par la première, elle n'a aucun effet, sauf bien entendu si la première notification était elle-même irrégulière.
- *mais l'auteur* d'une seconde notification effectuée dans le délai d'un mois ouvert par la première notification, ne peut pas se prévaloir de sa propre signification (la seconde) pour prétendre avoir fait courir un nouveau délai d'un mois et en profiter pour faire appel dans ce dernier délai (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 30janv. 2003 : D. 2003, p. 1.399, note Pierre Julien ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 avril 2003 : D. 2003, p. 1.134, note Pierre Julien). Celui que l'on veut protéger, c'est *le destinataire* de la seconde signification, et non pas *l'auteur*.

## 2 - Exceptionnellement, le délai peut courir à compter du prononcé de la décision

Dans un certain nombre de cas, le délai court à compter du prononcé du jugement : en matière de contredit, en matière de procédures collectives, en matière d'ordonnance sur requête ...

### C - La sanction de l'expiration du délai

L'appel formé hors délai est irrecevable et cette irrecevabilité (fin de non-recevoir) est d'ordre public : le juge d'appel doit la relever d'office (article 125, al. 1).

Toutefois, si le jugement est réputé contradictoire il peut y avoir relevé de forclusion si le défendeur, sans qu'il y ait eu faute de sa part, *n'a pas eu connaissance du jugement en temps utile* pour faire appel, ou s'il *s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir*. Le relevé de forclusion est demandé, comme en matière de *référé*, au Premier Président. La demande doit être formée *dans les deux mois de la notification du jugement ou du premier acte d'exécution forcée*. (**art. 540**).

## **SECTION II - LES EFFETS DE L'APPEL**

L'appel produit deux effets : un effet *suspensif* (§ 1) et un effet *dévolutif* (§ 2).

### **§ 1 - L'effet suspensif**

L'effet suspensif de l'appel, qui est *la règle* (A), connaît *une exception* (B) et peut *disparaître* (C).

#### **A - Principe**

Etant une voie de recours ordinaire, l'appel a par nature un caractère suspensif de l'exécution du jugement de première instance. Les justiciables français y sont très attachés.

L'appel est suspensif et le délai d'appel est lui-même suspensif.

La force exécutoire du jugement frappé d'appel est suspendue, mais l'autorité de la chose jugée, elle, subsiste tant que le jugement n'a pas été réformé ; il est ainsi possible de procéder à des saisies conservatoires sur le fondement d'un jugement frappé d'appel.

#### **B - Exception : l'exécution provisoire**

L'effet suspensif ne joue pas en cas d'exécution provisoire, celle-ci permettant de mettre à exécution le jugement malgré le délai d'appel ou malgré l'appel. L'exécution provisoire est attachée au jugement soit, de façon automatique, par la loi dans certains cas (exécution provisoire de droit) soit elle est ordonnée par le jugement (exécution provisoire ordonnée). Elle peut être arrêtée ou aménagée par le Premier Président de la cour d'appel dans des conditions qui seront étudiées plus loin.

#### **C - Privation de l'effet suspensif : l'hypothèse de l'article 915**

Dans la procédure ordinaire avec représentation obligatoire, le défaut de conclusions de l'appelant dans les 4 mois de la déclaration d'appel entraîne la radiation de l'affaire qui prive l'appel de tout effet suspensif (**article 915, al. 2**) : cf. infra..

### **§ 2 - L'effet dévolutif**

Selon l'**article 561**, l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit.



On examinera *le principe* (A) et *les exceptions* (B).

### **A - Le principe**

Le principe était déjà en vigueur en droit romain : « *Tantum devolutum quantum appellatum* » (*Il n'est dévolu -à la cour- qu'autant qu'il a été appelé*). De nos jours, il n'est que la traduction au second degré de juridiction du principe dispositif.

C'est l'acte d'appel, et lui seul, qui opère dévolution (Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 22 juin 1999 : JCP 2000 ? II, 10 275, note du Rusquec).

Il convient de distinguer deux situations, selon que l'appel tend à *la réformation* du jugement (il est demandé à la cour de modifier le jugement, parce que le fond a été mal jugé) (1) ou qu'il tend à *l'annulation* du jugement (il est demandé à la cour d'annuler le jugement, parce que la procédure a été irrégulière) (2).

#### **1°) - Lorsque l'appel tend à la réformation du jugement**

L'appelant se plaint que le tribunal a mal jugé.

Il fait appel. Son appel peut être *général* (a) ou *limité* (b).

##### a) Appel général

Il y a appel général *soit* quand la déclaration d'appel précise qu'elle porte sur la totalité du jugement, *soit* (ce qui est le plus fréquent) quand elle ne dit rien : en l'absence de précision dans la déclaration d'appel, l'appel porte sur la totalité du jugement.

La cour d'appel, pour statuer au fond, devra se placer au jour où elle statuera, en tenant donc compte des faits survenus depuis le jugement et au cours de l'instance d'appel (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 juin 2002, pourvoi n° 99.14435, *Cornière c. Boutin*).

Selon une jurisprudence traditionnelle, les juges ne peuvent aggraver le sort de l'appelant sur son appel en l'absence d'appel incident de l'intimé. C'est donc à tort qu'une cour d'appel a fixé le préjudice de l'appelant à un montant inférieur à celui qui lui avait été alloué par le jugement alors que ce chef n'était pas critiqué par l'intimé (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 mai 2004 : JCP 2004, IV, n° 2 362).

La cour d'appel est tenue de statuer sur l'entier litige : elle ne peut pas dire qu'il y a lieu à réformer le jugement et renvoyer devant le premier juge « pour respecter le double degré de juridiction » : elle doit statuer elle-même sur l'entier litige, en application des articles 562 et 563 NCPC sur l'effet dévolutif de l'appel. Par exemple, en matière d'expropriation, la cour d'appel ne peut pas réformer la disposition du jugement relative à la fixation de l'indemnité d'expropriation et renvoyer au tribunal pour le calcul de l'indemnité : elle doit elle-même

statuer au fond, en raison de l'effet dévolutif de l'appel, l'appel l'obligeant à statuer sur toute l'affaire (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 janv. 2003 : Gaz. Pal. 2003, 2, somm. p. 3 164).

Ceci étant, on s'interroge sur la portée de l'effet dévolutif de l'appel dans les situations suivantes :

- le cas de l'appel des ordonnances de référé et des jugements du JEX (1)
- le cas de l'appel général suivi de conclusions de l'appelant limitées à une partie du jugement (2)

1. – L'appel des ordonnances de référé et des jugements du JEX tranchant une question ne rentrant pas dans leurs pouvoirs

On peut hésiter pour les décisions rendues par le juge des référés et par le JEX tranchant une question ne rentrant pas dans leurs pouvoirs (il s'agira le plus souvent d'une question de fond relevant de la compétence du TGI) : saisie sur appel de la décision de la juridiction s'étant reconnue (à tort) compétent et ayant statué sur la demande, la cour d'appel doit-elle trancher le litige (effet dévolutif) ou doit-elle renvoyer l'affaire devant la juridiction compétente ?

On sait qu'un texte spécial, **l'article 79 CPC**, prévoit que lorsqu'une cour infirme du chef de la compétence un jugement qui a statué sur la compétence et sur le fond, elle statue néanmoins sur le fond du litige si la décision attaquée est susceptible d'appel dans l'ensemble de ses dispositions et si la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente. Cette solution trouve sa justification dans **la plénitude de juridiction de la cour d'appel** qui permet à cette dernière de connaître indifféremment de tous les litiges qui, en première instance, sont répartis entre des juges différents. Ainsi, c'est à bon droit, et sans méconnaître le principe du double degré de juridiction, qu'une cour d'appel, qui n'a pas usé de la faculté d'évocation, a relevé qu'elle était juridiction d'appel tant du TASS que du TGI devant lequel la demande, sur le fondement du droit commun, aurait dû être présentée, et qu'en raison de l'effet dévolutif de l'appel, elle se trouvait saisie du litige que le premier juge avait tranché au fond (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 avril 2004 : D. 2004, inf. rap., p. 1 349 ; JCP 2004, IV, n° 2 150).

S'agissant de l'appel d'une ordonnance du juge des référés, la Cour de cassation juge pourtant que la cour d'appel ne peut statuer que dans la limite des pouvoirs de celui-ci : autrement dit, si par exemple il y a une contestation sérieuse faisant obstacle au référé, la cour d'appel ne peut pas statuer au fond ; l'explication est que, du premier au second degré, on ne peut pas passer du provisoire au principal parce qu'il s'agit de deux procédures différentes débouchant sur des décisions de statut différent : « *saisie de l'appel d'une ordonnance du juge des référés, la cour d'appel ne pouvait statuer que dans la limite des pouvoirs de celui-ci ...* » (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 avril 2004 : JCP 2004, IV, n° 2 186 ; D. 2004, inf. rap., p. 1 349 ; RTDCiv. 2004, p. 545, obs. Théry : « aucune passerelle n'est en effet concevable en appel car l'option entre référé et juridiction ordinaire n'est pas une question de compétence mais un choix entre deux procédures différentes. L'article 79 NCPC ne peut donc plus s'appliquer »).

S'agissant de l'appel d'un jugement du JEX, la Cour de cassation juge au contraire que si le JEX a excédé ses pouvoirs et a statué comme juge du fond (par exemple, à la place du TGI), la compétence et les pouvoirs de la cour d'appel obéissent aux règles ordinaires : le JEX est tout simplement un juge du fond comme un autre, l'effet dévolutif jouera à plein : la cour d'appel aura l'obligation de statuer sur l'entier litige (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 avril 2004 : D. 2004, inf. rap. p. 1 710 ; RTDCiv. 2004, p. 546, obs. Théry). L'article 79 CPC s'appliquera donc ici.

## 2. – L'appel général suivi de conclusions limitées de l'appelant

N'oublions pas que la jurisprudence permet de faire appel (il y a « intérêt ») dès lors que les prétentions d'une partie n'ont pas été complètement accueillies : l'effet dévolutif de l'appel confère alors à la cour d'appel la connaissance de l'entier litige : elle devra statuer sur la totalité du litige (et donc même sur les points qui étaient favorables à l'appelant, quitte à les confirmer en l'absence de conclusions d'appel les critiquant) !

Il peut arriver qu'après un appel général (déclaration d'appel non limitée), l'appelant se borne à conclure sur un chef du jugement attaqué et délaisse les autres. Quelle est la portée d'un repli de cette nature ? La cour d'appel est-elle saisie de l'entier litige ou doit-elle statuer en fonction des conclusions ?

La question a été posée à la Cour de cassation dans trois espèces récentes.

### 1<sup>ère</sup> affaire : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 juin 2004 :

La cour de Toulouse fut saisie d'un jugement prononçant la séparation de corps contre un époux, et le condamnant au versement d'une pension alimentaire, avec cette particularité que l'appel n'était pas expressément limité dans la déclaration d'appel (c'était donc un « appel général », mais qu'il l'était dans les conclusions ultérieures où n'était plus critiqué que le seul chef du jugement concernant la pension alimentaire. Au cours de l'instance d'appel, l'épouse forma pour la première fois une demande de condamnation de son mari à des dommages-intérêts, qu'elle présentât comme accessoire à sa demande principale de séparation de corps faite en première instance. La cour d'appel pouvait-elle statuer sur cette demande ?

Le code dit qu'est recevable en cause d'appel une demande qui est l'accessoire « des prétentions initiales dont la cour est saisie » (art. 566 NCPC). Alors, la cour d'appel était-elle en l'espèce « saisie » de la prétention initiale portant sur la demande de séparation de corps, alors que le mari n'avait pas soutenu devant la cour son appel par des conclusions sur ce point ? Le mari ayant restreint devant la cour le débat à la seule question de la pension alimentaire, on se trouvait confronté à la question de savoir quelle est l'étendue de la saisine du juge d'appel lorsque, après un appel général, l'appelant prend des conclusions qui se limitent à un chef déterminé.

Toute la question, pour savoir si la demande nouvelle de l'intimé devait ou non être déclarée recevable, était donc de savoir si l'effet dévolutif devait être déterminé en fonction des conclusions de l'appelant ou en fonction de la déclaration d'appel (l'article 562 ne vise que

« l'appel », sans préciser s'il s'agit de l'effet dévolutif de l'acte d'appel ou des conclusions de l'appelant).

La cour de Toulouse a considéré qu'il convenait de se référer aux conclusions, et donc, de décider que l'effet dévolutif ne peut avoir lieu pour le tout. La Cour de cassation l'avait admis dans des arrêts précédents.

La Cour de cassation (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 juin 2004 : RTDCiv. 2004, p. 558, obs. Perrot) a cassé l'arrêt de la Cour de Toulouse, dissipant les hésitations d'un précédent arrêt du 8 janvier 2002, et a répondu en deux temps :

- **1<sup>er</sup> temps** : la détermination de ce qui est soumis à la cour d'appel provient de la déclaration d'appel : autrement dit, la cour d'appel doit bien examiner l'entier litige, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel non limité. En l'espèce, la cour d'appel devait statuer sur le prononcé de la séparation de corps.

Quant à la demande présentée par l'épouse en appel, une demande de dommages-intérêts, elle était recevable en tant que demande accessoire présentée pour la première fois en appel se rattachant à une demande principale soumise à la cour (art. 566) : la demande de pension alimentaire. Le jugement ayant prononcé la séparation de corps était compris dans l'effet dévolutif dès lors que la déclaration d'appel ne contenait aucune limitation.

A l'inverse, si l'appelant, dans sa déclaration d'appel, avait limité son appel à la question de la pension alimentaire, la demande accessoire de l'épouse aurait été irrecevable, car cette dernière ayant eu gain de cause (le prononcé de la séparation de corps) et le mari renonçant à contester cette décision, le reste du litige aurait été achevé en première instance, et tant pis pour l'intimé qui se serait abstenu de présenter sa demande de dommages-intérêts devant le premier juge.

**2<sup>ème</sup> temps** : mais les chefs de jugement non critiqués par les conclusions devant la cour ne peuvent pas être remis en cause par la cour d'appel, laquelle ne peut alors que les confirmer. Autrement dit, la cour d'appel doit bien examiner l'entier litige, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, mais cet examen complet est insusceptible d'entraîner l'infirmité d'une disposition du jugement qui n'est pas critiquée dans les conclusions de l'appelant, la cour d'appel devant confirmer tous les chefs de jugement non critiqués par les conclusions de l'appelant.

En l'espèce, la cour d'appel devait statuer sur le prononcé de la séparation de corps, et elle ne pouvait que confirmer le prononcé de la séparation de corps.

En faveur de cette solution, on fait valoir que l'appel étant déclenché par la déclaration d'appel, il est logique de faire dépendre l'effet dévolutif de cette même déclaration d'appel. De même, si l'appelant peut limiter la portée de l'appel dans ses conclusions postérieures, il ne peut, à l'inverse, jamais l'étendre, en raison du délai d'appel d'un mois à respecter, et, dans cette hypothèse, c'est la déclaration d'appel qui va déterminer ce qui est compris dans l'effet dévolutif. Ainsi, la déclaration d'appel doit-elle être l'acte de procédure à prendre en compte pour connaître l'ampleur de la dévolution.

En conséquence, il convient que l'appelant réfléchisse quant à l'opportunité de faire appel de l'ensemble des chefs de jugement, car, comme le remarque Lionel Miniato dans sa note sous l'arrêt du 24 juin 2004 (PA 18 janvier 2005, n°12, p. 14), faire un appel général c'est donner du grain à moudre à l'intimé en lui offrant sur un plateau la possibilité de présenter des demandes nouvelles susceptibles d'être accueillies en appel.

**2<sup>ème</sup> affaire : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 juin 2005**

Solution confirmée par une autre décision (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 juin 2005 : D. 2005, inf. rap., p. 1 803) : une ex-épouse avait fait un appel « général » d'un jugement ayant prononcé le divorce ; devant la cour, elle critique le jugement (par conclusions) uniquement en ce qui concerne la pension pour les enfants et fait une demande nouvelle de prestation compensatoire : cette demande nouvelle, pour la Cour de cassation, est recevable car accessoire à la demande en divorce dont était saisie la cour du fait de l'appel général.

**3<sup>ème</sup> affaire : Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 juin 2007**

Solution à nouveau confirmée par une autre décision (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 juin 2007 : AJDI 2007, p. 943, obs. François de la Vaissière) : dans un litige opposant des locataires à leur bailleur, le premier juge avait fixé la créance du bailleur, ordonné une mesure d'instruction et sursis à statuer sur les autres demandes.

Le bailleur a relevé appel de cette décision, aux termes d'une déclaration d'appel visant tous les chefs du dispositif du jugement (« appel général »). Par la suite, il a toutefois dans ses conclusions limité ses critiques à la seule mesure d'instruction.

Les locataires ont alors conclu que l'appel était irrecevable comme contraire à l'article 544 CPC prohibant l'appel immédiat des jugements ordonnant une mesure d'instruction.

La cour d'appel refuse cette argumentation. La Cour de cassation approuve la cour d'appel en rejetant le pourvoi, au motif que le bailleur avait formé appel général dans sa déclaration, de sorte que la dévolution s'était opérée pour le tout, même si par la suite l'appelant n'avait critiqué que certains chefs du jugement.

→ En résumé donc, en cas d'appel général la cour d'appel est saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif de l'appel et elle a l'obligation de statuer sur la totalité du litige soumis au premier juge. Si l'appelant par la suite ne dépose des conclusions ne critiquant qu'un point du jugement, la cour devra bien sûr statuer au fond sur ce point, librement ; mais sur les autres points, dont elle est saisie également, elle devra, faute de conclusions de l'appelant, se borner à confirmer le jugement de première instance faute de critique de la part de l'appelant.

**Ceci étant, il peut arriver que la cour d'appel méconnaisse ses obligations et « oublie » de statuer sur les chefs de jugement non critiqués par les conclusions de**

**L'appelant** : elle aurait dû les confirmer, elle oublie de le faire, l'arrêt n'en parle pas. Que se passe-t-il alors ?

L'appelant maladroit (qui prétendrait avoir oublié de conclure sur tel point) pourrait-il former un pourvoi en cassation en reprochant à la cour d'appel d'avoir oublié de statuer sur ce qu'il avait lui-même oublié ? Cela ne paraît guère probable. Et s'il ne le fait pas ? L'arrêt d'appel deviendra définitif. Pendant un an, il sera encore possible en théorie à l'appelant de présenter à la cour d'appel une requête en omission de statuer (mais le résultat ne fera pas de doute : la cour d'appel devra alors dire qu'elle confirme le chef du jugement non critiqué par les conclusions qui avaient été déposées par l'appelant). Et s'il ne le fait pas ? L'appelant pourra-t-il assigner devant la juridiction de première instance ? Non, parce que sa demande se heurterait à l'autorité de la chose jugée s'attachant au premier jugement non réformé ... Autrement dit, l'appelant ne pourrait ni s'adresser à la cour d'appel pour compléter son arrêt (ce n'aurait aucun intérêt), ni revenir devant le tribunal pour qu'il statue à nouveau (à cause de l'autorité de la chose jugée). Moralité : après un appel général, bien réfléchir avant de conclure partiellement.

#### b) Appel limité

La déclaration d'appel peut ne critiquer qu'un ou plusieurs chefs du jugement (par exemple, l'appelant ne remet pas en cause sa responsabilité, mais il critique le montant des dommages-intérêts).

En ce cas, la cour d'appel ne sera saisie que de ce point : il n'est dévolu qu'autant qu'il a été appelé.

La jurisprudence actuelle considère que l'appelant qui a fait ainsi un appel limité ne peut plus ensuite, après expiration du délai d'appel, élargir le champ du litige par des conclusions (sauf possibilité d'appel incident de l'appelant en cas d'appel incident de l'intimé).

L'appel limité n'est pas possible si l'objet du litige est indivisible (article 562, al. 2).

### 2°) - **Lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement**

L'appelant peut demander l'annulation du jugement pour deux raisons : soit parce que *le jugement lui-même* est irrégulier (procédure, conditions dans lesquelles le jugement a été rendu) (a), soit parce que *l'acte introductif d'instance* (assignation ... ) est irrégulier (b).

#### a) En cas d'irrégularité de la procédure ou du jugement

Par exemple, le jugement a été rendu par deux magistrats, ou encore l'affaire a été plaidée sans débats publics, ou bien le principe de la contradiction n'a pas été respecté ...

On imagine facilement que le jugement sera annulé par la cour d'appel. Mais la cour d'appel devra-t-elle ensuite renvoyer l'affaire au premier juge, pour que la procédure reprenne devant le

tribunal à partir du dernier acte de procédure valable, ou bien devra-t-elle statuer elle-même sur le fond de l'affaire en raison de l'effet dévolutif de l'appel ?

Le CPC a réglé la question en précisant dans l'**article 562 al. 2** que : « La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ».

Autrement dit, en un tel cas la cour d'appel annulera le jugement et statuera ensuite sur le fond. Ainsi pour l'irrégularité affectant une ordonnance du juge-commissaire rendue sans débat contradictoire (Cass. com. 13 déc. 2005 : JCP 2006, IV, n° 1 114, p. 111).

On peut se demander à quoi peut-il servir dans ces conditions de soulever la nullité du jugement puisque de toute façon, nullité ou pas, la cour d'appel statuera sur le fond ...

Il est vrai que la plupart du temps l'appelant sera bien inspiré de faire l'économie de conclusions tendant à la nullité du jugement, mais le prononcé de l'annulation du jugement peut se révéler intéressant, par exemple pour retarder le point de départ des intérêts légaux ou majorés.

#### b) En cas d'irrégularité de l'acte introductif d'instance

Dans cette hypothèse, c'est toute la procédure de première instance qui est viciée. Aussi la jurisprudence décide-t-elle, en prenant quelque liberté avec l'article 562, al. 2, que l'effet dévolutif de l'appel ne joue pas si les conditions suivantes sont réunies :

1. L'acte introductif d'instance (par exemple, l'assignation) est entaché de nullité
2. L'appelant n'a pas conclu au fond à titre principal devant la cour d'appel (mais il a pu conclure à la nullité du jugement à titre principal et, subsidiairement, sur le fond : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 juin 2001 : D. 2001, Inf. rap., p. 2083 ; somm. comm. p. 2715 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 oct. 2002 : D. 2002, p. 2846 ; JCP 2002, IV, n° 2804 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 oct. 2007 : JCP 2007, IV, n° 3 067).

Si donc l'appelant n'avait pas conclu sur le fond à titre principal devant la cour, l'effet dévolutif de l'appel ne jouera pas : la cour d'appel annulera l'acte introductif d'instance, et avec lui toute la procédure, sans statuer sur le fond de l'affaire (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 oct. 2007 précité : la cour d'appel, après avoir annulé la citation délivrée à l'épouse, avait prononcé le divorce aux torts exclusifs de l'épouse au motif qu'étant saisie par l'effet dévolutif de l'appel elle devait examiner l'affaire au fond : l'arrêt est cassé). Il appartiendra au demandeur, le cas échéant, de lancer une nouvelle assignation devant le tribunal ...

Toutefois, on verra plus loin que la Cour d'appel garde la faculté d'user dans une telle hypothèse de son pouvoir d'évocation : elle pourra alors quand même statuer sur le fond de l'affaire, mais il s'agit alors d'une simple *faculté* (une exception à l'effet dévolutif de l'appel) et non pas d'un effet *obligatoire* de l'appel.

### **B - Les exceptions à l'effet dévolutif de l'appel**

Dans certains cas, la cour d'appel va statuer au-delà des limites de l'appel principal. Il en est ainsi dans 3 situations : en cas d'*appel incident ou provoqué* (1), en cas de *nouvelles pièces, nouvelles preuves, nouveaux moyens* (2), en cas de *demandes nouvelles* (3) et en cas d'*évocation* (4).

### 1°) - L'appel incident ou provoqué

Ils ont été évoqués ci-dessus. Ils vont avoir pour conséquence d'élargir le champ de l'appel : l'appelant avait voulu limiter son appel à certains points ou à certaines parties, mais la volonté de l'intimé ou d'une partie en première instance non intimée va élargir le champ de l'appel.

### 2°) – Les nouvelles pièces, nouvelles preuves, nouveaux moyens

Ils sont recevables pour justifier en appel les prétentions soumises au premier juge (**article 563**) ou pour faire écarter les prétentions adverses (**article 564**). En fait, il ne s'agit pas véritablement de « demandes », mais plutôt de nouveaux éléments.

*Par exemple*, une expertise peut être demandée pour la première fois en cause d'appel ; de même, un assureur qui avait soutenu en première instance que son assuré n'était pas responsable peut soutenir en appel que les termes du contrat excluent sa garantie ; ou encore, il est possible de faire valoir en appel pour la première fois la nullité du contrat de bail (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 sept. 1999 : AJDI 1999, p. 1042) ou la nullité du contrat de cautionnement (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 mars 1998 : JCP 1998, IV, n° 1959 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 déc. 2004 : Gaz. Pal. 12-14 juin 2005, p. 18), un recel successoral ?

Pour apprécier la situation des parties, les juges doivent se placer au moment où ils statuent : la connaissance du litige dévolue aux juges d'appel s'étend donc aux faits survenus depuis le jugement et au cours de l'instance d'appel (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 juin 2002 : pourvoi n° 99-14435).

### 3°) - Les demandes nouvelles en cause d'appel

*En principe, les demandes nouvelles sont prohibées en appel* d'une part parce que la raison d'être de l'appel est de vérifier si le jugement a été bien rendu et d'autre part parce que le principe de l'immutabilité du litige et le principe du double degré de juridiction s'opposent à la recevabilité directe en appel de nouvelles prétentions.

C'est ainsi que l'**article 564** énonce que : « les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions ».

Ainsi, un appel en garantie dirigé à l'encontre d'une partie, pour la première fois devant la cour d'appel, est irrecevable comme constituant une demande nouvelle (Paris 19<sup>o</sup> ch. B, 24 juin 2005 : Bull. av. Paris 2<sup>ème</sup> sem. 2005, n°172).



De même, le plaideur qui oublie de faire des conclusions récapitulatives en première instance devant le TGI et qui voit une demande écartée par le tribunal parce que non reprise dans les dernières conclusions récapitulatives, ne pourra pas non plus présenter cette demande devant la cour d'appel : en effet, la demande, non reprise dans les dernières écritures, est réputée avoir été abandonnée devant le premier juge (faute de conclusions récapitulatives devant le tribunal) et elle se heurte à la prohibition des demandes « nouvelles » en appel ! (Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 8 déc. 2005 : JCP 2006, IV, n° 1 020, p. 51 ; D. 2006, inf. rap., p. 176).

*Mais le CPC a accueilli un assez grand nombre d'assouplissements*, à tel point que l'on dit volontiers que l'appel serait devenu « **une voie d'achèvement du procès** », le procès commençant en première instance et se poursuivant naturellement en appel, pour s'y achever.

Quelles sont donc les demandes qui peuvent être présentées pour la première fois en cause d'appel ?

A cet égard, il faut d'abord bien comprendre la distinction entre celui qui est *demandeur* et qui demande au juge de prononcer par ex. la nullité d'un contrat ..., et celui qui est *défendeur* et qui se défend en soulevant la nullité du contrat : le demandeur présente une « *demande* », tandis que le défendeur ne présente qu'un « *moyen de défense* ». Il s'ensuit que devant la cour d'appel, le demandeur initial n'est pas recevable à présenter une « demande nouvelle », tandis que le défendeur initial peut très bien présenter des « moyens de défense » nouveaux.

Ceci étant précisé, on peut distinguer :

a) Les demandes qui tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent

Elles sont recevables (**article 565**).

Par exemple, il est possible de demander en appel *l'annulation* d'un contrat dont on avait demandé *la résiliation* en première instance : le but poursuivi est le même, à savoir l'anéantissement du contrat.

En revanche, il n'est pas possible de demander en appel *l'exécution forcée* d'un contrat dont on avait demandé *la résiliation* en première instance : le but poursuivi n'est pas le même, les demandes ne tendent pas aux mêmes fins.

b) Les demandes accessoires

Sont également recevables pour la première fois en cause d'appel les demandes qui sont « virtuellement » comprises dans celles soumises au premier juge, et celles qui sont l'accessoire, la conséquence ou le complément des demandes soumises au premier juge ou qui les explicitent (**article 566**). Mais encore faut-il, comme il a été vu précédemment, que ces

« demandes soumises au premier juge » aient elles-mêmes été frappées d'appel par l'une des parties.

*Par exemple*, sont recevables en cause d'appel une demande de dommages-intérêts ou encore une demande de prestation compensatoire (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 fév. 1999 : JCP 1999, IV, n° 1740).

c) Les demandes de compensation

Une partie peut soumettre à la cour d'appel une prétention nouvelle par laquelle elle oppose la compensation judiciaire (**article 564**).

d) Les demandes reconventionnelles

Elles sont également recevables en appel (**article 567**).

*Par exemple*, une société commerciale, titulaire d'un bail commercial 3-6-9 portant sur une tour, donne congé au bailleur pour la fin de la deuxième période triennale par LRAR. Le bailleur ne dit rien puis, ensuite, l'assigne en paiement des loyers soit 10.481.060 F, soutenant qu'en matière de bail commercial un congé ne peut être donné valablement que par acte d'huissier et que, le congé étant nul, les loyers restent dus même si la société a quitté les lieux. Devant le tribunal, la société locataire invoque la validité d'un congé donné par LRAR. Elle perd, étant condamnée à payer les 10.481.060 F de loyers dus. Elle relève appel.

Devant la cour, elle reprend le même moyen, mais elle ajoute une demande reconventionnelle en paiement d'une somme de 10.481.060 F pour comportement fautif du bailleur pour ne pas l'avoir avertie de la nécessité de donner congé par acte d'huissier. La cour d'appel confirme le jugement sur la nullité du congé par LRAR et la condamnation de la société à payer la somme de 10.481.060 F au bailleur au titre des loyers dus, mais elle condamne le bailleur à payer à la société une somme de 10.481.060 F à titre de dommages-intérêts pour abstention d'avoir prévenu la société locataire de l'irrégularité du congé et pour exercice abusif de son droit à se prévaloir de la nullité du congé (CA Paris, 16<sup>o</sup> ch. B, 21 mai 1999 : loyers et copropriété 1999, n° 237).

e) Les demandes en intervention

Sont recevables en cause d'appel les demandes d'intervention volontaire (**article 554**) et les demandes d'intervention forcée (**article 555**), ainsi qu'il a été vu ci-dessus.

f) Les questions nées de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait devant la cour d'appel

Ces demandes sont recevables (**article 564**) pour la raison que le litige peut évoluer en appel. *Par exemple*, en cas d'apparition de nouvelles malfaçons en appel ou en cas de révélations à la suite d'un rapport d'expertise déposé devant la cour d'appel.

En revanche, ne sont pas recevables des demandes nouvelles relatives à des faits anciens non soumis au premier juge alors qu'ils étaient connus du plaideur les invoquant devant la cour.

g) Les demandes de délai de grâce

Elles sont également recevables en appel (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 juin 2004 : D. 2004, inf. rap., p. 2086).

**3°) - L'évocation**

L'évocation est le pouvoir qui appartient à la cour d'appel de s'emparer de l'ensemble du litige et de statuer sur le tout, alors qu'elle n'a été saisie que de l'un des 4 points suivants :

a) Contredit en matière de compétence (article 89), de litispendance ou de connexité (**article 104**), à condition que la cour d'appel soit territorialement compétente par rapport à la juridiction qui eût été normalement compétente

b) Appel d'un jugement ayant ordonné une mesure d'instruction (article 568), ce qui vise :

1. l'appel sur autorisation du Premier Président du jugement avant-dire droit ayant ordonné une *expertise*

2. l'appel du *jugement mixte* ayant tranché une partie du principal et ayant ordonné une mesure d'instruction (ainsi un jugement ayant retenu la responsabilité du défendeur et ayant ordonné une expertise pour évaluer le montant du préjudice). La Cour de cassation a une conception extrêmement large de la mesure d'instruction, puisqu'elle y a assimilé l'hypothèse du jugement ayant tout à la fois prononcé la déchéance des intérêts échus et invité la banque à produire un décompte des sommes dues en prenant en compte la déchéance des intérêts, ce qui n'était pas vraiment une « mesure d'instruction » mais plutôt une demande du juge d'éclaircissement (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 juin 2006 : RTDCiv. 2006, p. 828, obs. Perrot).

c) Appel d'un jugement ayant statué sur une exception de procédure ayant mis fin à l'instance (article 568) : par exemple, un jugement ayant prononcé la nullité de l'assignation.

A cet égard, on se souvient qu'en cas de nullité de l'acte introductif d'instance la jurisprudence ne fait pas jouer l'effet dévolutif de l'appel : la cour d'appel annulera l'assignation et le jugement mais ne statuera pas sur le fond (il appartiendra au demandeur de réassigner devant le tribunal) ; autrement dit, l'appel en ce cas n'entraîne pas d'effet dévolutif sur le fond. Or, en une telle situation la cour d'appel peut tout de même, par le biais de l'article 568 CPC, disposer du pouvoir de statuer sur le fond à la condition qu'elle décide d'évoquer le fond de l'affaire : mais ce n'est plus un effet *obligatoire* de l'appel, c'est une simple *faculté* pour la Cour d'appel.

d) La jurisprudence y ajoute : Appel d'un jugement de sursis à statuer ayant été autorisé par le Premier Président pour des motifs graves et légitimes (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 avril 2005 : D. 2005, p. 1 246).

**L'évocation est une faculté pour la cour d'appel**, si celle-ci estime qu'il est de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive. L'évocation procure un gain de temps mais elle porte atteinte au principe du double degré de juridiction. C'est une véritable exception à l'effet dévolutif de l'appel, puisque la cour d'appel va statuer sur des points n'ayant pas été tranchés par le premier juge et dont elle n'a pas été saisie.

En pratique, l'évocation est souvent décidée par les cours d'appel en cas d'appel d'un jugement mixte ayant ordonné avec exécution provisoire une expertise : la cour statuera sur tout le litige, y compris sur les résultats de l'expertise (assortie de l'exécution provisoire) qui se sera déroulée entre-temps. Les parties en sont informées à l'avance, afin qu'elles puissent conclure sur le fond.

### SECTION III - LA PROCEDURE D'APPEL

Il y a la procédure *avec représentation obligatoire* (§ 1), la procédure *sans représentation obligatoire* (§ 2) et des procédures *particulières* (§ 3).

#### § 1 - La procédure avec représentation obligatoire

On examinera *les formalités* (A) et *l'instruction* (B).

##### A - Les formalités

En matière de procédure avec représentation obligatoire, les parties sont tenues de *constituer avoué* (1). L'appel est formé par voie de *déclaration* (2) et *l'intimé* doit constituer avoué (3). La *saisine de la cour* est automatique (4).

##### 1° - La constitution d'avoué par l'appelant

Si le choix de la personne appelée à représenter une partie est par principe libre, l'**article 899** impose, devant la cour d'appel, que cette personne ait la qualité d'avoué. Seul un avoué exerçant près la cour d'appel compétente pour connaître de l'affaire peut représenter les parties. L'avoué est un officier ministériel, titulaire de son office.

La constitution d'avoué emporte mandat de représentation en justice (article 411). L'avoué reçoit ainsi pouvoir et devoir d'accomplir pour son mandant et en son nom les actes de la procédure. On parle alors de mandat ad litem. Le mandat de représentation emporte en outre mission d'assistance, c'est-à-dire le pouvoir et le devoir de conseiller le mandant et de présenter sa défense. L'avoué est dispensé de justifier du mandat qu'il a reçu de son mandant mais la

présomption ainsi établie de l'existence même du mandat de représentation peut être combattue par la preuve contraire.

Le mandat de représentation emporte à l'égard du juge et de la partie adverse pouvoir spécial de faire ou accepter un désistement, d'acquiescer, de faire accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement (**article 417**). La Cour de cassation juge qu'il y a exception à l'effet dévolutif de l'appel, puisque la cour d'appel va statuer sur des points n'ayant pas été tranchés par le premier juge et dont elle n'a pas été saisie.

En pratique, l'évocation est souvent décidée par les cours d'appel en cas d'appel d'un jugement mixte ayant ordonné avec exécution provisoire une expertise : la cour statuera sur tout le litige, y compris sur les résultats de l'expertise (assortie de l'exécution provisoire) qui se sera déroulée entre-temps. Les parties en sont informées à l'avance, afin qu'elles puissent conclure sur le fond.

### SECTION III - LA PROCEDURE D'APPEL

Il y a la procédure *avec représentation obligatoire* (§ 1), la procédure *sans représentation obligatoire* (§ 2) et des procédures *particulières* (§ 3).

#### **§ 1 - La procédure avec représentation obligatoire**

On examinera *les formalités* (A) et *l'instruction* (B).

##### **A - Les formalités**

En matière de procédure avec représentation obligatoire, les parties sont tenues de *constituer avoué* (1). L'appel est formé par voie de *déclaration* (2) et *l'intimé* doit constituer avoué (3). La *saisine de la cour* est automatique (4).

##### **1°) - La constitution d'avoué par l'appelant**

Si le choix de la personne appelée à représenter une partie est par principe libre, l'**article 899** impose, devant la cour d'appel, que cette personne ait la qualité d'avoué. Seul un avoué exerçant près la cour d'appel compétente pour connaître de l'affaire peut représenter les parties. L'avoué est un officier ministériel, titulaire de son office.

La constitution d'avoué emporte mandat de représentation en justice (article 411). L'avoué reçoit ainsi pouvoir et devoir d'accomplir pour son mandant et en son nom les actes de la procédure. On parle alors de mandat ad litem. Le mandat de représentation emporte en outre mission d'assistance, c'est-à-dire le pouvoir et le devoir de conseiller le mandant et de présenter sa défense. L'avoué est dispensé de justifier du mandat qu'il a reçu de son mandant mais la

présomption ainsi établie de l'existence même du mandat de représentation peut être combattue par la preuve contraire.

Le mandat de représentation emporte à l'égard du juge et de la partie adverse pouvoir spécial de faire ou accepter un désistement, d'acquiescer, de faire accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement (**article 417**). La Cour de cassation juge qu'il s'agit là d'une règle de fond, non susceptible de preuve contraire, dont il découle qu'un acquiescement donné par le représentant ad litem engage irrévocablement le mandant.

Par ailleurs, si une partie peut révoquer son avoué, c'est à la condition de pouvoir immédiatement à son remplacement, faute de quoi son adversaire serait fondé à poursuivre la procédure jusqu'à la décision de la cour en continuant à ne connaître que l'avoué révoqué (**article 418**). Inversement, un avoué ayant décidé de se démettre de son mandat n'en est effectivement déchargé d'une part qu'après avoir informé son mandant, le juge et la partie adverse de son intention, et d'autre part seulement à compter du jour où il est remplacé par un nouvel avoué (**article 419**).

La constitution d'avoué emporte par ailleurs élection de domicile (article 899).

## 2° - La déclaration d'appel

La déclaration est l'acte par lequel est formé l'appel. Elle doit contenir *certaines mentions* (a) et est *remise au greffe de la cour* (b).

### a) Le contenu de la déclaration d'appel

Elle doit contenir, à peine de nullité, un certain nombre d'indications prévues par l'**article 901** :

#### - La désignation de l'appelant

**Si l'appelant est une personne physique** : ses nom, prénom, domicile réel, nationalité, date et lieu de naissance.

A cet égard il est fréquent que l'appelant, condamné en première instance avec exécution provisoire, qui a déménagé entre-temps, n'indique pas sa nouvelle adresse dans l'acte d'appel dans le but d'échapper à une saisie de ses biens, se contentant de mentionner son **ancienne adresse** : la jurisprudence, assez sévère sur ce point, considère qu'il s'agit d'une nullité pour vice de forme constitutive d'un grief consistant à empêcher l'exécution du jugement de première instance (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 juin 2001 : D. 2001, p. 2175, note Nathalie Fricéro ; D. 2001, p. 3075, note D. Cholet ; JCP 2001, IV, n° 2488).

Cette nullité est susceptible de régularisation (qui consistera pour l'appelant par exemple à fournir la nouvelle adresse). La question se pose alors de savoir si cette régularisation d'une nullité pour vice de forme doit intervenir *avant* l'expiration du délai d'appel (conformément à

l'article 115 NCPC qui dispose que « *la nullité est couverte par la régularisation ultérieure de l'acte si aucune forclusion n'est intervenue et si la régularisation ne laisse subsister aucun grief* » (en ce sens : CA Paris 25° ch. A, ord. CME 2 mars 2006 : Bull. Avoués Paris 2006, p. 6) ou si elle peut encore intervenir *après* l'expiration du délai d'appel comme semble le juger une partie de la jurisprudence (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 juin 2003 : Bull. civ. II, n°182).

**Si c'est une personne morale** : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement.

Ici, la jurisprudence est assez bienveillante.

On rappelle qu'une erreur sur la mention de l'organe représentant la personne morale (par exemple, on indique que la S.A. est représentée par son *gérant*) constitue une simple irrégularité *de forme* qui ne peut entraîner la nullité que s'il existe un grief (ce qui sera rare). La formule usuelle selon laquelle une société fait appel « *déclarant agir poursuites et diligences de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège social* » a été jugée irrégulière mais valable, en l'absence de grief, le représentant étant facilement identifiable (Cass. Ch. Mixte, 22 fév. 2002 : D. 2002, p. 2083, note J.B. Racine ; D. 2002, Inf. rap., p. 1009 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 avril 2002 : AJDI 2002, p. 550). L'appel fait par une société sous son nom commercial (*Tout pour le bateau*), au lieu de sa raison sociale (*Société du Ponant*), ne constitue qu'un vice de forme qui ne peut entraîner la nullité en l'absence de grief (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 mai 2007 : D. 2007, p. 1 735).

Il est assez fréquent que l'appel soit interjeté par une société en Liquidation Judiciaire et que l'appel ait été fait par l'ancien gérant ou l'ancien président, dessaisi et privé de tout pouvoir : l'appel est alors nul, il s'agit d'une nullité pour vice de fond. L'appel peut-il être « régularisé » par l'intervention volontaire devant la cour du Liquidateur (qui déposerait des conclusions reprenant la procédure d'appel) ? Selon une partie de la jurisprudence (qui procède par référence à l'article 126 al. 2 pour la régularisation des fins de non-recevoir tant qu'une forclusion n'est pas intervenue), il n'est plus possible de régulariser cette nullité pour vice de fond après l'expiration du délai d'appel (Paris 7 oct. 2003 : D. 2003, p. 2 768 ; Cass. com. 10 déc. 2003 : D. 2004, p. 142).

S'agissant de la désignation exacte de l'appelant, il a été jugé que si le jugement avait condamné AXA COURAGE MUTUELLE et que l'appel a été interjeté par AXA France IARD (holding), l'appel est irrecevable, la régularisation n'étant pas intervenue dans le délai d'appel (CA Paris, 17° ch. An ord. CME 5 avril 2006 : Bull. av. Paris 2006, p. 10).

#### - La désignation de l'intimé

Les nom, prénom et domicile de l'intimé s'il s'agit d'une personne physique ; sa dénomination et son siège social s'il s'agit d'une personne morale. A cet égard, selon l'article 535 la partie à laquelle est notifié un recours est réputée, pour cette notification, demeurer à l'adresse qu'elle a indiquée dans la notification du jugement

La Cour de cassation se montre assez libérale sur ce point en ce moment. L'erreur manifeste dans la désignation de l'intimé n'est pas toujours de nature à entraîner l'irrecevabilité définitive de l'appel (Ass. Plén. 6 déc. 2004 : D. 2005, inf. rap., p. 11, JCP 2005, IV, n° 1 145 ; RTDCiv. 2005, p. 185, obs. Perrot). La qualité en laquelle l'intimé est désigné dans la déclaration d'appel peut faire l'objet d'une rectification s'il y a un motif légitime d'erreur, provenant d'une ambiguïté née de la rédaction d'un acte de procédure en première instance. La Cour de cassation a même jugé que cette régularisation était encore possible « même après l'expiration du délai d'appel », une solution condamnée par M. Perrot (Cass. 2<sup>ème</sup> civ. , 12 juin 2003 : RTDCiv. 2004, p. 141). De même, la désignation de l'intimé dans la déclaration d'appel par une dénomination constituant en réalité une enseigne sous laquelle cette partie exerce son activité est *un vice de forme* qui ne peut entraîner la nullité de l'acte en l'absence d'un grief (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 24 mai 2007 : D. 2007, p. 1 735).

Cependant, la règle reste que l'appel ne peut être dirigé que contre ceux qui ont été parties en première instance : ainsi, si l'appelant a dirigé son appel à l'encontre de « *la société Nationale Suisse Courtagé* », et non contre « *la société National Suisse Assurances* », alors qu'il n'existait aucune ambiguïté sur la personne visée par la procédure, sa déclaration d'appel sera nulle et son appel irrecevable (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 4 oct. 2007, pourvoi n°08-16879).

On en retire l'impression que, s'agissant de la désignation de l'intimé dans la déclaration d'appel, la jurisprudence semble se montrer moins exigeante mais à la condition que les circonstances de la procédure justifient ou expliquent l'imprécision de la désignation de l'intimé par l'appelant.

#### - La constitution de l'avoué de l'appelant

L'appelant doit avoir constitué un avoué en exercice et exerçant près la cour compétente.

La déclaration d'appel doit être signée par l'avoué constitué. Des expérimentations d'appel par voie électronique sont en cours.

#### - L'objet de la demande

Il s'agit d'une nouvelle exigence, posée par le décret du 28 décembre 2005. Une formule passe-partout telle que : « l'appel tend à l'annulation ou à l'infirmité ou à tout le moins à la réformation de la décision déférée à la cour » devrait être suffisante.

La déclaration d'appel mentionne le jugement frappé d'appel. En cas d'imprécision, la nullité de l'appel serait encourue (V. par exemple, CA Paris 22 oct. 2007 : D. 2008, p. 28, pour une déclaration d'appel imprécise alors que 40 ordonnances avaient été rendues le même jour : nullité de l'appel).

#### - Une copie de la décision attaquée



C'est une exigence formulée par le décret du 20 août 2004, applicable au 1<sup>er</sup> janvier 2005. Cette obligation permet d'éviter des incertitudes, notamment lorsque plusieurs décisions ont été rendues entre les mêmes parties.

- L'indication de la cour compétente

Il peut être suppléé à l'omission de la cour compétente par la mention de la constitution d'un avoué près ladite cour d'appel. En revanche, l'indication d'une cour incompétente constitue une nullité d'ordre public.

- Les mentions facultatives

La déclaration d'appel peut également mentionner ceux des chefs du jugement auxquels l'appel est limité (appel limité). En ce cas, le recours ne défère à la connaissance de la cour d'appel que les chefs explicitement attaqués et ceux qui en dépendent (**article 562 al. 1** : effet dévolutif de l'appel). En l'absence de précision, l'appel est général.

b) La remise de la déclaration d'appel au greffe de la cour

La déclaration d'appel doit être remise au greffe de la cour en autant d'exemplaires qu'il y a d'intimés plus deux (**article 902**). A cet égard, on a vu que la jurisprudence considère pour l'instant que l'envoi par télécopie au greffe de la cour ne constitue pas « la remise » de cet acte au sens de l'article 902 et qu'il est donc inefficace : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 juin 1995 : JCP 1995, II, 22512 ; *contra* : CA Douai, 26 janv. 2000 : D. 2000, Inf. rap. p. 87 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 28 fév. 2006 : D. 2006, p. 880 (mais le Conseil d'Etat a, de son côté, admis un recours par courrier électronique : CE 28 déc. 2001, D. 2002, p. 2008).

La déclaration d'appel vaut demande de mise au rôle : l'enrôlement de l'affaire se fera automatiquement, il n'y a pas de formalité supplémentaire de « placement ».

La remise de la déclaration au greffe doit intervenir avant l'expiration du délai d'appel. Il existe à Paris un système d'une boîte aux lettres avec horodateur, permettant aux avoués d'aller au Palais de Justice et de déposer au greffe de la cour un appel même passée l'heure de fermeture du greffe : il suffit que l'acte soit déposé le dernier jour avant 24 heures ...

Le greffe adresse ensuite, par lettre simple, à chacun des intimés un exemplaire de la déclaration d'appel avec l'indication de l'obligation de constituer avoué (**article 903**). Si cet exemplaire lui est renvoyé par la Poste (« *n'habite pas à l'adresse indiquée* » ...), le greffier le transmet aussitôt à l'avoué de l'appelant afin que celui-ci procède à l'assignation de l'intimé selon la procédure prévue à l'**article 908** ; dans la pratique, cette assignation n'aura lieu le plus souvent que lorsque des conclusions auront été établies ; certains avoués tiennent d'ailleurs à prévenir de l'appel l'avocat qui représentait ou assistait en première instance l'intimé, afin que cet avocat puisse inviter son client à constituer avoué.

### 3°) - La constitution d'avoué par l'intimé

On examinera *les formalités* de la constitution (a) et *l'assignation* en cas de non-constitution par l'intimé (b).

#### a) Les formalités de constitution de l'avoué

L'**article 903 al. 1** fait obligation à l'intimé de constituer avoué, sans impartir de délai particulier.

La constitution d'avoué de l'intimé doit être notifiée à l'appelant et à toutes les autres parties par voie de notification d'avoué à avoué (article 960 al. 1). Le plus souvent, elle est effectuée par l'intermédiaire des huissiers-audienciers.

Cette notification doit comporter les éléments d'identification de l'intimé mentionnés à l'**article 960 al. 2**, sans quoi les conclusions ultérieurement notifiées par l'intimé ne seraient pas recevables (article 961) : c'est un moyen de défense qui peut se révéler très utile, auquel les appelants ne pensent pas assez souvent (par exemple, l'intimé n'a pas indiqué dans sa constitution sa profession, ses date et lieu de naissance, son domicile ...).

Cette **irrecevabilité temporaire des conclusions de l'intimé** a été jugée compatible avec l'art. 6-1 CEDH sur le droit à l'accès au juge (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 oct. 2004 : Gaz. Pal. 2004, 2, somm. p. 3 893).

Une copie de l'acte de constitution est remise au greffe (article 904).

#### b) La procédure sur assignation en cas de non-constitution d'avoué par l'intimé

##### L'assignation

L'**article 908** prévoit, dans l'hypothèse où l'intimé n'a pas constitué avoué au vu de la lettre adressée par le greffe en vertu de l'article 903, son assignation par l'appelant, laquelle s'opère par la signification par huissier de la déclaration d'appel.

Cette assignation doit indiquer, à peine de nullité, que faute pour l'intimé de constituer avoué dans le délai de 15 jours, il s'expose à ce qu'un arrêt soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire (**article 908 al. 2**).

Il est procédé de la même façon lorsque l'exemplaire de la déclaration d'appel adressé par le greffe lui est retourné par la Poste.

##### Les conséquences de la délivrance de l'assignation sur la qualification de l'arrêt

**Il y a arrêt contradictoire** si l'intimé a constitué avoué. La voie de recours est le pourvoi en cassation.

**Il y a arrêt réputé contradictoire** si l'intimé n'a pas constitué avoué mais qu'il a quand même été cité à personne. La voie de recours est le pourvoi en cassation.

**Il y a arrêt par défaut** si l'intimé n'a pas constitué avoué et s'il n'a pas été cité à personne. La voie de recours sera l'opposition.

**En cas de pluralité d'intimés**, lorsque l'un au moins des intimés non comparants n'a pas été cité à personne, l'arrêt est rendu par défaut (nouvel **art. 474, a. 2**). La voie de recours est alors *l'opposition* pour le défaillant et *le pourvoi en cassation* pour les autres, ce qui conduira le gagnant en appel à notifier l'arrêt d'abord à la partie défaillante puis, dans un second temps, aux autres parties en leur précisant la date d'expiration du délai d'opposition, car en vertu de l'**article 613** le délai de pourvoi ne court, à l'égard des décisions par défaut, qu'à compter du jour où l'opposition n'est plus recevable.

#### 4°) - La saisine de la cour d'appel

Depuis le décret du 20 août 2004, la déclaration d'appel, accompagnée d'une copie de la décision attaquée, « **vaut demande d'inscription au rôle** » (**art. 901 in fine**). La cour d'appel est saisie par la remise de la déclaration d'appel.

### B - L'instruction

La procédure suivie devant la cour d'appel est exclusivement écrite et contradictoire. L'avoué est obligatoire, l'avocat ne l'est pas. Si l'avoué de l'appelant se désiste simplement de l'appel par une déclaration orale à l'audience, la cour d'appel ne peut pas constater l'extinction de l'instance : il faut des conclusions écrites (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 juin 1998 : JCP 1998, IV, n° 2 647).

On examinera *le rôle des parties* (1) et *le rôle du juge* (2).

#### 1°) - Le rôle des parties

Les parties à l'instance d'appel doivent se faire connaître en temps utile leurs prétentions respectives, les moyens qui en sont le soutien ainsi que les preuves et les pièces qui les appuient. Depuis le décret du 28 décembre 2005, en cas d'inexécution d'un jugement exécutoire, l'intimé peut demander la radiation de l'affaire. On examinera successivement *les conclusions* (a), *la communication des pièces* (b) et *la radiation pour inexécution du jugement par l'appelant* (c).

##### a) Les conclusions

### Notification des conclusions

Elles doivent être notifiées à l'avoué de la partie adverse (article 909). Elles doivent être signées par l'avoué constitué (article 961).

La notification d'avoué à avoué s'effectue dans les mêmes conditions que la notification d'avocat à avocat : soit par notification directe (remise de l'acte en double exemplaire à l'avoué destinataire, lequel restitue aussitôt à son confrère un des exemplaires après l'avoir daté et visé, article 673), soit par signification par les huissiers-audienciers (remise d'une copie de l'acte par l'huissier à l'avoué destinataire, article 672).

En cas de pluralité de parties, les conclusions doivent être notifiées à tous les avoués constitués (article 909), comme devant le TGI.

Copie des conclusions est ensuite remise au greffe avec la justification de leur notification (article 909 al. 2). La remise au greffe est constatée par la mention de la date de remise et le visa du greffier sur la copie ainsi que sur l'original qui est immédiatement restitué au concluant, comme au TGI.

### Contenu des conclusions

Selon l'**article 954 al. 1**, « *Les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune des prétentions est fondée. Elles comprennent en outre l'indication des pièces invoquées. A cet effet, un bordereau récapitulatif leur est annexé* ».

Les conclusions doivent donc formuler les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit de chacune des prétentions.

La jurisprudence déduit de l'article 954 al. 1<sup>er</sup> une règle très importante, à savoir qu'en l'absence de toute conclusion de l'appelant la cour d'appel n'est saisie d'aucun moyen d'appel et qu'elle ne peut donc que rejeter l'appel, c'est-à-dire confirmer le jugement (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 9 mai 1985 : Bull. civ. II, n° 92). C'est une situation qui se présente assez souvent.

Un bordereau récapitulatif des pièces communiquées est annexé aux conclusions (en pratique, on y fait figurer aussi les communications de première instance).

### Irrecevabilité des conclusions de l'appelant ou de l'intimé n'ayant pas fourni ses éléments d'identification

On a vu précédemment que, en application de l'**article 961**, les conclusions de *l'intimé* ne sont pas recevables tant qu'il n'a pas fourni ses éléments d'identification mentionnés à l'**article 960 al. 2**.

La même sanction (**article 961**) est applicable pour les conclusions de *l'appelant* qui n'aurait pas fourni ses éléments d'identification (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 mars 2005 : JCP 2005, IV, n° 1 883, en matière de changement de domicile).

C'est un moyen de défense qui peut se révéler très utile, auquel les parties ne pensent pas assez souvent (par exemple, l'intimé n'a pas indiqué dans sa constitution, ou l'appelant n'a pas indiqué dans sa déclaration d'appel, sa profession, ses date et lieu de naissance, son domicile : CA Paris, 8<sup>o</sup> ch. A, 26 janvier 2006 : Bull. Av. Paris 2006, p. 14 (conclusions déclarées irrecevables, par voie de conséquence appel non régulièrement soutenu et confirmation du jugement ...).

On remarque que l'intimé, en présence d'une déclaration d'appel incomplète, peut soit en soulever *la nullité* (mais un grief sera nécessaire) soit soulever *l'irrecevabilité* des conclusions postérieures de l'appelant (un grief ne sera pas nécessaire).

#### Conclusions récapitulatives

On retrouve devant la cour la règle des conclusions récapitulatives devant le tribunal de grande instance : **article 954, al. 2** : « *Les parties doivent reprendre dans leur dernières écritures les prétentions et moyens précédemment présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures. A défaut, elles sont réputées les avoir abandonnées et la cour ne statue que sur les dernières conclusions déposées* ».

On renvoie à ce sujet aux développements devant le TGI.

#### Conclusions d'infirmerie (appelant)

On vient de voir (supra) que l'appelant doit conclure devant la cour : en l'absence de toute conclusion de l'appelant la cour d'appel n'est saisie d'aucun moyen d'appel et elle ne peut donc que rejeter l'appel et confirmer le jugement (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 9 mai 1985 : Bull. civ. II, n° 92).

La partie qui conclut à l'infirmerie du jugement (ou à sa réformation) doit expressément énoncer les moyens qu'elle invoque sans pouvoir procéder par voie de référence à ses conclusions de première instance (**art. 954, al. 3**). L'appelant ne peut pas conclure par simple voie de référence à ses conclusions de première instance.

Il en résulte qu'une cour d'appel n'est pas tenue de répondre aux conclusions de première instance auxquelles il est simplement fait référence dans les conclusions d'appel, qu'elle peut à bon droit juger que l'appelant ne l'ayant saisie d'aucun moyen ne conteste pas la condamnation prononcée à son encontre par les premiers juges et qu'il y a lieu à confirmation du jugement.

#### Conclusions de confirmation (intimé)

S'agissant des conclusions de confirmation du jugement attaqué, l'**article 954, al. 4** établit une présomption d'adoption des motifs de la décision de première instance par la partie se bornant à demander une telle confirmation sans énoncer de nouveaux moyens.

Il en résulte qu'en présence de conclusions de défense tendant à la confirmation du jugement, l'intimé est réputé s'approprier les moyens retenus par le jugement y compris ceux soulevés d'office par le tribunal.

Si de telles conclusions présentent un avantage de commodité, l'intimé se prive toutefois du droit d'invoquer les moyens qu'il avait soulevés en première instance et qui ont été rejetés par le jugement ou n'ont pas été repris.

Autrement dit, l'intimé fait ainsi pleinement sien le raisonnement du juge de première instance, y compris en ce qui pourrait le desservir.

L'intimé n'échappe à cette présomption d'adoption des motifs du jugement déféré et de renonciation aux moyens délaissés ou ignorés par la juridiction de premier degré qu'en formulant de manière expresse dans ses conclusions d'appel les moyens qu'il entend faire valoir à l'appui de sa demande en confirmation de la décision attaquée, que ceux-ci soient nouveaux ou qu'ils aient été déjà formulés dans les écritures prises devant les premiers juges.

Il est donc conseillé de déposer des conclusions complètes devant la cour, même s'il s'agit de demander la confirmation du jugement.

Si l'intimé, après avoir constitué avoué, ne conclut pas devant la cour, il est néanmoins statué sur le fond et le juge ne fait droit aux prétentions et moyens de l'appelant que dans la mesure où il les estime réguliers, recevables et bien fondés (art. 472, al. 2).

#### Délai de dépôt des conclusions de l'appelant      **(article 915)**

En vertu de l'**article 915, al. 1<sup>er</sup>**, l'avoué de l'appelant doit déposer au greffe ses conclusions (après les avoir notifiées) dans les 4 mois de la déclaration d'appel, à moins que le conseiller de la mise en état ne lui ait imparti un délai plus court (ceci arrive assez souvent en cas d'appel en matière de divorce et de pension, appel en matière de référé, appel des décisions du JEX, appel de la procédure collective, appel des décisions du JAF...).

En cas de pluralité d'appelants, chaque partie doit veiller, devant certaines Cours d'appel, à conclure dans le délai de quatre mois, à peine de radiation et de perte de l'effet suspensif.

Toutefois, si les appels sont joints avant l'expiration du délai et que l'un des appelants a conclu dans le délai, certaines cours d'appel admettent que le délai a été valablement interrompu à l'égard de toutes les parties.

Par conclusions, il convient d'entendre toutes écritures répondant aux exigences de l'article 954, de sorte que ne remplissent pas cette condition de simples conclusions banales, telles celles

sollicitant un complément d'expertise, une demande aux fins d'injonction de communication de pièces ou un sursis à statuer.

En cas de méconnaissance de ce délai, l'article 915 prévoit 3 conséquences :

1<sup>ère</sup> conséquence : la radiation du rôle

A défaut de dépôt au greffe des conclusions dans le délai de 4 mois ou celui, plus bref, fixé par le conseiller de la mise en état (CME), l'affaire doit être radiée du rôle (**article 915, al. 2**) par le CME. L'ordonnance du CME est une simple mesure d'administration judiciaire, non susceptible de recours. En pratique, les radiations interviennent en général 5-6 jours après l'expiration du délai. Tant que la radiation n'est pas intervenue, l'appelant peut encore conclure (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 juin 2004 : JCP 2004, IV, n° 2 599).

2<sup>ème</sup> conséquence : la perte de l'effet suspensif de l'appel

La radiation emporte suppression de l'effet suspensif dont l'appel est en principe assorti. Autrement dit, le jugement devient assorti de l'exécution provisoire de droit (**sauf** s'il s'agit d'un domaine où l'exécution provisoire de droit est interdite : par exemple, s'il s'agit de la rupture du lien conjugal).

Bien entendu, si le jugement était déjà assorti d'une exécution provisoire **de droit** cela ne changera rien.

Si le jugement était déjà assorti d'une exécution provisoire **ordonnée**, l'appelant pourra un peu moins facilement demander l'arrêt de l'exécution provisoire, puisque l'exécution provisoire ordonnée deviendra une exécution provisoire de droit.

3<sup>ème</sup> conséquence : le rétablissement de l'affaire

**Si l'appelant conclut le premier après la radiation de l'affaire** (il demande le rétablissement de l'affaire et dépose des conclusions), ses conclusions seront recevables. Toutefois, la perte de l'effet suspensif de l'appel demeure. L'intimé peut de son côté conclure, communiquer de nouvelles pièces.

**Si c'est l'intimé qui demande le rétablissement et conclut le premier**, il a le choix entre deux attitudes :

- Il peut user de la faculté que lui réserve l'**article 915, al. 3** en demandant que la clôture de l'instruction soit ordonnée et que l'affaire soit renvoyée à l'audience pour être jugée au vu des écritures de première instance des deux parties. Il faut que l'intimé demande le renvoi de l'affaire à l'audience pour être jugée (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 juin 2004 : RTDCiv. 2004, p. 557, obs. Perrot). En ce cas, le juge ne peut que faire droit à cette demande de renvoi à l'audience, aucune pièce, aucune conclusion ne pouvant être alors

valablement déposée et l'affaire devant être jugée au seul vu des écritures de première instance. La cour jugera à nouveau l'affaire, dans l'état des écritures de première instance, et aura le pouvoir de modifier la décision des premiers juges s'il y a lieu.

Comme on le voit, tout dépend de la rapidité à réagir : si c'est l'appelant qui conclut le premier, ses conclusions seront recevables (cf. supra) ; si c'est l'intimé qui conclut le premier, il pourra exiger que l'affaire soit jugée au seul vu des écritures de première instance. On peut dire que « *c'est le prix de la course !* ».

- **Il peut préférer conclure au fond, ou se borner à demander la confirmation du jugement** : en ce cas, la procédure reprend normalement son cours et les parties sont recevables à produire de nouvelles conclusions, communiquer de nouvelles pièces ou solliciter des mesures d'instruction.

Le choix de l'intimé, lorsque celui-ci prend l'initiative du rétablissement, de demander ou non le jugement de l'appel sur les seules écritures de première instance dépend largement du contenu de ses propres écritures devant le tribunal et de l'intérêt que peut présenter, pour lui, l'impossibilité de conclure dans laquelle l'appelant pourrait se trouver placé.

En cas de rétablissement le même jour par l'appelant et l'intimé, la jurisprudence donne la préférence à l'appelant qui pourra conclure sur le fond.

#### b) La communication des pièces

Une re-communication des pièces versées aux débats en première instance n'est pas exigée en cause d'appel, mais toute partie peut cependant l'exiger (**article 132, al. 3**).

Les nouvelles pièces doivent, bien évidemment, être communiquées à tous les avoués constitués (article 909, al. 1<sup>er</sup>). Un bordereau établi par l'avoué est joint aux conclusions ; en pratique, on y fait souvent figurer la liste des pièces communiquées en première instance. Le magistrat de la mise en état peut demander la remise en copie des pièces visées dans le bordereau ou se faire communiquer l'original.

Si l'appelant n'a communiqué aucune pièce devant la cour, malgré la Sommutation qu'il a reçue de produire les pièces communiquées en première instance, la cour d'appel décide à bon droit que, en raison de l'effet dévolutif de l'appel, les prétentions de l'appelant ne peuvent qu'être rejetées par la cour d'appel (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 mai 2004 : JCP 2004, IV, n° 2 476). Autrement dit, si l'appelant ne conclut pas devant la cour (cf. supra), ou s'il ne communique pas ses pièces malgré une demande adverse de communication, ses demandes seront rejetées par la cour et le jugement sera confirmé.



a) la radiation de l'affaire en cas de non-exécution, par l'appelant, du jugement exécutoire (art. 526)

En vertu du nouvel **article 526** institué par le décret du 28 décembre 2005 à l'image de l'art. 1009-1, en cas d'appel le 1<sup>er</sup> Président ou le CME dès sa désignation peut, à la demande de l'intimé qui peut le saisir à tout moment de l'instruction, décider la radiation du rôle lorsque l'appelant ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée d'appel ou avoir procédé à la consignation autorisée, à moins que l'exécution lui paraisse de nature à entraîner **des conséquences manifestement excessives** ou que l'appelant soit **dans l'impossibilité d'exécuter la décision attaquée** (plaideur démuné, par ex.). La réinscription de l'affaire au rôle sera autorisée par le 1<sup>er</sup> Président ou le CME sur justification de l'exécution, et encore à condition que la péremption d'instance ne soit pas constatée.

Cet article 526 pose diverses difficultés.

**1. - Quand y a-t-il conséquences manifestement excessives ou impossibilité d'exécuter ?**

En effet, l'appelant peut échapper à la radiation du rôle s'il justifie soit d'un risque de conséquences manifestement excessives, soit de l'impossibilité d'exécuter la décision.

Des ordonnances ont ainsi refusé de prononcer la radiation de l'appel dans les circonstances suivantes :

- difficultés financières de l'appelant (par exemple justifiées par une attestation d'un expert-comptable : CME Paris, 4<sup>o</sup> ch. B, 17 nov. 2006)
- absence de comportement dilatoire de l'appelant
- audience de plaidoirie déjà fixée à une date proche
- efforts de l'appelant pour conclure au fond rapidement et exécuter partiellement le jugement
- présentation tardive par l'intimé de sa demande de radiation

**2. – Comment se combine l'article 526 avec l'article 524 ?**

L'article 524 permet au débiteur condamné avec exécution provisoire de demander au 1<sup>er</sup> Président d'arrêter l'exécution provisoire notamment en cas de conséquences manifestement excessives. Evidemment, si l'exécution provisoire est arrêtée, l'appelant ne court plus le risque que l'intimé demande la radiation de l'appel : il n'y a alors plus de jugement exécutoire et donc plus d'obligation de l'exécuter. Et corrélativement l'intimé ne pourra plus reprocher à l'appelant de ne pas exécuter le jugement.

En pratique, la gravité de la menace contenue dans l'article 526 pousse souvent l'appelant à saisir systématiquement en premier lieu le 1<sup>er</sup> Président d'une demande d'arrêt de l'exécution provisoire fondée sur l'article 524 NCPC :

- a. *en cas de succès*, il sera à l'abri
- b. *mais en cas d'échec*, la partie deviendra difficile : si en effet le 1<sup>er</sup> Président a refusé d'arrêter l'exécution provisoire au motif qu'il n'y a pas de risque de conséquences manifestement excessives, comment espérer que le 1<sup>er</sup> Président ou le CME constatera quelques semaines plus tard l'existence de conséquences manifestement excessives ?

L'appelant pourra en ce cas tenter de plaider qu'il serait excessif de le priver du droit de faire appel, au regard du droit à l'accès à un juge et du droit à un procès équitable garantis par l'article 6-1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CEDH). Des ordonnances ont été rendues en ce sens.

### **3. - Comment apprécier l'inexécution du jugement en cas de pluralité de parties ?**

Les premières décisions retiennent les solutions suivantes :

- D) la demande de radiation est rejetée s'il existe un appel incident ou provoqué, pour raison de bonne administration de la justice
- E) il en est de même en cas de procédures jointes ou de connexité
- F) en cas de pluralité de débiteurs, l'inexécution de la condamnation doit être imputable à l'appelant ; en cas de condamnation solidaire, le paiement fait par l'un des débiteurs, même non appelant, suffit.

### **4. - L'application de l'article 526 ne présente-t-elle pas des inconvénients pour l'intimé ?**

L'intimé doit en effet réfléchir avant de mettre en œuvre cette procédure : en effet, si l'affaire est radiée, lui-même ne pourrait obtenir la réinscription tant que l'exécution du jugement n'aura pas eu lieu : il ne pourra pas non plus faire d'appel incident, de demande nouvelle, ni peut-être obtenir la liquidation de l'astreinte, et il ne pourra pas obtenir de titre définitif avant l'expiration du délai de péremption !

En fait, une application systématique de l'article 526 risque d'entraîner la radiation d'un nombre considérable d'appels, seules les parties qui seraient suffisamment riches pouvant effectivement profiter d'un double degré de juridiction.

### **2°) - L'instruction par le juge**

L'affaire est en principe instruite par *le conseiller de la mise en état* (a). Elle peut aussi faire l'objet d'un *renvoi à l'audience* (b). Dans un cas comme dans l'autre, *l'ordonnance de clôture* mettra fin à l'instruction (c).

- a) La mise en état par le conseiller de la mise en état (CME)

Le Premier Président distribue l'affaire à une chambre. Le Président de la chambre confie ensuite l'instruction de l'affaire à un magistrat de la chambre, le conseiller de la mise en état (CME).

### Les pouvoirs du CME

**Le CME dispose des attributions reconnues au JME devant le TGI (art. 910)** et figurant aux articles 753 à 787. Il peut ainsi :

Il peut ainsi :

- fixer les délais de l'instruction : à cet égard, le décret du 28 décembre 2005 prévoit que le JME ou le CME peut, avec l'accord des avoués, fixer un calendrier comportant le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats oraux et celle du prononcé du jugement ou de l'arrêt, les délais ainsi fixés ne pouvant être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée (**art. 764, al. 3**).
- statuer sur toutes les exceptions de procédure
- accorder au créancier une provision lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, ainsi qu'une provision ad litem (pour faire face aux frais du procès).
- ordonner d'autres mesures provisoires (par exemple, fixer provisoirement le montant d'un loyer), *à l'exception des saisies conservatoires, des nantissements conservatoires et des hypothèques conservatoires* (qui sont de la compétence exclusive du JEX et du Président du Tribunal de Commerce).
- ordonner, même d'office, toutes les mesures d'instruction (expertise, par exemple). Très souvent, c'est pour que des mesures d'instruction soient ordonnées qu'une affaire est envoyée au juge de la mise en état.
- statuer sur les incidents mettant fin à l'instance (par exemple, désistement, péremption ...). Comme le JME, il ne peut pas statuer sur les fins de non-recevoir : la prescription, l'autorité de la chose jugée ...
- Il peut statuer sur les dépens et l'article 700.

Ces décisions n'ont pas autorité de la chose jugée sur le principal. Un pourvoi en cassation n'est recevable qu'avec l'arrêt sur le fond.

**Mais un régime spécial** s'applique aux décisions du CME ayant statué sur une **exception de procédure** ou sur un **incident mettant fin à l'instance** (« petit bloc de compétence »). Ce régime spécial se caractérise par les points suivants :

- d'abord le CME a *compétence exclusive* : les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance ne pourraient pas être soulevés pour la première fois devant la cour d'appel au fond ;

- ensuite, le CME n'est jamais compétent pour connaître des exceptions de procédure et des incidents mettant fin à l'instance lorsque ceux-ci *concernent la première instance* (ils étaient de la compétence exclusive du JME !).

Ainsi pour deux défendeurs, assignés devant le TGI : ils s'étaient l'un et l'autre abstenus de comparaître et avaient été condamnés solidairement. Ils interjetèrent appel et, devant la cour, ils demandèrent au CME de déclarer que les assignations devant le tribunal leur avaient été signifiées dans des conditions irrégulières et que, en raison de la nullité de l'acte introductif d'instance, le jugement rendu dans ces conditions était lui-même entaché de nullité.

Entrait-il dans les pouvoirs du CME de statuer sur cette exception de nullité qui n'avait pas été soulevée en première instance ?

La Cour de cassation a très nettement répondu que non : « *le CME dont les attributions ne concernent que les exceptions de procédure et les incidents relatifs à l'instance d'appel, n'est pas compétent pour statuer sur une exception de procédure relative à la première instance* » (Cass. 2 avril 2007, avis : D. 2007, p. 1 208, note Avena-Robardet ; RTDciv. 2007, p. 639, obs. Perrot).

Le CME n'est pas juge d'appel : il est plus modestement un juge chargé exclusivement de suivre l'instruction des affaires pendantes devant la cour et dont les pouvoirs se limitent par conséquent aux seuls incidents relatifs à l'instance d'appel dont il a la charge. Il n'entre donc pas dans ses pouvoirs de porter une appréciation sur la régularité de l'acte introductif d'instance devant le premier juge, et encore moins de se prononcer sur la nullité du jugement qui pourrait en résulter.

En fait, lorsque l'affaire viendra au fond devant la formation collégiale de la cour, la nullité de l'assignation devant le premier juge pourra encore être débattue.

- enfin, le recours est alors *le déféré à la cour*, alors que normalement les décisions du CME ne peuvent être frappées que de pourvoi en cassation en même temps que l'arrêt sur le fond.

### **Le CME dispose de pouvoirs spécifiques :**

- Aux termes de l'**article 911**, il est compétent pour déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel. Il peut ainsi constater la forclusion, statuer sur la validité de la signification du jugement, sur le point de départ du délai d'appel, sur la nullité de l'acte d'appel. Le CME n'est pas exclusivement compétent : l'intimé peut préférer soumettre l'irrecevabilité de l'appel à la cour et la cour d'appel sera compétente.

➤ *Si le CME déclare l'appel irrecevable*, sa décision sera susceptible de déféré à la cour d'appel.

➤ *Si le CME déclare l'appel recevable*, sa décision ne sera pas susceptible de déféré (puisque'elle ne met pas fin à l'instance : Cass. Avis 2 avril 2007, Gaz. Pal. 15-17 avril 2007, p. 15) mais la cour d'appel pourra statuer sur la recevabilité de l'appel et sera libre de le déclarer recevable ou irrecevable

- G) Aux termes de l'**article 915**, il peut fixer à l'appelant un délai inférieur à 4 mois pour le dépôt de ses conclusions.
- H) Aux termes des **articles 525 et 525-1**, il peut ordonner l'exécution provisoire si elle n'a pas été ordonnée en première instance (si elle a été refusée, il faut en outre l'urgence).
- I) Aux termes de l'**article 526**, il peut aussi ordonner la radiation de l'affaire en cas de défaut d'exécution par l'appelant du jugement exécutoire.
- J) Enfin, aux termes de l'**article 912**, il peut suspendre l'exécution provisoire des jugements improprement qualifiés en dernier ressort.

Le CME ne peut toutefois pas trancher le fond, ni statuer sur les fins de non-recevoir (défaut d'intérêt ou de qualité, prescription, autorité de la chose jugée ..., mais il est compétent pour déclarer l'appel irrecevable), ni sur les incidents de procédure ne mettant pas fin à l'instance comme la récusation, la recevabilité des demandes additionnelles ou reconventionnelles ou en intervention.

### **L'autorité des ordonnances du CME**

On a vu que les ordonnances du CME qui statuent sur une exception de procédure ou sur un incident mettant fin à l'instance ont autorité de la chose jugée sur le principal : une fois définitives (en l'absence de déféré), elles s'imposent à la cour d'appel.

Les autres demandes, présentées sans succès devant le CME, n'ont pas autorité de la chose jugée sur le principal et peuvent être reprises devant la cour d'appel : une demande de communication de pièces rejetée par une ordonnance du CME peut être reprise devant la formation collégiale de la cour d'appel (Paris 3 mars 2003 : Bull. avoués Paris 2004, p. 99).

### **Les recours contre les ordonnances du CME (le déféré)**

Le recours auquel on pense est évidemment le pourvoi en cassation. **Les Ordonnances rendues par le CME peuvent-elles faire l'objet d'un pourvoi immédiat en cassation ?** La question est controversée. La Cour de cassation a affirmé récemment que les ordonnances du

CME, lorsqu'elles ne peuvent pas être déferées à la cour d'appel, ne sont susceptibles d'aucun recours, même en cas d'excès de pouvoir (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 18 sept. 2003 : D. 2003, inf. rap., p. 2 545). Pour une étude détaillée, D. Foussard, *Le pourvoi en cassation dans le domaine de la mise en état* : P.A. 26 déc. 2000, p. 3.

**Par exception, dans des cas limitativement énumérés à l'article 914, al.2, les ordonnances du CME peuvent être « déferées » à la cour d'appel :**

- lorsqu'elles ont trait à des mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps (par ex., réduction du montant de la pension alimentaire : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 oct. 2005 : D. 2005, inf. rap., p. 2 901)
- lorsqu'elles statuent sur des exceptions de procédure
- lorsqu'elles mettent fin à l'instance
- lorsqu'elles constatent son extinction. On y assimile les ordonnances du CME qui déclarent l'appel irrecevable.
- lorsqu'elles statuent sur un incident mettant fin à l'instance

Il y a un certain parallélisme des formes devant la cour avec ce qui est prévu à l'article 776 NCPC, excepté le fait que la décision du JME visée au 4<sup>o</sup> de l'article 776 (appel en matière de provision/absence de contestation sérieuse) n'est pas susceptible de déferé lorsqu'elle émane du CME.

Le déferé se fait au moyen d'une simple requête adressée à la cour d'appel (en pratique, les avoués doublent la requête de conclusions). Cette requête doit être formée dans un délai de 15 jours à compter de la date de l'ordonnance. Ce recours ne s'applique pas aux ordonnances portant simple radiation de l'affaire, l'instance n'étant alors que suspendue. La compatibilité du déferé avec l'art. 6-1 CEDH a donné lieu à beaucoup de discussions lorsque le CME statuait (sur la même question) successivement seul (audience du CME) puis en formation collégiale (cour d'appel) : l'arrêt de la cour d'appel était-il vraiment rendu par une « juridiction impartiale » ? La Cour de cassation n'a pas craint d'affirmer que oui (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 mai 1996 : D. 1996, somm. p. 356) mais cette solution a reçu tellement de critiques que dorénavant les cours d'appel veillent à ce que le CME ayant rendu l'ordonnance déferée ne siège pas dans la formation collégiale appelée à statuer.

#### b) Le renvoi à l'audience : la fixation prioritaire de l'affaire

L'**article 910, al. 2** prévoit la possibilité d'une procédure accélérée d'instruction de l'affaire si le Président de la chambre à laquelle elle a été distribuée estime que l'affaire présente un caractère d'urgence ou semble pouvoir être jugée à bref délai, ou lorsque l'appel est relatif à une ordonnance de référé ou à une ordonnance du JME ayant statué sur une exception de procédure ou sur un incident mettant fin à l'instance. Dans ces cas, le Président de la chambre fixe les jours et heures auxquels elle sera appelée. L'appelant a évidemment intérêt à donner ses conclusions et un bordereau de pièces dès la fixation de l'affaire. Devant certaines cours, il convient de présenter une requête au Président de la chambre.

Au jour dit, l'affaire ainsi fixée est évoquée à l'audience des causes, il est alors procédé conformément aux articles 760 à 762 (« **circuit court** » devant le TGI) :

*Soit le Président renvoie l'affaire à l'audience de plaidoirie* : s'il estime que l'affaire lui paraît prête à être jugée sur le fond, ou si l'intimé n'a pas constitué avoué, à moins qu'il n'ordonne la réassignation ; il déclare alors l'instruction close et fixe la date de l'audience qui peut être tenue le jour même.

*Soit le Président renvoie à une nouvelle conférence* s'il estime nécessaire que de nouvelles conclusions puissent être échangées, en fixant les délais nécessaires à la production des conclusions et le cas échéant à la communication des pièces.

Toutes les affaires que le Président ne renvoie pas à l'audience sont instruites selon la procédure de mise en état qui, en appel, est en fait le circuit de droit commun.

#### c) L'ordonnance de clôture de l'instruction

On transpose les règles applicables devant le TGI.

Cette ordonnance n'est pas motivée. Elle peut être rendue par le CME ou par le Président. L'ordonnance de clôture ne dessaisit pas le CME, qui reste compétent (par exemple, pour statuer sur une demande de révocation de l'ordonnance de clôture) jusqu'à l'ouverture des débats oraux ou jusqu'au jour fixé pour le dépôt du dossier de plaidoirie en cas d'arrêt sans débats oraux. A compter de l'ouverture des débats oraux, la cour d'appel devient seule compétente.

Une fois l'ordonnance de clôture rendue, les parties ne peuvent plus échanger aucune pièce ni conclusions, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office. Sont néanmoins encore recevables les conclusions qui tendent à la révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction, les conclusions qui se bornent à parfaire un compte (les derniers intérêts ou frais, conclusions « d'actualisation », à condition qu'il n'y ait pas de contestation sérieuse), les conclusions d'intervention volontaire, les conclusions après reprise d'instance et, selon la jurisprudence, les conclusions après réouverture des débats ordonnée par le Président.

L'ordonnance de clôture ne peut être révoquée que s'il se révèle une cause grave depuis qu'elle a été rendue. Certaines cours d'appel admettent la révocation si les parties sont d'accord pour la demander.

Le décret du 28 décembre 2005 a introduit, tant devant le TGI que devant la cour d'appel, le système de **l'ordonnance de clôture partielle**, pour les affaires qui concernent plus de deux parties.

Si l'un des avocats ou des avoués n'a pas accompli les actes de la procédure dans le délai imparti, le juge pourra ordonner la clôture à son égard, d'office ou à la demande d'une autre

partie. Il ne pourra rétracter cette ordonnance de clôture partielle qu'en cas de cause grave et dûment justifiée, ou pour permettre de répliquer à des demandes ou des moyens nouveaux présentés par une partie postérieurement à cette ordonnance (**art. 780**).

Ainsi, désormais le JME ou le CME peut rendre une ordonnance de clôture partielle vis-à-vis de la partie qui n'aura pas respecté les injonctions qui lui ont été données.

x

x x

Il ne faut pas confondre la clôture de l'instruction, qui comme son nom l'indique met fin à l'instruction, la radiation d'instance qui opère retrait d'une affaire du rang des affaires en cours pour sanctionner l'absence de diligences des parties (par exemple, absence de réponse aux injonctions du CME) et le retrait de rôle qui intervient à la demande des deux parties (par exemple, il y a des pourparlers en cours). Après la radiation ou le retrait de rôle, qui sont de simples mesures d'administration judiciaire, il convient de demander la réinscription de l'affaire au rôle par une lettre au Président (en cas de radiation, il faut en outre justifier de l'accomplissement des diligences dont l'absence avait entraîné la radiation) et de déposer des conclusions : l'affaire recevra un nouveau numéro de Répertoire Général. Toutefois, ni la radiation ni le retrait de rôle n'empêchent la péremption de jouer : une affaire radiée ou retirée du rôle depuis deux ans encourt la péremption d'instance.

## **§ 2 - La procédure sans représentation obligatoire**

On examinera *le domaine* (A) et *le déroulement* (B) de cette procédure.

### **A - Le domaine de la procédure sans représentation obligatoire**

En appel, le domaine de la procédure sans représentation obligatoire est encore plus limité qu'en première instance. Devant la cour, et à titre d'exemples non exhaustifs, la procédure sans représentation obligatoire s'applique :

- aux appels des décisions des tribunaux paritaires des baux ruraux
- aux instances prud'homales
- aux appels des décisions des juridictions de sécurité sociale en matière de contentieux général
- aux appels des décisions du juge de l'expropriation
- aux appels des ordonnances de taxe
- aux appels des décisions rendues en matière de contestation d'honoraires d'avocat



- aux appels contre les décisions rendues en matière d'abandon d'enfant (article 1163)

### **B - Le déroulement de la procédure sans représentation obligatoire**

L'appel est formé par une déclaration que la partie ou son mandataire (par exemple, son avocat) fait ou adresse par pli recommandé au greffe de la cour, accompagnée d'une copie de la décision attaquée.

La déclaration indique les nom, prénom, domicile de l'appelant, nom et adresse des parties contre lesquelles l'appel est dirigé et le jugement dont il est fait appel. De manière facultative, le nom et l'adresse du représentant de l'appelant devant la cour peuvent être précisés. Y est jointe une copie du jugement attaqué.

Une fois la déclaration d'appel effectuée, le greffier avise par lettre simple la partie adverse de l'appel. Dans le même temps, il est transmis par le greffe du tribunal au greffe de la cour d'appel le dossier de l'affaire avec une copie de la déclaration d'appel.

Le greffier de la cour d'appel convoque les parties à l'audience par LRAR et adresse le même jour par lettre simple une copie de cette convocation. La convocation vaut citation à l'audience.

Le Président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée par le Premier Président désigne un magistrat instructeur.

Le magistrat instructeur peut entendre les parties. Il peut constater la conciliation même partielle des parties.

Il peut inviter les parties à fournir les explications qu'il estime nécessaires à la solution du litige et les mettre en demeure de produire des documents. Il tranche les difficultés relatives à la communication des pièces.

Il peut ordonner, même d'office, des mesures d'instruction.

Il constate l'extinction de l'instance.

Les conclusions ne sont pas obligatoires, puisqu'il s'agit d'une procédure orale, mais les magistrats instructeurs ont tendance, surtout en présence d'avocats, à établir un petit calendrier de la procédure, en fixant des dates-limite pour la communication des pièces et l'échange des conclusions. L'article 915 n'est pas applicable.

Du fait du caractère oral de la procédure, on se heurte à diverses difficultés, identiques à celles rencontrées en première instance : on hésite sur le sort des conclusions et pièces communiquées au dernier moment, on hésite sur la priorité à accorder aux conclusions qui sont déposées avant l'audience par rapport à celles qui sont soutenues à l'audience. La problématique et les

solutions sont les mêmes que ce qui a déjà été rencontré au niveau des procédures orales en première instance (cf. supra).

### **§ 3 - Les procédures particulières**

Les procédures particulières se déroulent devant le Premier Président : il s'agit de *l'appel à jour fixe* (A), des *ordonnances sur requête* (B) et des *ordonnances de référé* (C).

#### **A - L'appel à jour fixe**

Une fois la déclaration d'appel effectuée, le greffier avise par lettre simple la partie adverse de l'appel. Dans le même temps, il est transmis par le greffe du tribunal au greffe de la cour d'appel le dossier de l'affaire avec une copie de la déclaration d'appel.

Le greffier de la cour d'appel convoque les parties à l'audience par LRAR et adresse le même jour par lettre simple une copie de cette convocation. La convocation vaut citation à l'audience.

Le Président de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée par le Premier Président désigne un magistrat instructeur.

Le magistrat instructeur peut entendre les parties. Il peut constater la conciliation même partielle des parties.

Il peut inviter les parties à fournir les explications qu'il estime nécessaires à la solution du litige et les mettre en demeure de produire des documents. Il tranche les difficultés relatives à la communication des pièces.

Il peut ordonner, même d'office, des mesures d'instruction.

Il constate l'extinction de l'instance.

Les conclusions ne sont pas obligatoires, puisqu'il s'agit d'une procédure orale, mais les magistrats instructeurs ont tendance, surtout en présence d'avocats, à établir un petit calendrier de la procédure, en fixant des dates-limite pour la communication des pièces et l'échange des conclusions. L'article 915 n'est pas applicable.

Du fait du caractère oral de la procédure, on se heurte à diverses difficultés, identiques à celles rencontrées en première instance : on hésite sur le sort des conclusions et pièces communiquées au dernier moment, on hésite sur la priorité à accorder aux conclusions qui sont déposées avant l'audience par rapport à celles qui sont soutenues à l'audience. La problématique et les solutions sont les mêmes que ce qui a déjà été rencontré au niveau des procédures orales en première instance (cf. supra).

### § 3 - Les procédures particulières

Les procédures particulières se déroulent devant le Premier Président : il s'agit de *l'appel à jour fixe* (A), des *ordonnances sur requête* (B) et des *ordonnances de référé* (C).

#### A - L'appel à jour fixe

Il existe une réglementation dans le cadre de la procédure *avec représentation obligatoire* (1) et une autre réglementation dans le cadre de la procédure *sans représentation obligatoire* (2).

#### 1°) - **Dans le cadre de la procédure avec représentation obligatoire**

La procédure à jour fixe permet à une partie, en cas de péril de ses droits (et pas seulement d'urgence), de faire trancher un litige sur le fond dans des délais relativement courts.

Les jours fixes sont obtenus *par requête* (a) ou *à l'occasion d'un référé* ().

##### a) Par requête

Si une partie estime que ses droits sont en péril à la suite d'un jugement, elle peut présenter une requête au premier Président aux fins de fixation du jour où l'affaire sera appelée en priorité (**article 917**).

- La requête

**Cette requête peut émaner de l'appelant.** Elle doit être alors formée au plus tard dans les 8 jours de la déclaration d'appel (**article 919, al. 2**).

**Elle peut également émaner de l'intimé**, ce qui est moins fréquent, dans un délai de 2 mois à compter de la déclaration d'appel (**article 924**). Autrement, passé le délai de deux mois, il ne reste plus pour l'intimé que la possibilité de l'article 910 : la fixation prioritaire de l'audience (appelée aussi le renvoi immédiat à l'audience, ou encore le circuit court).

La requête doit :

- exposer la nature du péril
- contenir les conclusions sur le fond
- viser les pièces justificatives (article 919). Il arrive maintenant que les pièces soient prises directement par le délégué du Premier Président et ne soient restituées que le jour de l'audience, ce qui en pratique oblige l'avoué à faire des photocopies de toutes les pièces.

### - L'ordonnance

Si le Premier Président fait droit à la requête, il va rendre une ordonnance dans laquelle il va fixer le jour auquel l'affaire sera plaidée. Les choses peuvent être extrêmement rapides : par exemple, ordonnance du Tribunal de Commerce du 2 août 1999, arrêt de la cour d'appel, sur jour fixe, du 3 août 1999 (CA Paris, 3 août 1999, *Paribas c. Société Générale et B.N.P.* : Gaz. Pal. 4-5 août 1999, Flash, p. 34).

Certaines ordonnances précisent en outre que l'assignation devra être délivrée avant telle date sous peine de caducité de l'ordonnance : la caducité de l'ordonnance n'entraîne pas la caducité de l'appel : l'affaire sera renvoyée à la mise en état (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 mai 1999 : Gaz. Pal. 1999, 2, panor. p. 225).

L'ordonnance autorisant l'appel à jour fixe peut-elle faire l'objet d'un recours ? La question était controversée mais semble réglée depuis l'arrêt de la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 24 juin 2004 (D. 2004, inf. rap., p. 2086), ayant jugé que l'ordonnance sur requête par laquelle le Président du TGI autorise à assigner à jour fixe est une mesure d'administration judiciaire « *qui, comme telle, est insusceptible de tout recours et ne peut donner lieu à référé à fin de rétractation* ».

L'appelant ayant obtenu le jour fixe doit bien entendu former appel dans le délai légal, s'il ne l'avait déjà fait avant sa requête. Il doit aussi faire délivrer l'assignation à l'autre (ou aux autres) parties pour le jour fixé dans les conditions déterminées à l'article 920.

### - L'assignation

L'assignation vaut conclusions. Elle est remise, pour valoir saisine de la cour, au greffe de la cour d'appel avant la date de l'audience, sous peine de caducité de la déclaration d'appel (article 922).

### - L'audience

Il n'y a pas de mise en état, pas d'ordonnance de clôture de l'instruction. Les conclusions sont nécessairement écrites (à la différence de la procédure à jour fixe devant le TGI où elles peuvent être orales).

Le jour de l'audience, le Président s'assure qu'il s'est écoulé un temps suffisant pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense (article 923, al. 1).

**Celui qui a obtenu le jour fixe, c'est-à-dire le plus souvent l'appelant, n'a pas le droit ensuite de communiquer de nouvelles pièces ou de déposer de nouvelles conclusions après sa requête** (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 fév. 1992 (Gaz. Pal. 1992, 2, panor. p. 161, dans une espèce où l'appelant avait communiqué 28 pièces lors de la présentation de sa requête et avait ensuite produit 15 autres pièces onze jours avant l'audience : ces 15 nouvelles pièces ont été écartées des débats ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 nov. 2002 : AJDI 2003, p. 135, dans une espèce où l'appelant

s'était borné à viser le péril dans sa requête et dans l'assignation, et n'avait en réalité abordé le fond que dans des conclusions postérieures), si ce n'est en réplique à des conclusions ou à des pièces communiquées par la partie adverse (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 26 juin 2003 : D. 2003, p. 1 880 et la note). Il dispose pourtant du droit de déposer de nouvelles conclusions invoquant une fin de non-recevoir, puisqu'il ne s'agit plus alors du « fond » de l'affaire (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 26 juin 1996 : RTDCiv. 1996, 987, obs. Roger Perrot).

**En revanche, son adversaire, c'est-à-dire le plus souvent l'intimé,** dispose du droit de conclure ou de communiquer ses pièces jusqu'au dernier moment, c'est-à-dire jusqu'au jour de l'audience : « les conclusions déposées avant la date de l'audience par l'intimé assigné à jour fixe sont recevables » (Cass. Com. 22 mars 1994 : JCP 1994, II, n° 22308, note Emmanuel du Rusquec, dans une espèce où l'intimé avait déposé des conclusions qui contenaient de nombreux moyens un vendredi dans une affaire fixée pour être plaidée le lundi suivant).

**Autrement dit, l'appelant doit bien réfléchir avant de demander un jour fixe :** il risque de se voir pris à son propre piège si son adversaire (qu'il entendait bousculer) attend le dernier moment pour faire connaître sa défense ; selon leur personnalité, certains Présidents accepteront peut-être de renvoyer alors l'affaire à une audience ultérieure, voire même à la mise en état, d'autres pourront ordonner la radiation de l'affaire et d'autres encore pourront retenir l'affaire pour être jugée en l'état, considérant que l'appelant avait par avance accepté les risques de cette procédure exceptionnelle.

A noter qu'il existe des procédures de jour fixe obligatoire dans certaines matières et notamment en ce qui concerne les procédures collectives (article L. 623-1 du code de commerce).

#### b) A l'occasion d'un référé du Premier Président de la cour d'appel

Si le Premier Président est saisi d'une demande d'autorisation d'appel et qu'il y fait droit, l'affaire est traitée à jour fixe : ainsi pour l'appel des jugements avant-dire droit ordonnant une *expertise* (article 272) et l'appel du jugement de *sursis à statuer* (article 380) : puisqu'il existe un motif grave et légitime, il faut que l'affaire aille très vite. Il faudra formaliser un appel.

Si le Premier Président est saisi d'une demande d'arrêt de l'exécution provisoire, il peut arrêter l'exécution provisoire et utiliser « *la passerelle* » en fixant une date d'audience pour qu'il soit statué au fond.

#### 2°) - Dans le cadre de la procédure sans représentation obligatoire

La partie dont les droits sont en péril peut, même si une date d'audience a été fixée, demander au Premier Président de la cour de retenir l'affaire par priorité à une prochaine audience.

L'**article 948** dispose que, s'il est fait droit à la demande de fixation prioritaire par le Premier Président, le requérant est aussitôt avisé de cette date.

Le Premier Président peut prévoir dans son ordonnance que le requérant à la fixation prioritaire devra convoquer son adversaire à la date fixée par acte d'huissier. S'il ne dit rien à ce sujet dans son ordonnance, le greffier convoque la partie adverse par LRAR et lui adresse le même jour par lettre simple copie de cette convocation.

Enfin, à l'audience la cour doit s'assurer qu'il s'est écoulé un temps suffisant depuis la convocation pour que la partie convoquée ait pu préparer sa défense.

### **B - Les ordonnances sur requête**

Le Premier Président peut, au cours de l'instance d'appel, ordonner sur requête toutes mesures urgentes relatives à la sauvegarde des droits d'une partie lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement (**article 958**).

La procédure est semblable à celle qui doit être suivie devant le Président du TGI, avec la particularité qu'elle est obligatoirement présentée par un avoué lorsque la représentation est obligatoire (**article 959**).

La mesure sollicitée doit avoir trait au litige soumis à la cour, et ne peut s'étendre par exemple à une mesure d'instruction de nature à justifier éventuellement une demande qui n'a pas encore été soumise à la cour (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 mai 1999 : D. 1999, inf. rap., p. 143, dans une espèce où le litige jugé en première instance et soumis à la cour portait sur le paiement des loyers, et où une requête avait été présentée au Premier Président pour désignation d'un huissier afin de vérifier que le locataire occupait les lieux).

La voie de recours est le référé devant le Premier Président à l'initiative de tout intéressé.

### **C - Les ordonnances de référé**

La procédure se déroule selon assignation en référé devant le Premier Président de la cour. La représentation par avoué n'est pas obligatoire, mais en pratique il est presque toujours fait recours à l'avoué en demande.

Il convient de distinguer le *référé ordinaire* (1), *les autres cas de référé* (2) et *l'exécution provisoire* (3).

#### **1°) - Le référé ordinaire**

Selon l'**article 956**, « dans tous les cas d'urgence, le Premier Président peut ordonner en référé, en cas d'appel, toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

C'est une formule identique à celle du référé-urgence devant le TGI (**article 808**) : il faut justifier de l'urgence et de l'absence de contestation sérieuse.

On considère que le 1<sup>er</sup> Président n'a pas le pouvoir d'accorder des délais de grâce : cette compétence appartient au JEX.

### 2°) – Les autres cas de référé

Il convient simplement de signaler la compétence du Premier Président, en référé, pour :

- autoriser l'appel d'un jugement avant-dire droit *ayant ordonné une expertise* (cf. supra)
- autoriser l'appel d'un jugement *ayant ordonné un sursis à statuer* (cf. supra)
- statuer sur les *demandes de relevé de forclusion*.

Il est cependant à noter que dans ces trois hypothèses, il ne s'agit pas d'un véritable référé, le Premier président statuant simplement « *comme en matière de référé* ». C'est un faux référé ...

En conséquence, la Cour d'appel ne peut pas revenir sur la décision rendue par le Premier Président : Paris, 27 nov. 1997 : D. 1998, inf. rap., p. 17.

### 3°) - L'arrêt et l'aménagement de l'exécution provisoire

Le Premier Président peut « arrêter » ou « aménager » l'exécution provisoire. On dit aussi qu'il la « suspend ».

- il faut qu'un appel ait été formé à l'encontre de la décision de première instance
- il faut une assignation en référé devant le Premier Président (en pratique, ce sont les avoués qui s'en chargent). Il peut s'agir d'un référé d'heure à heure (Paris, ord. 21 avril 2005 : JCP 2005, II, 10 141, note O. Schmitt)
- il faut enfin que l'exécution provisoire n'ait pas été consommée, c'est-à-dire que la décision de première instance n'ait pas été déjà exécutée : autrement, il est trop tard (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 juin 2002 : JCP 2002, IV, n° 2 329).

Ceci étant, il convient d'opérer une distinction entre *l'exécution provisoire ordonnée par le premier juge (et non par le CME)* (a) et *l'exécution provisoire de droit attachée à la décision du premier juge* (b), avant d'étudier le *dénouement* avec l'arrêt d'appel (c).

#### a) En cas d'exécution provisoire ordonnée par le premier juge

En cas d'exécution provisoire ordonnée et si un appel sur le fond (contre le jugement) a été formé, le Premier Président peut revenir sur l'exécution provisoire de deux façons différentes :

1. Il peut arrêter l'exécution provisoire (**article 524**) :

- si elle est *interdite* par la loi (par exemple, la rupture du lien conjugal par le jugement de divorce)
- ou si elle *risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives* : risque de fuite à l'étranger du gagnant (avec l'argent !), risque de dépôt du bilan du débiteur, conséquences irréversibles (expulsion) ... Le Premier Président, pour rendre sa décision, apprécie uniquement *les conséquences financières* du jugement « **eu égard aux facultés de paiement du débiteur et aux facultés de remboursement du créancier** » (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 13 mars 1996 : D. 1996, somm. p. 351) et non pas le bien fondé ou la régularité du jugement (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 27 nov. 1996 : JCP 1997, IV, N° 145). Notamment, il ne peut pas tenir compte du fait « *qu'il existe une chance sérieuse de réformation* » du jugement par la cour d'appel (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 juin 2003 : JCP 2003, IV, n° 2 391).

L'arrêt de l'exécution provisoire peut être *total* ou *partiel* (par ex., à hauteur de 50% du montant de la condamnation : Paris 12 mai 2004 : Bull. Av. Paris, 2005, n°25).

2. Il peut **aménager** l'exécution provisoire (articles 517 à 522) :

- soit en *imposant une garantie au gagnant* (par exemple, une caution bancaire, article 517)
- soit en *autorisant le perdant à consigner* tout ou partie de la condamnation (article 521) : la condition d'un risque de conséquences manifestement excessives n'est pas exigée ici (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 juill. 1992 : JCP 1992, IV, n° 2700).

b) En cas d'exécution provisoire de droit

Les pouvoirs du Premier Président sont plus limités, ce qui est normal puisqu'il s'agit d'une exécution provisoire prévue par la loi.

1. Depuis le décret du 20 août 2004 (Philippe Hoonakler, D. 2004, chr. p. 2 314 : *l'arrêt de l'exécution provisoire de droit enfin consacré par le législateur !*), il peut **arrêter** l'exécution provisoire de droit (art. 524 al. 6) :
  - en cas de *violation manifeste du principe contradictoire* (par exemple, en cas de signification de l'assignation ou du jugement à une mauvaise adresse)



- **ou** en cas *de violation manifeste de l'article 12*, ce qui ne vise pas l'erreur de droit du premier juge comme on avait pu le penser initialement (Perrot, obs. RTDCiv. 2005, p. 453 ; Paris, ord. 21 avril 2005 : JCP 2005, II, 10 141, note Olivier Schmitt, pour un cas d'absence de motivation du jugement). En effet la Cour de cassation a jugé que : « *il n'entre pas dans les pouvoirs du 1<sup>er</sup> Président, saisi d'une demande tendant à l'arrêt de l'exécution provisoire ordonnée par le premier juge, d'apprécier la régularité ou le bien-fondé de la décision entreprise* » (Cass ; 2<sup>ème</sup> civ., 6 déc. 2007 : JCP 2008, IV, n°1046, D. 2008, p. 96) et que : « *l'erreur commise par un juge dans l'application ou l'interprétation d'une règle de droit ne constitue pas une violation manifeste de l'article 12 CPC* » (Cass. Soc., 18 déc. 2007 : JCP 2008, II, 10030, note Hervé Croze ; Gaz. Pal. 11-12 janv. 2008, p. 15D. 2008, p. 165, note S. Maillard). Cette conception très restrictive des pouvoirs du 1<sup>er</sup> Président semble avoir pour conséquence que seul l'excès de pouvoir serait concerné par cette disposition.

et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives Il faut donc, cumulativement, une irrégularité grave + des conséquences manifestement excessives.

2. Il peut **aménager** l'exécution provisoire (**art. 524 al. 5**), soit en ordonnant que le montant de la condamnation sera versé à un séquestre qui devra en remettre périodiquement une fraction au créancier (par exemple, 1/10<sup>e</sup> chaque mois ...), interprétation tirée des termes obscurs de l'art. 524 al. 5 par la Cour de cassation (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 oct. 1999 : Gaz. Pal. 2000, 1, somm. p. 332), soit en ordonnant une substitution d'une garantie à une autre (par exemple, remplacement d'une hypothèque sur un bien du débiteur par une caution bancaire). La jurisprudence refuse en général les demandes de *délais de grâce*.

L'ordonnance du Premier Président sur l'arrêt de l'exécution provisoire est susceptible de pourvoi en cassation immédiat (Cass. Ass. Plén. 2 nov. 1990 : JCP 1991, II, 21631, note Estoup).

Il convient de signaler que le plaideur débouté d'une demande d'arrêt ou d'aménagement de l'exécution provisoire (ou craignant de l'être) pourrait tenter sa chance en saisissant le JEX pour lui demander des délais de grâce : la jurisprudence admet en effet la compétence du JEX, en cas d'appel d'un jugement exécutoire, pour octroyer des délais de grâce.

Cas particuliers d'exécution provisoire de droit :

Il s'agit principalement :

- de décisions statuant **en matière de procédures collectives** (jugements prononçant la liquidation judiciaire, jugements arrêtant ou rejetant le plan de cession ou de continuation de l'entreprise, sanctions contre les dirigeants) : **articles L 623-1, 6 et 9**

**du Code de commerce.** L'exécution de droit de ces décisions peut être arrêtée en cas d'appel par le Premier Président, statuant en référé, si les moyens invoqués à l'appui de l'appel apparaissent sérieux.

- des **jugements rendus par le JEX (article 31 al. 3 du décret du 31 juillet 1992)**, lesquels sont assortis de l'exécution provisoire de droit (article 30). Il est possible de demander au Premier Président le « sursis à exécution » s'il existe des moyens sérieux d'annulation ou d'infirmité de la décision. La demande a elle-même un effet suspensif. On le remarque, dans ces hypothèses, le Premier Président aura à apprécier le caractère bien fondé ou mal fondé de la décision du premier juge.

### c) **Le dénouement de l'exécution provisoire**

#### 1. En cas d'arrêt confirmatif

- Arrêt confirmant un jugement avec exécution provisoire dont l'exécution provisoire n'a pas été suspendue
  - si l'exécution provisoire a été mise en oeuvre, elle devient **définitive**
  - si l'exécution provisoire n'a pas été mise en oeuvre, l'**intérêt légal** a couru au taux légal depuis la notification du jugement (ou, si le recouvrement porte sur une somme d'argent, depuis la mise en demeure ou à défaut depuis l'assignation) ; et passé 2 mois après la notification du jugement, c'est l'intérêt légal majoré de 5 points qui a couru ... jusqu'au paiement (Taux de l'intérêt légal en 2008 : 3,99% pour le taux normal, et 8,99% pour le taux majoré).
- Arrêt confirmant un jugement avec exécution provisoire dont l'exécution provisoire a été suspendue par le Premier Président

On applique la même solution que le paragraphe précédent (intérêt légal), ce qui peut surprendre. Autrement dit, l'arrêt de l'exécution provisoire par le Premier Président n'empêche pas l'intérêt légal de courir ! La partie condamnée échappera momentanément à l'exécution de la décision de première instance, mais elle n'échappera pas à la charge de l'intérêt légal.

#### 2. En cas d'arrêt infirmatif

Le problème est alors de savoir ce qui se passe lorsque l'exécution a été mise en oeuvre et que l'arrêt infirme le jugement qui était assorti de l'exécution provisoire : quid des restitutions ? de l'intérêt légal ? des dommages-intérêts ?

- Les restitutions

Celui qui a mis en œuvre l'exécution provisoire, alors que la cour d'appel lui donne finalement tort sur le fond, devra bien évidemment procéder à la restitution du capital qu'il avait reçu.

Faut-il que son adversaire ait pensé à demander cette restitution par conclusions à la cour d'appel afin que cette condamnation figure dans l'arrêt ? Il y a en effet bien des déconvenues lorsque celui qui triomphe en appel se heurte au refus de son adversaire de lui rendre les fonds au motif que la restitution n'a pas été ordonnée par l'arrêt de la cour d'appel ... Ainsi un arrêt de la Cour d'Orléans du 16 novembre 2000 (RTDCiv. 2001, p. 211) avait-t-il jugé qu'à défaut, dans le dispositif de l'arrêt, d'un chef spécial prescrivant la restitution des sommes versées, aucune exécution forcée n'était possible et que le malheureux gagnant en appel qui voulait se faire rembourser n'avait plus d'autre ressource que d'exercer une action en répétition de l'indu dans les conditions du droit commun !

La Cour de cassation juge désormais que l'obligation de rembourser résulte « de plein droit » de la réformation de la décision de première instance (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 fév. 2002 : RTDCiv. 2002, p. 359, obs. Perrot ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 mars 2007 : RTDCiv. 2007, p. 388, obs. Perrot). L'arrêt d'infirmité de la cour d'appel emporte de lui-même condamnation à restituer les fonds reçus à la suite de la mise en œuvre de l'exécution provisoire du jugement, mais il est quand même plus prudent de penser à faire une demande de restitution à la cour d'appel par voie de conclusions avant l'ordonnance de clôture de l'instruction, afin d'éviter des difficultés ensuite une fois que l'arrêt est rendu.

- L'intérêt légal

A partir de quand court l'intérêt légal sur les restitutions : du versement du capital ? des conclusions devant la cour valant demande de restitution ? de la notification de l'arrêt d'appel ?

Après une forte controverse, les diverses chambres de la Cour de cassation jugent dorénavant dans les mêmes termes, depuis un arrêt d'Assemblée Plénière du 3 mars 1995 (RTDCiv. 1995, p. 687, obs. Perrot) que l'intérêt légal sur les restitutions n'est dû qu'à compter de la notification de l'arrêt d'appel valant demande de restitution (ainsi : Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 31 janvier 2007 : JCP 2007, IV, n° 1 475), mais on relève qu'un certain nombre de juges d'appel continuent néanmoins à vouloir accorder, en cas d'exécution provisoire, les intérêts légaux sur les sommes à restituer à compter du paiement sous exécution provisoire.

- Les dommages-intérêts

Selon un adage bien connu, ***l'exécution provisoire se fait toujours « aux risques et périls de celui qui y procède »*** (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 10 fév. 2005 : JCP 2005, IV, n° 1 612). La partie qui met en œuvre l'exécution provisoire risque donc, en cas d'infirmité du jugement par la cour

d'appel, d'avoir à indemniser son adversaire triomphant en appel. L'hypothèse peut se rencontrer lorsque les biens meubles de l'intéressé ont été saisis et vendus à un faible prix aux enchères, lorsqu'un portefeuille d'actions a dû être vendu en bourse à un moment où les cours étaient au plus bas, lorsqu'il a fallu poser de nouvelles serrures etc. ... Cela incite à réfléchir avant de mettre en œuvre l'exécution provisoire !

A noter que la Cour de cassation a rendu le 24 février 2006 (Ass. Plén. 24 fév. 2006 : JCP 2006, II, 10 063, note Hervé Croze) une curieuse décision, très critiquée par les praticiens : elle a jugé que le simple fait de signifier une ordonnance de référé (sans Commandement de payer) implique la volonté de faire exécuter la décision exécutoire de droit et que le défendeur qui l'exécute est en droit, en cas de succès en appel, de demander réparation du préjudice subi à son adversaire. Faut-il en déduire qu'il serait prudent en un tel cas d'indiquer dans la signification de l'ordonnance de référé que la signification a pour but de faire courir le délai de recours et non pas de demander l'exécution ??? Cela incite à réfléchir avant de faire signifier une décision assortie de l'exécution provisoire !

## Chapitre 2 Les autres voies de recours

### 1) L'opposition (articles 571 à 578)

C'est la voie de recours par laquelle une partie défaillante demande à la juridiction qui l'a condamnée (tribunal, cour d'appel) de rétracter la décision qui lui fait grief.

L'opposition ne peut être exercée que contre une décision *par défaut* : Il y a *jugement par défaut* si 3 conditions sont réunies : le défendeur n'est pas comparant, il n'a pas été assigné à personne et le jugement n'est pas susceptible d'appel.

Il y a *arrêt par défaut* si 2 conditions sont réunies : l'intimé n'est pas comparant et il n'a pas été assigné à personne (en cas d'intimé unique) ou, en cas de pluralité d'intimés, lorsque l'un au moins des intimés non comparants n'a pas été cité à personne.

L'opposition se fait en général *par assignation*. Elle doit être formée dans le délai *d'un mois* à compter de la notification du jugement ou de l'arrêt, sauf possibilité de *relevé de forclusion*.

### 2) La tierce-opposition (articles 582 à 592)

C'est la voie de recours par laquelle un tiers demande à une juridiction (tribunal, cour d'appel) de rétracter une décision qui lui fait grief.

Il existe une jurisprudence abondante sur la notion de « tiers » : par exemple, un copropriétaire peut-il faire tierce-opposition à un jugement intervenu entre un autre copropriétaire et le syndicat des copropriétaires : est-il « représenté » par le syndicat des copropriétaires, et donc non recevable à faire tierce-opposition ?

Elle se fait en général *par assignation*. Elle doit être formée en principe dans le délai de *30 ans* à compter du prononcé du jugement, sauf la possibilité de l'invoquer par voie d'exception (c'est-à-dire de façon incidente), sans condition de délai. Le délai peut être ramené à 2 mois en cas de notification détaillée de la décision au tiers.

En principe, le jugement initial continue néanmoins de subsister entre les parties d'origine.

### 3) Le recours en révision (articles 593 à 603)

C'est la voie de recours par laquelle une partie demande à la juridiction qui l'a condamnée (tribunal, cour d'appel) de rétracter une décision rendue à la suite d'une erreur découverte postérieurement.

Il faut que la décision soit passée en force de chose jugée.

Il faut que le juge ait été induit en erreur : en cas de fraude, de rétention de pièces décisives, de pièces déclarées ultérieurement fausses (par exemple, l'auteur d'une attestation versée au débat est ensuite condamné par la justice pénale pour faux témoignage).

Le recours en révision se fait en général par assignation. Il doit être formé dans le délai de 2 mois à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision qu'elle invoque.

#### 4) Le pourvoi en cassation (articles 967 à 1037)

C'est la voie de recours par laquelle une partie demande à la cour de cassation de casser la décision rendue en dernier ressort qui lui fait grief.

Certaines décisions ne sont pas susceptibles de pourvoi immédiat, un peu comme pour l'appel immédiat (**art. 606, 607 et 608**). Est recevable le pourvoi immédiat contre l'arrêt sur l'appel de l'ordonnance du juge des référés ayant ordonné une expertise (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 19 mars 2002 : JCP 2002, IV, n° 1 760). Est irrecevable le pourvoi immédiat contre l'arrêt s'étant borné à allouer une provision (parce qu'il ne met pas fin à l'instance : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 sept. 2003 : JCP 2003, IV, n° 2 724), contre l'arrêt qui rejette une fin de non-recevoir (pour la même raison : Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 6 juin 2002 : D. 2002, Inf. rap., p. 2 234).

Le pourvoi se fait par une déclaration de pourvoi au Greffe de la Cour de cassation, déposée par un avocat aux Conseils. Il doit être formé dans le délai de 2 mois à compter de la notification de la décision attaquée, outre les délais de distance. Une seconde notification de l'arrêt d'appel ne fait courir un nouveau délai que si elle intervient à l'intérieur du délai ouvert par la première notification (Cass. soc., 11 oct. 2006 : D. 2006, inf. rap., p. 2 688). Si l'arrêt de renvoi s'est conformé à l'arrêt de cassation qui l'a saisi, un nouveau pourvoi en cassation serait inefficace : « est irrecevable le moyen qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait » (Ass. Plén. 21 déc. 2006 : Gaz. Pal. 7-9 janv. 2007, p. 2, concl. Régis de Gouttes).

Le demandeur au pourvoi dispose d'un délai de 5 mois à compter de la déclaration de pourvoi pour notifier (par les huissiers-audienciers) un mémoire ampliatif et communiquer ses pièces, à peine de déchéance. Passé le délai de 5 mois, il n'est plus possible de régulariser. Si le défendeur n'a pas constitué d'avocat aux Conseils, il faudra lui signifier le mémoire par huissier. Le mémoire devra aussi être déposé au Greffe de la Cour.

Le défendeur au pourvoi dispose alors d'un délai de 3 mois pour notifier un mémoire en défense et communiquer ses pièces (et éventuellement faire un pourvoi incident).

Les parties demanderesses au pourvoi ne sont pas recevables à soutenir devant la Cour de cassation un moyen qui, fût-il de pur droit et d'ordre public, est contraire à la thèse qu'elle ont présentée aux juges du fond (Cass. com., 8 déc. 1998 : Gaz. Pal. 1999, 2, somm. p. 695, note Perdriau) : le demandeur au pourvoi ne peut pas soutenir une thèse contraire à celle qu'il avait soutenue devant les juges du fond. Il s'agit du « **principe de l'estoppel** », défini comme l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Par exemple, on ne peut pas soutenir devant la Cour de cassation que le contrat avait pris fin, alors que devant les juges du fond on a soutenu que le contrat s'était poursuivi ; de même, on ne peut pas critiquer la révocation de l'ordonnance de clôture alors qu'on avait expressément sollicité que l'affaire soit jugée au vu des écritures postérieures à l'ordonnance de clôture et que celle-ci soit rabattue (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 20 oct. 2005 : JCP 2006, I, n° 133, p. 792, n°14).

L'**article 1009-1** permet au défendeur au pourvoi de demander au Premier Président la radiation du rôle de l'affaire si le demandeur au pourvoi n'a pas exécuté la décision attaquée. Ce texte permet donc de paralyser la procédure devant la Cour de cassation tant que l'arrêt d'appel n'a pas été totalement exécuté. Il a servi de modèle au nouvel article 526. Deux exceptions sont prévues lorsque l'exécution de l'arrêt d'appel risquerait d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou que le demandeur au pourvoi est dans l'impossibilité d'exécuter la décision attaquée (cette deuxième exception ayant été ajoutée par le décret du 28 décembre 2005).

Une décision de la Cour EDH du 3 octobre 2006 a condamné la France pour une radiation ayant frappé une femme qui avait à charge son époux et ne percevait en moyenne qu'un faible salaire mensuel, se trouvant tout au long de la procédure dans l'impossibilité totale de payer l'intégralité du montant de la condamnation infligée : la décision de radiation du pourvoi a constitué une mesure disproportionnée et l'accès effectif à la Cour de cassation s'en est trouvé entravé (Cour EDH 3 oct. 2006, D. 2006, inf. rap., p. 2 691).

L'affaire peut être réinscrite sur justification de l'exécution de l'arrêt d'appel. La décision par laquelle le Premier Président constate la péremption d'instance en application des articles 1009-2 et 1009-3 n'est susceptible d'aucune voie de recours : le pourvoi en cassation est irrecevable (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 20 nov. 2003 : JCP 2004, IV, n° 1 062 ; D. 2003, p. 3 006)..

« Les arrêts de la Cour de cassation échappent à tout recours, même à l'opposition, ce qui s'explique par le fait que la Cour de cassation est la juridiction suprême et par l'autorité particulière qui s'attache à ses arrêts » (Couchez).

Toutefois, il arrive que la Cour de cassation procède au rabat d'un arrêt qu'elle a rendu à la suite d'une erreur involontaire de procédure : par exemple, une décision rendue en l'absence de mémoire en défense, alors que le défendeur avait bien déposé un mémoire, ou encore une décision rendue en matière de divorce alors que l'un des époux était décédé antérieurement. En cas de rabat d'arrêt, il y a nouvelle audience et nouvel arrêt de la Cour de cassation. Certaines cours d'appel ont été tentées de recourir également au rabat d'arrêt, pour éviter aux parties de faire un pourvoi en cassation et de perdre 3 ou 4 ans avant que l'erreur soit rectifiée : Douai 5

oct. 1995 : Gaz. Pal. 1997, 2, p. 657, note Renard ; Paris 13 nov. 1996 : Bull. av. Paris 1<sup>er</sup> trim. 1998, n°145, p. 20).

## TITRE IV LES FRAIS DU PROCES

On désigne sous le nom de « dépens » les frais occasionnés par le procès que le gagnant peut en principe se faire rembourser par le perdant. On examinera *le domaine* des dépens (1), *la charge* des dépens (2) et *le recouvrement* des dépens (3).

### SECTION I LE DOMAINE DES DEPENS

- K) les frais d'huissier
- L) les frais de Greffe devant le Tribunal de Commerce
- M) les frais des mesures d'instruction : expertise, consultation, constatations
- N) la rémunération de l'avocat ou de l'avoué au titre de la postulation : application d'un tarif, fixé par décret
- O) le droit de plaidoirie (8,84 €).

### SECTION II LA CHARGE DES DEPENS

On examinera *le principe* (a) et *les corrections* au principe (b).

- a) Le principe

**Article 696** : la partie perdante est condamnée aux dépens.

- b) Les corrections au principe

P) dans le sens de l'aggravation : en application de **l'article 700**, le juge *peut* condamner un plaideur à payer, *en plus des dépens*, tout ou partie des frais engagés par son adversaire et non compris dans les dépens. En pratique, le tribunal condamne le perdant à payer une somme forfaitaire en sus des dépens, par exemple 3.000 €. Cela procure ainsi une sorte d'indemnisation pour les honoraires d'avocat ou les frais de déplacement qui ne font pas partie des dépens.



Q)  dans le sens de l'atténuation  : par une *décision motivée*, le juge peut mettre les dépens  à la charge du gagnant , ou encore *partager* les dépens ou encore dire que  chaque partie conservera à sa charge ses dépens .

### **SECTION III LE RECOUVREMENT DES DEPENS**

Il convient de distinguer *devant les juridictions d'exception* (§1) et *devant le TGI et la Cour d'appel* (§2).

#### **§ 1 Devant les Juridictions d'exception**

Devant les juridictions d'exception (TI, CPH, JEX, Référé, JAF ...), **la partie poursuivante établit elle-même le compte des dépens** (le plus souvent il s'agit essentiellement des frais d'huissier, d'expertise et de droit de plaidoirie) **et l'huissier procède directement à leur recouvrement** avec le principal et les intérêts de la créance.

En pratique, il n'y a presque jamais de contestation.

La partie qui rencontre une difficulté au sujet des dépens (le plus souvent ce sera le défendeur s'il critique le compte des dépens qu'on tente de lui faire payer) a la possibilité de demander, sans formes, au Greffier de la juridiction qui a statué de vérifier leur montant. Le Greffier procède alors à une vérification, opère les redressements qui lui paraissent nécessaires. Il remet à l'intéressé qui en a fait la demande un **certificat de vérification des dépens**. Le certificat est alors notifié par LRAR à la partie adverse qui dispose d'un délai de 1 mois pour contester.

Si l'adversaire laisse passer le délai de 1 mois sans contester, le certificat de vérification peut être déclaré exécutoire : le Greffier apposera la formule exécutoire.

En cas de contestation, la partie contestante demandera par LRAR motivée au Président de la juridiction une **ordonnance de taxe**, en joignant le certificat de vérification des dépens. L'ordonnance de taxe rendue par le Président est ensuite revêtue de la formule exécutoire par le Greffier. L'ordonnance de taxe peut être frappée d'appel dans le délai de 1 mois à compter de sa notification. Le recours est fait par LRAR, motivée, dont une copie doit être adressée à toutes les parties ; l'ordonnance de taxe doit y être jointe. C'est le 1<sup>er</sup> Président de la cour d'appel qui statuera.

Des règles voisines, mais différentes, existent en matière de recours contre les frais d'expertise et contre les dépens établis par le Greffier du tribunal de commerce.

#### **§ 2 Devant le TGI et la Cour d'appel**

Les choses sont moins simples devant le TGI et la Cour d'appel où les dépens comprennent pour une part importante des « émoluments » qui, dans certains cas, doivent être évalués par le juge (*V. Alain Clavier, note sous Ass. Plén. 12 janv. 2007 : Gaz. Pal . 14-15 fév. 2007, p. 5*). On

rappelle que les émoluments, qui sont fixés par un tarif, rémunèrent l'activité de postulation de l'avocat ou de l'avoué.

Souvent, l'avocat de la partie bénéficiaire des dépens établit lui-même le compte des dépens de son client et l'adresse, sans autre formalité, à l'avocat adverse, pour règlement amiable.

Ce peut être l'avocat du demandeur, si les dépens sont mis à la charge du défendeur.

Mais ce peut être, à l'inverse, l'avocat du défendeur, si les dépens sont mis à la charge du demandeur.

A défaut de règlement amiable, il devient nécessaire de suivre les règles légales.

Les étapes de cette procédure sont les suivantes :

1°) *Les émoluments de l'avocat ou de l'avoué* sont essentiellement constitués d'un droit proportionnel (quand l'intérêt du litige est déterminé, par exemple demande de remboursement de 23.765 euros) ou d'un droit variable (quand l'intérêt du litige est indéterminé, par exemple une action en divorce, une action en recherche de paternité ...), ou des deux (par exemple, une action en divorce avec paiement d'une prestation compensatoire).

**Le calcul du droit proportionnel** ne donne guère lieu à difficultés puisqu'il s'agit d'appliquer un barème.

**Le calcul du droit variable** est plus délicat, car il se fait en fonction de divers critères. Aussi est-il prévu que le calcul de ce droit fasse l'objet d'un contrôle préalable : l'avocat ou l'avoué doit au préalable faire viser par **le Président de la chambre** qui a statué **un bulletin d'évaluation du « droit variable »**.

2°) Ensuite, une fois le droit proportionnel calculé ou le droit variable visé par le Président, *l'avocat ou l'avoué doit demander, sans forme particulière, au Greffier* de la juridiction qui a statué, de vérifier le montant des dépens (comprenant non seulement les émoluments -déjà examinés par le Président de la chambre s'il s'agit d'un droit variable- mais également les frais d'huissier, frais d'expertise ...). Le Greffier procède à la vérification demandée et, le cas échéant, aux redressements nécessaires. Après quoi, il adresse à l'intéressé un **certificat de vérification des dépens (art. 705)**. L'avocat ou l'avoué notifie ensuite par LRAR le compte vérifié à la partie adverse.

3°) *Si l'adversaire ne conteste pas dans le délai d'un mois*, l'avocat ou l'avoué demande au Greffier de mentionner sur le compte vérifié l'absence de contestation, cette mention valant titre exécutoire.

4°) *Si l'adversaire conteste*, il présente par LRAR une demande d'ordonnance de taxe au Président de la juridiction qui a statué. Le Président examine alors le compte vérifié et procède

s'il y a lieu aux redressements. Cette **ordonnance de taxe** est revêtue de la formule exécutoire par le Greffier et elle est notifiée.

Lorsque l'ordonnance de taxe émane du Président du TGI, elle peut être frappée d'un appel devant le Premier Président de la cour d'appel dans le délai d'un mois à compter de sa notification par LRAR. La requête au Premier Président doit être accompagnée d'une note motivée, diffusée à toutes les parties en cause, ainsi que de l'ordonnance contestée.

Lorsque l'ordonnance de taxe émane du 1<sup>e</sup> Président, il n'y a pas de recours possible.

5) Ensuite, l'avocat muni du certificat vérifié des dépens revêtu de la formule exécutoire, ou de l'ordonnance de taxe revêtue de la formule exécutoire, peut faire procéder au recouvrement forcé par huissier à l'encontre de son client ou de la partie adverse.

Le délai de prescription de l'action de la partie gagnante en recouvrement des dépens est de 30 ans à compter du jugement ou de l'arrêt.

6) La distraction des dépens

Les avocats et les avoués ont la faculté, dans les cas où leur ministère est obligatoire, de demander (dans les assignations et conclusions) que la condamnation aux dépens soit assortie à leur profit du droit de recouvrer directement contre la partie condamnée ceux des dépens dont ils ont fait l'avance sans avoir reçu provision de leur propre client. Ce droit de recouvrement direct sur la partie condamnée aux dépens est traditionnellement appelé « la distraction des dépens » (**art. 699**).

Il doit être mis en œuvre dans le délai de 2 ans à compter du jugement ou de l'arrêt.

---

FIN

