

RAPPORT DE PROCÉDURE CIVILE - ACE 2011

PROPOSITIONS DESTINÉES À AMÉLIORER LE SERVICE RENDU AUX JUSTICIABLES PAR UNE OPTIMISATION ET UNE ACCÉLÉRATION DU TRAITEMENT DES DOSSIERS JUDICIAIRES : LA RÉFORME NÉCESSAIRE DE CERTAINES RÈGLES DE PROCÉDURE CIVILE.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION : *Pages 4 à 9*

I/ Moyens de défense : difficultés de qualification : *Pages 9 à 19*

I.1. L'irrecevabilité : *Pages 10 et 11*

I.2. Les nullités affectant la validité d'un acte : *Pages 8 à 16*

a) Nullités de fond et fins de non recevoir : un intérêt de distinction résiduel. *Pages 10 à 14*

b) L'erreur matérielle : un moyen jurisprudentiel de requalifier un vice de fond en vice de forme. *Pages 14 à 19*

*

II/ De la procédure à jour fixe et à bref délai : *Pages 19 à 24*

II.1. L'intérêt du bref délai : *Page 19 et 20*

II.2. Problématique du bref délai devant le Tribunal de Commerce et le Tribunal d'Instance : *Page 20*

II.2.1. Les délais applicables : *Pages 20 à 24*

1) Le délai de comparution : *Pages 20 et 21*

2) Le délai de saisine : Pages 21 et 22

II.2.2. La procédure : Pages 22 à 24

1) Le principe textuel : Page 22

2) La nécessité d'une clarification textuelle : Pages 23 et 24

*

III/ De la mise en état et du prononcé du jugement : Pages 24 à 41

III.1. Une exclusivité de compétence liée à la seule saisine de la juridiction de la mise en état Pages 25 à 27

III.1.1. Principe : Page 25

III.1.2. Problématique : Pages 26 et 27

III.2. Certains champs de compétence exclusive posent difficulté : Pages 27 à 35

III.2.1. Rappel de notions : Pages 28 à 29

a) Les exceptions de procédure : Page 28

b) Les incidents d'instance : Pages 28 et 29

c) Les fins de non recevoir : Page 29

III.2.2. Complexité de la compétence exclusive reconnue au JME : Pages 29 à 35

a) L'exception d'incompétence, l'ordonnance du JME et le pourvoi en Cassation : Pages 29 à 31

b) Le sursis à statuer : Pages 31 à 33

c) Le cas des fins de non recevoir : Pages 33 et 34

III.3. Vers une mise en état et une procédure écrite généralisées : Pages 35 à 39

III.4. Le prononcé du jugement : Pages 40 et 41

*

IV/ De la postulation : Pages 41 à 43

IV.1. Principe et territorialité : Pages 41 et 42

IV.2. La rémunération de la postulation : Pages 42 et 43

*

V/ De l'autorité de la chose jugée : Pages 43 à 46

V.1. Une clarification louable des contours de la chose : Pages 43 et 44

V.2. Le dispositif, rien que le dispositif ? : Pages 44 à 46

*

VI/ De la réforme de la procédure devant la Cour d'Appel avec représentation obligatoire : Pages 46 à 49

VI.1. Présentation : Pages 46 et 47

VI.2. Les préconisations : Pages 47 à 49

*

CONCLUSIONS : Pages 50

Synthèse des propositions émises : Pages 51 à 54.

*

* *

INTRODUCTION :

0.1. La Direction des services judiciaires du Ministère de la Justice a souhaité mettre en place un programme dénommé "LEAN services judiciaires" auquel elle a associé le Conseil National des Barreaux.

L'objectif est de proposer aux Tribunaux de Grande Instance et Cours d'Appel des méthodes propres à améliorer le service rendu aux justiciables, par une optimisation et une accélération des processus de traitement des dossiers.

Le Conseil National des Barreaux a ainsi demandé à l'ACE, suivant lettre en date du 20 octobre 2011, d'apporter son concours.

Ce concours sera apporté dans le cadre d'une réflexion générale portant sur plusieurs domaines de la procédure civile, dont le but est, en proposant des simplifications, modifications ou éclaircissements des textes en vigueur, d'améliorer la qualité de cette procédure dans l'intérêt des justiciables.

0.2. Le gouvernement rappelait sa volonté « *d'améliorer la célérité et l'efficacité de la justice en s'appuyant sur les pratiques innovantes menées par les juridictions et les barreaux* ».¹

Depuis quelques années, les Français ont de leur justice une appréciation négative : En 2004, à 70%, ils estimaient que la justice fonctionnait mal et plus d'un Français sur deux (53%) pensait que ce fonctionnement s'était dégradé.²

Les sondages réalisés postérieurement ont montré que la Justice se voit reprocher par le grand public des défauts structurels.

L'opinion publique, informée quotidiennement par les médias, découvre, d'autant plus inquiète, la sphère d'intervention sans cesse grandissante de la justice, qu'elle n'en connaît en réalité pas ou mal l'organisation ou le fonctionnement.

Cette crise de confiance est également présente dans l'esprit des magistrats et des auxiliaires de justice qui s'interrogent sur l'évolution de leur métier.

Pour correspondre pleinement aux exigences d'un Etat de droit, la justice ne doit plus seulement veiller à l'application des lois, mais aussi répondre aux attentes exprimées par les citoyens.

Le 24 septembre 2008 – Ipsos et Lamy (une marque Wolters Kluwer France) ont publié les résultats d'une étude réalisée les 27 et 28 juin 2008, confirmant malheureusement les données de 2004³ : 53% des Français ont une image négative de la Justice et 59% estiment que cette image s'est détériorée depuis 10 ans.

¹ Discours de Mr Marc GUILLAUME, directeur des affaires civiles et du Sceau, congrès ACE 2005, G.Pal. du 1^{er} septembre 2005, p.44)

² Sondage TNS Sofrès pour Pèlerin magazine, Les Français et la justice, octobre 2004.

³ Tous les tableaux de résultats et leur analyse sont disponibles sur le site www.ipsos.com

La convention nationale sur la justice organisée par l'Union pour un mouvement populaire le 03 mai 2006 à l'Assemblée Nationale⁴ a notamment mis en exergue les écueils suivants :

- Une organisation judiciaire trop complexe
- La lenteur de la justice française
- L'égalité devant la justice n'est pas toujours garantie (conditions d'accès, justice rendue différemment selon le lieu de la juridiction)
- Efficacité remise en cause par la complexité du droit et l'organisation judiciaire.

En février 2011, deux sondages ont été réalisés sur le fonctionnement et les dysfonctionnements de la justice en France, par l'Ifop et le CSA.⁵

55% des Français font confiance en l'institution de la Justice, selon le sondage Ifop qui s'intéresse à l'image que les Français ont du fonctionnement de la Justice aujourd'hui en France. La confiance est moindre que celle donnée aux hôpitaux (83%), à l'Armée (77%) et à l'Ecole (72%).

De manière générale, 72% des Français considèrent que la Justice fonctionne mal en France, et 27% qu'elle fonctionne bien.

Résultat à mettre en rapport avec le fait que 77% estiment qu'elle n'a pas les moyens suffisants pour faire correctement son travail.

Au final, un besoin de réforme se fait sentir: 48% disent que la Justice doit être réformée sur quelques aspects, et 47% qu'elle doit l'être en profondeur. 5% seulement disent qu'elle ne doit pas être réformée.

Un autre sondage de CSA peint une réalité similaire: ici 65% des Français considèrent que la Justice fonctionne mal en France, contre 34% qui estiment qu'elle fonctionne bien.

0.3. La procédure civile, ou le droit judiciaire privé, se présente comme l'ensemble des règles qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement de la justice en vue d'assurer aux sujets de droit le respect et la sanction de leurs droits privés.

Si le droit substantiel contient les règles de droit ordinaire régissant l'activité des personnes, l'application du droit n'est certes pas nécessairement contentieuse.

⁴ Annonces de la Seine – lundi 17 juillet 2006.

⁵ *"Les Français et la Justice"* - Sondage réalisé par Ifop pour Le Figaro. Enquête réalisée par Internet du 10 au 11 février 2011 avec un échantillon de 1003 personnes. Marge d'erreur: environ 3,1%. *"Le fonctionnement de la justice en France"* - Sondage réalisé par CSA pour LCI. Enquête réalisée par téléphone du 9 au 10 février 2011 avec un échantillon de 947 personnes. Marge d'erreur: environ 3,2%.

Toutefois, en cas de besoin, le droit judiciaire privé vient prêter main forte pour que la prescription du droit substantiel ne soit pas impunément bafouée.

Le contentieux civil (hors pénal) de l'entreprise est vaste : commercial, litige avec les particuliers, social, économique, bancaire etc.

Il ne concerne pas que les particuliers, mais bien toutes les personnes : physiques et morales.

Ainsi, afin que le droit substantiel soit appliqué, le conseil se doit d'une part, d'appréhender le contentieux, dans le cadre de l'éventualité d'un procès, mais d'autre part, d'être en mesure d'assister ou de représenter l'entreprise qu'il a conseillée lorsque le contentieux est inéluctable ou qu'il est engagé contre cette même entreprise.

La procédure est une matière ouverte à tous les praticiens du droit et constitue la base même du contentieux, qu'il soit commercial, civil, social, et qu'il soit pendant devant la juridiction de droit commun ou les juridictions d'exception.

Le caractère auxiliaire de ce droit est relatif.

Si la procédure apparaît comme l'auxiliaire du droit substantiel, puisqu'elle contient les règles applicables pour mettre en œuvre la sanction des règles du droit ordinaire, la procédure peut également anéantir ce droit.

Le caractère formaliste du droit judiciaire privé est mal perçu : le plaideur a toujours du mal à accepter la perte d'un procès qui était bon sur le fond, pour une question de procédure.

Le juriste allemand Ihering⁶ écrivait pourtant « *ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté* ».

La forme apporte effectivement la sécurité à celui qui s'y soumet et permet de garantir le respect de principes fondamentaux (droit d'accès au juge, droit de la défense, ne pas être jugé sans avoir été entendu ou appelé, droit au recours, loyauté, contradictoire...).

0.4. Une action gouvernementale a été menée pour tenter de remédier à ces problèmes majeurs, et le droit de la procédure civile a connu depuis ces dix dernières années plusieurs réformes importantes.

- ✓ A la demande du garde des Sceaux le 25 octobre 1995, Monsieur le Président J.M. COULON (Président du TGI de NANTERRE) a émis une proposition sur la procédure civile basée sur une mission de réflexion dont les lignes directrices consistaient «... à renforcer l'efficacité et la crédibilité de la justice, accélérer les procédures, et réguler les flux. »

Il s'agissait de gérer au mieux un volume d'affaires générant une charge trop importante pour les juridictions.

⁶ IHERING, L'esprit du droit romain, 3^{ème} éd. PARIS, 1886-88

La réforme de la procédure civile via le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC), est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1999 :

- augmentation des seuils de compétence, le champ d'intervention du Tribunal d'Instance
- apport de modes alternatifs de règlement des conflits : conférer force exécutoire aux transactions conclues et faciliter la désignation d'un conciliateur de justice par le juge d'instance
- aménagement de l'instruction des affaires civiles : institution du juge chargé du contrôle des expertises, augmentation des pouvoirs du juge de la mise en état, exigences imposées aux avocats pour la présentation de leurs écritures.

- ✓ En 2004, les objectifs furent augmentés : la mission confiée à Monsieur le Président MAGENDIE visait avant tout une démarche de qualité, visant à identifier « *les différents facteurs de ralentissement du processus judiciaire afin de s'attaquer à tout ce qui est susceptible d'engendrer des lenteurs inutiles, voire des blocages, pour promouvoir et pérenniser des procédures et des pratiques mieux adaptées* ».

La célérité perdurait en tant qu'objectif.

Le décret du 20 août 2004 s'inscrit dans une gestion du flux judiciaire (cf. notamment élargissement des pouvoirs du juge mis en place : fins de non recevoir et mise en état).

Entre gestion des stocks et démarche qualité, le décret du 20 août 2004 a anticipé sur plusieurs points le rapport de Monsieur le Président MAGENDIE.

- ✓ Le décret de procédure civile en date du 28 décembre 2005, entré en vigueur le 1^{er} mars 2006, participait d'un mouvement en profondeur de la réforme de notre procédure civile.

Ce texte a consacré la pratique des « contrats de procédure », rénové la mise en état devant le Tribunal de Grande Instance, et innové en appel au titre de l'exécution provisoire⁷.

Les modifications ainsi apportées n'ont cependant pas répondu aux attentes.

Certains textes n'ont pas été toilettés ni mis en harmonie avec ces nouvelles dispositions, de sorte que des problèmes de procédure compliquent encore considérablement l'instance.

⁷ Si la chancellerie a renoncé à modifier le champ de l'exécution provisoire comme le suggérait le rapport de Monsieur le Président MAGENDIE, le texte prévoit qu'en appel, lorsque l'exécution provisoire est de droit ou a été ordonnée, l'intimé peut demander au Premier Président (ou conseiller de la mise en état s'il est saisi) que l'examen de l'appel soit précédé de l'exécution effective de la décision de première instance, en sollicitant la radiation de l'affaire du rôle de la Cour d'Appel.

0.4. Une innovation judiciaire importante fût marquée par les textes de 2010 et les projets en débats (dématérialisation judiciaire, réforme de la postulation, suppression des avoués, réforme de la procédure devant la Cour d'Appel, généralisation de la procédure écrite, inter-professionnalité...).

Pour autant l'efficience de la simplification, de la cohérence et de la clarification de bon nombre de règles procédurales encore propices à la complexité et à la lenteur du procès n'est pas encore assurée.

Les moyens actuels n'incitent pas le recours au contentieux judiciaire, alors que celui-ci est parfois, certes malheureusement, indispensable à la solution du litige.

Une publication du Conseil de la Modernisation des Politiques Publiques en témoigne : *"...il paraît nécessaire de réduire la demande adressée aux tribunaux dès que c'est possible, c'est-à-dire dès que des moyens moins traumatisants⁸, moins coûteux, plus rapides peuvent légitimement apporter réponse"*.⁹

La présente étude n'a pas la prétention de refondre le vaste domaine de la procédure civile, mais le dessein d'apporter des réflexions et des propositions sur plusieurs thèmes de procédure civile mettant en exergue des difficultés auxquelles justiciables, magistrats et confrères ont été et sont encore confrontés.

Ainsi :

- Les difficultés de qualification, ou encore la similarité de régimes de moyens de défense autres que ceux tenant au fond de l'affaire justifient clarification et simplification. Il en est notamment des fins de non recevoir et des nullités.
- Les règles procédurales applicables à certaines juridictions posent problèmes en matière de procédure à bref délai ou à jour fixe.
- La procédure de mise en état et le prononcé du jugement : la compétence du Juge de la mise en état devant le Tribunal de Grande Instance pose encore des difficultés non résolues par les réformes des dix dernières années du fait de l'absence de simplification effective de certaines règles.
- Le principe d'une mise en état généralisée à d'autres juridictions que le Tribunal de Grande Instance serait souhaitable ainsi que la généralisation de la procédure écrite. Le délai du prononcé du jugement mérite également une attention particulière.
- La réforme envisagée de la postulation appelle plusieurs commentaires et suggestions, que la Commission Procédure de l'ACE a notamment fait valoir au travers de sa contribution de février 2009.

⁸ Souligné par nous.

⁹ Publication du Conseil de la Modernisation des Politiques Publiques - vendredi 4 avril 2008.

- L'importance liée à la reconnaissance ou non de l'autorité de la chose jugée mérite que l'on prête attention à cette notion, et ce à plusieurs égards : la seule reconnaissance du dispositif du jugement au titre de l'autorité de la chose jugée n'est pas sans poser des difficultés, notamment s'agissant de la qualification des jugements (avant dire droit, mixte, sur le fond) et s'agissant de la recevabilité d'un appel immédiat.

Les composantes de l'autorité de la chose jugée méritent par ailleurs quelques précisions textuelles au regard de l'actualité jurisprudentielle.

- La réforme de la procédure devant la Cour d'Appel augmente de manière significative la responsabilité de l'Avocat - *la profession d'Avoué étant vouée à disparaître en janvier 2012* - en raison des contraintes procédurales qu'elle annonce au nom de la qualité et de la célérité, mais malheureusement pas nécessairement dans l'intérêt du justiciable.

Les réflexions et suggestions de la Commission Procédure Nationale de l'ACE seront sur ce point reprises dans le cadre du présent rapport.



I/ Moyens de défense : difficultés de qualification :

Le terme « *irrecevabilité* » se retrouve dans bon nombre d'écritures.

Il est cependant souvent utilisé de manière inappropriée.

Les moyens de défense répondent à une action : ils concernent dès lors soit le fond de l'action, soit la procédure (Titre cinquième du CPC, Chapitres I et II).

Lorsqu'ils concernent la procédure, on parle d'exceptions de procédure (Chapitre II du titre cinquième du CPC).

Théoriquement, on ne peut pas classer les fins de non recevoir dans les défenses de fond proprement dites dans la mesure où elles touchent l'action elle-même : le conflit au fond n'est pas encore abordé.

On ne peut pas également les classer dans les exceptions de procédure, puisque dans ce cas, il y a un obstacle à la régularité de l'action, telle qu'elle avait été engagée.

Pourtant, les fins de non recevoir sont classées dans le CPC dans la troisième grande catégorie des moyens de défense (Chapitre III du Titre cinquième du CPC).

La tâche n'est pas aisée, et la confusion demeure :

- soit la qualification n'est pas donnée (ex : bon nombre de textes ne contiennent pas le terme « irrégularité » ou la qualification « fin de non recevoir », alors que les sanctions propres à chacune de ces qualifications sont encourues)
- soit une qualification est donnée à un cas dont les composantes répondent à la définition d'une autre qualification : certains textes mentionnent que l'omission de certaines mentions dans un acte est une cause d'irrecevabilité.

Ex : défaut de motivation d'un contredit de compétence (article 82 du CPC).

L'absence de motivation constitue pourtant un vice susceptible d'affecter la validité du jugement (article 455 du CPC).

Il en est de même de l'absence de certaines mentions aux actes de procédure, que cette absence les affecte d'une nullité de forme ou de fond, selon le cas.

Les enjeux liés à ces qualifications sont importants.

Une erreur dans le choix de ces armes procédurales peut avoir de lourdes conséquences : une irrecevabilité soulevée à tort par le défendeur peut priver ce dernier de la possibilité de soulever certaines exceptions de nullité, voire de compétence, puisque les exceptions de procédure doivent être soulevées, à peine d'irrecevabilité, simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non recevoir (article 74 du CPC).

I.1. L'irrecevabilité :

L'irrecevabilité est la sanction d'un cas de fin de non recevoir.

Cette sanction ne s'applique par conséquent qu'aux seules fins de non recevoir, c'est-à-dire à celles énumérées à l'article 122 du CPC : *défaut de qualité, d'intérêt à agir, la prescription, le délai préfix, la chose jugée.*

Difficulté : cette liste n'a pas un caractère limitatif : d'autres textes prévoient des cas d'irrecevabilité.

La Cour de Cassation est venue compliquer le choix de la qualification en estimant, dans un arrêt rendu le 28 octobre 1997 (Cass.civ.1^{ère}, Bull.civ.I, n°293), que la fin de non recevoir peut résulter indirectement d'un texte.

Comment les reconnaître ?

Si le terme « fin de non recevoir » n'est pas expressément prévu par le texte considéré, l'indice de reconnaissance peut résulter de la qualification de la sanction y édictée : les mentions d'irrecevabilité, de forclusion, de prescription répondent à une fin de non recevoir. On en revient indirectement à l'article 122 du CPC.

Toute notion prévue par un texte prévoyant une situation à l'issue de laquelle il n'y a plus d'intérêt à agir ou de qualité correspond, à défaut de qualification de sanction précise par le même texte amenant à une autre qualification, à une fin de non recevoir.

On en revient également à l'article 122 du CPC.

Ex : Procédure de réconciliation entre époux dans la procédure de divorce : Les époux ne sont plus censés avoir d'intérêt à agir pour demander un divorce, puisqu'en réalité ils viennent de se réconcilier.

La fin de non recevoir peut avoir une source contractuelle : il serait inexact de penser que la loi constitue la seule source de fin de non recevoir.

La jurisprudence reconnaît aux parties la possibilité de prévoir contractuellement des cas d'irrecevabilité. *Ex : contrats d'assurance, actes de garantie de passif...*

La Cour de Cassation a récemment confirmé l'intégration d'un nouveau cas d'irrecevabilité : l'estoppel.¹⁰

Le régime des fins de non recevoir est moins contraignant que celui applicable, en principe, aux exceptions de procédure : on peut soulever une fin de non recevoir à tout moment de la procédure (sauf intention dilatoire sanctionnée par des dommages-intérêts), et sans avoir à justifier d'un grief.

Pour autant, le régime des nullités de fond est quasiment identique à celui des fins de non recevoir, alors que ces mêmes nullités sont classées dans la catégorie des exceptions de procédures.

I.2. Les nullités affectent la validité d'un acte :

Existence des irrégularités pour inobservation d'une règle de forme (nullité prévue par un texte, encourue en cas de violation d'une formalité substantielle ou d'ordre public) et les irrégularités de fond visées à l'article 117 du CPC : *défaut de capacité d'ester en justice, défaut de pouvoir d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice.*

a) Nullités de fond et fins de non recevoir : un intérêt de distinction résiduel.

Les cas de nullité de fond sont désormais limités aux seuls cas visés par l'article 117 précité.¹¹

Quelle est la réelle différence entre ces deux notions qui en réalité connaissent un régime quasi identique ?

L'irrégularité se distingue de la cause de la fin de non recevoir, laquelle touche au droit d'agir en justice et atteint l'action elle-même. Pour autant, dans quelques cas, le législateur sanctionne par une irrecevabilité l'irrégularité d'un acte (contredit etc.).

¹⁰ C.cass.Ass.plén. 27 févr.2009 : Gaz.Fal. 24 et 25 avril 2009

¹¹ Cass.ch. mixte 7 juillet 2006 : JCP 2006.II.10146.

La situation était délicate dès lors que les nullités de fond n'étaient pas limitativement énumérées et que certains textes posaient des conditions de régularité sans pour autant en donner une sanction précise : faute d'y lire la sanction d'irrecevabilité, on pouvait tenter de se repérer en s'orientant vers le régime des nullités.

Aujourd'hui la question ne se pose plus puisque la Cour de Cassation a posé le principe selon lequel les vices de fond sont limitativement visés à l'article 117 du CPC.¹²

La nullité pour irrégularité de fond peut être soulevée à tout moment.

Il en est de même des fins de non recevoir. Laquelle de ces notions l'emporte sur l'autre dans le temps ?

Constitue une exception de procédure tout moyen qui tend notamment à faire déclarer la procédure irrégulière (article 73 du CPC).

Une procédure peut être irrégulière en raison de l'irrégularité de forme d'un acte, mais également en raison d'une irrégularité de fond.

Ainsi, soulever en défense une nullité de fond constitue une exception de procédure.

Or une telle exception doit, selon l'article 74 du CPC, être soulevée simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non recevoir.

La nullité de fond devrait ainsi être soulevée simultanément et avant toute fin de non recevoir. Ce n'est pourtant pas la solution consacrée, puisque l'alinéa 3 de l'article 74 précité dispose que son premier alinéa ne fait pas obstacle à l'application de l'article 118 du CPC, lequel pose le principe selon lequel une nullité de fond peut être soulevée à tout moment.

Avant de contre-attaquer une exception de procédure soulevée par l'adversaire en en soulevant l'irrecevabilité de par l'application du principe de l'aliéna 1 de l'article 74 du CPC, il convient, d'une part, de vérifier que cette exception ne fait pas partie des régimes dérogatoires prévus à l'alinéa 3 du même article, et d'autre part, si la procédure est écrite ou orale.

Dans ce dernier cas, c'est le jour où la demande est présentée oralement qui en fixe la date.

Dans ce même cas, l'auteur de conclusions écrites prises sur le fond verra son exception de procédure formulée oralement recevable, bien que postérieure à ses conclusions.

L'intérêt pratique de la distinction entre nullité de fond et fin de non recevoir est donc limité de par la similitude de leurs régimes respectifs.

En définitive, c'est l'action qui est touchée dans le cadre de la mise en œuvre de ces deux moyens de défense : la contestation porte soit sur le droit qui en est la base (fin de non recevoir), soit sur sa régularité (nullité de fond).

¹² Cass.ch.mixte, 07 juill.2006 : Bull.chambre mixte, n°6; Procédures 2006.Comm.200, obs.Perrot

Comment expliquer que pour l'une la liste des cas ne soit pas limitative alors que pour l'autre la jurisprudence décide d'en restreindre les contours aux seules dispositions de l'article 117 du CPC ?

Avant 2004, il existait une divergence jurisprudentielle entre les juridictions de fond et la Cour de Cassation.

En principe, seules les fins de non recevoir d'ordre public devaient être relevées d'office (article 125 alinéa 1 du CPC)

La possibilité était laissée au juge de les relever d'office en cas de défaut d'intérêt à agir (ancien art. 125 al 2 du NCPC).

Les juridictions de fond les relevaient toutefois d'office en cas de défaut de qualité et de chose jugée.

La Cour de Cassation censurait ces décisions car considérait que seul le défaut d'intérêt à agir était relevable d'office.

Le décret n°2004-836 du 20 août 2004 a mis fin à cette divergence en modifiant le second alinéa de l'article 125 du CPC : « *Le juge peut relever d'office la fin de non recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité, ou de la chose jugée.* »

Le rapport de Monsieur le Président MAGENDIE allait plus loin : possibilité pour le juge de soulever d'office toute fin de non recevoir sans examen au fond.

Le décret du 28 décembre 2005 n'a pas suivi cette préconisation.

Pour autant, la réforme issue du décret du 20 août 2004 est très délicate et présente une insécurité liée notamment au fait que la liste des fins de non recevoir prévue à l'article 122 du CPC n'est pas limitative.

- Ex : Les fins de non recevoir contractuelles susceptibles d'intégrer le champ de la notion de défaut d'intérêt, de défaut de qualité, de chose jugée (transaction).

Quid d'un relevé d'office d'une telle fin de non recevoir alors que le problème de fond affecterait la validité de la clause appliquée ?

La simplification se heurterait ici à un droit essentiel : le respect du principe du contradictoire.

La garantie du contradictoire prône en tout état de cause l'invitation des parties à présenter leurs observations sur le moyen que le juge entend soulever d'office, et ceci dans un délai suffisant pour leur permettre d'émettre leurs observations au regard du droit et des faits de la cause.

Cela entraîne pourtant l'effet pervers de la lenteur dès lors que les cas de fin de non recevoir ne sont ni limités ni clairement définis.

La sécurité du justiciable au nom du respect du principe du contradictoire et de la célérité du contentieux justifierait que ces deux moyens de défense connaissent des cas limitativement énumérés, que pour chacun de ces cas une définition claire puisse être donnée en traduisant l'acquis jurisprudentiel et en sélectionnant les solutions qu'il convient de consacrer.

b) L'erreur matérielle : un moyen jurisprudentiel de requalifier un vice de fond en vice de forme.

La nullité d'un acte de procédure tenant à une irrégularité de forme n'est pas souvent prononcée puisqu'elle exige l'existence d'un grief, laquelle est appréciée souverainement par les juges du fond, échappant ainsi au contrôle de la Cour de Cassation¹³.

La 2^{ème} Chambre Civile a précisé que le juge qui, saisi d'une exception de nullité, relève d'office l'absence de grief, ne soulève pas un moyen de droit au sens des dispositions de l'article 16 alinéa 3 du Code de Procédure Civile.¹⁴

La charge de la preuve de l'existence du grief incombe à celui qui invoque la nullité et le juge ne peut retenir d'office un grief non évoqué.¹⁵

Parmi les irrégularités de fond énumérées à l'article 117 du Code de Procédure Civile (liste limitative¹⁶), figure « *le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale¹⁷, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice.* »¹⁸

Réunie en 2002 en chambre mixte, la Cour de Cassation a adopté comme principe que le défaut de désignation de l'organe représentant légalement une personne morale dans un acte de procédure, lorsque cette mention est prévue à peine de nullité, ne constitue qu'un vice de forme.¹⁹

L'acte incriminé était en l'espèce une assignation ne comprenant pas la désignation de l'organe représentant légalement les sociétés intervenant en demande.

Ce principe ne posait guère de difficulté au regard de l'application du régime des nullités de forme, dès lors qu'une formalité requise à peine de nullité faisait défaut et qu'il n'était pas question de l'examen de l'une des irrégularités (défaut de pouvoir) énumérées par les dispositions de l'article 117.

Si la mention vise une personne n'ayant pas le pouvoir légal ou statutaire de représenter cette personne morale, le cas peut paraître simple, puisqu'il répond au cas d'irrégularité prévu à l'article 117 alinéa 3 du Code de Procédure Civile.

¹³ Civ.2^{ème} 21 oct. 1982 : Bull.civ. II, n°129

¹⁴ Civ.2^{ème} 16 oct. 1974 / Bull.civ. II, n°269

¹⁵ Civ.3^{ème} 09 mars 1994 : Bull.civ.III, n°49

¹⁶ Cf. arrêt précité supra, note n°5

¹⁷ Souligné par le rédacteur.

¹⁸ Article 117 alinéa 3 du Code de Procédure Civile

¹⁹ Cass.ch. mixte 22 févr. 2002, n°pourvoi 00-19639 00-19742

L'évolution jurisprudentielle n'appelle pourtant pas à une telle simplicité : il a été jugé en 1999 qu'en présence d'une contestation qui ne porte que sur la dénomination du représentant légal de la société, et non sur ses pouvoirs, l'existence d'un grief doit être établie par le demandeur à l'exception de procédure.²⁰

A contrario, si le moyen de nullité avait été fondé sur le défaut de pouvoir de l'organe désigné à tort comme représentant la personne morale appelante, l'arrêt précité semble impliquer que le régime des nullités de fond aurait été retenu, évitant ainsi pour le demandeur à l'exception de procédure l'écueil de la justification de l'existence d'un grief causé par une telle irrégularité.

Un président du conseil d'administration n'a effectivement pas le pouvoir d'engager une société anonyme à directoire et à conseil de surveillance, puisqu'un tel organe n'existe pas dans ce type de structure.

La solution retenue par l'arrêt de la deuxième chambre civile du 28 février 2006 sous la présidence de Monsieur CANIVET²¹ pose comme principe que l'indication erronée de l'organe représentant légalement une personne morale dans un acte de procédure, lorsque cette mention est prévue à peine de nullité, ne constitue qu'un vice de forme.

Dans cette affaire, la déclaration d'appel attaquée visait, comme organe représentant la personne morale appelante, son « *président directeur général* ».

Or, la personne morale était une société de droit israélien, et un tel organe n'existe pas en droit israélien.

Il ne pouvait s'agir, selon la Cour, que d'une erreur d'indication de l'organe représentant légalement la société.

Cet arrêt est à rapprocher de celui rendu par la Première Chambre le 6 décembre 2005²² :

« ...les irrégularités qui affectent les mentions de la déclaration d'appel constituent des vices de forme dont la nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour celui qui l'invoque de prouver l'existence d'un grief. »

Un gérant était porté sur la déclaration d'appel comme représentant légal d'une société constituée à l'origine sous la forme de société anonyme, mais transformée en cours d'instance d'appel en société par actions simplifiée.

L'organe « *gérant* » ne pouvait pas être l'organe désigné à l'acte de déclaration d'appel comme représentant légalement cette société puisque cet organe n'existe pas dans ce type de structure.

²⁰ Civ.1^{ère} 05 oct. 1999, pourvoi n°95-17030

²¹ Civ.2^{ème} 28 fév. 2006, pourvoi n°03-17849

²² Civ.1^{ère} 06 déc. 2005, pourvoi n°03-12342

Le 11 janvier 2006, la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation²³ rendait un arrêt, sous la présidence de Monsieur DINTILHAC, jugeant que le fait d'indiquer dans l'acte de saisine un organe qui ne représente plus légalement la société appelante constitue une irrégularité de fond.

Cet arrêt a été rendu cinq semaines avant l'arrêt rendu par la même chambre le 28 février 2006²⁴.

La 14^{ème} chambre de la Cour d'Appel de VERSAILLES²⁵ a jugé que la mention du directeur général d'une société par actions simplifiée, visé comme représentant légal de cette société à l'acte d'appel, alors qu'il n'avait pas le pouvoir de représenter légalement cette société (la mention de la délégation statutaire n'était pas complétée par une déclaration au registre du commerce et des sociétés) constitue une irrégularité de fond affectant la validité d'une déclaration d'appel.

Depuis la loi dite « NRE » n°2001-420 du 15 mai 2001, le président du conseil d'administration, lorsqu'il n'assume pas la direction générale de la société, n'a plus pouvoir de la représenter.

Quelle nullité encourrait l'acte de procédure visant le seul président du conseil d'administration de la société anonyme requérante, alors que ce dernier n'assume par ailleurs pas la fonction de directeur général ?

A cela la Cour d'Appel de PARIS répondit récemment au sujet d'un acte de déclaration d'appel comportant la désignation d'un organe dépourvu de pouvoir qu'il s'agissait d'une nullité de forme dès lors que l'irrégularité relève d'une *"indication erronée de l'organe représentant légalement une personne morale"*, et que *"c'est à la suite d'une erreur matérielle que la mention erronée a été portée"*.²⁶

La Chambre Commerciale de la Cour de Cassation avait pourtant, le 03 juin 2008, à nouveau considéré, *« que par ces seuls motifs... »*, c'est-à-dire l'absence de pouvoir de l'organe visé à un acte de procédure (en l'espèce une requête et une assignation), *« la Cour d'Appel a déduit à bon droit que le défaut de pouvoir à représenter la société constituait une irrégularité de fond affectant la validité de la requête en saisie contrefaçon et de l'assignation »*.

Là encore, l'exigence de la vérification de ce que l'irrégularité proviendrait d'une erreur matérielle n'était pas posée.

Pourquoi opérer une distinction de régime à l'acte de procédure que constitue la déclaration d'appel, alors qu'aucun texte n'opère une telle distinction ?

²³ Civ.2^{ème} 11 janv. 2006, pourvoi n°04-14377

²⁴ Civ.2^{ème} 28 fév. 2006, pourvoi n°03-17849

²⁵ CA VERSAILLES, 14^{ème} ch. 25 juin 2008, n° RG 08/01978 et 08/02436

²⁶ CA PARIS Pôle 4 - chambre 9, Ordonnance CME 31 mars 2009 RG n° 07/11903

Le plaideur qui s'était vu opposer une telle irrégularité s'était bien trompé, car nul doute qu'il n'avait pas l'intention de mentionner à un acte de procédure dont il était le rédacteur un organe sans pouvoir.

La 14^{ème} chambre de la Cour d'Appel de VERSAILLES²⁷ a jugé le 25 juin 2008 que la mention du directeur général d'une société par actions simplifiée, visé comme représentant légal de cette société à l'acte d'appel, alors qu'il n'avait pas le pouvoir de représenter légalement cette société constitue une irrégularité de fond affectant la validité d'une déclaration d'appel.

Ce courant s'inscrit bien dans celui des arrêts rendus par la Cour de Cassation les 11 janvier 2006 et 03 juin 2008, n'exigeant nullement la vérification de ce que l'irrégularité ne proviendrait pas d'une erreur, ou même d'une erreur matérielle.

Quel acte comportant un vice de fond pourrait au demeurant ne pas avoir pour origine une erreur ?

Il suffit en effet au défendeur à l'exception de nullité de soulever systématiquement l'erreur de mention à l'acte de procédure.

La plupart des plaideurs vont même jusqu'à tenter de régulariser l'acte vicié par un autre vice : ne pas désigner d'organe représentant légalement la personne morale.

Ils bénéficient alors de l'application du régime des nullités de forme, dont on sait que l'accueil par la jurisprudence est rare, la reconnaissance d'un grief en rapport avec l'irrégularité dénoncée étant reconnue dans peu de cas.

Les dispositions de l'article 117 alinéa 3 viendraient alors à s'appliquer aux seules personnes physiques dénommées à l'acte de procédure, lorsqu'elles sont dépourvues de pouvoir de représentation de la personne morale.

Or, nous savons que la mention à l'acte de procédure du nom de la personne physique qui exerce ce rôle de représentation n'est pas exigée.²⁸

Cette disposition n'a dès lors plus aucun intérêt.

La solution qui tient à ne retenir l'existence d'un vice de fond qu'en l'absence d'erreur matérielle à l'origine de l'irrégularité pourtant prévue par l'article 117 du CPC suppose à tout le moins que la notion d'erreur matérielle soit clairement définie, ce qui n'est pas le cas, puisqu'aucun texte n'en donne la définition.

Ainsi, des débats sans fin retardent le procès parce que les textes ne donnent pas de définition ou de régime précis aux notions pourtant mentionnées dans certains articles.

²⁷ CA VERSAILLES, 14^{ème} ch. 25 juin 2008, n° RG 08/01978 et 08/02436

²⁸ Civ.2^{ème} 14 janv. 1987 : RTD civ. 1987.399.

Indiquer l'identité d'une personne à l'acte (donc au-delà de la désignation de l'organe) dépourvue de pouvoir est déjà constitutif d'une erreur ou d'une négligence : on croit que la personne a le pouvoir et en réalité elle ne l'a pas – on ne vérifie pas qu'elle a le pouvoir et on la porte à l'acte comme si elle l'avait.

L'erreur se définit comme l'acte de l'esprit qui tient pour vrai ce qui est faux et inversement²⁹.

L'erreur matérielle doit de prime abord correspondre à une erreur grossière, comme pourrait l'être la désignation d'un gérant représentant une société anonyme : en pareille hypothèse, on sait pertinemment qu'un gérant ne représente pas une société anonyme, et l'erreur de base est ici évidente.

L'erreur matérielle s'oppose à l'erreur intellectuelle³⁰.

Quelle est réellement la frontière ?

L'erreur matérielle supposerait qu'on soit en mesure de la rectifier sans difficulté, puisqu'il s'agirait de la méprise d'un terme par rapport à un autre.

Là encore, ce critère ne rassure pas réellement, car quelle erreur ne résulte pas d'une méprise³¹ ?

L'erreur intellectuelle suppose d'avantage, à savoir la persuasion du caractère fondé de ce qui ne l'est en réalité pas.

Le remède tendant simplement à changer la qualification d'une nullité de fond en nullité de forme, selon qu'il existe une erreur matérielle ou non, n'est pas suffisant.

La régularisation ne s'oppose pas à l'application de la notion de nullité de fond, puisque dans les cas où elle est susceptible d'être couverte, la nullité ne sera pas prononcée si sa cause a disparu au moment où le juge statue (article 121 du CPC).

Il suffit alors à la partie qui se voit opposer un tel moyen de régulariser l'acte attaqué avant que le juge statue, faute de quoi, la notion d'erreur matérielle ne justifierait nullement le changement de qualification.

En ce sens, il serait souhaitable de revenir sur ce nouveau courant jurisprudentiel et de préciser à l'article 117 du CPC que les seuls cas y visés constituent une irrégularité de fond³² quand bien même ils résulteraient d'une erreur matérielle, eu égard à la faculté de régularisation qu'offre l'article 121 du CPC, et pour les cas où cette régularisation serait possible.

²⁹ "Erreur : Acte de se tromper, d'adopter ou d'exposer une opinion non conforme à la vérité, de tenir pour vrai ce qui est faux." - Encyclopédie LAROUSSE.

³⁰ Civ.2^{ème}, 8 juin 1974, Bull.II, n°193.

³¹ "Méprise : Erreur de celui qui se trompe sur quelqu'un, sur quelque chose" - Encyclopédie LAROUSSE

³² Solution retenue par l'arrêt Ch.mixte du 7 juillet 2006, supra note 8.

En dehors de ces cas³³, l'erreur matérielle pourrait effectivement s'appliquer sous réserve que ses contours soient clarifiés au moyen d'une définition précise.

Cette notion a par ailleurs vocation à interférer dans bien d'autres domaines que celui des nullités (jugements³⁴, rectification des actes d'état civil³⁵...). L'intérêt d'une définition textuelle est en conséquence justifié.

*

II/ De la procédure à jour fixe et à bref délai :

II.1. L'intérêt du bref délai :

Les juges, en cas d'urgence, peuvent abrégé les délais de comparution (procédure à bref délai) ou permettre de citer à jour fixe (article 646 du CPC).

Bien que cette dernière procédure ne soit développée que par les dispositions des articles 788 et suivants du CPC applicables à la procédure devant le Tribunal de Grande Instance, rien ne proscrit l'application de cette procédure d'urgence devant les autres juridictions, puisque les dispositions de l'article 646 précité sont générales.

La procédure à bref délai peut apporter plus de garantie du respect du contradictoire que la procédure à jour fixe, laquelle est effectivement peu sécurisante à l'égard du demandeur, notamment lorsque le défendeur se constitue juste avant l'audience et plaide sans conclure³⁶.

Dans ce dernier cas, le demandeur peut solliciter le report de l'affaire à une prochaine audience, mais le président saisi de l'affaire reste souverain.

Devant le Tribunal de Grande Instance, l'article 792 lui permet d'adapter la situation procédurale aux données du litige en faisant suivre à l'affaire le circuit mi-court prévu par l'article 761 du CPC, ou même, si l'affaire se révèle véritablement complexe, la renvoyer devant le juge de la mise en état³⁷, auquel cas l'intérêt de la procédure à jour fixe est anéanti.

Devant les autres juridictions, le respect du contradictoire que se doit d'assurer et de faire assurer le juge (article 16 du CPC) permettra d'aboutir au même résultat, quand bien même la procédure serait orale.

³³ Ex : expiration d'un délai de procédure (cf. délai pour interjeter appel).

³⁴ Article 462 du CPC.

³⁵ Article 99 du Code Civil.

³⁶ L'article 792 du CPC dispose en effet que "...si le défendeur a constitué avocat, l'affaire est plaidée sur le champ en l'état où elle se trouve, même en l'absence de conclusions du défendeur ou sur simples conclusions verbales..". La procédure devient orale.

³⁷ Une procédure de mise en état ne permet généralement pas d'obtenir un jugement sur le fond avant cinq à six mois, même devant les tribunaux bien organisés.

La procédure à bref délai, plutôt que celle à jour fixe, permet de constituer un juste milieu en ce qu'elle réduit le délai de comparution que les textes propres à chacune des juridictions prévoient.

Devant certaines juridictions, cette procédure pose cependant une difficulté de par la rédaction des textes en vigueur.

II.2. Problématique du bref délai devant le Tribunal de Commerce et le Tribunal d'Instance :

Demeure une difficulté importante et non résolue s'agissant de la procédure à bref délai devant la juridiction consulaire et le Tribunal d'Instance³⁸.

Cette procédure connaît deux délais à rebours constituant de véritables couperets.

Il s'agit du délai de comparution et du délai de saisine (placement).

L'exigence du respect du délai de placement applicable à la procédure normale devant le Tribunal de Commerce a, récemment et clairement, été posée par la Cour d'Appel d'AGEN, alors que l'action était engagée selon la procédure particulière d'urgence à bref délai³⁹.

Bien que la Cour de Cassation ne se soit pas prononcée, à la fois dans le cadre de ce contentieux⁴⁰, mais également en la matière, la décision rendue appelle à la plus grande vigilance.

II.2.1. Les délais applicables :

1) Le délai de comparution :

L'article 856 du Code de Procédure Civile dispose : *"L'assignation doit être délivrée quinze jours au moins avant la date de l'audience"*.

Il a été jugé que l'irrégularité tenant à la délivrance d'une assignation au mépris de ce délai ne constitue pas un simple vice de forme⁴¹, et que lorsque le défendeur n'a pas comparu, l'assignation est nulle, de même que le jugement subséquent⁴².

Le texte ne prévoit pour autant aucune sanction.

³⁸ Les articles 856 à 858 du Code de Procédure Civile reproduisent en substance les articles 837 à 839 du même code.

³⁹ CA AGEN, 31 mars 2008, non publié, n°316/08.

⁴⁰ Le demandeur a préféré ne pas se pourvoir en cassation et réintroduire une nouvelle instance dans un souci de célérité bien compris.

⁴¹ Civ. 2^{ème} 12 juin 2003 : Bull.civ.II, n°196.

⁴² Com. 22 déc. 1975; RTD Civ.. 1976.406, obs.Ferrot.

S'il s'agit d'une nullité de fond, puisqu'il a été jugé qu'il ne s'agissait pas d'une nullité de forme⁴³, voici bel et bien un cas de nullité non prévu par les dispositions de l'article 117 du Code de Procédure Civile, dont le caractère limitatif a pourtant été clairement affirmé par la Cour de cassation réunie en chambre mixte le 7 juillet 2006⁴⁴.

Cela corrobore le fait que les cas de nullité de fond doivent être, soit complétés au regard de l'acquis jurisprudentiel, soit révisés via un changement de qualification précis et approprié.

S'il s'agit d'une nullité de fond, la sanction peut être redoutable à l'égard de la procédure subséquente car ce cas de nullité peut être soulevé en tout état de cause et aucun grief ne sera à prouver par le demandeur à l'incident (articles 118 et 119 du Code de Procédure Civile).

Aucune régularisation ne serait possible s'agissant d'un délai de procédure expiré.

L'effet interruptif de prescription ou de forclusion serait néanmoins préservé dans la mesure où, depuis la loi n°2008-561 du 17 juin 2008, le nouvel article 2241 alinéa 2 du Code Civil dispose : *"La demande en justice, même en référé, interrompt la prescription ainsi que le délai de forclusion. Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure"*.

2) Le délai de saisine :

L'article 857 du Code de Procédure Civile, modifié par l'article 21 du décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005, dispose : *"Le tribunal est saisi, à la diligence de l'une ou l'autre partie, par la remise au greffe d'une copie de l'assignation. Cette remise doit avoir lieu au plus tard huit jours avant la date de l'audience sous peine de caducité de l'assignation constatée d'office par ordonnance, selon le cas, du président ou du juge rapporteur, ou, à défaut, à la requête de l'une des parties."*

La sanction du non respect de ce délai est désormais⁴⁵ claire, puisqu'il s'agit d'une sanction prévue par le texte : la caducité de l'assignation.

S'agissant d'une caducité constatable d'office, à l'instar d'une caducité encourue de plein droit⁴⁶, celle-ci est encourue indépendamment de tout grief⁴⁷.

Cette sanction peut avoir de graves conséquences car elle va, d'une part, anéantir la procédure subséquente, et d'autre part, ne pas interrompre la prescription.

⁴³ Cf. supra note n°36.

⁴⁴ Cass.ch.mixte, 07 juill.2006 : Bull.chambre mixte, n°6; Procédures 2006.Comm.200, obs.Ferrot.

⁴⁵ Avant le décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005, aucune sanction n'était prévue, de sorte que l'effet interruptif de prescription était reconnu (Civ.2^{ème} 12 nov.1987 : Bull.civ.II, n°224, 14 oct.2004 : D. 2004. AJ. 2791.)

⁴⁶ Civ.2^{ème} 21 juin 2007, n° pourvoi 06-12296.

⁴⁷ Civ.2^{ème} 13 juillet 2006, n° pourvoi : 04-19383 : Jurisclasseur Procédure nov.2006 p.15.

En effet, la loi nouvelle en matière de prescription civile ne vise pas l'acte caduc comme pouvant être interruptif de prescription⁴⁸.

La jurisprudence en la matière reste alors d'actualité : une assignation frappée de caducité n'interrompt pas la prescription⁴⁹.

Il est cependant difficilement concevable qu'un acte nul (censé ne jamais avoir existé et donc dépourvu de tout effet) interrompe un délai de prescription alors que par ailleurs, et en toute logique, un tel effet interruptif n'est pas reconnu à l'acte caduc (privé également de tous effets).

Dès lors, il convient d'apporter une cohérence :

- Soit la sanction est identique : caducité ou nullité en cas de non respect de l'un ou l'autre des deux délais précités.

- Soit l'effet au regard du délai de prescription extinctive est identique, que l'acte soit caduc ou nul.

II.2.2. La procédure :

1) Le principe textuel :

Le Tribunal de Commerce connaît la procédure à bref délai, à l'instar du Tribunal d'Instance⁵⁰.

L'article 858 du Code de Procédure Civile dispose en effet :

"En cas d'urgence, les délais de comparution et de remise de l'assignation peuvent être réduits par autorisation du président du tribunal. Dans les affaires maritimes et aériennes, l'assignation peut être donnée, même d'heure à heure, sans autorisation du président lorsqu'il existe des parties non domiciliées ou lorsqu'il s'agit de matières urgentes provisoires⁵¹."

Il s'agit d'une procédure distincte, dont le but apparemment compris serait de ne pas appliquer les délais prévus aux articles 856 et 857 en cas d'urgence justifiée.

⁴⁸ Nouvel article 2241 alinéa 2 du Code Civil.

⁴⁹ Civ. 2^{ème} 14 oct.2004, n° pourvoi 02-21372 : Bull.civ.II, n°462, Civ.2^{ème} 12 nov.1987 : Bull.civ.II, n°224.

⁵⁰ Article 839 du CPC.

⁵¹ Ce complément de l'article 858 du CPC ne se retrouve pas à l'article 839, les matières y visées ne rentrant pas dans le champ de compétence du Tribunal d'Instance.

2) La nécessité d'une clarification textuelle :

L'affaire tranchée par la Cour d'Appel d'AGEN⁵² révèle une instance au cours de la quelle le demandeur sollicitait le paiement d'une indemnité contractuelle à caractère transactionnel.

Cette action a été engagée à bref délai, sur autorisation du Président du Tribunal de Commerce en première instance, juridiction qui a rejeté la demande de caducité de l'assignation à jour fixe formulée par la société défenderesse, estimant que la règle du délai de placement de l'assignation prévue par l'article 857 du Code de Procédure Civile n'avait pas vocation à être appliquée, l'assignation étant sous le régime des dispositions de l'article 858 du Code de Procédure Civile.

La Cour d'Appel d'AGEN considéra, dès lors que seule la réduction du délai de comparution était demandée par la requête soutenant la procédure à bref délai, que le délai de remise de l'acte introductif d'instance n'avait pas à être réduit, de sorte que le délai de 8 jours prévu par l'article 857 du Code de Procédure Civile demeurerait applicable.

La Cour précisait que l'article 858 "*distingue formellement abréviation du délai de comparution et abréviation du délai de remise de l'assignation.*"

La conséquence fût le constat de la caducité de l'assignation et le prononcé de la nullité du jugement rendu par le Tribunal de Commerce.

La logique de cette solution peut être comprise.

S'octroyer une réduction de délai de remise alors que seule l'abréviation du délai de comparution a été ordonnée par la décision rendue sur requête reviendrait à donner force à ce qui n'a pas été tranché, et surtout demandé.

Le juge ne saurait par ailleurs statuer *ultra petita*.⁵³

Pour autant une telle solution ne convainc pas à la seule lecture de l'article 858.

Il ne saurait y avoir de caducité de plein droit de l'assignation prononcée sans qu'un texte n'ait expressément prévu, voire précisé, une telle sanction au titre de la procédure à bref délai.

L'article 857 prévoyant la sanction de caducité ne précise rien, et l'article 858 ne fait aucune allusion à cette sanction.

Le requérant pouvait se contenter de demander, via requête, une abréviation du délai de comparution sans pour autant expressément demander un bref délai de remise de l'assignation, et obtenir du magistrat une date de comparution inférieure à huit jours, ce que le texte ne proscrit pas.

Ce magistrat n'aurait pas statué *ultra petita*.

⁵² Cf. note 2 supra.

⁵³ Article 5 du CPC.

En pareil cas, le délai de 8 jours de l'article 857 ne pouvait recevoir application au titre d'une procédure engagée sous le régime de l'article 858, bien que le demandeur n'eût pas demandé une réduction du délai de placement et que le magistrat n'eût pas tranché expressément la réduction du délai de remise de l'assignation.

De plus, ordonner le bref délai de comparution sans abréger automatiquement le bref délai de placement (c'est-à-dire maintenir applicable le délai de 8 jours de l'article 857) reviendrait à réduire la marge de manœuvre du plaideur pour faire enrôler l'assignation sans qu'un texte ne prévoise une telle contrainte.

Dès lors que le délai de comparution est réduit, le délai de placement paraît l'être automatiquement, le législateur ayant pris soin de ne pas employer la conjonction « ou » mais celle « et » : *« En cas d'urgence les délais de comparution et de remise de l'assignation peuvent être réduits par autorisation du Tribunal. »*

Cette rédaction ne facilite pas la tâche car elle suggère malheureusement l'abréviation automatique des deux délais pris ensemble, tout en laissant perdurer le doute quant aux termes de la requête à soutenir en vue d'obtenir cette abréviation : doit-on demander l'abréviation des deux délais, ou la demande d'abréviation du seul délai de comparution suffit-elle ?

La seconde solution paraît plus appropriée : le délai de remise de l'assignation dépend de celui de comparution.

Le texte de l'article 858 pourrait être ainsi amendé : *« En cas d'urgence, le délai de comparution peut être réduit par autorisation du Tribunal, les dispositions de l'article 857 alinéa 2 étant dans ce cas inapplicables. »*

La même suggestion est formulée s'agissant de l'article 839 du CPC applicable au Tribunal d'Instance : *« En cas d'urgence, le délai de comparution peut être réduit par autorisation du Juge, les dispositions de l'article 838 alinéa 2 étant dans ce cas inapplicables. »*

*

III/ De la mise en état et du prononcé du jugement :

Les réformes entreprises depuis la conception moderne du procès devant le Tribunal de Grande Instance consacrée par le Nouveau Code de Procédure Civile en 1975 renforcent l'intervention du juge au cours de la phase préparatoire du procès via le confort et l'adjonction de pouvoirs au juge chargé de la mise en état (désigné ci-après JME).

Ce magistrat veille au bon déroulement de l'instruction, pouvant ainsi adresser des invitations ou des injonctions aux parties (en réalité aux avocats, car la représentation par avocat est obligatoire devant le Tribunal de Grande Instance), fixer un calendrier de la procédure, et procéder aux jonctions d'instances.

Il fixe, de manière générale, « *au fur et à mesure* » les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, le nouvel article 764 du Code de Procédure Civile (désigné ci-après CPC)⁵⁴ consacrant le calendrier de la procédure.

Ce magistrat dispose en outre d'un réel pouvoir juridictionnel, statuant par ordonnance motivée (article 774 du CPC).

Si ces pouvoirs tels que définis à l'article 771 du CPC ne semblent pas poser de difficulté majeure (*accorder une provision ad litem, accorder une provision lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ou sous condition de garantie, ordonner toutes autres mesures provisoires, mesures d'instruction...*) le bloc de compétence qui lui est attribué via la notion de compétence exclusive n'apporte pas la simplicité et la célérité escomptées.

En effet, d'un point de vue temporel dans le cours du procès, le désir de simplicité attendu de la réforme issue du décret du 28 décembre 2005 n'est pas encore assouvi. (III.1.)

Il en est de même de certains champs de compétence prêtant sensiblement à difficulté. (III.2.)

La mise en état constitue une phase procédurale de l'instance permettant de répondre aux difficultés procédurales que peut présenter l'affaire et d'adapter l'instance à sa complexité (circuit long).

En ce sens elle permet une meilleure gestion de l'instance et présente, à l'instar de la procédure écrite, un attrait plaçant en faveur de son extension aux autres juridictions. (III.3.)

L'aboutissement de l'instance que constitue le jugement préoccupe, lorsqu'on connaît en pratique les délais que rencontrent parfois les justiciables et leurs conseils pour obtenir le prononcé de la décision attendue au terme de tant d'anxiété, d'efforts et de coûts. (III.4.)

III.1. Une exclusivité de compétence liée à la seule saisine de la juridiction de la mise en état

III.1.1. Principe :

A partir du moment où le JME est désigné pour s'occuper d'une affaire, et jusqu'à son dessaisissement, **lui seul** est compétent pour ordonner les mesures visées à l'article 771 CPC : ni la formation de fond du Tribunal ni le Président du Tribunal statuant en référé ne peuvent alors les ordonner parallèlement.

Le principe s'applique également devant la Cour d'Appel puisque l'article 907 du CPC dispose que l'affaire y est instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre (Conseiller de la Mise en Etat – CME) à laquelle elle est distribuée dans les conditions prévues par les articles 763 à 787 du même code, en ce compris l'article 771.

⁵⁴ Nouvel article 764 du CPC issu du décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005.

III.1.2. Problématique :

Ce principe d'exclusivité ne tient que pour autant que le JME ou le CME est saisi, ce qui n'est pas sans susciter de difficultés s'agissant du JME, la procédure devant la Cour impliquant la mise en place d'une mise en état immédiate (article 910 CPC).

En effet, avant la saisine ou après le dessaisissement du JME, la formation de fond du Tribunal a compétence.

Soulever un incident devant une formation de fond au mépris de cette règle de bloc de compétence conduit à l'irrecevabilité du moyen d'incident soulevé :

« ...les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge. » article 771 1. du CPC.

Le plus souvent, en pratique, le JME sera saisi par le défendeur au procès qui soulèvera par exemple l'incompétence de la juridiction saisie ou la nullité de l'acte de procédure à l'origine de l'instance.

Après une instruction avec mise en état, il ne devrait plus être possible de soulever pour la première fois devant la formation collégiale du Tribunal ou de la Cour une exception de procédure ou un incident mettant fin à l'instance, ce qui rend au demeurant partiellement obsolètes les dispositions des articles 118 et 123 non modifiés, lesquelles continuent à poser de manière trop générale que les exceptions de nullité pour vice de fond et les fins de non recevoir⁵⁵ peuvent être opposées en tout état de cause.

Se posent alors la question tenant à la saisine effective du JME, son dessaisissement ne posant pas de difficulté.

Cette saisine a lieu le jour de sa désignation.

La rédaction imprécise de l'article 818 du CPC ne permettait pas de déterminer à quel moment précis intervenait la saisine du JME. : le jour de la décision du Président renvoyant l'affaire à la mise état ? Le jour de la première audience du JME ?

Une décision de la Cour d'Appel de PARIS a considéré que faute de document permettant d'établir la date précise de saisine du JME, celle-ci est réputée intervenir le jour où le greffier adresse aux avocats l'avis qui les informe de la désignation du JME⁵⁶, c'est-à-dire le jour où les avocats peuvent connaître son nom.

Aujourd'hui, l'incertitude textuelle se voit renforcée puisque le décret n°2008-522 du 2 juin 2008 a abrogé l'article 818 du CPC...

⁵⁵ Les fins de non recevoir sont ici visées dans le cadre de cette problématique, car comme nous le verrons dans le II/ ci-après, leur exclusion au sein du bloc de compétence du JME ou du CME prête à discussion.

⁵⁶ CA PARIS, 10 oct.1980, Gaz.pal. 1980, 656.

Si la décision précitée de la Cour d'Appel de PARIS permet de cerner avec plus de précision la date de saisine, cette même décision ne donne aucun indice sur l'initiative d'une saisine du JME.

On sait que la procédure devant le TGI connaît soit un circuit court, sans juge de la mise en état, soit un circuit long, avec mise en état.

Pour le défendeur, régulariser à la première audience de procédure, ou lors d'une autre audience de procédure (conférence du Président), des conclusions d'incident prises « *devant le Juge de la Mise en Etat* », par ce que ces conclusions font état de moyens et de prétentions rentrant dans les champs de compétence exclusive du JME, présente un risque.

De telles conclusions précèdent la désignation du JME.

D'un point de vue purement théorique, en l'absence de texte précis, de telles demandes devraient être jugées irrecevables.

Pour le défendeur qui souhaiterait soulever un incident mettant fin à l'instance, une exception de procédure, solliciter une mesure d'instruction ou toute autre prétention en rapport avec le champ de compétence exclusive du JME, il devra par précaution solliciter un renvoi de l'affaire à la mise en état, et conclure devant le JME après avoir reçu le bulletin de renvoi à l'audience de mise en état.

Cette demande de renvoi à la mise en état peut être formée oralement devant le Président lors de la première audience de procédure.

Pour celui qui souhaiterait stratégiquement que son exception de procédure, de par la technicité qu'elle suggérerait, soit tranchée par une formation de fond, en théorie et de par l'application même des dispositions de l'article 771 du CPC, rien ne l'empêcherait de la former, avant toute saisine du JME, par la voie de conclusions régularisées à l'attention du Tribunal (formation de fond).

A l'instar de ce que prévoit le protocole sur la procédure civile devant le Tribunal de Grande Instance de PARIS signé le 3 juin 2008⁵⁷, il serait souhaitable qu'un texte précise :

"La partie qui entend saisir le juge de la mise en état d'un incident ou d'un litige relevant de sa compétence fera signifier par l'intermédiaire de son avocat des conclusions à l'adresse du juge de la mise en état. Le dépôt des conclusions au greffe vaut demande de la désignation du juge de la mise en état, qui est saisi le jour même de sa désignation."

III.2. Certains champs de compétence exclusive posent difficulté :

Il s'agira d'un problème spécifique aux ordonnances statuant sur une exception d'incompétence, du sursis à statuer et des fins de non recevoir.

⁵⁷ Cf. Bulletin spécial Ordre des avocats de PARIS juillet 2008.

Un bref rappel sur les notions d'exception de procédure, d'incidents d'instance et de fin de non recevoir sera effectué (2.1.)

Les difficultés posées en la matière seront par la suite abordées (2.2.).

III.2.1. Rappel de notions :

a) Les exceptions de procédure :

- **Sont des moyens de défense** : font l'objet du chapitre II du Titre CINQUIEME « *LES MOYENS DE DEFENSE* » du Livre Premier du Code de Procédure Civile (CPC).

- **Sont définies à l'article 73 du Code de Procédure Civile** : constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours.

- **Sont des exceptions de procédure** :

- Les exceptions d'incompétence (section première du chapitre II précité – articles 75 à 99 du CPC).
- Les exceptions de litispendance et de connexité (section II du chapitre II précité – articles 100 à 107 du CPC).
- Les exceptions dilatoires (section III du chapitre II précité - articles 108 à 111 du CPC).
- Les exceptions de nullité : nullités des actes pour vice de forme (articles 112 à 116 du CPC) et nullité des actes pour irrégularité de fond (articles 117 à 121 du CPC).

b) Les incidents d'instance :

Ce sont au sens propre du terme les incidents qui vont compliquer le déroulement de l'instance.

Le CPC dans sa qualification d'incident ne retient pour autant pas tout ce qui va réellement compliquer l'instance et en limite le champ au titre onzième de son livre premier.

Techniquement l'expression ainsi limitée n'est pas très heureuse.

On peut effectivement concevoir que tous les problèmes rencontrés en cours d'instance sont des incidents d'instance puisqu'ils affectent, pour une raison ou pour une autre, son déroulement.

Il faut cependant se conformer à la classification du code, lequel classe - ce qu'on pourrait qualifier de bon sens, mais improprement, d'incident d'instance - les exceptions de procédure, les fins de non recevoir, les problèmes ayant trait à la juridiction saisie et aux magistrats (récusation, abstention et renvoi) dans d'autres catégories que les incidents dits « d'instance ».

On distingue ceux qui affectent la poursuite de l'instance de ceux qui l'éteignent :

- Ceux affectant la poursuite : interruption, suspension, radiation et retrait de rôle.
- Ceux qui mettent fin à l'instance : articles 384 à 410 du CPC (transaction, acquiescement, désistement, décès, péremption, caducité).

c) Les fins de non recevoir :

Elles font également partie des moyens de défense : chapitre III du Titre CINQUIEME du Livre Premier du CPC.

Elles sont définies à l'article 122 : Constitue une fin de non recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité⁵⁸, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée.

Elles ne constituent par conséquent ni un moyen de défense sur le fond, ni une exception de procédure, bien que touchant directement l'action.

Il s'agit d'une nature mixte.

Ce moyen ressemble, d'une part, à la défense sur le fond proprement dite pour les effets car il entraîne un échec définitif de la demande, d'autre part, aux exceptions de procédure par le terrain sur lequel il place le débat, le défendeur ne contredisant pas la demande sur le fond, mais paralysant sans engager ouvertement le conflit avec elle.

Les récentes réformes n'ont pas modifié la notion d'exception de procédure ni la notion proprement dite de fin de non recevoir (moyen qui tend à faire déclarer la demande de l'adversaire irrecevable pour défaut de droit d'agir).

III.2.2. Complexité de la compétence exclusive reconnue au JME :

L'article 25 du décret du 28 décembre 2005 a apporté une nouvelle modification de l'article 771 du CPC, et avait pour objet de renforcer le pouvoir exclusif du JME pour statuer sur les exceptions de procédure les incidents mettant fin à l'instance.

a) L'exception d'incompétence, l'ordonnance du JME et le pourvoi en cassation :

Se pose ici la difficulté liée à un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt d'appel ayant statué sur une ordonnance du JME qui a lui-même statué sur une exception d'incompétence.

Est ici mis plus précisément en exergue le problème de la cohabitation entre l'autorité de la chose jugée qui s'attache désormais à l'ordonnance du JME qui a statué sur une exception d'incompétence (article 775 du CPC) et les dispositions des articles 605, 606, 607, et 608 du CPC.

⁵⁸ Ne pas confondre défaut de qualité et défaut de pouvoir : l'un répond à une fin de non recevoir, l'autre à une nullité de fond.

Qu'en est-il de la recevabilité d'un pourvoi en cassation formé à l'encontre d'un tel arrêt ?

Une telle irrecevabilité a en effet été soulevée par le conseiller rapporteur près la Cour de Cassation dans une affaire pour laquelle un pourvoi avait été formé à l'encontre d'un arrêt d'appel qui avait statué sur une ordonnance du JME, laquelle avait elle-même tranché un moyen d'exception d'incompétence territoriale.

L'appel avait été formé du temps où les dispositions *post* décret de 1998 n'avaient pas encore été réformées par le décret du 20 août 2004, et où l'appel était par conséquent la voie de recours consacrée aux ordonnances du JME statuant sur une exception d'incompétence.

L'appel étant depuis 2005 à nouveau la voie de recours de telles ordonnances, le problème peut à nouveau être rencontré.

Avant le 1^{er} mars 2006 ces ordonnances n'avaient pas autorité de la chose jugée.

Bien qu'elles l'aient aujourd'hui, peut-on pour autant considérer que statuant sur une exception d'incompétence, elles mettent fin à l'instance au sens des dispositions de l'article 607 du CPC ?

Le Conseiller rapporteur a proposé une irrecevabilité du pourvoi au visa des articles 607 et 608 du Code de Procédure Civile.

La jurisprudence citée par le Conseiller rapporteur (*Assemblée Plénière 5 décembre 1997 – bull n°11 p 25*) était antérieure au décret n°98-1231 du 28 décembre 1998.

Cette décision pose pourtant le problème de la notion de « *mettre fin à l'instance* » que l'article 608 du CPC, conjugué avec l'article 607 du même code, maintient.

Or, dès lors que le JME est saisi, ce qui était le cas dans cette affaire, aucune autre formation du Tribunal n'avait compétence pour trancher cette exception, et donc possibilité de joindre l'incident au fond, puisque le JME était (et l'est encore) saisi jusqu'à l'ouverture des débats (plaidoiries).

A suivre le raisonnement du Conseiller rapporteur, et compte tenu de l'exclusivité de compétence impartie au JME, de la voie de recours qui était depuis le décret précité du 28 décembre 1998 l'appel (*article 776 du CPC ante décret n°2004-836 du 20 août 2004, ce décret ayant réinstauré le contredit*), aucun recours en cassation ne pouvait dès lors être recevable à l'encontre d'un arrêt d'appel ayant statué sur une ordonnance du JME ayant lui-même statué sur une exception d'incompétence.

Le décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 en vigueur depuis le 1^{er} mars 2006 a réinstauré la voie de l'appel comme voie de recours à l'encontre des ordonnances du JME statuant sur une exception d'incompétence (nouvel article 776 2° du NCPC).

De plus, ce même décret a ajouté à l'article 771 du CPC la précision suivante : « *...les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge* ».

Le nouvel article 775 du CPC donne autorité de la chose jugée au principal aux ordonnances du juge de la mise en état statuant sur les exceptions de procédure.

Si l'on prend le cas d'une exception d'incompétence territoriale, sur le plan national, dès lors qu'une telle exception prospère, l'ordonnance qui l'accueille revêt l'autorité de la chose jugée, mais ne met pas pour autant fin à l'instance, l'article 97 du CPC prévoyant la transmission du dossier par le secrétariat - greffe à la juridiction désignée⁵⁹.

Le dossier ne sera pas transmis en cas de voie de recours à l'encontre de cette décision.

Mais il s'agit d'une exception de procédure ne mettant pas fin à l'instance, ne rendant ainsi pas recevable un pourvoi en cassation à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel ayant statué sur cette exception : il faudra attendre une décision susceptible de pourvoi afin que la Cour de Cassation examine également ce problème de compétence.

C'est dire qu'il faudra attendre le jugement sur le fond et l'éventuel arrêt d'appel à l'encontre de ce jugement, pour que la décision en dernier ressort puisse faire l'objet d'un pourvoi avec le problème de compétence attaqué et jugé tant par l'ordonnance du JME que par la Cour saisie d'un appel sur ce seul point...

Quelle célérité, surtout dans l'hypothèse où la Cour de cassation viendrait à casser l'arrêt d'appel ayant statué sur le problème de compétence posé : faudrait-il alors tout recommencer devant la bonne juridiction ?

Dès lors, l'arrêt d'appel rendu sur ordonnance du JME ayant tranché un problème de compétence, laquelle a autorité de la chose jugée, devrait à notre sens ne pas être exclu des décisions susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi en cassation au regard des dispositions des articles 607 et 608 du CPC, sauf à ôter à la notion d'autorité de la chose jugée (article 480 du CPC) la portée qu'on voulait lui attribuer au sens de la réforme du 28 décembre 2005.

Une harmonisation, voire un toilettage des textes en rapport avec la recevabilité d'un pourvoi en cassation et les nouvelles dispositions des articles 771, 775 et 776 du CPC permettrait d'éviter de tels complications procédurales longues et coûteuses pour le justiciable.

b) Le sursis à statuer :

Il tend à suspendre le cours de l'instance : « *La décision de sursis suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'évènement qu'elle détermine* ».

Le CPC classe le sursis à statuer parmi les incidents ne mettant pas fin à l'instance.

Il n'a dès lors pas vocation à rentrer dans le champ de compétence du JME.

⁵⁹ En pareille hypothèse, l'instance, à défaut de contredit ou d'appel, se poursuit devant le juge ainsi désigné sans qu'il y ait lieu à une nouvelle assignation : Civ. 2^{ème} 16 avr.1982 : Bull.civ.II, n°54; 29 mars 1995 : *ibid*, n°111.

Il figure sous le chapitre III « *La Suspension de l'instance* » du Titre Onzième « *Les incidents d'instance* ».

Pour autant, l'article 73 du CPC définit les exceptions de procédure comme « *...tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière, soit à en suspendre le cours.* »

Or le JME est exclusivement compétent pour statuer sur les exceptions de procédure.

La jurisprudence n'est pas encore suffisamment nette pour déterminer avec précision le sens que le sursis à statuer revêt dans ces textes.

On pourrait considérer qu'il s'agit d'une exception de procédure si la décision suspend l'instance pour une cause que la Loi prévoit (article 108 du CPC), c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une exception dilatoire.

Ce serait un incident d'instance dans les autres cas, puisque l'article 377 du CPC dispose « *En dehors des cas où la Loi le prévoit...* ».

Le sursis à statuer peut aussi ne pas être demandé par le défendeur, mais par le demandeur en cours de procès ou d'une partie jointe, tel le Ministère Public, auquel cas il ne s'agit pas d'un moyen de défense.

Le sursis à statuer peut être une demande incidente, non soumise au régime des exceptions de procédure, recevable en tout état de cause dès lors qu'elle se rattache aux prétentions originaires avec un lien suffisant (article 70 du CPC).

S'agissant d'un moyen soulevé en défense, la Cour de Cassation, saisie pour avis par deux Cours d'Appel, répond étonnamment que la question n'est pas nouvelle et qu'en conséquence il n'y a pas lieu à avis...

Mais en justifiant son refus, la Cour de Cassation « *rappelle* » néanmoins sa doctrine en précisant que la jurisprudence de la Cour de Cassation retient que la demande de sursis à statuer constitue une exception de procédure⁶⁰.

Bien que ces avis revêtent une autorité jurisprudentielle importante compte tenu de la formation dont ils émanent, ils ne peuvent constituer un arrêt de règlement, prohibé par l'article 5 du Code Civil, leur portée juridique étant dès lors nulle au regard de l'autorité de la chose jugée.

En conséquence et en droit, ils ne lient pas le juge demandeur d'avis, qui reste libre de ne pas suivre la solution.

Ils n'ont également pas d'autorité à l'égard des autres juges, le droit français ignorant le système du précédent obligatoire propre aux systèmes du Common Law.

Il n'en demeure pas moins que ces avis ont une autorité morale puisqu'ils expriment « *l'interprétation d'une formation éminente de la Cour suprême judiciaire* ». ⁶¹

⁶⁰ Avis C.Cass. 29 sept.2008, Gaz .pal 29 et 30 oct.2008, p.3

C'est la position que la Cour d'Appel de MONTPELLIER a suivie au travers de l'ordonnance rendue le 14 janvier 2009 par Monsieur le Conseiller de la mise en état de sa 2^{ème} chambre⁶².

Par prudence, quelle que soit la base du moyen de sursis à statuer à développer, il est conseillé, en l'état, au plaideur de formuler une telle demande devant le JME pour éviter tout risque d'irrecevabilité définitive du moyen, lui laissant ainsi la possibilité de reformuler ce moyen devant la formation de fond si le JME estimait ne pas recevoir compétence en la matière.

Il serait préférable de clarifier textuellement la position du sursis à statuer, en évitant que la paralysie du dossier ne se fasse connaître que devant la formation de fond.

Il est à notre sens préférable d'intégrer le sursis à statuer dans les exceptions de procédure, quelle qu'en soit l'origine (légale ou non).

Ainsi, le problème de qualification ne se poserait plus si l'article 73 du CPC était amendé comme suit :

"Constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la demande irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours pour quelque raison que ce soit".

c) Le cas des fins de non recevoir :

Le juge du fond demeure compétent pour statuer sur les fins de non recevoir, le JME ne voyant ses compétences accrues au titre des exclusivités d'intervention qui lui sont conférées (article 771 du CPC) que pour « *les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance* ».

Les atteintes au droit de l'action, propres aux cas de fin de non recevoir, devraient, dans une logique d'apurement des problèmes procéduraux distincts du fond de l'affaire, être traitées en amont.

Le contentieux serait ainsi purgé de tous les cas susceptibles d'atteindre l'action.

C'est ce qui a été choisi dans le cadre de la procédure devant la Cour d'Appel avec représentation obligatoire.⁶³

Il est fâcheux qu'aucune harmonie n'ait encore été consacrée avec la procédure devant le Tribunal de Grande Instance.

Rappelons que la fin de non recevoir ne constitue pas un moyen de défense au fond, et touche directement le droit à agir.

Il s'agit d'un moyen mixte (entre l'exception de procédure et le fond).

⁶¹ « La Cassation en matière civile – Jacques et Louis BORE – Dalloz p. 69 n°24.52

⁶² CA MONTPELLIER (2^{ème} ch., ord.CME), 14 janv.2009, Gaz.pal. 24 et 25 juin 2009, p.12

⁶³ Nouvel article 914 du CPC.

La fin de non recevoir obéit à un régime similaire, quasi identique à celui des nullités des actes pour irrégularité de fond, lesquelles sont pourtant des exceptions de procédure.

En effet, les nullités de fond et les fins de non recevoir peuvent être soulevées en tout état de cause (cf. articles 118 et 123 du CPC), en l'absence de grief (articles 117 et 124 du CPC), et faire l'objet d'une couverture ou d'une régularisation avant que le juge statue (articles 121 et 126 du CPC).

Cette distinction de régime via le maintien des fins de non recevoir dans le champ de compétence du seul juge du fond ne se justifie pas :

- Une nullité de fond devra, bien que pouvant être soulevée en tout état de cause, l'être devant le JME dès lors qu'il est saisi puisqu'il s'agit d'une exception de procédure (article 771 du CPC), alors qu'une fin de non recevoir, également susceptible d'être soulevée en tout état de cause, ne peut l'être devant le JME.
- Une décision du JME accueillant une fin de non recevoir met fin à l'instance : l'action est jugée irrecevable.

Pour autant, la Cour de Cassation, suivant avis en date du 13 novembre 2006⁶⁴, a répondu que : « ...les incidents mettant fin à l'instance visés par le deuxième alinéa de l'article 771 du CPC sont ceux mentionnés par les articles 384 et 385 du même code et n'incluent pas les fins de non recevoir. »

Cette solution respecte la classification et les qualifications du CPC.

Un travail de simplification textuelle est souhaitable au nom du bon sens et d'une logique accessible tant au justiciable qu'au professionnel du droit : d'un point de vue terminologique tous les problèmes rencontrés en cours d'instance constituent des incidents d'instance puisqu'ils affectent, pour une raison ou pour une autre, son déroulement.

La volonté de simplifier la procédure - d'alléger le contentieux des incidents de procédure en confiant à la juridiction de la mise en état le soin d'en purger l'instance - plaide en faveur d'une modification de l'article 771 1. du CPC dont l'amendement suggéré pourrait être :

"Lorsque la demande est présentée conjointement à la demande de désignation, ou postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du Tribunal, pour : 1. Statuer sur les exceptions de procédure, les fins de non recevoir et les incidents d'instance."

Les fins de non recevoir seraient alors ajoutées au champ des ordonnances du JME susceptibles d'appel immédiat que prévoit l'article 776 du CPC.

Le pourvoi en cassation à l'encontre d'une telle décision d'appel devrait être également recevable, ce qui n'est pas le cas en l'état actuel des textes puisqu'il faut attendre l'arrêt d'appel sur le fond afin d'être recevable à former un pourvoi à l'encontre d'un arrêt ayant statué sur ordonnance du JME...dans la même affaire !

⁶⁴ Avis Cass. 13 nov.2006, n°06-00012 – Président Mr CANIVET

III.3. Vers une mise en état et une procédure écrite généralisées :

La pratique révèle une insécurité tenant au fait qu'il n'est malheureusement pas exagéré de se demander s'il existe en France un seul Code de Procédure Civile applicable à toutes les juridictions de ce pays.

S'agissant de la mise en état, selon les chambres d'un même Tribunal de Grande Instance, ou selon tel Tribunal de Grande Instance, le déroulement et le temps consacré à cette phase procédurale mettent en exergue des contrastes que le justiciable ne peut comprendre et que son conseil ne peut d'avantage expliquer avec rationalité et justification.

Une généralisation d'une mise en état impliquant la mise en place d'un calendrier précis et déterminé devrait être effective devant chaque Tribunal de Grande Instance.

L'oralité des débats ne doit pas par ailleurs faire obstacle à l'organisation d'une mise en état devant les Tribunaux d'Instance, les Conseils des Prud'hommes et les Tribunaux de Commerce, en dépit des efforts méritoires de beaucoup d'entre eux.

Pour autant, on comprend aisément que la mise en état s'harmonise avec le caractère écrit de la procédure : comment exiger la production d'écrits à date fixée alors que la procédure demeure orale ?

La sécurité d'une mise en état plaide également en faveur de la sécurité que l'écrit procure.

La pratique révèle que la procédure écrite présente d'avantage de garanties : quel conseil prendrait sérieusement le risque de se contenter de plaider, devant un Conseil des Prud'hommes ou un Tribunal de Commerce, une affaire complexe sur la base des seules pièces communiquées, sans le support de conclusions enregistrées (sauf à demander au greffier de transcrire pour chaque affaire la teneur des débats oraux...) ?

Au-delà du souhait d'une mise en état généralisée, la question de la nécessité d'une procédure écrite et de l'assistance ou de la représentation obligatoire du justiciable par un professionnel du droit devant chaque juridiction se pose de manière plus que pertinente au regard des difficultés rencontrées et au combien dénoncées jusqu'à ce jour.

La fixation d'un calendrier avec sanction à la clef en cas de non respect permettrait d'éviter l'écueil des reports successifs d'audience auxquels se heurtent justiciables et professionnels.

C'est ce que bon nombre de juridictions pratiquent, faute de texte efficient et face au désordre rencontré.

1. Les dispositions particulières aux procédures applicables devant les juridictions d'exception comportent une règle qui leur est commune et qui les distingue de la procédure applicable devant le Tribunal de Grande Instance : il s'agit de l'oralité de la procédure.

La volonté d'origine fût que les parties puissent accéder au juge par une procédure simple et peu onéreuse.

On considèrerait que les litiges portés devant les juridictions d'exception étaient des affaires simples et présentant peu d'importance.

2. Force est de constater que depuis plusieurs années, cette considération ne correspond plus du tout à la réalité.

La complexité et l'importance des dossiers ne se retrouvent pas que devant le Tribunal de Grande Instance, juridiction devant laquelle la procédure est écrite avec une mise en état organisée textuellement, cette mise en état étant elle-même assurée par une formation juridictionnelle spécifique : le juge de la mise en état.

Une grande majorité des dossiers dévolus aux juridictions commerciales et sociales présentent indéniablement un enjeu important, et appellent à l'examen de règles de droit substantiel complexes, sans oublier les règles de procédure, dont il ne faut pas négliger l'impact sur l'issue de l'instance (règles de comparution, de placement, délais, exceptions de procédure, fins de non recevoir, etc.).

Le Tribunal d'Instance, notamment en matière de baux, mais également de par le vaste champ de compétence matérielle qui lui revient, est amené à trancher des litiges mettant en exergue des règles et mécanismes complexes que les parties elles-mêmes ne peuvent maîtriser sans l'assistance d'un spécialiste.

3. La procédure orale répond insuffisamment à la clarté que requiert le lien d'instance via la détermination des prétentions et des moyens présentés par les parties.⁶⁵

Les moyens offerts par le Code de Procédure Civile en matière de procédure orale, pour répondre à cette sécurité juridique, ne sont plus efficaces.

En effet, les plaideurs ne peuvent plus se contenter de la règle selon laquelle les prétentions des parties ou la référence qu'elles font aux prétentions qu'elles avaient formulées par écrit sont notées au dossier ou consignées dans un procès-verbal.⁶⁶

Le sort du procès dépendrait alors de la vigilance du greffier et du juge à noter les prétentions et les moyens qui ne font l'objet que d'un exposé oral.

Serait-ce réaliste et responsable, pour les praticiens qui connaissent la charge des rôles des audiences devant les juridictions concernées et la complexité de bon nombre des dossiers qui leur sont soumis, de prétendre à l'égard de leurs clients qu'il s'agirait là d'une sécurité efficace ?

⁶⁵ "Le principe de sécurité juridique et les procédures orales", Procédures 2006, Etudes n°6

⁶⁶ Article 843 du CPC (tribunal d'instance et juridiction de proximité); article 871 (tribunal de commerce); articles R.516-6 et R. 516-7 du Code du travail pour le conseil de prud'hommes; article 882 du CPC pour le tribunal paritaire des baux ruraux par renvoi à l'article 843 du même code.

Le sérieux impose une réponse négative.

Il convient de souligner par ailleurs que la Cour de Cassation fait peser sur chacune des parties la charge de prouver qu'elle a effectivement soumis au juge le contenu des prétentions et moyens dont elle se prévaut⁶⁷.

L'oralité des débats est-elle compatible avec l'obligation, à peine d'irrecevabilité, de communiquer par la voie électronique les actes de procédure, l'évolution vers la formalisation des écritures et la politique de concentration des prétentions, des moyens et des délais que notre droit va connaître d'ici peu, et dont la portée a vocation à toucher l'ensemble des procédures ?⁶⁸

Assurément pas.

4. Les dérives de l'oralité des débats affectant le respect du principe du contradictoire, la loyauté des débats, le contrôle du juge, et l'exercice normal des voies de recours a conduit à ce que soit proposée la création d'une mise en état effective devant les juridictions du Tribunal de Commerce, du Conseil des Prud'hommes, et du Tribunal d'Instance.⁶⁹

Le décret n°2010-1165 du 1^{er} octobre 2010⁷⁰, relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, constitue une évolution appréciable puisqu'un ensemble de règles communes à toutes ces procédures est créé [*restructuration de la sous-section I de la section I du chapitre premier du titre XIV du livre 1^{er}, et notamment la création de deux subdivisions : paragraphe 1 intitulé "Dispositions générales" au sein duquel sont insérés les articles 430 à 446 actuels, et un paragraphe 2 intitulé "Dispositions propres à la procédure orale", comprenant 4 nouveaux articles : 446-1 à 446-4*].

Des dispositions particulières à chaque juridiction sont posées (tribunal d'instance et juridiction de proximité, tribunal de commerce, tribunal paritaire des baux ruraux, cour d'appel, juge de l'exécution, juridictions particulières de la sécurité sociale). Aucune disposition spécifique n'a été entérinée s'agissant de la juridiction prud'homale.

Les parties peuvent choisir de communiquer par écrit au moyen d'écritures sécurisées récapitulatives, et les modalités de comparution des parties sont assouplies pour limiter parfois les déplacements de celles trop éloignées.

⁶⁷ Civ.1^{ère}, 22 octobre 1974, Bull.civ.I, n°273

⁶⁸ Cf. notamment décret n°2009-1524 du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile.

⁶⁹ Cf. notamment : Discours de Mr le Recteur GUINCHARD du 18/01/2008; Rapport Commission MAGENDIE 2004 - Motion ACE - Commission Procédure Civile - Congrès National de TOULOUSE 5-6 novembre 2009.

⁷⁰ Texte en vigueur le 1^{er} décembre 2010, applicable aux procédures en cours, sous certaines réserves tenant notamment à la tentative préalable de conciliation et aux instances en rectification.

5. Cette avancée ne semble pas pour autant suffisante. En effet, l'écrit demeure facultatif, et seulement si les parties en sont d'accord, le juge peut fixer les délais et les conditions de communication de leurs prétentions, moyens et pièces :

"Lorsque les débats sont renvoyés à une audience ultérieure, le juge peut organiser les échanges entre les parties comparantes. Si les parties en sont d'accord, le juge peut ainsi fixer les délais et les conditions de communication de leurs prétentions, moyens et pièces."
Nouvel article 446-2 du CPC.

L'oralité, qui caractérise encore à ce jour la procédure devant ces juridictions (l'écrit étant facultatif et la mise en état soumise à la volonté des parties) laissera place, sans autre avancée significative, aux dérives et atteintes connues, tant aux principes fondamentaux, qu'aux finalités de célérité et de qualité attendues par les justiciables.

6. La procédure écrite est de plus en plus usitée, car elle permet une étude précise et juridique des éléments du procès.

Elle l'est même dans les procédures où elle n'est pas obligatoire, car magistrats et praticiens la réclament au nom d'une qualité indéniable du suivi de l'instance, du respect du contradictoire et de la loyauté des débats.

La Cour d'appel de PARIS allait dans ce sens lorsqu'elle souhaitait en 2008 instaurer une procédure écrite devant ses chambres sociales.⁷¹ Dès lors, la généralisation de l'écrit ne constituera nullement une révolution⁷².

La juridiction consulaire connaît en pratique une mise en état et un régime de fait pratiquement similaire à celui que connaît le Tribunal de Grande Instance.

L'organisation de calendriers connaît un essor considérable devant les juridictions prud'homales et d'instance.

Ces calendriers ne sont pas suffisants : de par le principe de l'oralité des débats, dès lors que les parties ne sont pas d'accord sur le principe d'un échange de conclusions, le calendrier ne porte que sur des communications de pièces...

Les moyens ne sont alors connus qu'au dernier moment lors de l'audience des plaidoiries, ou lorsqu'après de multiples renvois, les parties, conscientes de ce qu'elles ne peuvent utilement œuvrer autrement⁷³, se décident à régulariser des écritures (un simple renvoi devant certains conseils des Prud'hommes peut reporter l'affaire à 1 an !...).

⁷¹ Discours de rentrée du Premier Président MAGENDIE - 16 janvier 2008.

⁷² "Réflexions sur une réforme annoncée de la postulation de première instance" - Emmanuel JULIEN - Gaz.Pal 26 au 28 septembre 2010

⁷³ Comment répondre efficacement dans l'intérêt de son client à une communication de 100 pièces sans connaître les moyens adverses qui en sont le soutien ?

Les praticiens du droit que nous sommes ne peuvent rester indifférent au nom du respect des justiciables que nous assistons, conseillons et représentons.

Il n'est plus tolérable de lire ou d'entendre encore que "*...il paraît nécessaire de réduire la demande adressée aux tribunaux dès que c'est possible, c'est-à-dire dès que des moyens moins traumatisants⁷⁴, moins coûteux, plus rapides peuvent légitimement apporter réponse*".⁷⁵

6. Il est temps de consacrer une réforme tendant à la généralisation de la procédure écrite devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, accompagnée de l'instauration d'une mise en état appropriée à chacune des juridictions qui le composent, permettant ainsi en amont, lorsque lors de la première audience l'affaire n'est pas en état d'être jugée :

1) l'instruction du dossier via fixation d'un calendrier selon accord des parties, soit via la fixation de délais nécessaires à l'instruction de l'affaire eu égard à sa nature, à son urgence et à sa complexité;

2) d'organiser, après avoir recueilli l'accord des parties, une médiation judiciaire; dans tous les cas où la phase de tentative de conciliation n'est pas un préalable obligatoire prévu par la loi, si une conciliation entre les parties paraît envisageable, avec l'accord des parties, désigner un conciliateur de justice à cette fin; de constater toute conciliation, même partielle des parties;

3) de purger avant l'examen de fond des dossiers tous les incidents (sursis à statuer, communication des conclusions et pièces etc.), les exceptions de procédure et les irrecevabilités;

4) d'allouer une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable (ce que ne peut, en l'état actuel des textes, accorder le juge rapporteur près le Tribunal de Commerce - articles 862 à 869 du CPC); de statuer sur les demandes incidentes de délai de paiement en application de l'article 1244-1 du Code Civil;

5) d'ordonner la constitution d'une garantie dans les conditions des articles 517 à 522 du CPC;

6) d'ordonner toutes autres mesures provisoires et/ou conservatoires (à l'exclusion des mesures réservées à la compétence exclusive du juge de l'exécution), ainsi que toute mesure d'instruction;

7) de procéder aux jonctions et disjonctions d'instance; de prononcer l'extinction de l'instance dans les cas prévus par la loi.

⁷⁴ Souligné par l'auteur.

⁷⁵ Publication du Conseil de la Modernisation des Politiques Publiques - vendredi 4 avril 2008.

III.4. Le prononcé du jugement :

Les dispositions de l'article 450, dernier alinéa, du CPC peuvent se révéler d'aucune efficacité :

Cet alinéa dispose que "s'il décide de renvoyer le prononcé du jugement à une date ultérieure, le président en avise les parties par tout moyen. Cet avis comporte les motifs de la prorogation⁷⁶ ainsi que la nouvelle date à laquelle la décision sera rendue."

Il n'existe aucune mesure efficace en cas de non respect de ces dispositions.

Autant dire qu'en l'état ce texte ne procure aucune garantie au justiciable.

Force est malheureusement de constater que certaines chambres ou juridictions persistent :

- à ne pas informer les parties de la prorogation de délibéré, connue malheureusement sur le champ en dépit de toute prévenance,
- à ne pas communiquer la date à laquelle la décision sera effectivement rendue,
- à ne pas communiquer le ou les motifs justifiant une telle prorogation,
- prorogent, non seulement dans les conditions ci-dessus, mais à plusieurs reprises, prononcent ainsi des délibérés dans des délais n'assurant plus aucune sécurité ni confiance.

Des affaires peuvent en effet révéler huit à neuf prorogations de prononcé de décision, laquelle peut alors être rendue 10, voire 12 mois après la date des plaidoiries !

Cela n'est évidemment pas acceptable :

- au nom d'une qualité et d'une célérité tant attendues et clamées à juste titre au travers des rapports déposés jusqu'à ce jour;
- si l'on considère, également à juste titre, que le justiciable, ou son conseil, doit respecter de son côté les délais qui lui sont impartis avec responsabilité à la clef;
- lorsque le procès s'est déroulé sur plusieurs mois, voir plusieurs années au même degré d'instance (première instance ou appel), et que l'attente ainsi subie peut mettre en péril la situation de l'une ou l'autre des parties;
- lorsqu'on sait pertinemment qu'en pratique les moyens d'action pour parer de telles pratiques sont inexistantes ou inefficaces, faute de mesures effectives, alors que les parties peuvent par ailleurs faire l'objet de sanctions graves en cas de non respect du calendrier qui leur est imparti (radiation, clôture partielle etc.).

Par ailleurs, quelle partie ou conseil de celle-ci prendrait en pratique le risque de dénoncer une telle situation au Président de la juridiction considérée sans que le jugement qu'elle attend des magistrats de la même juridiction n'ait été rendu ?

⁷⁶ Souligné par nous.

Nous préconisons dès lors :

- une limitation du nombre de prorogations du prononcé de jugement, une motivation effective et écrite de chaque prorogation notifiée aux parties, sans que le délai du prononcé puisse toutefois excéder un maximum de trois mois après la clôture des débats;
- la détermination de mesures effectives en cas de non respect de ces limites, délais et conditions.

*

IV/ De la postulation :

Il sera renvoyé, s'agissant des développements sur ce thème, à la contribution de la Commission Procédure de l'ACE diffusée le mois de février 2009.

En synthèse, sont rappelées les positions suivantes :

IV.1. Principe et territorialité :

La postulation pour autrui est la représentation appliquée à des hypothèses limitées où la partie ne peut légalement être admise elle-même à faire valoir ses droits et où la Loi prévoit que cette représentation obligatoire sera confiée à une personne qualifiée (avocat, avoué à la Cour, avocat aux conseils).⁷⁷

Le développement des moyens de communication électronique entre les cabinets d'avocats et les juridictions ainsi que le droit communautaire condamnent à terme la postulation.

Pour autant, la complexité de la procédure de mise en état, tant devant le Tribunal de Grande Instance que devant la Cour d'Appel, les problèmes de compétences posés en la matière, le maquis des règles de procédure civile et de leur régime juridique (conditions tenant à l'action, défenses sur le fond, exceptions de procédure, fins de non recevoir, incidents d'instance, voies de recours etc.) conjugués à la floraison des textes que la même procédure civile a connu depuis cette dernière décennie, et la gravité des conséquences que le mépris de ce droit peut avoir sur le fond, plaident en faveur d'une postulation reconnue comme une nécessité technique fondamentale devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, en harmonie avec une généralisation la procédure écrite devant ces mêmes juridictions.

En l'état, nous estimons que si la disparition de la postulation territoriale était à terme décidée, cela devrait s'envisager par étapes progressives, dans le laps de temps nécessaire pour voir se systématiser la mise en état et la communication électroniques, et voir émerger une pratique de la visioconférence saine et garante de toute sécurité.

⁷⁷ A. DAMIEN, *Etre avocat aujourd'hui*, p.80 s., 99s.

L'issue serait dès lors de parvenir à une compétence générale de représentation de chaque avocat devant l'ensemble des juridictions nationales.

L'intérêt d'une territorialité se fait encore sentir : connaissance des usages juridictionnels locaux, contacts avec les magistrats, présence d'un corps professionnel à proximité pouvant se rendre régulièrement aux audiences de procédure et de mise en état, ou à celles importantes au cours desquelles le magistrat a des questions précises à poser au sujet de l'avancement des procédures qui lui sont confiées.

Nous relevons que le décret emportant dématérialisation des procédures raccourcit de façon assez sensible les délais de procédure devant les Cours d'Appel, justifiant d'autant une proximité entre les avocats, les magistrats et les greffes.

Durant une période transitoire, afin d'assurer le maintien d'une sécurité et d'une fiabilité, de préserver le respect des principes fondamentaux de la procédure, devant le constat de l'intérêt pratique que présente en l'état et encore une territorialité de la postulation, nous préconisons le maintien de celle-ci devant le Tribunal de Grande Instance et la Cour d'Appel, mais dans le ressort de chaque Cour d'appel, et non plus dans le ressort territorial de chaque Tribunal de Grande Instance.

Il s'agirait alors de postulation régionale devant les Cours d'Appel.

Cette solution laisse ainsi la faculté à l'avocat postulant de recourir, en cas de nécessité, à un correspondant local, les pouvoirs et la responsabilité de ce dernier restant à définir.

Ce correspondant ne pourrait toutefois être signataire des actes de procédure et engager le client.

Nous proposons la représentation obligatoire par Avocat devant les Tribunaux de Commerce, les Conseils des Prud'hommes, les Tribunaux d'Instance, et les juridictions de proximité, en harmonie avec le principe de la généralisation de la procédure écrite que nous préconisons.

IV.2. Concernant la rémunération de la postulation :

La nécessité de missionner un postulant est effectivement perçue comme de nature à alourdir le coût de l'accès au droit pour le justiciable qui conçoit de moins en moins la légitimité et l'intérêt de payer ceux qui sont perçus comme de simples « boîtes à lettres », observations qui se dirigent aussi bien vers la postulation devant les Tribunaux de Grande Instance que vers celle devant les Cours d'Appel.

Si les avocats doivent continuer à participer pleinement au mouvement croissant et indispensable de l'accès au droit et à la justice, il convient de mettre à néant le renvoi à cette image de demandeurs d'argent aux lieux et place de leurs clients, dont la plupart demeurent dans l'ignorance de la valeur économique de la prestation de leur conseil.

Le lien entre la réalité du travail fourni et la transparence à l'égard du client ne plaident pas en faveur du maintien d'un système de postulation rémunéré uniquement sur la base d'une tarification.

Nous proposons une rémunération du postulant matérialisée par un forfait à déterminer, seule partie susceptible de répétibilité, auquel s'ajouterait une rémunération conventionnelle lorsque le postulant serait amené à rédiger des actes de procédure et à accomplir des diligences autres que ceux et celles de base (constitution, déclaration d'appel, simple communication des actes et des pièces, suivi des audiences de procédure ou de mise en état).

Cette tranche complémentaire serait convenue avec le client si ce dernier venait à choisir le postulant, ou convenue directement entre le postulant et l'avocat *dominus litis* (cas le plus fréquent), après accord du client, dès lors que le *dominus litis* missionnerait directement le postulant.

*

V/ De l'autorité de la chose jugée :

"Terme le plus général par lequel on désigne tout ce qui existe et qui est concevable comme un objet unique, concret, réel, abstrait imaginaire"⁷⁸ : c'est bien une "chose" que le Code de Procédure Civile désigne, en son article 480, sous l'autorité de ce qui est jugé.

Autant dire que la tâche fût difficile, s'agissant paradoxalement d'apporter à cette "chose textuelle" le plus de précision possible à raison de la sécurité qu'impose la connaissance nécessaire de ce qui est jugé.

Une nette clarification a été apportée par la jurisprudence, ce qui était indispensable, s'agissant d'éviter la répétition de contentieux déjà tranchés par l'utilisation abusive de la notion de cause. (V.1.)

Pour autant, la rigueur tenant à la seule prise en considération du dispositif du jugement est critiquable. (V.2.)

V.1. Une clarification louable des contours de la chose :

La jurisprudence a dégagé de cette "chose" le triptyque suivant :

- Les mêmes parties
- Le même objet

⁷⁸ Définition dictionnaire "Le Petit Robert".

- La même cause.

Sur ce dernier élément, la jurisprudence vient de clarifier de longs débats en estimant qu'une demande fondée sur le même objet, mais selon un moyen de droit différent, est irrecevable⁷⁹.

La pratique des jugements en l'état est également révolue : l'action introduisant une nouvelle instance au seul motif qu'une preuve non communiquée dans le cadre d'une précédente instance l'est désormais est irrecevable⁸⁰.

La cause s'entend en conséquence des seuls faits.

La Cour de Cassation précisa que la demande se heurte à l'autorité de la chose jugée si le demandeur s'est abstenu de soulever en temps utile le fondement juridique adéquat⁸¹.

Le principe de concentration est bel et bien en place et permet ainsi de ne pas encombrer inutilement les juridictions.

V.2. Le dispositif, rien que le dispositif ?

Le 13 mars 2009⁸², l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation vint rappeler que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif.

L'assemblée plénière refusait ainsi, sans la moindre ambiguïté de donner une existence positive aux concepts de motifs décisives ou de motifs décisifs.

Ceci paraît conforme à la lecture de l'article 480 du CPC, puisque son premier alinéa place dans le dispositif ce qui est tranché : *"Le jugement qui tranche dans son dispositif..."*

Ce n'est dès lors qu'à l'aune du seul contenu formel du dispositif qu'il convient d'apprécier concrètement si le juge a statué sur l'intégralité des demandes formulées par les parties.

Or, il peut effectivement exister une dichotomie entre la chose qui devrait revêtir l'autorité de l'article 480, et le dispositif.

Alors même que la décision prise dans son ensemble (corps et dispositif) révélerait qu'il a bien été statué sur l'intégralité des prétentions formulées par les parties, ces prétentions définissant l'objet du litige (article 4 du CPC), la prise en compte du seul dispositif peut ne pas prendre en considération l'intégralité de cet objet.

Seul le contenu littéral du dispositif du jugement permet de circonvenir formellement les composantes de la chose jugée, alors même que les composants conceptuels de cette chose doivent s'analyser à la lecture des actes des parties.

⁷⁹ Ass.Plén. 07 juill.2006, Gaz.Pal. 21, 22 juillet 2006, p.2.

⁸⁰ Civ.2^{ème} 20 déc.2007 : Procédure 2008. Comm.69.

⁸¹ Même arrêt (note 64 supra).

⁸² Ass.Plén. 13 mars 2009, Gaz.Pal. 29, 30 avril 2009 p.14 et s..

Comme le remarquait judicieusement un auteur, la caractérisation formelle des composantes de la chose jugée *"est nécessairement appelée à s'abstraire de la délimitation respective de l'office des parties et du juge, laquelle irrigue pourtant la délimitation théorique de ces mêmes composantes"*⁸³.

La caractérisation de la cause fondant la demande ainsi que la délimitation de l'objet doit se lire au travers des dernières conclusions des parties.

La nécessité d'une qualité rédactionnelle et d'une précision des prétentions est primordiale et bien comprise.

Pour autant, si le dispositif d'un jugement doit synthétiser le résultat de ce qui est examiné sur le fond, comment peut-on dissocier, à titre d'exemple, une condamnation indemnitaire de la source de cette condamnation, à savoir telle ou telle responsabilité ?

C'est pourtant ce que la solution formelle et théorique actuelle soutient au détriment de certaines prétentions de fond.

L'examen de la responsabilité, dans l'exemple précité, répond bien à une prétention de fond.

L'insécurité et le risque de multiplication des contentieux demeurent : dès lors que le dispositif condamnerait à des dommages et intérêts sans pour autant y "dire et juger" la personne ainsi condamnée responsable, rien n'empêcherait en théorie de réintroduire une instance pour faire juger une absence de responsabilité...

Par ailleurs, force est de constater que dans certains cas, les motifs décisifs ont une autorité reconnue.

Le jugement statuant sur la recevabilité de l'action en rescision pour lésion qui ne se borne qu'à ordonner dans son dispositif une mesure d'instruction est considéré paradoxalement par la jurisprudence comme ayant un caractère mixte, avec autorité de la chose jugée, et étant susceptible d'un appel immédiat.

Les motifs d'un tel jugement au soutien de la recevabilité de cette action ont dès lors ici autorité, le dispositif étant purement avant dire droit.

La jurisprudence de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de Cassation a par ailleurs estimé en juillet 2008 ⁸⁴que viole l'article 480 du CPC la Cour d'Appel qui pour dire une demande irrecevable, retient que le litige oppose les mêmes parties et présente une identité de cause et d'objet avec celui qui avait donné lieu à jugement, alors qu'il résultait des motifs de celui-ci, éclairant la portée de son dispositif, que la demande n'avait été déclarée irrecevable que parce qu'elle était prématurée.

Les motifs décisifs sont là encore pris en considération.

Une unité de régime mérite à notre sens d'être suivie pour apporter une sécurité judiciaire et un respect intégral de ce que les parties ont entendu soumettre aux tribunaux.

⁸³ Thomas JANVILLE, Gaz.Pal. 29, 30 avril 2009, page 17.

⁸⁴ Cass.2^{ème} Civ. 3 juillet 2008, Gaz.Pal. 10 et 11 avril 2009.

Nous préconisons en ce sens un retour à la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée des motifs décisifs, c'est-à-dire venant au soutien nécessaire du dispositif de la décision.

Cette solution apporterait harmonie et simplification, s'agissant notamment de la qualification des jugements (avant-dire doit ou mixtes) ainsi que de la recevabilité des actions et appels.

*

VI/ De la réforme de la procédure devant la Cour d'appel avec représentation obligatoire :

Le décret du 9 Décembre 2009 issu du rapport Magendie II « *célérité et qualité de la justice devant les Cours d'Appel* » du 24 Mai 2008 n'a pas été précédé d'un toilettage de la procédure au Tribunal de Grande Instance.

Mal préparé, ce décret promulgué le 9 Décembre 2009 a déjà fait l'objet de deux décrets complémentaires successifs de Novembre 2010 et Décembre 2010.

VI.1. Présentation :

1. Le texte traduit une volonté de rendre la justice plus rapide par :

- le raccourcissement des délais,
- la simplification du débat de fond,
- l'aggravation des sanctions pour non respect des délais,
- l'instauration et la généralisation de la communication électronique.

2. La recherche d'une meilleure qualité des arrêts par :

- l'instauration des règles strictes sur la rédaction des conclusions structurées et complétées dès les premières écritures,
- la généralisation de la communication des pièces en appel,
- le délai de dépôt du dossier 15 jours avant l'audience.

Les moyens proposés pour parvenir à ces objectifs s'axent sur la gestion du temps, la notion de célérité étant mise en exergue par opposition à la notion de rapidité (le temps est nécessaire au procès, mais il doit être un temps utile⁸⁵).

La conception de la voie de l'appel est révisée : le projet s'oriente vers une "voie maîtrisée de l'achèvement".

⁸⁵ "La Justice civile, moteur d'une justice de qualité au sein de l'Union européenne" J.C. MAGENDIE, Les Annonces de la Seine - 16/10/2008, n°65

Il est ici rappelé que l'appel en tant que voie de réformation tend seulement à réformer un jugement rendu au premier degré, dont il est soutenu qu'il a été mal rendu.

Si on appliquait les principes dans toute leur rigueur, la conception de la voie de l'appel comme voie de recours devrait conduire à refuser toute évolution du litige d'une instance à l'autre.

L'appel en tant que "voie d'achèvement maîtrisée" admet l'évolution du litige sans les effets pervers liés à la dissolution de la première instance, souvent considérée comme un galop d'essai, et par la transformation de l'appel en seconde instance.

La "voie d'achèvement maîtrisée" permet de prendre en compte l'évolution d'une situation de fait qui a pu changer entre le jugement de première instance et l'examen de l'affaire par les juges d'appel.

Le décret revient à des délais plus raisonnables que ceux prévus dans l'avant projet (un mois au lieu de 15 jours pour la signification de la déclaration d'appel, trois mois pour les conclusions de l'appelant, deux mois pour celles de l'intimé).

Plusieurs sanctions aux effets redoutables sont à noter :

- la caducité de l'appel faute de signifier la déclaration de l'appel à l'intimé dans le mois de l'avis reçu du greffe,
- la nullité de l'assignation faute de mentionner le délai pour conclure,
- la caducité de la déclaration d'appel faute de conclure dans les trois mois,
- l'irrecevabilité des conclusions de l'intimé faute de conclure dans les deux mois des conclusions de l'appelant,
- l'irrecevabilité liée à la communication électronique;

Le principe de concentration est confirmé et les pouvoirs du conseiller de la mise en état sont renforcés.

Le principe de prohibition des demandes nouvelles en appel est aggravé.

La Cour n'est tenue que par le dispositif des conclusions.

VI.2. Les préconisations :

Le projet veut augmenter l'initiative des parties en augmentant leur responsabilité, et plus particulièrement celle de leurs conseils.

Les délais proposés, ainsi que les formalités prescrites, dont le non respect induit pour la plupart des sanctions drastiques, stigmatisent les fautes des parties ou de leurs représentants.

La dématérialisation de la procédure implique l'investissement de la profession dans le RPVA.

En l'état, certaines imprécisions ne rassurent pas eu égard aux sanctions encourues.

1- S'agissant de la signification de la déclaration d'appel, le texte mérite précision : signification à avocat et/ou à partie ?

2- S'agissant de la constitution de l'intimé, le texte mérite également précision : quelle est la forme précise de la constitution ?

La constitution doit-elle être délivrée uniquement à l'appelant ou à l'ensemble des parties au litige de première instance, lesquelles ne se sont pas nécessairement encore constituées?

3- Le délai imparti à l'appelant pour conclure est de trois mois et à l'intimé pour répliquer de deux mois.

Le projet prévoit un seul jeu de conclusions autorisé pour chacune des parties, sauf si le conseiller de la mise en état décide du contraire, mais il le fait dans ce cas sans avoir auparavant posé question aux avocats.

A cet égard si le principe de la sanction lourde que le projet énonce à défaut de respect des délais impartis pour conclure (caducité de la déclaration d'appel s'agissant de l'appelant, et irrecevabilité des conclusions de l'intimé) est compris en sa finalité dissuasive de retard abusif du procès, il est préconisé dans l'intérêt du justiciable que le délai imparti pour répliquer soit porté à trois mois, avec bénéfice de prorogation de délai en cas de distance.

Par ailleurs, la sanction de caducité de la déclaration d'appel devrait être plus explicite quand à ses effets. Si elle efface pour l'avenir l'acte d'appel, rend-elle l'intime irrecevable à conclure ou à former un appel incident ?

L'affirmative reviendrait à laisser place à une stratégie maligne consistant pour le vainqueur de première instance à supprimer toute voie de recours à son adversaire en interjetant appel du jugement après signification et en s'abstenant de conclure dans le délai de trois mois : la déclaration étant caduque, l'instance d'appel serait alors éteinte, ce qui rendrait le jugement de première instance définitif et exécutoire.

4- S'agissant de la communication par l'appelant de ses pièces, il convient de prévoir avec précisions la date à laquelle elle devra intervenir, le décret étant confus entre la date de constitution de l'intimé ou la date à laquelle l'appelant va signifier ses conclusions d'appel. Il conviendrait de retenir comme date de communication par l'appelant de ses pièces la date de dépôt de ses premières conclusions.

5- Le nombre de jeux d'écritures ne peut être restreint à un seul jeu par partie : nous proposons un jeu pour l'appelant, un jeu pour l'intimé, un jeu récapitulatif en réplique pour l'appelant et un jeu récapitulatif en duplique pour l'intimé, moyennant le respect d'un calendrier précis, la prorogation de délai pour distance ne s'appliquant qu'aux premiers jeux d'écritures (appelant et intimé).

6- Par souci de simplification et de clarté, le texte devrait prévoir que la régularisation de conclusions d'incident devant le conseiller de la mise en état (exceptions de procédure, demande de mesure d'instruction etc.) suspend le délai imparti pour conclure sur le fond devant la formation de fond de la Cour jusqu'à ce que la décision statuant sur l'exception de procédure soit irrévocable et/ou jusqu'à ce que la mesure d'instruction accordée soit achevée (dépôt du constat, de la consultation ou du rapport d'expertise à la Cour).

7- La structuration de conclusions apparaît nécessaire, ce d'autant plus que la transmission électronique vers laquelle on s'achemine ne pourra s'effectuer que sur la base de documents uniformisés.

Le besoin de structuration est essentiellement et en tout état de cause lié à la nécessité d'un débat transparent et efficace, quelque soit le mode de transmission des écritures, par voie électronique ou non.

La transmission électronique ne devra en aucun cas conduire à une simplification à outrance des écritures, voire à la mise en place d'un "modèle" d'écritures pré formatées.

A cet égard, nous ne pouvons que déplorer les exigences de certaines juridictions, qui imposent ce que les textes n'imposent pas, notamment la taille et le choix des caractères, et un nombre de pages maximum...

Il est évident que la taille des caractères ne doit pas être de nature à alourdir le travail des magistrats (caractères trop petits), ce qui peut justifier que l'on exige une taille qui ne puisse être inférieure à 10.

En revanche, on ne saurait imposer un type de caractère ainsi qu'un nombre de pages, car la complexité de certains dossiers ne peut, même avec une rigueur des plus absolues, permettre la régularisation d'écritures de 20 ou 25 pages, sauf à priver le justiciable de moyens de faits et de droit qui peuvent être nombreux compte tenu de la complexité du dossier, du nombre des parties, et des éventuels rapports d'expertise en cause.

Il convient également de s'interroger sur les effets de l'injonction qui pourrait être faite par le conseiller de la mise en état aux parties de se conformer aux préconisations proposées en matière de structuration des écritures (article 913 du CPC).

* *
*

CONCLUSION :

Pour correspondre pleinement aux exigences d'un Etat de droit, la justice ne doit plus seulement veiller à l'application des lois, mais répondre aux attentes exprimées par les citoyens.

Encore faut-il en avoir les moyens.

"Aussi, à la responsabilité du juge doit répondre celle de l'Etat, auquel il incombe de donner à ses serviteurs les moyens d'exercer une bonne justice".⁸⁶

Nous connaissons la problématique rencontrée en matière pénale⁸⁷.

Les matières judiciaires non répressives ne sont pas épargnées par ce fléau.

La pénurie des moyens humains et budgétaires affecte également nos juridictions civiles, lesquelles se trouvent confrontées à la complexité croissante des procédures ainsi qu'à une inflation législative, empreinte d'une politique de multiplication des réformes dont le résultat n'est pas à ce jour convainquant pour le justiciable.

Rendre justice dans le respect du droit processuel et du droit substantiel n'est pas un simple accessoire ni le service d'un caprice : c'est le vecteur de l'ordre du droit face au désordre de la force.

On parle du caractère bicéphale de l'instance en procédure civile. L'avocat conseille, assiste, représente, et participe pleinement au processus judiciaire. N'oublions pas que l'instance est introduite et conduite par les parties.⁸⁸

Travaillons, professionnels du droit, de concert et en harmonie avec celles et ceux qui assurent la tâche plus que difficile aujourd'hui de rendre la justice, et tentons, autant que faire ce peut, de panser par notre soutien effectif et la qualité de nos travaux, les blessures d'une justice accablée.

La faiblesse de son budget est telle que l'on en est à le comparer, rapporté au PIB, à celui de l'Arménie ou de l'Azerbaïdjan...⁸⁹

La surcharge de travail, le manque de temps des magistrats liés à un manque de moyens humains, matériels et de budget, conjugués à une inflation législative et réglementaire, n'est pas en adéquation avec l'importance et l'exigence que requiert l'exercice normal du pouvoir judiciaire au nom du respect des droits fondamentaux du justiciable.

De par les propositions développées dans le présent rapport, reprises en synthèse ci-après, nous espérons contribuer aux travaux réalisés par celles et ceux qui se sont investis dans cette mission : améliorer le service rendu aux justiciables.

⁸⁶ Le juge irresponsable ? Mythes et réalités judiciaires - Béatrice PENAUD - GAZ-PAL 13 au 15 mars 2011, p.11 et s.

⁸⁷ Article cité à la note de bas de page n°86 supra.

⁸⁸ Articles 1 et 2 du Code de Procédure Civile.

⁸⁹ Article cité à la note de bas de page n°86 supra.

* *
*

Synthèse des propositions émises :

1) Clarification de certains moyens de défense :

- A l'instar des vices de fond limitativement énumérés à l'article 117 du Code de Procédure Civile (CPC), amender l'article 122 du CPC en y énumérant de manière limitative les cas de fins de non recevoir avec une définition traduisant l'acquis jurisprudentiel et en sélectionnant les solutions qu'il convient de consacrer.

- Clarifier l'article 117 du CPC en précisant que les seuls cas y visés constituent une irrégularité de fond quand bien même ils résulteraient d'une erreur matérielle, eu égard à la faculté de régularisation qu'offre l'article 121 du CPC, et pour les cas où cette régularisation serait possible. Introduire dans le CPC une définition de l'erreur matérielle.

2) Procédure à jour fixe et à bref délai :

- Amender les dispositions applicables à la procédure à bref délai devant le Tribunal de Commerce et le Tribunal d'Instance :

Projet d'amendement de l'article 858 (Tribunal de Commerce): « *En cas d'urgence, le délai de comparution peut être réduit par autorisation du Tribunal, les dispositions de l'article 857 alinéa 2 étant dans ce cas inapplicables.* »

Projet d'amendement de l'article 839 (Tribunal d'Instance) : « *En cas d'urgence, le délai de comparution peut être réduit par autorisation du Juge, les dispositions de l'article 838 alinéa 2 étant dans ce cas inapplicables.* »

3) Clarifier et étendre le champ de compétence exclusive du Juge de la Mise en état devant le Tribunal de Grande Instance :

- A l'instar de ce que prévoit le protocole sur la procédure civile devant le Tribunal de Grande Instance de PARIS signé le 3 juin 2008, il serait souhaitable qu'un alinéa complémentaire soit inséré à l'article 771 du CPC : « *La partie qui entend saisir le juge de la mise en état d'un incident ou d'un litige relevant de sa compétence fera signifier par l'intermédiaire de son avocat des conclusions à l'adresse du juge de la mise en état. Le dépôt des conclusions au greffe vaut demande de la désignation du juge de la mise en état, qui est saisi le jour même de sa désignation.* »
- Etendre le champ de compétence exclusive du Juge de la mise en état devant le Tribunal de Grande Instance en apportant la modification de l'article 771 1. du CPC suivante : « *Lorsque la demande est présentée conjointement à la demande de désignation, ou postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du Tribunal, pour : 1. Statuer sur les exceptions de procédure, les fins de non recevoir et les incidents d'instance.* » Les fins de non recevoir seraient alors ajoutées au champ des ordonnances du JME susceptibles de l'appel immédiat que prévoit l'article 776 du CPC.

- Harmonisation des textes en rapport avec la recevabilité d'un pourvoi en cassation et les nouvelles dispositions des articles 771, 775 et 776 du CPC.

4) Généralisation de la mise en état et de la procédure écrite :

Consacrer une réforme tendant à la généralisation de la procédure écrite devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, accompagnée de l'instauration d'une mise en état appropriée à chacune des juridictions qui le composent, permettant ainsi en amont, lorsque lors de la première audience l'affaire n'est pas en état d'être jugée :

1) l'instruction du dossier via fixation d'un calendrier selon accord des parties, soit via la fixation de délais nécessaires à l'instruction de l'affaire eu égard à sa nature, à son urgence et à sa complexité;

2) d'organiser, après avoir recueilli l'accord des parties, une médiation judiciaire; dans tous les cas où la phase de tentative de conciliation n'est pas un préalable obligatoire prévu par la loi, si une conciliation entre les parties paraît envisageable, avec l'accord des parties, désigner un conciliateur de justice à cette fin; de constater toute conciliation, même partielle des parties;

3) de purger avant l'examen de fond des dossiers tous les incidents (sursis à statuer, communication des conclusions et pièces etc.), les exceptions de procédure et les irrecevabilités;

4) d'allouer une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable (ce que ne peut, en l'état actuel des textes, accorder le juge rapporteur près le Tribunal de Commerce - articles 862 à 869 du CPC); de statuer sur les demandes incidentes de délai de paiement en application de l'article 1244-1 du Code Civil;

5) d'ordonner la constitution d'une garantie dans les conditions des articles 517 à 522 du CPC;

6) d'ordonner toutes autres mesures provisoires et/ou conservatoires (à l'exclusion des mesures réservées à la compétence exclusive du juge de l'exécution), ainsi que toute mesure d'instruction;

7) de procéder aux jonctions et disjonctions d'instance; de prononcer l'extinction de l'instance dans les cas prévus par la loi.

5) Sursis à statuer :

Apporter une solution textuelle à la qualification juridique du sursis à statuer en clarifiant la définition des exceptions de procédure, via amendement de l'article 73 du CPC selon projet suivant : *"Constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la demande irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours pour quelque raison que ce soit".*

6) Préconisations s'agissant du prononcé du jugement :

- Une limitation du nombre de prorogations du prononcé de jugement, une motivation effective et écrite de chaque prorogation notifiée aux parties, sans que le délai du prononcé puisse toutefois excéder un maximum de trois mois après la clôture des débats.

- La détermination de mesures effectives en cas de non respect de ces limites, délais et conditions.

7) Postulation :

- La représentation obligatoire par Avocat devant les Tribunaux de Commerce, les Conseils des Prud'hommes, les Tribunaux d'Instance, et les juridictions de proximité, est préconisée en harmonie avec la généralisation de la mise en état et de la procédure écrite devant ces mêmes juridictions.

Maintien en l'état de la postulation dite régionale, laissant ainsi la faculté à l'avocat postulant de recourir, en cas de nécessité, à un correspondant local, les pouvoirs et la responsabilité de ce dernier restant à définir.

Ce correspondant ne pourrait toutefois être signataire des actes de procédure et engager le client.

- La rémunération du postulant serait matérialisée par un forfait à déterminer, seule partie susceptible de répétibilité, auquel s'ajouterait une rémunération conventionnelle lorsque le postulant serait amené à rédiger des actes de procédure et à accomplir des diligences autres que ceux et celles de base (constitution, déclaration d'appel, simple communication des actes et des pièces, suivi des audiences de procédure ou de mise en état).

Cette tranche complémentaire serait convenue avec le client si ce dernier venait à choisir le postulant, ou convenue directement entre le postulant et l'avocat *dominus litis* (cas le plus fréquent), après accord du client, dès lors que le *dominus litis* missionnerait directement le postulant.

8) Autorité de la chose jugée :

- Apporter une clarification textuelle traduisant l'acquis jurisprudentiel sur les contours de la chose jugée (apports jurisprudentiels sur les composantes de la chose telles que visées par l'article 1351 du Code Civil : identité des parties, de l'objet et de la cause).

- Il est préconisé un retour à la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée des motifs décisifs, c'est-à-dire venant au soutien nécessaire du dispositif de la décision.

9) Procédure devant la Cour d'Appel :

Harmonisation de la procédure devant le Tribunal de Grande Instance avec celle de la procédure avec représentation obligatoire devant la Cour d'Appel.

1- S'agissant de la signification de la déclaration d'appel, préciser si cette signification est régularisée à avocat et/ou à partie.

2- Préciser la forme de la constitution de l'intimé : la constitution doit-elle être délivrée uniquement à l'appelant ou à l'ensemble des parties au litige de première instance, lesquelles ne se sont pas nécessairement encore constituées?

3- Le délai imparti à l'appelant pour conclure est de trois mois et à l'intimé pour répliquer de deux mois. Il est préconisé dans l'intérêt du justiciable que le délai imparti pour répliquer soit porté à trois mois, avec bénéfice de prorogation de délai en cas de distance. Préciser les effets de la caducité de la déclaration d'appel, notamment à l'égard des intimés et éventuels appelants incidents.

4- Prévoir avec précision la date à laquelle la communication par l'appelant de ses pièces devra intervenir. Il conviendrait de retenir la date de dépôt des premières conclusions.

5- Le nombre de jeux d'écritures : nous proposons un jeu pour l'appelant, un jeu pour l'intimé, un jeu récapitulatif en réplique pour l'appelant et un jeu récapitulatif en duplique pour l'intimé, moyennant le respect d'un calendrier précis, la prorogation de délai pour distance ne s'appliquant qu'aux premiers jeux d'écritures (appelant et intimé).

6- Prévoir que la régularisation de conclusions d'incident devant le conseiller de la mise en état (exceptions de procédure, demande de mesure d'instruction etc.) suspend le délai imparti pour conclure sur le fond devant la formation de fond de la Cour jusqu'à ce que la décision statuant sur l'exception de procédure soit irrévocable et/ou jusqu'à ce que la mesure d'instruction accordée soit achevée (dépôt du constat, de la consultation ou du rapport d'expertise à la Cour).

7- La structuration des conclusions : préciser les effets de l'injonction qui pourrait être faite par le conseiller de la mise en état aux parties de se conformer aux préconisations proposées en matière de structuration des écritures (article 913 du CPC).

*
* *
* *

Emmanuel RASKIN
Président de la Commission Nationale Procédure de l'ACE

* *
*
* *