

Institutions et principes fondamentaux du procès civil

Leçon 10 : Théorie générale de l'instance : Les principes directeurs de l'instance

Sylvie DURFORT

Table des matières

Introduction.....	p. 2
Section 1. Le principe dispositif.....	p. 3
§ 1. Les pouvoirs des parties.....	p. 3
A. Maîtrise de l'instance et direction du procès.....	p. 4
1. Existence de l'instance.....	p. 4
a) Introduction de l'instance.....	p. 4
b) Fin de l'instance.....	p. 4
2. Conduite de l'instance.....	p. 5
B. Détermination des éléments du procès.....	p. 5
1. Le fait.....	p. 5
2. Le droit.....	p. 6
§ 2. Les pouvoirs du juge.....	p. 6
A. Direction de l'instruction du procès.....	p. 7
B. Détermination des éléments de fait et de droit du litige.....	p. 7
1. Le fait.....	p. 7
2. Le droit.....	p. 7
C. Initiatives destinées à favoriser le règlement amiable des litiges.....	p. 12
1. Le cadre fixé par la loi du 8 février 1995 et ses décrets d'application.....	p. 13
2. Le dispositif incitatif institué devant le Tribunal judiciaire par le décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges.....	p. 15
Section 2. Le principe du contradictoire.....	p. 17
§ 1. Respect du contradictoire par les parties.....	p. 17
§ 2. Respect du contradictoire par le juge.....	p. 17

Introduction

Sont ici en cause les mécanismes essentiels du procès civil, dont les notions fondamentales et la détermination des rôles respectifs du juge et des parties. Ces principes, énoncés dans les dispositions liminaires du code (articles 1 à 24 du CPC) constituent un droit commun applicable devant toutes les juridictions, y compris arbitrales (article 1464 du CPC). **La plupart ont valeur de principes généraux du droit** et leur application résulte aussi, dans une certaine mesure, de l'article 6 § 1 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Certains de ces principes ne seront pas examinés plus avant dans ce chapitre : il s'agit des articles 20 , 23, 23-1 et 24 du CPC, relatifs respectivement à la faculté pour le juge d'entendre les parties, aux conditions de recours à un interprète, à la situation de la partie atteinte de surdité et à l'obligation de réserve.

D'autres, annoncés dans les dispositions liminaires, donnent lieu à des développements complémentaires ou plus techniques dans le code : tel est le cas de l'article 22 du CPC, relatif à la publicité des débats, évoquée précédemment (cf. Leçon 2 section 1§IIC2). L'article 21 du CPC, qui fait état du pouvoir de conciliation du juge, a quant à lui servi de fondement à des initiatives destinées à favoriser le règlement amiable des litiges. Ces prérogatives se sont renforcées dans le cadre du développement contemporain des MARD. Nous les évoquerons en section 1, à l'occasion de l'examen des dispositions traitant du principe dispositif et des rôles respectifs des parties et du juge dans le procès, figurant aux articles 1 à 13 du CPC.

Enfin, les articles 18 et 19 du CPC, relatifs à la liberté de la défense, s'insèrent dans le cadre des droits de la défense, de même que le principe du contradictoire (art. 14 à 17 du CPC), que nous aborderons dans la section 2.

Section 1. Le principe dispositif

Sont ici en cause les rôles respectifs du juge et des parties.

A l'origine, la procédure civile était **accusatoire, publique, orale et contradictoire**. Le principe dispositif traduisait le fait qu'elle était dirigée par les parties, le juge étant investi d'un rôle d'arbitre neutre.

La procédure a ensuite évolué pour devenir plus **inquisitoriale** et **écrite**. Cette évolution s'est traduite par un accroissement des pouvoirs du juge, notamment en matière d'instruction, et corrélativement par un encadrement plus strict des pouvoirs des parties.

L'explication de l'évolution réside dans la prise de conscience des risques inhérents à une mise en œuvre stricte du principe accusatoire, d'une part pour l'équilibre et le respect des droits des parties, d'autre part car la Justice est un service public qu'on ne peut laisser "*manipuler*" par ses usagers. On pourrait objecter à cela que le procès civil n'est pas mené au nom de la société et ne met en cause que les intérêts privés des particuliers. Selon Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland, les articles 1 à 13 du CPC définissent les principes de coopération entre le juge et les parties, au regard de l'instance et de l'objet du litige (L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec).

Pour Serge Guinchard, les articles 1 et 2 du CPC constituent le principe d'impulsion du procès, qui serait *stricto sensu* le véritable principe accusatoire ou d'initiative (C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, *Procédure civile, droit interne et européen du procès civil*, Dalloz). Le principe dispositif concernerait, lui, le partage des rôles entre le juge et les parties quant à la maîtrise de la matière litigieuse.

La question avait déjà été posée d'un retour à une conception plus accusatoire de l'instance, avec en contrepartie un formalisme accru, à la suite du rapport Coulon (J.M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Doc. Française, 1997) et de la réforme issue du décret du 28 décembre 1998. A l'époque, ce point de vue avait été réfuté par la majorité de la doctrine (J. Normand, *RT 98 466* - R. Martin, *JCP G 99 Fasc. 12 actua* : pas de modification de l'article 12 du CPC et proposition de réforme - R. Martin, *JCP G 00 Fasc 37 actua*).

Depuis le milieu des années 2000, le débat est de nouveau clairement soulevé, à la fois au regard de l'évolution de la jurisprudence et au plan textuel :

- Obligation de concentration des moyens imposée aux parties en matière d'invocation du fondement juridique de leurs prétentions, avec les conséquences sus-évoquées sur le domaine de l'autorité de chose jugée ;
 - Limitation de l'obligation d'invocation d'office des moyens de droit par le juge (voir *infra*, §2B).
Pour un point de vue critique de cette évolution, V. Bolard, *L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme*, *JCP G 08 I 156* - *Contra* : Magendie, Entretien, *JCP G 08 I 192*.
 - Ediction par les textes récents, notamment dans le cadre de la réforme de la Justice du XXI^{ème} siècle, de nouvelles obligations et contraintes, à charge des parties, sévèrement sanctionnées : structuration et concentration des écritures, délais pour conclure, etc (décret du 9 décembre 2009 modifiant la procédure d'appel avec représentation obligatoire, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 - décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile - décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile - décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile). L'excès de formalisme de la procédure d'appel a été censuré en 2022 par la Cour EDH. Certaines décisions postérieures de la Cour de cassation semblent faire écho à cette position.
- P. Blondel, « La charge de la concentration et le respect d'un principe de complétude », *JCP G 2012 F. 15* n° 464.

§ 1. Les pouvoirs des parties

Les parties jouent un rôle essentiel dans la maîtrise de l'instance et la détermination des éléments du procès.

A. Maîtrise de l'instance et direction du procès

Les parties interviennent dans la détermination de l'existence de l'instance et dans sa conduite.

1. Existence de l'instance

a) Introduction de l'instance

Le principe est que les parties introduisent seules l'instance, sauf quand le juge est exceptionnellement autorisé à se saisir d'office.

Exemple

Le juge peut se saisir d'office en matière de protection des mineurs.

Il le pouvait également en matière de procédures collectives. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle au regard du principe d'impartialité, la saisine d'office du tribunal de commerce pour ouvrir une procédure de redressement judiciaire. Le motif en était l'absence de garanties ayant pour objet d'assurer qu'en se saisissant d'office le tribunal ne préjuge pas de sa position lorsqu'il statuera sur le fond (CC, 7 déc. 2012, *JCP G* 2012 Fasc. 51 n° 1373 ; M.-A. Frison-Roche, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.* 2013 Fasc. 1 chr. 28, *D.* 2013 338 obs. J.-L. Vallens ; « L'inconstitutionnalité de la saisine d'office », B. Rolland, *Proc.* 2013 Fasc. 2 Etude 3). Une semblable décision d'inconstitutionnalité de la saisine d'office a été prise en matière d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire (CC, 7 mars 2014, *Proc.* 2014 Fasc. 4 n° 115 obs. B. Rolland). Même solution en matière de résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement (K. Purut et JP Teboul, *Paradoxe réforme – A propos de la saisine d'office du tribunal de commerce*). Pour tenter de remédier à cette situation, l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 a supprimé certains cas de saisine d'office et institué une procédure d'information du ministère public par le président du tribunal, afin que la juridiction soit ensuite saisie par le Parquet (art. R. 662-12-1 du C. com. créé par le décret du 30 juin 2014) (K. Teboul, « Contradictoire réforme », *JCP G* 2014 Fasc. 28 n° 816). D'autres suppressions ont résulté de l'ord. du 26 sept. 2014 (B. Brignon et A. Cerat-Gauthier, « Les saisines d'office confrontées aux dernières réformes du droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014 2248).

NB : Au-delà de la question de la saisine d'office, le tribunal dispose néanmoins de certaines prérogatives : V. note B. Rolland sous Cass. Com., 20 juill. 2018, *Proc.* 2018 Fasc. 10 n° 301, à propos des premiers arrêts sur les pouvoirs exercés d'office par le tribunal de la procédure collective sous l'empire de la réforme de 2014.

La saisine d'office du juge ne doit pas être confondue avec l'initiative du **Ministère public** pour la défense de l'**ordre public**, lorsque celui-ci agit par **voie d'action** et est partie principale (voir leçon 3), c'est-à-dire dans la position procédurale d'une véritable partie au procès, en qualité de demandeur ou de défendeur, avec les obligations en découlant. Le Procureur de la République est ainsi compétent, depuis le 1^{er} janvier 2009, pour saisir le juge des tutelles d'une demande d'ouverture d'une mesure de protection des majeurs (art. 430 du C. civ.).

b) Fin de l'instance

Les parties peuvent mettre fin à l'instance à tout moment sans attendre le jugement, par **désistement**, **acquiescement**, ou en cas de **transaction**.

2. Conduite de l'instance

Les parties conduisent l'instance sous les charges qui en résultent pour elles ([article 2 du CPC](#)). Elles doivent notamment effectuer les actes nécessaires à l'avancement de la procédure et respecter les délais.

Remarque

Certains ont dit que les parties avaient la maîtrise du litige, tandis que le juge assurait la direction du procès. Mais il n'est pas toujours aisé de distinguer entre la conduite de l'instance, laissée à l'initiative des parties, et son bon déroulement, contrôlé par le juge. Pour Serge Guinchard, il serait préférable de dire qu'il y a direction de l'instruction par le juge (C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, *Procédure civile*, op. cit.).

B. Détermination des éléments du procès

Les parties jouent un rôle essentiel dans la détermination des éléments de fait du litige et interviennent également, de manière croissante, dans la détermination des éléments de droit.

1. Le fait

- **Les parties déterminent l'objet du litige** ([article 4 du CPC](#)), le juge ne pouvant se prononcer que sur ce qui est demandé ([l'article 5 du CPC](#) lui interdit de statuer *infra* et *ultra petita* : voir leçon 8). L'objet est soumis au principe d'**immutabilité**, qui interdit en principe de modifier le cadre initial du litige. Il en découle notamment le principe d'interdiction des **demandes nouvelles**, sauf quand il est possible de tenir compte d'une évolution du litige. Les **demandes additionnelles** et **reconventionnelles** sont ainsi admises si elles présentent un lien de connexité avec la demande initiale. Il en est de même des **demandes en intervention** se rattachant par un lien suffisant aux prétentions des parties ([article 325 du CPC](#)). Certaines demandes nouvelles sont également recevables en appel. Enfin, il est possible d'invoquer des moyens nouveaux en première instance et en appel, voire de faire état d'arguments nouveaux même devant la Cour de cassation.
- **Les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à soutenir leurs prétentions** ([article 6 du CPC](#)), le juge ne pouvant fonder sa décision sur des faits hors du débat ([article 7 al. 1 du CPC](#)).

Exemple

- Cass. Soc., 5 déc. 2012, *Proc.* 2013 Fasc. 5 n° 154 obs. A. Bugada : « *Attendu que pour évaluer la somme due au salarié pour l'entretien de ses vêtements professionnels, le conseil de prud'hommes, après avoir relevé que l'intéressé ne justifiait pas des frais qu'il avait réellement exposés, s'est fondé sur une recherche réalisée à partir de différents sites Internet, relative à la consommation en électricité et en eau nécessaire au fonctionnement d'un lave-linge, à l'amortissement du matériel utilisé au prorata du volume lavé, au coût de la poudre à laver et au temps nécessaire pour que les vêtements soient prêts à être réutilisés... Qu'en retenant ainsi, des éléments qui n'étaient pas dans le débat, la cour d'appel a violé le texte susvisé (...)* ».
 - Cass. Civ. 2^{ème}, 6 oct. 2022, *JCP G* 2022 Fasc. 41 n° 1178 note C. Caseau-Roche ; *D.* 2023 274 note L.-O. Sinclair : violation de l'art 7 du CPC par le juge qui, en matière d'honoraires d'avocat, fait référence à un taux de rémunération non visé dans le débat.
- **Chaque partie doit prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention** ([article 9 du CPC](#)), le juge ne pouvant ordonner des mesures d'instruction pour pallier leur carence dans l'administration de la preuve ([article 146 du CPC](#)). A cet égard, il doit être annexé à l'assignation un bordereau énumérant les pièces sur lesquelles la demande est fondée, celles-ci devant en outre être mentionnées dans l'assignation ([article 56 du CPC](#)).

Remarque

Exigences induites en matière d'actes introductifs d'instance :

La demande initiale peut être formée par assignation ou requête, unilatérale ou conjointe. Elle doit, à peine de nullité, mentionner l'objet de la demande (art. 54, CPC). Les assignations doivent en outre, à peine de nullité, contenir un exposé des moyens en fait et en droit, ainsi que la liste des pièces sur lesquelles la demande est fondée, dans un bordereau qui leur est annexé (article 56, CPC). La sanction a été introduite par le D. du 11 décembre 2019 s'agissant de la seconde exigence.

Lorsque la juridiction est saisie par requête, cette requête doit également, à peine de nullité contenir l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée (art. 57, CPC). La requête conjointe doit soumettre au juge les prétentions respectives des parties, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs.

2. Le droit

Pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties jouissent de prérogatives importantes :

- elles peuvent restreindre ou augmenter les pouvoirs du juge,
- elles peuvent le lier par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat (article 12 al. 3, CPC),
- elle peuvent aussi, une fois le litige né, lui donner pouvoir de statuer comme amiable compositeur, c'est-à-dire en équité (article 12 al. 4, CPC - Nécessité d'un accord exprès : Cass. Soc., 20/3/96, JCP G 97 II 22835 - Brouillaud, Plaidoyer pour une institutionnalisation », D. 97 chr. 234 - Cadet, JCP G 97 I 4064 n° 11).

Comme indiqué précédemment, **aux termes de l'article 56 du CPC, toutes les assignations doivent à peine de nullité contenir un exposé des moyens en fait et en droit (assignations qualificatives)**. Une exigence similaire transparaît avec les conclusions qualificatives et récapitulatives devant le tribunal judiciaire (art. 768 du CPC) et la Cour d'appel (art. 954 du CPC) (G. Bolard, JCP G 00 I 214, « Les écritures qualificatives » - Bourdillat, D. 00 chr. 427, « Les conclusions récapitulatives » - Bolard, « Les dernières conclusions », JCP G 01 I 297 - Cette exigence pose problème pour certains dès lors que l'article 12 du CPC n'a pas été modifié). Dans le cadre des procédures orales, lorsque toutes les parties ont été autorisées à formuler leurs prétentions et moyens par écrit et qu'elles sont assistées ou représentées par un avocat, les conclusions doivent formuler expressément leurs prétentions et leurs moyens en fait et en droit (art. 446-2 du CPC modifié par le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 et art. R. 1453-5 du C. trav. modifié par le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016).

Désormais, il convient aussi de prendre en considération les exigences posées par l'arrêt de l'assemblée plénière du 7 juillet 2006 et les décisions postérieures (Ass. Plén., 07/07/06, D. 06 2135 note Weiller, JCP G 06 actu. n° 351 et I 183 n° 15 obs. S. Amrani-Mekki, Proc. 06 n° 201, RTD civ. 06 825 : Cass. Civ. 2^{ème}, 18 oct. 07, RTD civ. 08 147 obs. Théry - Cass. civ. 2^{ème}, 25 oct. 07, RTD civ. 08 159 n° 7 - voir leçon 6), qui imposent aux parties une obligation nouvelle : la **concentration des moyens** juridiques susceptibles de fonder leur demande. Selon la Cour de cassation, il incombe au demandeur, au défendeur, et à l'ensemble des parties (Cass. Com., 20/02/07, Proc. 07 n° 128 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 13 fév. 08, D. 08 621, JCP G 08 II 10052, D. 08 621), de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'ils estiment de nature à la fonder ou à justifier son rejet. Si un changement de fondement juridique est autorisé en appel, aux termes de l'article 565 du CPC, en revanche, à l'occasion d'un nouveau procès, un tel changement ne suffira pas à caractériser la nouveauté de la cause et à faire écarter la fin de non-recevoir tirée de la chose (déjà) jugée, au titre de la demande originaire).

§ 2. Les pouvoirs du juge

Le juge intervient dans la direction de l'instruction du procès et joue aussi un rôle dans la détermination des éléments de fait et de droit du litige. Son rôle s'est accru de manière notable en matière de mise en état. En

revanche, la jurisprudence récente a limité son devoir d'initiative d'office dans le domaine du droit (C. Arens, « Les grands enjeux contemporains de l'office du juge en matière civile », *RTD civ.* 2023 573).

A. Direction de l'instruction du procès

- **Le juge veille au bon déroulement de l'instance :**
Il peut impartir des délais, ordonner les mesures nécessaires à l'avancement de la procédure ([article 3, CPC](#)), et il veille à leur respect. Il peut, par exemple, recourir à l'astreinte. Dans ce cadre, lui est aussi reconnue la possibilité de supprimer les débats oraux en s'opposant à une demande conjointe de report d'audience, dès lors que les parties ont été en fait à même d'en débattre, même si elles ne l'ont pas fait (*Ass. Plén.*, 24 nov. 89, *D.* 90 25 concl. Cabannes, *JCP G* 90 // 21407 note Cadiet, *RTD civ.* 90 145 obs. Perrot : à défaut de droit au renvoi des débats, la Cour de cassation leur a reconnu le droit de demander conjointement la radiation de l'affaire, officialisé sous la qualification de "retrait du rôle" par le décret du 28 déc. 1998).

Remarque

Par ailleurs, dans un arrêt du 3 février 2009, la Cour EDH a précisé que même lorsqu'une procédure est régie par le principe dispositif, qui consiste à donner aux parties des pouvoirs d'initiative et d'impulsion, il incombe aux Etats contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable (Cour EDH, 03/02/09, Poelmans/Belgique, *JCP G* 09 // 10070, note N. Fricero).

- **Le juge peut ordonner d'office toutes les mesures d'instruction nécessaires** ([article 10 CPC](#) et [143 du CPC](#)).
Le non-exercice de ce pouvoir processuel peut constituer un déni de justice (Cass. Civ. 2^{ème}, 28/06/06 *RTD civ.* 06 821).

B. Détermination des éléments de fait et de droit du litige

1. Le fait

Selon la conception classique, le fait relèverait des parties, tandis que le droit serait l'apanage du juge (Règle « *da mihi factum, tibi dabo jus* »). En principe, le juge est donc enfermé dans le cadre de l'instance tracé par les parties ([article 7 al. 1, CPC](#)), il ne peut statuer *infra* ou *ultra petita*, changer la qualité des parties, la cause et l'objet de la demande.

En pratique, s'il apparaît lié par les conclusions des parties, le juge n'est pas dénué de tout pouvoir d'initiative dans le domaine du fait :

- Il peut prendre en considération parmi les éléments du débat même des faits non spécialement invoqués par les parties ([article 7 al. 2, CPC](#)). Ces faits sont qualifiés de faits adventices. Le fait dans le débat est tout fait que les parties ont été mises en mesure de discuter. Le juge est cependant tenu de respecter le contradictoire quand il soulève ainsi des moyens de fait. Par ailleurs, il est dérogé à [l'article 7 al. 1 du CPC](#) en matière gracieuse ([article 26, CPC](#)).
- Il peut inviter les parties à fournir les explications de fait nécessaires ([article 8, CPC](#)).

2. Le droit

Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit applicables, non par celles indiquées par les parties ([article 12 al. 1, CPC](#)) : **c'est la transposition de l'adage « *jura novit curia* »**. Il ne peut statuer en équité, tout au moins pas ouvertement (*Cass. Soc.*, 11/05/94, *D.* 95 626 ; *JCP G* 97 / 4064 n° 11- Cadiet, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices* 98 n° 9 p 87 - Dion, « Le juge et le désir du juste », *D.* 99 chr. 195).

- **Il peut inviter les parties à fournir les explications de droit nécessaires** ([article 13, CPC](#)).
- **Il doit restituer aux faits et actes litigieux leur véritable qualification** (*Cass. Civ.* 1^{ère}, 22/04/97, *JCP G* 97 II 22944 note Bolard, *D.* 98 272, *RTD civ.* 98 463 (b) : décision considérant qu'il s'agit d'une obligation et prenant en compte concrètement l'objet de la demande sans faire de distinction avec la cause). Il peut donc, ce faisant, interpréter la volonté du requérant et modifier le fondement juridique de la demande (non son objet), dans la limite des éléments de fait invoqués et de leurs conséquences factuelles (incidence possible des faits adventices : voir *supra*).
- **Il doit aussi rechercher le fondement juridique des prétentions si le demandeur ne l'a pas indiqué** (*Cass. Civ.* 3^{ème}, 27/06/06, *Proc.* 06 n° 266). Tout au moins, il devrait a priori le faire (en ce sens, Bolard et Flécheux, *L'avocat, le juge et le droit*, *D.* 95 chr. 221) mais cette éventualité apparaît limitée depuis le décret du 28 décembre 1998 : ce texte a en effet imposé aux parties d'exposer dans l'assignation ([article 56 du CPC](#)), et dans les conclusions, s'agissant du TGI (désormais tribunal judiciaire) et de la Cour d'appel, les moyens de droit dont elles se prévalent. Dans le cadre des procédures orales devant les juridictions spécialisées, une semblable restriction résulte désormais des [articles 446-2 du CPC](#) et [R. 1453-5 du C. trav.](#) lorsque toutes les parties ont été autorisées à formuler leurs prétentions et moyens par écrit et qu'elles sont assistées ou représentées par un avocat (voir *supra* §1 B2).
- **Il peut a priori relever d'office les moyens de droit**, même s'ils ne sont pas d'ordre public, sauf si les parties ont entendu limiter ses pouvoirs ([article 12 al. 3, CPC](#)).
- **Il a en revanche l'obligation de relever d'office les moyens d'ordre public.**

Remarque

Jurisprudence : *Cass. Mixte*, 7 juill. 2017, n° [15-25.651](#), *Proc.* 2017 Fasc. 10 n° 227 obs. Y. Strickler, *JCP G* 2017 Fasc. 51 n° 1355 §9 note R. Libchaber : si le juge n'a pas, sauf règles particulières, l'obligation de changer le fondement juridique des demandes, il est tenu, lorsque les faits dont il est saisi le justifient, de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle la responsabilité du fait des produits défectueux, même si le demandeur ne les a pas invoquées.

Cass. Civ. 1^{ère}, 26 mai 2021, *JCP G* 2021 Fasc. 27 n° 733 note L. d'Avout : une règle de conflit de droit de l'UE, dès lors qu'elle est d'ordre public, est applicable d'office par les juges français, même en cas de silence gardé par les parties.

Le juge doit-il soulever (tous) les moyens de droit d'office ?

Un long débat a existé sur le point de savoir si l'[article 12 al. 1 du CPC](#) imposait une obligation au juge, ou s'il s'agissait d'une simple faculté, dans le cas où le demandeur avait donné un fondement juridique précis à sa demande. Après des controverses, toutes les chambres de la Cour de cassation ont peu à peu décidé de retenir une position contraire à celle exprimée par la lettre de l'[article 12 du CPC](#) alinéa 1. Cette situation peut trouver une justification pratique dans la volonté de limiter l'ouverture du pourvoi en cassation.

Cette position a été entérinée fin 2007 par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation (*Ass. Plén.*, 21 déc. 07, Dauvin, *JCP G* 08 II 10006 note Weiller et *JCP G* 08 I 138 n° 9, *D.* 08 228, *Proc.* 08 n° 71, O. Deshayes, « L'office du juge à la recherche de sens », *D.* 08 chr. 1102 ; Bolard, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP G* 08 I 156) : si parmi les principes directeurs du procès, l'[art. 12 du PC](#) oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes. En l'espèce, saisie d'une demande fondée sur un vice caché dont la preuve n'était pas rapportée, la CA, qui n'était pas tenue de rechercher si cette action pouvait être fondée sur un manquement du vendeur à son obligation de délivrance conforme, a légalement justifié sa décision.

Bibliographie :

- C. Bléry, « Office du juge : entre activité exigée et passivité permise – Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile », *Proc.* 2012 Fasc. 11 n° 6.
- G. Bolard, « L'impartialité du juge au risque de la loi », *JCP G* 2015 Fasc. 42 n° 1085.

En savoir plus : Les controverses antérieures sur la portée de l'article 12 alinéa 1 CPC : obligation ou faculté ?

En doctrine

Pour Loïc Cadiet (L. Cadiet et E. Jeuland, op. cit., n° 542 s.), le texte imposait une obligation, que soit en cause un moyen d'ordre public ou non, dès lors qu'il s'agissait d'un moyen de droit, sous réserve de deux exceptions :

- d'une part, si la loi en disposait autrement : cas des textes relatifs aux fins de non-recevoir et exceptions de procédure ;
- d'autre part, si cela devait conduire à la prise en considération de nouveaux faits. A défaut cela aurait rendu obligatoire et non plus facultative la mise en œuvre de [l'article 7 al. 2 du CPC](#), relatif aux faits adventices, avec le risque d'une modification de l'objet du litige.

La proposition avait aussi été faite de limiter l'obligation aux moyens de pur droit découlant des faits spécialement invoqués par les parties (en se fondant sur l'article 6 du CPC), même s'ils n'étaient pas d'ordre public (En ce sens, S. Guinchard - *Contra* : J. Normand, G. Couchez, J. Héron). R. Martin est allé jusqu'à estimer que l'article 12 du CPC violait les principes de droit au procès équitable et d'impartialité de la juridiction contenus dans la Convention EDH (R. Martin, *D.* 96 chr. 20 - *Contra* Normand, obs. *RTD civ.* 96 689s. - V. aussi, R. Martin, *D.* 90 chr. 163 et *D.* 94 308 : « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou de requalifier ? » - F. Canut, « Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection », *D.* 07 2257.

En jurisprudence (évolution antérieure au 21 décembre 2007)

Selon le Conseil d'Etat, le juge n'avait le devoir d'agir d'office que pour les moyens d'ordre public (CE, 12 oct. 79, *JCP G 80 // 19288* concl. Franc, note Boré).

- La **deuxième chambre civile**, a très tôt considéré que seuls les **moyens de pur droit** devaient être relevés d'office, et que sinon il s'agissait d'une faculté (Cass. Civ. 2^{ème}, 4 nov. 88 *D. 89 609* Frison-Roche ; 08/06/95, *D. 96 247*).
- Cette position a ensuite été reprise par la **troisième chambre civile** (3/4/97, *Bull. 75, 25/2/98, RT 98 461*) et la **chambre sociale** (Cass. Soc., 11/02/97, *RTD civ. 98 461* - Cass. Soc., 07/01/98, *RGP 98 471* : ce faisant, le juge ne peut être amené à prendre en compte des faits non spécialement invoqués).
- La **chambre commerciale** avait, dans un premier temps, adopté un point de vue radical, interdisant au juge de changer le fondement juridique de la demande pour les moyens qui n'étaient pas de pur droit, tout en développant une conception large de l'objet du litige, entendu à la fois comme la chose demandée et le fondement de la demande (Cass. Com., 18/02 et 23/06/92, *Bull. n° 47 et 244, RTD civ. 93 p 414* Normand). Elle s'est, dans un second temps, ralliée à la position de la deuxième chambre civile (Cass. Com., 14 nov. 95, *Proc. 96 n°143* - Cass. Com., 31/5/95, *D. 97 124*).
- **L'évolution de la première chambre civile** a été plus longue et assez chaotique puisqu'elle a, dans un premier temps, d'abord considéré que **l'article 12 du CPC** imposait aux juges une obligation (Cass. Civ. 1^{ère}, 16/4/91, *D. 93 187* Bretaudeau, *RTD civ. 92 p 176* Normand: reprenant les termes annulés par le CE de l'article 12 du CPC, l'arrêt estime que la CA aurait dû rechercher si un fait n'était pas constitutif d'un dol - Cass. Civ. 1^{ère}, 22/04/97, précité), avant de revenir sur cette position pour y voir une simple faculté (en matière de vente, elle a tout d'abord considéré que certaines demandes n'étaient pas interchangeables : Cass. Civ. 1^{ère}, 18/02/92, *Bull. n° 47, RTD civ. 93, p. 417*), avant de refuser l'extension du domaine de l'obligation de délivrance : Cass. Civ. 1^{ère}, 13/01/93, *Bull. n° 7, 10/03/93, Bull. civ. I n° 110, D. 93 IR 96 et 5 mai 93, D. 93 p. 506*, Bénabent). Le problème est que par la suite elle a changé à d'avis à diverses reprises ! Les choses ont semblé (une nouvelle fois) fixées par un arrêt du 21 février 2006 considérant que le relevé d'office d'un moyen de droit constitue une possibilité mais non une obligation pour le juge du fond, dès lors que le demandeur avait précisé le fondement juridique de sa prétention (Cass. Civ. 1^{ère}, 21/02/06, *D. 06 IR 673, Proc. 06 n° 98* - R. Martin, « Le relevé d'office d'un moyen de droit, suite et fin », *D. 06 2201* ; Cass. Civ. 1^{ère}, 20/09/06, *Proc. 06 n° 266*).

L'arrêt de l'Assemblée Plénière du 21 déc. 2007, évoqué auparavant, a mis un terme définitif au débat en posant que le relevé d'office des moyens de droit n'est qu'une simple faculté pour le juge (Ass. Plén., 21 déc. 07, *JCP G 08 // 10006* note Weiller, *D. 08 228, Proc. 08 n° 71* ; O. Deshayes, « L'office du juge à la recherche de sens », *D. 08 chr. 1102*). ? Quelques arrêts récents, intéressant la recevabilité des demandes nouvelles en appel semblent toutefois renforcer les obligations pesant sur le juge.

En savoir plus : Pouvoir d'initiative du juge en matière de clauses abusives et de droit de la consommation

En matière de clauses abusives, la CJCE considérait que le juge français devait soulever d'office le caractère abusif d'une clause alors même que l'action du consommateur était forclose (CJCE, 21 nov. 02, *D. 03 486, JCP G 03 I 128 n° 18 et // 10082* - CJCE, 27/06/00, *JCP G 2000 // 10513, RTD civ. 01 878* : même solution pour un moyen d'inefficacité :). Or, selon la Cour de Cassation, il s'agissait d'un moyen d'intérêt privé (Cass. Civ. 1^{ère}, 2 oct 02, *JCP G 02 IV 2797, Fadlallah et Baude Texidor, D. 03 chr. 750*). Dans le même sens, elle jugeait aussi que la méconnaissance des exigences de l'article **L. 311-9** du C. conso., même d'ordre public, ne pouvait être soulevée d'office par le juge, car l'ordre public en cause constituait un ordre public de protection,

non de direction (Cass. Civ. 1^{ère}, 16/03/04, *JCP G 04 // 10129*, note crit. - Voir aussi, F. Canut, « Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection », *D. 07 2257*).

La loi n° 2008-3, du 3 janvier 2008, a renversé la jurisprudence française en donnant désormais au juge le pouvoir de relever d'office toutes les dispositions du Code de la consommation (art. [L. 141-4](#) devenu art. R 632-1 du C. conso.)

- Doctrine : Croze, note *Proc. 08 n° 80* – Poissonnier, « Office du juge en droit de la consommation: une clarification bienvenue », *D. 08 chr. 1285* – B. Gorschs, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », *D. 2010 P. 1300*.
- Première application jurisprudentielle : Cass. Civ. 1^{ère}, 22 janvier 2009, *JCP G 09 actu n° 66 obs. G. Gout, JCP G 09 // 10037 obs. X. Lagarde et I 142 n° 8 obs. Serinet, D. 09 908 note S. Piedelièvre, Proc. 09 obs. L. Raschel*.
- Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct 2018, *JCP G 2018 Fasc. 50 n° 1304 npte P. Métais et E. Valette* : art. [R. 632-1](#) du C. conso.
- Civ. Civ. 2^{ème}, 14 oct 2021, *JCP 2021 Fasc. 45 n° 1163* (clauses abusives).

La Cour de Justice de l'Union Européenne a précisé par ailleurs que le juge national a l'obligation d'examiner d'office :

- les clauses qu'il juge abusives au regard du droit communautaire (CJCE, 04/06/09, Panon GSM/Erzsébet Sustikné Gyorfí, *JCP G 09 Fasc. 25 n° 27 et Fasc. 42 n° 336 note Paisant, Proc. 09 n° 275 obs. C. Nourrissat* ; CJCE, 6 oct. 2009, *Proc. 09 n° 400, obs. C. Nourrissat* : la directive « clauses abusives » impose au juge national d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause compromissaire stipulée dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur).
- si les mentions du contrat de crédit sont conformes à la directive 93/13 UE du 23 avril 2008 : CJUE, 21 avril 2016, *D. 2016 1079* ; *JCP E 2016 1364 note S. Moracchini-Zeidenberg* ; *D. 2016 1744 note H. Aubry*. Cet arrêt réalise une extension du champ d'application pour le juge de relever d'office la violation de dispositions consuméristes.
- CJUE, 11 mars 2020, *D. 2020 1394*, note Poissonnier : l'office du juge en droit de la consommation est lié à l'objet du litige, et cet office implique des mesures d'instruction.
- CJUE, 17 mai 2022 (trois arrêts), *D. 2022 1162 note G. Poissonnier* (Les nouveaux super pouvoirs du juge de l'exécution en droit de la consommation) : étendue de l'office du juge quant à l'application de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

Dans tous les cas où il agit d'office, le juge a l'obligation de respecter le contradictoire (article [16](#) du CPC) et de ne pas modifier les termes du litige (articles [4](#), [5](#) et [7](#) du CPC).

Les pouvoirs du juge

Prérogatives du juge dans le procès civil

DIRECTION DE L'INSTRUCTION DU PROCES

- Mesures de contrôle du bon déroulement de l'instance (délais, radiation, astreintes, ...)
- Mesures d'instruction



DETERMINATION DES ELEMENTS DU PROCES

ELEMENTS DE FAIT

- Peut soulever des moyens de fait dans le débat (faits adventices)
- Peut inviter les parties à fournir des explications de fait

ELEMENTS DE DROIT

- Peut inviter les parties à fournir des explications de droit
- Devoir de requalification
- Tranche le litige conformément au droit (pas en équité)
 - pouvoir de relever d'office des moyens de droit = faculté
 - devoir de relever d'office les moyens d'ordre public = obligation

Le juge ne peut par ailleurs se substituer aux parties qui ne satisfont pas à la charge de l'allégation (Cass. Civ. 1^{ère}, 22/04/97, *Bull.* 127, *RTD civ.* 98 465). En revanche, si le demandeur n'a pas indiqué le fondement de sa demande, il doit rechercher la règle applicable mais n'a pas à respecter la contradiction (Motulsky, « Les rôles respectifs du juge et des parties dans l'allégation des faits », *Ecrits* n° 17 ; « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile », *D.* 72 chr. 17 - R. Martin, « Le juge devant la prétention », *D.* 87 chr. 35).

C. Initiatives destinées à favoriser le règlement amiable des litiges

Aux termes de l'art. 21 du CPC, il entre dans les pouvoirs du juge de concilier les parties. Ce texte est complété par des dispositions communes à toutes les juridictions et il existe parfois des dispositions propres à certaines juridictions, que nous n'examinerons pas.

Avant 1995, l'art. 21 du CPC, et la mission de conciliation du juge qui s'en infère, a souvent constitué le fondement de médiations judiciaires, mises en œuvre à l'initiative de certains juges.

Puis, la loi n° 95-125 du 8 février 1995, complétée par des dispositions réglementaires (décrets du 22 juill. 96 et du 13 déc. 96), a formellement permis aux juges de confier à des tiers des missions de conciliation ou de médiation judiciaires, consacrant celles-ci comme des « outils » à sa disposition (1).

Près de 30 ans après avoir initié cette logique d'externalisation, les pouvoirs publics ont opéré, par un décret du 29 juillet 2023, un retour à la valorisation de la mission conciliatrice du juge, devant le tribunal judiciaire (2).

1. Le cadre fixé par la loi du 8 février 1995 et ses décrets d'application

Les dispositions de cette loi ont été successivement modifiées par :

- L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (N. Nevejans, « L'ordonnance du 16 novembre 2011 - Un encouragement au développement de la médiation ? », *JCP G* 2012 n° 148).
- La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.
- La loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

- Apports de l'ordonnance du 16 novembre 2011 :

Tout d'abord, en 2011, la transposition n'a pas été limitée au seul domaine des médiations transfrontalières, couvert par la directive, mais a été étendue aux médiations internes intervenant en dehors de tout contexte transfrontalier. Le texte comportait à l'origine une exception puisque les dispositions ayant vocation à régir les médiations conventionnelles ne s'appliquaient en matière de contrat de travail qu'aux médiations revêtant un caractère transfrontalier. Cette restriction a été supprimée par la Loi macron du 6 août 2015.

L'ordonnance a complètement modifié le chapitre I^{er} du titre II de la loi du 8 février 1995 (intitulé depuis « La médiation » et non plus « La conciliation et la médiation judiciaires » comme auparavant) afin d'appréhender le vaste champ d'application de la directive, englobant non seulement les médiations conventionnelles et judiciaires au sens habituel du droit interne, mais également les conciliations menées par les conciliateurs de justice, ainsi que tout processus répondant à la définition de la directive, sans pour autant employer l'appellation de « médiation » ou de « médiateur » : **la médiation s'entend désormais de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige** (art. 21, L. 8 fév. 1995).

La médiation est soumise à des règles générales, énoncées dans la section 1 dudit chapitre 1, sans préjudice des règles complémentaires propres à certaines médiations ou à certains « médiateurs ».

Exemple

Ex. : médiation familiale, dispositions du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

L'article 25 de la loi du 8 fév. 1995 modifiée prévoit que les conditions d'application du chapitre 1 sont déterminées par décret en Conseil d'Etat. De telles dispositions existaient déjà en matière de médiation judiciaire (art. 131-1 et s. du CPC) et de conciliation par un conciliateur de justice (décret du 20 mars 1978 précité).

Remarque

Le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, pris en application de l'ordonnance précitée du 16 novembre 2011, a complété le dispositif en encadrant les procédures de règlement amiable des différends faisant intervenir un tiers : il a créé dans le CPC un livre V intitulé « La résolution amiable des différends », qui régit la médiation et la conciliation conventionnelles avec l'aide d'un tiers, ainsi que la procédure participative assistée par avocat (F. Rongeat-Oudin, « Le règlement amiable des différends est en bonne marche ! », *JCP G* 2012 n° 157), instituée par la Loi Bételle, L. n° 2010-1609 du 22 décembre 2010.

- Dispositions communes relatives à la conciliation et à la médiation judiciaires intégrées dans le code de procédure civile :

a) La conciliation judiciaire

Il entre dans la mission du juge de concilier les parties et il peut évidemment procéder lui-même aux tentatives de conciliation (art. 128 du CPC), au lieu, moment et selon les modalités qu'il fixe, sauf dispositions particulières (art. 129 du CPC). Mais en complément, la loi du 8 fév. 1995 lui a donné la possibilité de désigner un médiateur en vue de procéder aux tentatives de conciliation préalables prévues par la loi, sauf en matière de divorce et de séparation de corps.

- Dans un premier temps, ont été concernées les différentes procédures de conciliation devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité. Les « médiateurs » visés ont en l'occurrence été les conciliateurs de justice, institués par le décret n° 78-381 du 20 mars 1978.
- Puis, le décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010, relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, a élargi aux tribunaux de commerce et aux tribunaux paritaires des baux ruraux la possibilité de déléguer la tentative de conciliation aux conciliateurs de justice. La procédure n'a pas été étendue aux conseils de prudhommes.

Remarque

Rapport Magendie-Thony, « Célérité et qualité de la justice - Les conciliateurs de justice » (JCP G 2010 Fasc. 14 n° 377).

La désignation du conciliateur de justice était à l'origine subordonnée à un accord préalable des parties. La loi prévoyait que si le juge n'avait pas recueilli cet accord, il pouvait leur enjoindre de rencontrer un conciliateur afin que celui-ci les informe sur l'objet et le déroulement de la mesure. Cette possibilité figure toujours à l'art. 129 du CPC mais le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 a supprimé la condition d'accord préalable des parties. Les dispositions relatives à la conciliation déléguée à un conciliateur de justice figurent aux art. 129-2 et s. du CPC. Le juge doit fixer la durée de la mission et indiquer la date à laquelle l'affaire sera rappelée. La durée initiale de la mission ne peut excéder trois mois mais elle peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du conciliateur.

Les constatations du conciliateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, et jamais dans une autre instance.

Le juge n'est pas dessaisi et le conciliateur doit le tenir informé des difficultés qu'il rencontre, ainsi que de la réussite ou de l'échec de la conciliation.

Le juge peut mettre fin à tout moment à la conciliation, à la demande d'une partie ou à l'initiative du conciliateur, ou d'office si le bon déroulement de la conciliation apparaît compromis.

Remarque

L'année 2020 a constitué une année d'évolution de la portée du dispositif.

- Tout d'abord, la loi du 23 mars 2019, a supprimé la tentative de conciliation obligatoire en matière de divorce et de séparation de corps (la suppression prévue à compter du 1^{er} septembre 2020 a été reportée au 1^{er} janvier 2021). L'alinéa 1 de l'article 22-1 de la loi 8 février 1995, qui interdisait qu'un médiateur soit désigné par le juge pour procéder à ces tentatives préalables de conciliation, réservées au JAF, a donc été abrogé en conséquence. Le texte dispose désormais « *qu'en tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne (...)* ». En matière de divorce, la possibilité d'une médiation judiciaire (voir *infra*) est prévue par l'art. 255 du C. Civ..
- Ensuite, la création du tribunal judiciaire, résultant de la fusion entre TGI et TI, s'est accompagnée d'évolutions procédurales, issues du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019. La saisine aux fins de tentative préalable de conciliation et la tentative obligatoire de conciliation, avec délégation possible à un conciliateur de justice, telles qu'elles existaient devant le TI, ont été maintenues dans le cadre de la procédure orale ordinaire devant le tribunal judiciaire (art. 821 à 824 et art. 827 du CPC).
- Enfin, ces dispositions ont dû s'articuler avec le fait que, depuis le 1^{er} janvier 2020, en application de l'article 750-1 du CPC, avant de saisir le tribunal judiciaire d'une demande tendant au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 € ou relative à certains conflits de voisinage ou à un trouble anormal de voisinage (ajout. issu de la loi n° 2021-1729 du 22 déc. 2021), les parties ont dû tenter, à leur choix

mais à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, une conciliation avec un conciliateur de justice, une médiation ou une procédure participative encadrée par des avocats (voir leçon 8 section 1 §2 C). Cinq exceptions sont néanmoins prévues.

NB : L'article 750-1 du CPC avait été annulé en septembre 2022 par le Conseil d'état (CE, 22 sept. 2022, n^{os} [436939](#) et [437002](#), *Proc.* 2022, comm. 239, note R. Laffly ; Dalloz actualité, 3 et 4 oct. 2022, note M. Barba). Le Décret n° [2023-357](#) du 11 mai 2023 a opéré une réécriture partielle, tenant compte des motifs de censure, et ce texte est de nouveau applicable devant le tribunal judiciaire depuis le 1^{er} oct. 2023 (K. Sahli, « Le malheureux article 4 de la loi du 18 nov. 2016 », *Proc.* 2021 Fasc. 2 Etude 3 : champ d'application incertain et en pratique limité ; Géraldine Maugain, « L'extraordinaire histoire de l'art. 750-1 CPC : le rétablissement », *DA* 23 mai 2023).

b) La médiation judiciaire (L. 8 fév. 1995 modifiée par ord. 16 nov. 2011 et art. [131-1 s.](#) du CPC)

Elle peut intervenir dans tous les types d'affaires, notamment en matière de divorce et de séparation de corps (art. [255](#) du C. civ.), dans toutes les procédures, y compris le référé, en tout état de l'instance, et même devant la Cour de cassation. Elle consiste en la désignation par le juge d'un tiers, personne physique ou association, en vue de tenter de parvenir à un accord entre les parties. Pour y recourir, il est nécessaire d'obtenir l'accord des parties. A défaut d'avoir recueilli un tel accord, le juge peut, comme en matière de conciliation, leur enjoindre de rencontrer un médiateur chargé de les informer de l'objet et du déroulement d'une mesure de médiation. Les parties ne sont pas tenues de comparaître en personne lors de la médiation ; elles peuvent être représentées ou assistées. Comme pour la conciliation judiciaire, la durée de la mission de médiation, fixée par le juge, ne peut excéder 3 mois, renouvelables une fois à la demande du médiateur (les dispositions de l'art. 22-3 de la loi du 8 fév. 1995 ne sont pas applicables lorsque le juge ordonne la médiation dans la décision statuant définitivement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale). Le médiateur ne peut cumuler ses fonctions avec celles d'expert et il ne dispose pas du pouvoir d'instruction mais peut entendre des tiers consentants, avec l'accord des parties. Il doit tenir le juge informé des difficultés rencontrées, celui-ci pouvant à tout moment mettre fin à la médiation car il n'est pas dessaisi. Le médiateur est tenu au secret, les déclarations recueillies dans le cadre de la médiation ne pouvant être évoquées devant le juge qu'avec l'accord des parties et ne pouvant être utilisées à l'occasion d'une autre instance (voir aussi [art. 21-3 nouveau](#), L. 8 fév. 1995). En cas d'accord, il est possible d'en demander l'homologation afin de lui donner force exécutoire. Le juge fixe la provision à valoir sur la rémunération du médiateur : la décision de recourir à la médiation est caduque en l'absence de **consignation** dans le délai. Les parties ont la liberté de répartir entre elles les frais de la médiation. A défaut d'entente, ces frais seront répartis à parts égales, sauf si cela est estimé inéquitable par le juge au regard de la situation économique des parties.

Remarque

- Rapport du groupe de travail Magendie : Célérité et qualité de la justice - La médiation : une autre voie, déposé le 15 octobre 2008.
- F. Creux-Thomas, « La médiation : opportunité ou gadget ? », *JCP G* 09 Fasc. 51 n° 558.

2. Le dispositif incitatif institué devant le Tribunal judiciaire par le décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges

Ce [décret](#), dont les dispositions sont applicables aux instances engagées depuis le 1^{er} novembre 2023, a introduit dans le CPC deux mécanismes facultatifs de nature à favoriser le règlement amiable des litiges après la saisine du tribunal judiciaire : la césure du procès civil et l'audience de règlement amiable (ARA) pour laquelle le juge peut avoir un rôle d'initiative.

L'ARA, dispositif inspiré du modèle de conférence de règlement amiable (CRA) pratiqué au Québec, permet à un autre juge que celui saisi du litige de tenter, avec l'accord des parties de les concilier. Le juge saisi d'un litige portant sur des droits dont les parties ont la libre disposition peut ainsi, à la demande d'une des parties ou d'office après avoir recueilli leur avis, décider qu'elles seront convoquées à une ARA tenue par un juge qui

ne siège pas dans la formation de jugement. En cas d'échec, le litige sera tranché par le juge initialement saisi. L'objectif est d'essayer de décanter le litige dans le but de parvenir à sa résolution amiable.

L'ARA est susceptible d'être mise en œuvre dans le cadre de la procédure écrite ordinaire et de la procédure de référé. Le juge désigné peut être un magistrat honoraire ou un magistrat à titre temporaire qui aidera les parties, assistées de leurs avocats, à trouver une solution au conflit qui les oppose dans un cadre confidentiel. Ce juge peut évoquer les grands principes de droit applicables à la matière, sera à l'écoute des parties et leur permettra d'affiner leurs positions pour les faire converger.

Section 2. Le principe du contradictoire

Ce principe s'inscrit dans le cadre plus large du respect des droits de la défense, dont les articles 18 à 20 CPC envisagent par ailleurs d'autres aspects spécifiques.

Le principe du respect des droits de la défense et le droit d'être assisté par un défenseur se sont vus reconnaître un caractère constitutionnel (*Ass. Plén.*, 30/6/95, *JCP G* 95 // 22478, *D.* 95 513 concl. Jéol note Drago).

§ 1. Respect du contradictoire par les parties

Cette règle postule, d'une manière générale, un déroulement loyal de la procédure entre les parties. Les principales illustrations en sont les suivantes : il est tout d'abord nécessaire d'informer l'adversaire de l'existence de la procédure menée contre lui. L'article 14 du CPC postule la nécessité d'être entendu ou au moins appelé.

Il convient ensuite de respecter les délais de comparution destinés à l'organisation de la défense.

Exemple

Ex. : délai de 15 jours pour constituer avocat devant le tribunal judiciaire lorsque la représentation par avocat est obligatoire (art. 763 du CPC).

Si les parties ont la liberté de porter à la connaissance du juge tous les points de fait et de droit qu'elles estiment utiles, les éléments ainsi invoqués sont soumis à discussion contradictoire : l'article 15 du CPC leur impose l'obligation de communiquer et signifier leurs conclusions, pièces, moyens et preuves en temps utile.

Par ailleurs, quand la loi autorise une procédure unilatérale ou que les circonstances ne permettent pas d'instaurer « *ab initio* » le contradictoire (ex. : ordonnances sur requête, procédure par défaut), son respect est néanmoins garanti a posteriori par l'existence d'une possibilité de recours contre les décisions faisant grief rendues au cours d'instances non contradictoires (article 17 du CPC).

§ 2. Respect du contradictoire par le juge

Le juge doit tout d'abord faire respecter le principe du contradictoire par les parties (même en cas d'urgence et dans le cadre d'une procédure orale : Dijon, 29/01/04, *Proc.* 05 n° 249).

Il dispose pour ce faire d'un pouvoir d'injonction et de sanction : fixation de délais, d'astreintes, pouvoir d'écarter les pièces communiquées tardivement.

Il doit aussi respecter lui-même ce principe. Cette exigence a conduit à l'annulation de dispositions du décret du 5 déc. 75 en ce qu'elles permettaient au juge de relever des moyens de droit d'office (ex-article 12 al. 3 du CPC) sans être tenu au respect du contradictoire (ex-article 16 al. 1 du CPC) (CE, Ass., 12 octobre 1979, n° 01875, 01905, 01948 à 01951 (RNAF), *D.* 79 606 Bénabent, *JCP G* 80 // 19288 concl. Franc note Boré, *RT* 80 145 Normand).

Selon la nouvelle rédaction de l'article 16 du CPC, issue du décret du 12 mai 81, le principe de la contradiction s'impose dans tous les cas.

Le juge ne peut ainsi retenir dans sa décision des éléments dont les parties n'auraient pas discuté contradictoirement (Cass. Civ. 2^{ème}, 11/01/06, *D.* 06 1149 : viole l'article 16 du CPC le juge qui statue sans avoir invité les parties à s'expliquer sur l'absence au dossier des pièces qui figuraient au bordereau de pièces annexé aux dernières conclusions et dont la communication n'avait pas été contestée - Cass. Civ. 2^{ème}, 29 août 2019, *JCP G* 2019 Fasc. 37 n° 887 : Relevé d'office de moyens de droit et violation du principe de la contradiction par le juge).

Il doit les inviter à présenter leurs observations lorsqu'il soulève un moyen, même de droit ou d'ordre public (Cass. Mixte, 10/7/81, *D.* 81 637 Cabannes ; *GP* 81 627 Viatte). Cette règle ne s'applique pas en revanche à son pouvoir normal de qualification des faits dans le débat (Cass. Civ. 3^{ème}, 28 mai 86, *Bull civ.* III n° 82, *RT* 87

390). Il en va en principe de même lorsqu'il procède à une requalification (Cass. Civ. 1^{ère}, 16 avr. 2015, *Proc.* 2015 Fasc. 6 n° 182 obs. Y. Strickler : Le demandeur ayant invoqué l'existence d'une promesse de porte-fort, la juridiction n'introduit aucun élément nouveau dans le débat en vérifiant si les conditions de celle-ci étaient réunies. Il ne peut dès lors lui être reproché de ne pas avoir invité les parties à présenter leurs observations).

La plupart des auteurs considèrent que l'article 16 du CPC ne s'appliquait pas non plus aux moyens considérés comme nécessairement dans la cause.

Cette position était critiquée par J. Héron, au motif qu'il y avait une évolution et qu'en toute hypothèse il s'agissait de moyens non discutés par les parties. Sur ce point, la Cour EDH a indiqué que le principe du contradictoire s'applique devant la Cour de cassation elle-même, y compris s'agissant de moyens de pur droit déjà dans la cause ou le débat (Cour EDH, 13/10/05, *Clinique des Acacias/France*, *JCP G* 06 / 109 n° 6).

La Cour EDH considère que le principe du contradictoire commande que les tribunaux ne se fondent pas dans leurs décisions sur des éléments de fait ou de droit qui n'ont pas été discutés durant la procédure et qui donnent au litige une tournure que même une partie diligente n'aurait pas été en mesure d'anticiper (Cour EDH, 4^{ème} sect., 3 mai 2016, *Proc.* 2016 Fasc. 6 n° 201 obs. N. Fricero ; Cour EDH, 22 juin 2019, *Proc.* 2019 n° 190, obs. N. Fricero : sanction du non-respect du contradictoire au regard d'un moyen de droit soulevé d'office (droit d'être représenté et incidences en matière de dépens).

Le juge ne semble en revanche pas non plus tenu au contradictoire lorsqu'il utilise son pouvoir de police, notamment dans le cadre de l'article 24 du CPC. Il a ainsi été jugé qu'il pouvait ordonner, sans porter atteinte aux droits des parties, le retrait d'une pièce de procédure figurant dans le dossier avec la mention "erreur grossière" et présentant un caractère injurieux et outrageant pour la justice (Cass. Com., 21 oct. 1997, *Proc.* 98 n° 84 obs. crit. - Atias, « L'erreur grossière du juge », *D.* 98 chr. 280).

Par ailleurs, la Cour de cassation a parfois estimé qu'il y avait présomption de discussion contradictoire (Cass. soc., 29/9/88, *Bull.* 582), ce qui apparaît encore plus critiquable pour certains auteurs (en ce sens, J. Héron et T. Le Bras, op. cit. n° 300). Elle a toutefois jugé récemment qu'un moyen relevé d'office par le juge ne peut être présumé avoir été débattu contradictoirement en l'absence d'une partie ! (Cass. Civ. 1^{ère}, 26 mai 2021, *Proc.* 2021 Fasc. 8 n° 219 obs. Y. Strickler).