

INTRODUCTION

1. Le droit judiciaire peut être défini comme l'ensemble des règles dont l'objet est d'assurer la sanction des règles de conduite sociale et des prérogatives reconnues aux individus. La notion de droit judiciaire englobe le contentieux pénal, public et privé et se rapproche de la notion de droit processuel dont l'objet est d'étudier une théorie générale du procès civil, pénal et administratif.

Le droit judiciaire privé a pour objet la sanction des intérêts privés. Son domaine, limité à la justice civile, englobe les juridictions (leur fonctionnement et leur compétence), l'action en justice (les conditions du recours au juge), l'instance (le déroulement de la procédure et les voies de recours) et les procédures civiles d'exécution. Le droit judiciaire privé a un domaine plus vaste que la procédure civile qui, entendue dans un sens strict, gouverne le déroulement du procès en première instance et sur voies de recours. La procédure civile n'est donc qu'un aspect du droit judiciaire privé. Pourtant ces deux notions sont souvent employées indistinctement. D'ailleurs, certains ouvrages relatifs à cette discipline ont pour titre *Droit judiciaire privé*, tandis que d'autres sont intitulés *Procédure civile*¹. Le terme de droit judiciaire privé a été retenu pour l'intitulé de cet ouvrage qui ne se limite pas à l'étude du déroulement du procès ; il traite aussi de la compétence et de l'action en justice, sans pour autant aborder tous les aspects du droit judiciaire privé, l'organisation judiciaire et les voies d'exécution faisant l'objet ouvrages spécifiques.

Le droit judiciaire privé présente la spécificité d'être un droit sanctionnateur assurant la réalisation des droits substantiels (section 1). Cette nature permet de comprendre, dans une certaine mesure, les sources du droit judiciaire privé (section 2), ce que nous examinerons avant de préciser le régime des frais du procès (section 3) et les objectifs et le plan de cet ouvrage (section 4).

S e c t i o n 1

Le droit judiciaire privé est un droit sanctionnateur

2. Le droit judiciaire privé est un droit sanctionnateur dans la mesure où il assure est l'apanage de l'État, celui-ci n'interdit cependant pas aux parties de recourir à d'autres modes alternatifs de règlement des litiges (§ 1).

Le rôle sanctionnateur du droit judiciaire privé imprime à cette discipline certains caractères (§ 2) et permet d'expliquer le régime de l'application de la loi dans le temps

1. Voir la bibliographie à la fin de l'ouvrage.

(§ 3). Par ailleurs, parce qu'il assure la réalisation des intérêts privés, le droit judiciaire privé établit des liens avec le droit substantiel (§ 4).

§ 1. Les modes alternatifs de règlement des litiges

3. Les modes alternatifs de règlement des litiges (MARL), aussi désignés sous les termes de modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) ou modes alternatifs de règlement des différends (MARD) sont des modes de règlement des litiges qualifiés d'alternatif car ils constituent une solution de remplacement à la justice étatique. Ils ont donc en commun d'être des substituts au jugement étatique dont la réalisation suppose l'accord des parties, même si elles n'en ont pas toujours l'initiative. Les MARL, parce qu'ils se substituent à la justice étatique, ont un domaine limité (A).

En procédure civile, la doctrine range sous le terme de MARL la conciliation, la médiation et l'arbitrage¹. Ces substituts au jugement n'ont pas le même mode de règlement des litiges : certains sont amiables, d'autres juridictionnels. La dualité de leur mode de règlement (B) explique que le régime de l'extinction du litige par les MARL ne soit pas unique (C).

A. Le domaine des MARL

4. Les MARL connaissent un essor important : du droit des affaires, qui est leur domaine de prédilection, les MARL ont conquis le droit civil et le droit de la famille. Le législateur favorise et parfois impose le recours à une tentative de conciliation ou de médiation dont les modalités varient selon la matière². En droit des contrats, les parties insèrent de plus en plus des clauses de conciliation ou de médiation³.

Cet essor s'explique par les avantages que les MARL offrent tant au législateur qu'aux parties. Ils contribuent au désengorgement de la justice lorsqu'ils sont tentés hors procès ou confiés, en cours d'instance, à un tiers conciliateur ou médiateur. De plus, le caractère conventionnel des MARL favorise leur exécution spontanée, limitant par voie de conséquence le contentieux de l'exécution. Pour les parties, les MARL présentent l'avantage non négligeable de la confidentialité ; ils permettent aussi un règlement plus rapide du contentieux⁴. Mais ils présentent l'inconvénient de soustraire les justiciables au contrôle et aux

1. Le rattachement de l'arbitrage au MARL est discuté par certains auteurs. Cette discussion doctrinale tient à la dualité de conception que l'on peut avoir du terme « mode alternatif ». Pour les auteurs qui estiment que le qualificatif alternatif renvoie à une solution de remplacement à la justice juridictionnelle, les MARL se limitent au règlement amiable des litiges, ce qui exclut l'arbitrage où l'arbitre est investi du pouvoir juridictionnel de trancher le litige. La majorité de la doctrine intègre l'arbitrage dans les MARL, considérant que le terme d'alternatif désigne tous les substituts à la justice étatique. Sur la dualité de sens possible du terme « alternatif » : Racine, « L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits », *Petites affiches* 28 mai 2001, p. 16.

2. Des conciliations ou médiations ont été mises en place, notamment en matière de baux commerciaux, en matière de prévention des difficultés d'entreprise, en matière d'assurance, en matière bancaire, en matière d'autorité parentale et de divorce...

3. Cass. ch. mixte, 14 fév. 2003 : *Bull. civ.*, ch. mixte, n° 1 ; *Procédure* 2003, n° 96, obs. Croze (la saisine directe du juge en violation d'une clause de conciliation ou de médiation obligatoire et préalable au recours au juge constitue une fin de non-recevoir que le juge doit relever si les parties l'invoquent).

4. L'arbitrage permet aux parties d'organiser librement la procédure sous réserve du respect de certains principes directeurs du procès (NCPC, art. 1460).

garanties de l'autorité judiciaire, même s'il existe des recours pour contester la régularité du règlement du litige.

Le développement des MARL doit être relativisé car, constituant des modes conventionnels de règlement des litiges, les parties ne peuvent y recourir que pour les droits dont elles ont la libre disposition¹. Lorsqu'une règle d'ordre public rend un droit indisponible, seul le juge étatique peut se prononcer sur ce droit. Le champ d'application des MARL est donc limité par les droits que l'ordre public rend indisponibles².

Cette exclusion ressort de plusieurs dispositions. L'article 2059 du code civil limite l'arbitrage aux droits dont les parties ont la libre disposition. De même, la mission du conciliateur de justice de faciliter, en dehors de tout procès, le règlement amiable des différends se circonscrit aux droits dont les personnes ont la libre disposition³. En matière de conciliation et de médiation judiciaires, les textes du nouveau code de procédure civile n'imposent pas une telle limite. Ce silence de la loi tient au fait que le nouveau code de procédure civile régit la conciliation et la médiation judiciaires en tant que procédures de négociation destinées à favoriser un règlement amiable. La condition de la disponibilité des droits apparaît dans les dispositions spécifiques aux accords susceptibles d'intervenir à l'issue de la conciliation ou de la médiation. Ainsi, la transaction qui scellera le plus souvent l'accord des parties n'est possible que pour les droits dont les parties ont la libre disposition⁴.

B. La dualité de mode de règlement du litige

5. Selon la nature du règlement du litige, on oppose l'arbitrage qui constitue un mode de règlement juridictionnel des litiges à la conciliation et la médiation qui sont des modes de règlement amiable des litiges.

L'arbitrage peut être défini comme l'accord par lequel les parties soustraient leur litige aux juridictions étatiques pour le faire trancher par un tribunal arbitral. L'arbitrage suppose la volonté des parties d'y recourir, soit lors de la conclusion du contrat par une clause compromissoire, soit une fois le litige né par un compromis d'arbitrage. Mais la solution du litige n'est pas voulue et acceptée des parties ; elle est imposée par l'arbitre qui tranche le litige comme le ferait le juge étatique. C'est pourquoi l'arbitrage est un mode de règlement juridictionnel des litiges.

Les règlements amiables des litiges se caractérisent par le fait que la solution du litige procède de la volonté des parties. Elle est décidée et acceptée des parties. Relèvent de cette catégorie, la conciliation et la médiation qui peuvent être extra-judiciaires ou judiciaires⁵. Conciliation et Médiation ont le même but : parvenir à un accord négocié par les parties ; seuls leur organisation et leur déroulement peuvent être différents. Ainsi, la médiation suppose la présence d'un tiers qui va favoriser l'accord amiable des parties, alors que la

1. Gorchs, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *RTD civ.* 2003, p. 409, spéc. 413.

2. Il ne faut pas considérer que dès lors que le litige présente un lien avec l'ordre public, le recours aux MARL est impossible ; ils ne sont exclus que lorsque l'ordre public rend le droit litigieux indisponible.

3. *D.* 78-381 du 20 mars 1978, art. 1.

4. *C. civ.*, art. 2045, al. 1^{er}.

5. Sur la conciliation judiciaire qui constitue un principe directeur du procès, v. *infra*, n° 226 s.

conciliation n'implique pas nécessairement la présence d'un tiers¹. Les termes de conciliation et de médiation sont le plus souvent utilisés pour désigner des processus de négociation. La conciliation et la médiation peuvent être tentées sous l'impulsion du législateur ou du juge ou volontairement par les parties, qui peuvent notamment insérer dans les contrats des clauses de conciliation ou de médiation.

C. Le régime de l'extinction du litige

6. La dualité de mode de règlement du litige se manifeste au niveau de l'autorité des MARL (1) et de l'exécution des MARL (2).

1. L'autorité des MARL

7. Dans les règlements amiables (conciliation et médiation), la solution du litige procède de la volonté des parties. L'acte qui met fin au litige est donc un contrat qui tire sa force obligatoire de la volonté commune des parties. En revanche, en matière d'arbitrage, l'arbitre tranche le litige par un acte juridictionnel qui s'impose aux parties. Il en résulte que, comme les jugements rendus par l'autorité judiciaire, la sentence arbitrale a autorité de la chose jugée².

La dualité de fondement des MARL qui, commande leur autorité, a aussi une incidence sur le régime de leur contestation. La régularité des règlements amiables ne peut être contestée que par une action principale en nullité portée devant le juge du premier degré ou par voie d'exception³. En revanche, la nullité de la sentence arbitrale ne peut être demandée que dans le cadre des voies de recours que sont l'appel et le recours en annulation. Par ailleurs, l'inexécution d'un règlement amiable peut être sanctionnée par la résolution, alors que l'inexécution d'une sentence arbitrale n'est pas une cause d'anéantissement de celle-ci.

2. L'exécution des MARL

8. Les MARL constituant un mode conventionnel de règlement des litiges, leur exécution devrait être spontanée. L'exécution spontanée apparaît naturelle pour les règlements amiables puisque la solution du litige est négociée par les parties. Elle l'est moins en matière d'arbitrage où la solution du litige est imposée aux parties. En cas de refus d'exécution volontaire, les parties ne peuvent procéder à l'exécution forcée car les MARL ne sont pas dotés de la force exécutoire⁴. Elles doivent saisir le juge pour qu'il confère aux accords de conciliation ou de médiation et aux sentences arbitrales⁵ la force exécutoire nécessaire à leur exécution forcée.

En matière d'arbitrage, le juge compétent est le tribunal de grande instance qui, saisi sur requête, accordera ou refusera l'*exequatur* à la sentence arbitrale. Les conciliations et médiations mises en place par la loi, qu'elles soient judiciaires ou non, prévoient, en principe, la possibilité de saisir le juge pour qu'il confère force exécutoire à l'accord. Lorsque

1. Sur la distinction conciliation et médiation, voir notamment : Gorchs, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *RTD civ.* 2003, p. 409 s.
 2. NCPC, art. 1476.
 3. En matière de transaction, la nullité pour erreur de droit n'est pas admise (C. civ., art. 2052, al. 2).
 4. Il faut réserver l'hypothèse de la transaction notariée.
 5. Certes l'arbitre est investi du pouvoir juridictionnel de trancher le litige, mais il puise son pouvoir dans la volonté des parties. Celles-ci ne peuvent l'investir du pouvoir de contrainte dont elles ne disposent pas.

la conciliation ou la médiation instituée par les parties débouche sur une transaction, l'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile permet à une partie à la transaction de saisir le président du tribunal de grande instance pour qu'il confère force exécutoire à l'acte. À défaut de procédure permettant de conférer force exécutoire au règlement amiable, la victime de l'inexécution doit saisir le juge pour obtenir un jugement de condamnation qui constituera le titre exécutoire.

§ 2. *Les caractères du droit judiciaire privé*

9. La sanction des droits des justiciables étant l'apanage de l'État, le droit judiciaire privé est une discipline mixte, d'ordre public et formaliste.

Le droit judiciaire privé est une discipline mixte, située au carrefour du droit privé et du droit public. Il participe du droit privé car la finalité de ce contentieux est la sanction des droits subjectifs, mais il relève du droit public pour tout ce qui concerne le fonctionnement du service public de la justice (organisation judiciaire...).

Parce qu'il est une discipline mixte et que rendre la justice relève du monopole de l'État, le droit judiciaire privé a un caractère impératif fortement marqué qui interdit aux parties de déroger aux règles de procédure. Cette prohibition doit être doublement relativisée. D'une part, devant les juridictions civiles, les plaideurs peuvent modifier les règles qui intéressent moins l'ordre public procédural que leurs intérêts privés. Ainsi, les parties ont la faculté de déroger, sous certaines conditions, aux règles de compétence. D'autre part, les parties peuvent soustraire certains litiges aux juridictions étatiques et les faire trancher par des juges privés : des arbitres¹.

Le droit judiciaire privé est aussi un droit formaliste. Le formalisme procédural a pour finalité de protéger le justiciable tant contre son adversaire que contre le juge.

§ 3. *L'application de la loi dans le temps*

10. Les conflits de droit judiciaire privé dans le temps sont parfois réglés par les dispositions transitoires de la loi nouvelle. À défaut, l'article 2 du code civil, selon lequel « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif » a vocation à s'appliquer. L'absence d'effet rétroactif ne remet pas en cause les décisions rendues et les actes valablement accomplis avant la loi nouvelle. Seules les instances et actes futurs sont soumis à la loi nouvelle. Pour les instances en cours, le principe est celui de l'application immédiate de la loi nouvelle, le procès ne pouvant être considéré comme un contrat judiciaire soumis à la loi en vigueur au jour de l'introduction de l'instance. Le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle, qui concerne les lois d'organisation judiciaire, les lois de compétence et les lois de procédure, connaît trois tempéraments.

En premier lieu, la loi nouvelle modifiant les règles de compétence ne s'applique pas à l'instance en cours si le juge, saisi sous l'empire de la loi ancienne, a rendu un jugement intéressant le fond de l'affaire ; cette notion vise les jugements qui statuent sur tout ou partie du fond.

1. V. *supra*, n° 5.

En second lieu, les conditions de recevabilité du recours sont déterminées par la loi en vigueur au jour du prononcé du jugement, de sorte qu'une loi nouvelle modifiant la recevabilité d'un recours ne concerne que les décisions rendues postérieurement à son application. En revanche, la loi nouvelle relative aux formes du recours est d'application immédiate.

En troisième lieu, en matière de preuve, les lois relatives à l'administration de la preuve sont d'application immédiate, alors que celles gouvernant l'admission de la preuve ne concernent que les faits postérieurs à leur mise en œuvre.

§ 4. Les rapports entre le droit judiciaire privé et le droit substantiel

11. Le droit judiciaire privé assure la sanction des droits substantiels. Aux relations substantielles entre les justiciables s'ajoute, sans s'y substituer, une relation de nature procédurale : le lien d'instance soumis à un régime propre. L'absence d'effet novatoire de la saisine du tribunal permet d'expliquer que le rejet de la demande pour une raison de procédure n'interdit pas au demandeur de former une nouvelle demande régulière et d'obtenir gain de cause si sa prétention est bien fondée. Par exemple, la nullité pour vice de forme ou de fond de la citation en justice n'est pas un obstacle à la présentation d'une nouvelle demande. De même, la décision d'incompétence du juge qui renvoie les parties à mieux se pourvoir ne leur interdit pas de saisir le juge compétent pour qu'il statue sur leurs prétentions.

Bien que distinct du droit substantiel, le droit judiciaire privé établit des liens avec celui-ci. Certaines notions procédurales s'apprécient au regard du droit substantiel. Il en est ainsi de l'intérêt à agir qui suppose un dommage que le demandeur veut faire cesser ou de la notion de moyen de défense au fond dont la qualification renvoie aux conditions d'existence du droit substantiel invoqué. Par ailleurs le droit judiciaire privé peut avoir une incidence sur le droit substantiel : on peut perdre un procès pour une question de pure procédure tout en ayant raison au fond.

Prenons l'exemple d'une personne qui saisit un tribunal d'une prétention manifestement bien fondée mais dont l'assignation est déclarée nulle pour vice de forme ou vice de fond. La décision de rejet prive la citation en justice de son effet interruptif de prescription¹, de sorte que si la prescription est acquise avant la seconde citation en justice, le demandeur ne pourra pas obtenir la sanction de son droit. Il aura perdu le procès pour une raison de procédure : l'irrégularité de la citation en justice. De même, en cas d'erreur d'appréciation des juges du premier degré, le perdant ne peut plus obtenir gain de cause s'il laisse s'écouler le délai de recours.

1. C. civ., art 2247.

S e c t i o n 2

Les sources du droit judiciaire privé

12. La distinction classique entre le droit légiféré (§ 1) et les autres sources de droit (§ 2) se retrouve en droit judiciaire privé.

§ 1. Le droit légiféré

13. Le droit légiféré émane d'organes spécialement investis du pouvoir de créer le droit. La justice étant l'apanage de l'État, le droit judiciaire privé est de tradition un droit national (A). Les sources internationales (B) occupent un place marginale. Cette présentation doit être tempérée en raison de la coopération en matière de justice entre les États européens. Les différents textes légiférés sont regroupés et classés dans le code de procédure civile (C).

A. Les sources nationales

14. Le droit légiféré émane de la loi et du règlement auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 assigne des domaines respectifs. L'article 34 de la Constitution réserve à la loi « les règles concernant la création de nouveaux ordres de juridiction », le règlement gouverne le reste du droit judiciaire privé. Aux termes de l'article 34 de la Constitution, le domaine de la loi paraît limité à la création d'un nouvel ordre de juridiction à côté de l'ordre administratif et l'ordre judiciaire. En réalité la compétence de la loi est plus étendue pour trois raisons.

En premier lieu, l'article 34 de la Constitution a été interprété largement par le Conseil constitutionnel. D'une part, la notion de nouvel ordre de juridiction s'entend de la création d'une juridiction distincte de celles existantes par sa composition ou sa compétence matérielle. Cette interprétation extensive attribue à la loi la création des juridictions, l'organisation et la compétence d'attribution des juridictions nouvelles. Par exemple, la création des juridictions de proximité est intervenue par la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice et le statut des juges de proximité est régi par la loi organique du 26 février 2003. D'autre part, le terme « création » englobe non seulement la création de juridiction, mais aussi la suppression de juridiction et les modifications de la structure et de la composition des juridictions existantes¹.

En second lieu, le Conseil constitutionnel a réintégré dans le domaine de la loi les règles de procédure qui constituent une garantie fondamentale des justiciables. Ainsi le pourvoi

1. C. Const., 65-33 L, 9 fév. 1965 : Rec. des décisions du Cons. Const., 1965, p. 73 (composition des chambres de l'expropriation pour cause d'utilité publique) ; C. Const., 77-99 L, 20 juill. 1977 : Rec. des décisions du Cons. Const., 1977, p. 63 (composition de la chambre mixte et de l'assemblée plénière de la Cour de cassation).

en cassation¹ et le caractère contradictoire de la procédure² relèvent du domaine de la loi.

En troisième lieu, le Conseil constitutionnel a décidé dans une décision du 30 juillet 1982³ que la méconnaissance par le Parlement de la répartition des pouvoirs opérée par les articles 34 et 37 n'est pas une cause d'inconstitutionnalité de la loi.

Malgré ces extensions, le domaine de la loi est restreint en droit judiciaire privé : il se manifeste principalement dans le code de l'organisation judiciaire, la procédure civile relevant du domaine réglementaire.

B. Les sources internationales

15. Elles sont constituées par les conventions internationales et européennes ainsi que par le droit communautaire.

Les sources internationales sont des accords bilatéraux ou multilatéraux dont l'objet est le plus souvent de régler les problèmes de compétence ou de loi applicable aux litiges internationaux ou de faciliter la notification des jugements ou leur exécution.

Au niveau européen, la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 contient des règles procédurales directement applicables en France et dont la valeur est supérieure à la loi et au règlement. Ainsi l'article 6-1 de cette Convention décide « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, ... ». Ces exigences ont conduit la jurisprudence française à modifier certaines pratiques pour échapper aux sanctions pécuniaires prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme.

Au niveau communautaire, l'harmonisation s'est principalement réalisée par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à la compétence judiciaire et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Cette convention a été transformée en règlement communautaire du 22 décembre 2000 qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 2002. La coopération entre les États membres se développe aussi dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale.

C. La présentation du code de procédure civile

16. Le droit légiféré est regroupé dans un code dont l'intitulé varie selon les éditeurs : *Nouveau code de procédure civile* chez Dalloz ; *code de procédure civile* chez Litec. Toutes les dispositions qui intéressent le droit judiciaire privé n'ont pas été codifiées, c'est pourquoi ce code comprend plusieurs parties :

- le nouveau code de procédure civile (NCPC), codifié en 1975 ;
- l'ancien code de procédure civile (CPC ou ACPC) qui demeure en vigueur pour certaines procédures, notamment pour la saisie immobilière ;

1. C. Const., 80-113 L, 14 mai 1980 : Rec. des décisions du Cons. Const., 1980, p. 61, spéc., p. 64.

2. C. Const., 85-142 L DC, 13 nov. 1985 : *JORF* 20 nov. 1985, p. 13457, spéc., p. 13457 (si le caractère contradictoire de la procédure est de nature législative, les dispositions mettant en application ce principe dans une procédure disciplinaire sont de nature réglementaire).

3. C. Const., 82-143 DC, 30 juill. 1982 : *RDJ* 1983, n° 29, p. 350, note Favoreu ; *Grands arrêts du Conseil Constitutionnel*, Favoreu et Philip, 8^e éd. 1995. 520.